

**EuG (Neunte erweiterte Kammer), Urteil vom 12.12.2018 – T-691/14****Titel:**

Concurrence, Ententes, Abus de position dominante, Marché du périndopril, médicament destiné au traitement des maladies cardiovasculaires, dans ses versions princeps et génériques, Décision constatant une infraction aux articles 101 et 102 TFUE, Principe d'impartialité, Consultation du comité consultatif en matière d'ententes et de positions dominantes, Droit à un recours effectif, Brièveté du délai de recours au regard de la longueur de la décision attaquée, Accords de règlement amiable de litiges en matière de brevets, Accords de licence, Accords d'acquisition de technologie, Accord d'achat exclusif, Concurrence potentielle, Restriction de concurrence par objet, Restriction de concurrence par effet, Conciliation entre droit de la concurrence et droit des brevets, Qualification d'infractions distinctes ou d'infraction unique, Définition du marché pertinent au niveau de la molécule du médicament concerné, Amendes, Cumul d'amendes au titre des articles 101 et 102 TFUE, Principe de légalité des délits et des peines, Valeur des ventes, Modalités de calcul en cas de cumul d'infractions sur les mêmes marché, Competition, Agreements, decisions and concerted practices, Abuse of a dominant position, Market for perindopril, a medicinal product intended for the treatment of cardiovascular diseases, in its originator and generic versions, Decision finding an infringement of Articles 101 and 102 TFEU, Principle of impartiality, Consultation of the Advisory, Committee on Restrictive, Practices and Dominant, Positions, Right to an effective remedy, Brevity of the period of time for lodging applications in the light of the length of the contested decision, Patent dispute settlement agreements, Licensing agreements, Technology acquisition agreements, Exclusive purchasing agreement, Potential competition, Restriction of competition by object, Restriction of competition by effect, Balance between competition law and patent law, Classification as separate infringements or as a single infringement, Definition of the relevant market at the level of the compound of the medicinal product concerned, Fines, Imposition of cumulative fines under Articles 101 and 102 TFEU, Principle that offences and penalties must have a proper legal basis, Value of sales, Method of calculation in the event of cumulative infringements on the same markets, Wettbewerb, Kartelle, Missbrauch einer beherrschenden Stellung, Markt für das Herz-Kreislauf-Medikament, Perindopril (Originalpräparat und Generika), Beschluss, mit dem eine Zuwiderhandlung gegen die Art. 101 und 102 AEUV festgestellt wird, Grundsatz der Unparteilichkeit, Anhörung des Beratenden, Ausschusses für Kartell- und Monopolfragen, Recht auf einen wirksamen Rechtsbehelf, Kürze der Klagefrist im Verhältnis zur Länge des angefochtenen Beschlusses, Vereinbarungen zur gütlichen Beilegung von Patentrechtsstreitigkeiten, Lizenzvereinbarungen, Vereinbarungen über den Erwerb von Technologie, Alleinbezugsvereinbarung, Potenzieller Wettbewerb, Bezweckte Wettbewerbsbeschränkung, Bewirkte Wettbewerbsbeschränkung, Abstimmung zwischen Wettbewerbsrecht und Patentrecht, Einstufung als gesonderte Zuwiderhandlungen oder als einheitliche Zuwiderhandlung, Definition des relevanten Marktes auf der Ebene des Moleküls des betreffenden Arzneimittels,

Geldbußen, Kumulierung von Geldbußen nach den Art. 101 und 102 AEUV, Grundsatz der Gesetzmäßigkeit im Zusammenhang mit Straftaten und Strafen, Umsatz, Berechnungsmethode im Fall der Kumulierung von Zuwiderhandlungen auf denselben Märkten

**Rechtsgebiet:**

Europarecht, ausl. Recht, Völkerrecht

**Schlagworte:**

Concurrence, Ententes, Abus de position dominante, Marché du périndopril, médicament destiné au traitement des maladies cardiovasculaires, dans ses versions princeps et génériques, Décision constatant une infraction aux articles 101 et 102 TFUE, Principe d'impartialité, Consultation du comité consultatif en matière d'ententes et de positions dominantes, Droit à un recours effectif, Brièveté du délai de recours au regard de la longueur de la décision attaquée, Accords de règlement amiable de litiges en matière de brevets, Accords de licence, Accords d'acquisition de technologie, Accord d'achat exclusif, Concurrence potentielle, Restriction de concurrence par objet, Restriction de concurrence par effet, Conciliation entre droit de la concurrence et droit des brevets, Qualification d'infractions distinctes ou d'infraction unique, Définition du marché pertinent au niveau de la molécule du médicament concerné, Amendes, Cumul d'amendes au titre des articles 101 et 102 TFUE, Principe de légalité des délits et des peines, Valeur des ventes, Modalités de calcul en cas de cumul d'infractions sur les mêmes marché, Competition, Agreements, decisions and concerted practices, Abuse of a dominant position, Market for perindopril, a medicinal product intended for the treatment of cardiovascular diseases, in its originator and generic versions, Decision finding an infringement of Articles 101 and 102 TFEU, Principle of impartiality, Consultation of the Advisory, Committee on Restrictive, Practices and Dominant, Positions, Right to an effective remedy, Brevity of the period of time for lodging applications in the light of the length of the contested decision, Patent dispute settlement agreements, Licensing agreements, Technology acquisition agreements, Exclusive purchasing agreement, Potential competition, Restriction of competition by object, Restriction of competition by effect, Balance between competition law and patent law, Classification as separate infringements or as a single infringement, Definition of the relevant market at the level of the compound of the medicinal product concerned, Fines, Imposition of cumulative fines under Articles 101 and 102 TFEU, Principle that offences and penalties must have a proper legal basis, Value of sales, Method of calculation in the event of cumulative infringements on the same markets, Wettbewerb, Kartelle, Missbrauch einer beherrschenden Stellung, Markt für das Herz-Kreislauf-Medikament, Perindopril (Originalpräparat und Generika), Beschluss, mit dem eine Zuwiderhandlung gegen die Art. 101 und 102 AEUV festgestellt wird, Grundsatz der Unparteilichkeit, Anhörung des Beratenden, Ausschusses für Kartell- und Monopolfragen, Recht auf einen wirksamen Rechtsbehelf, Kürze der Klagefrist im Verhältnis zur Länge des angefochtenen Beschlusses, Vereinbarungen zur gütlichen Beilegung von Patentrechtsstreitigkeiten, Lizenzvereinbarungen, Vereinbarungen über den Erwerb von Technologie, Alleinbezugsvereinbarung, Potenzieller Wettbewerb, Bezweckte

Wettbewerbsbeschränkung, Bewirkte Wettbewerbsbeschränkung, Abstimmung zwischen Wettbewerbsrecht und Patentrecht, Einstufung als gesonderte Zuwiderhandlungen oder als einheitliche Zuwiderhandlung, Definition des relevanten Marktes auf der Ebene des Moleküls des betreffenden Arzneimittels, Geldbußen, Kumulierung von Geldbußen nach den Art. 101 und 102 AEUV, Grundsatz der Gesetzmäßigkeit im Zusammenhang mit Straftaten und Strafen, Umsatz, Berechnungsmethode im Fall der Kumulierung von Zuwiderhandlungen auf denselben Märkten

**Parteien:**

**Kläger:**

Servier SAS

Servier Laboratories Ltd

Les Laboratoires Servier SAS

**Beklagter:**

Europäische Kommission

**Fundstellen:**

BeckRS 2018, [37325](#)

BeckRS 2018, [37325](#)

**ECLI:**

ECLI:EU:T:2018:922

**CELEX:**

CELEX 62014TJ0691

**Rechtskraft:**

unbekannt

Text1

URTEIL DES GERICHTS (Neunte erweiterte Kammer)

12. Dezember 2018\*

In der Rechtssache [T-691/14](#),

Servier SAS mit Sitz in Suresnes (Frankreich),

Servier Laboratories Ltd mit Sitz in Wexham (Vereinigtes Königreich),

Les Laboratoires Servier SAS mit Sitz in Suresnes,

Prozessbevollmächtigte: zunächst I. S. Forrester, QC, J. Killick, Barrister, Rechtsanwalt O. de Juvigny und M. Utges Manley, Solicitor, dann J. Killick, O. de Juvigny, M. Utges Manley sowie Rechtsanwälte J. Jourdan und T. Reymond,

Klägerinnen,

unterstützt durch

European Federation of Pharmaceutical Industries and Associations (EFPIA) mit Sitz in Genf (Schweiz),

Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwälte F. Carlin, Barrister, N. Niejahr und C. Paillard,

Streithelferin,

gegen

Europäische Kommission, vertreten zunächst durch T. Christoforou, B. Mongin, C. Vollrath, F. Castilla Contreras und T. Vecchi, dann durch T. Christoforou, B. Mongin, C. Vollrath, F. Castilla Contreras und J. Norris-Usher als Bevollmächtigte,

Beklagte,

betreffend eine Klage nach Art. 263 AEUV auf Nichtigerklärung des Beschlusses C(2014) 4955 final der Kommission vom 9. Juli 2014 in einem Verfahren zur Anwendung der Artikel 101 und 102 AEUV (Sache AT.39612 - Perindopril [Servier]), soweit er die Klägerinnen betrifft, hilfsweise, auf Herabsetzung der mit diesem Beschluss gegen sie verhängten Geldbuße,

erlässt

DAS GERICHT (Neunte erweiterte Kammer)

unter Mitwirkung des Präsidenten S. Gervasoni (Berichterstatter), der Richter E. Bieliūnas, L. Madise und R. da Silva Passos sowie der Richterin K. Kowalik-Bańczyk,

Kanzler: G. Predonzani, Verwaltungsrätin,

aufgrund des schriftlichen Verfahrens und auf die mündliche Verhandlung vom 6. bis 9. Juni 2017

folgendes

Urteil<sup>1</sup>

## **Tenor:**

1. Art. 4 des Beschlusses C(2014) 4955 final der Kommission vom 9. Juli 2014 in einem Verfahren zur Anwendung der Artikel 101 und 102 AEUV (Sache AT.39612 - Perindopril [Servier]) wird für nichtig erklärt, soweit damit die Beteiligung der Servier SAS und der Laboratoires Servier SAS an den in diesem Artikel genannten Zuwiderhandlungen festgestellt wird.
2. Art. 6 des Beschlusses C(2014) 4955 final wird für nichtig erklärt.
3. Art. 7 Abs. 4 Buchst. b und Abs. 6 des Beschlusses C(2014) 4955 final wird für nichtig erklärt.
4. Der Betrag der Servier und Laboratoires Servier wegen der in Art. 2 des Beschlusses C(2014) 4955 final genannten Zuwiderhandlung auferlegten Geldbuße, wie er sich aus Art. 7 Abs. 2 Buchst. b dieses Beschlusses ergibt, wird auf 55 385.190 Euro festgesetzt.
5. Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.
6. Servier, die Servier Laboratories Ltd und Laboratoires Servier auf der einen und die Europäische Kommission auf der anderen Seite tragen ihre eigenen Kosten.
7. Die European Federation of Pharmaceutical Industries and Associations (EFPIA) trägt ihre eigenen Kosten.

## **Gründe:**

### **I. Sachverhalt**

#### **A. Die Klägerinnen**

**1**Die Servier-Gruppe, die u. a. aus der Servier SAS, ihrer in Frankreich niedergelassenen Muttergesellschaft, der Laboratoires Servier SAS und der Servier Laboratories Ltd (im Folgenden einzeln oder zusammen: Servier oder Klägerinnen) besteht, umfasst pharmazeutische Unternehmen weltweit. Die alleinige Kontrolle der Verwaltung der Muttergesellschaft der Gruppe liegt bei der Stichting FIRS, einer Stiftung ohne Gewinnzweck niederländischen Rechts.

## B. Perindopril und seine Patente

### 1. Perindopril

2Servier entwickelte Perindopril, ein Herz-Kreislauf-Medikament, das hauptsächlich zur Behandlung von arterieller Hypertonie und Herzinsuffizienz durch Hemmung des Angiotensinkonvertierenden Enzyms (im Folgenden: ACE) bestimmt ist.

3Der pharmazeutische Wirkstoff von Perindopril, also die biologisch aktive chemische Substanz, die die gewünschte therapeutische Wirkung hervorruft, liegt in Form eines Salzes vor. Das ursprünglich eingesetzte Salz war Erbumin (oder tert-Butylamin), das wegen des von Servier zu seiner Synthese verwendeten Verfahrens Kristallform hat.

### 2. Patent für das Molekül

4Das Patent für das Perindopril-Molekül (Patent EP0049658) wurde am 29. September 1981 beim Europäischen Patentamt (EPA) angemeldet. Es sollte am 29. September 2001 ablaufen, sein Schutz wurde aber in mehreren Mitgliedstaaten der Europäischen Union gemäß der Verordnung (EWG) Nr. 1768/92 des Rates vom 18. Juni 1992 über die Schaffung eines ergänzenden Schutzzertifikats (ABl. 1992, L 182, S. 1) verlängert, darunter im Vereinigten Königreich bis zum 22. Juni 2003. In Frankreich wurde es bis zum 22. März 2005 und in Italien bis zum 13. Februar 2009 verlängert.

### 3. Sekundärpatente

51988 meldete Servier beim EPSA zudem mehrere Patente für Verfahren zur Herstellung des Perindopril-Moleküls an, die am 16. September 2008 abliefen: Patente EP0308339, EP0308340, EP0308341 und EP0309324 (im Folgenden: Patent 339, Patent 340, Patent 341 und Patent 324).

62001 meldete Servier beim EPA neue Patente für Erbumin und Verfahren zu seiner Herstellung an, darunter das Patent EP1294689 (sogenanntes Beta-Patent, im Folgenden: Patent 689), das Patent EP1296948 (sogenanntes Gamma-Patent, im Folgenden: Patent 948) und das Patent EP1296947 (sogenanntes Alpha-Patent, im Folgenden: Patent 947).

7Das Patent 947 betreffend die Alpha-Kristallform von Erbumin und das Verfahren zu ihrer Zubereitung wurde am 6. Juli 2001 angemeldet und am 4. Februar 2004 vom EPA erteilt.

8Servier meldete auch nationale Patente in mehreren Mitgliedstaaten der Union an, bevor diese dem Europäischen Patentübereinkommen, das am 5. Oktober 1973 in München unterzeichnet wurde und am 7. Oktober 1977 in Kraft trat (im Folgenden: EPÜ), beitraten. Zum Beispiel meldete Servier dem Patent 947 entsprechende Patente in Bulgarien (BG 107532), in der Tschechischen Republik (PV2003-357), in Estland (P200300001), in Ungarn (HU225340), in Polen (P348492) und in der Slowakei (PP0149-2003) an. Alle diese Patentanmeldungen trugen dasselbe Einreichungsdatum, den 6. Juli 2001. Die Patente wurden am 16. Mai 2006 in Bulgarien, am 17. August 2006 in Ungarn, am 23. Januar 2007 in der Tschechischen Republik, am 23. April 2007 in der Slowakei und am 24. März 2010 in Polen erteilt.

### 4. Perindopril der zweiten Generation

92002 begann Servier mit der Entwicklung eines Perindopriils der zweiten Generation, das auf der Basis eines anderen Salzes als Erbumin, nämlich Arginin, hergestellt wurde. Perindopril-Arginin sollte Verbesserungen hinsichtlich der Haltbarkeit (drei statt zwei

Jahre), der Stabilität (einheitliche Darreichungsform für alle Klimazonen) und der Lagerung (keine besonderen Lagerbedingungen) aufweisen.

**10**Servier meldete für Perindopril-Arginin am 17. Februar 2003 ein europäisches Patent an (Patent EP1354873B, im Folgenden: Patent 873). Das Patent 873 wurde am 17. Juli 2004 mit Ablaufdatum 17. Februar 2023 erteilt. Die Einführung von Perindopril-Arginin auf den Märkten der Union begann 2006.

#### C. Die Rechtsstreitigkeiten betreffend Perindopril

##### 1. Streitigkeiten vor dem EPA

**11**Zehn Generikahersteller, darunter die Niche Generics Ltd (im Folgenden: Niche), die Krka Tovarna Zdravil d.d. (im Folgenden: Krka), die Lupin Ltd und die Norton Healthcare Ltd, Tochtergesellschaft der Ivax Europe (im Folgenden: Ivax), die später mit der Teva Pharmaceuticals Ltd fusionierte (im Folgenden einzeln oder zusammen mit den anderen Gesellschaften der Teva-Gruppe: Teva), legten 2004 beim EPA Einspruch gegen das Patent 947 ein, um dessen Widerruf zu erwirken, wobei sie das Fehlen von Neuheit und erfinderischer Tätigkeit sowie unzureichende Offenbarung der Erfindung geltend machten.

**12**Am 27. Juli 2006 bestätigte die Einspruchsabteilung des EPA nach kleineren Änderungen der ursprünglichen Patentansprüche von Servier die Gültigkeit des Patents 947 (im Folgenden: Entscheidung des EPA vom 27. Juli 2006). Sieben Gesellschaften legten Beschwerde gegen diese Entscheidung ein. Niche zog sich am 9. Februar 2005, Krka am 11. Januar 2007 und Lupin am 5. Februar 2007 vom Einspruchsverfahren zurück. Mit Entscheidung vom 6. Mai 2009 hob die Technische Beschwerdekammer des EPA die Entscheidung des EPA vom 27. Juli 2006 auf und widerrief das Patent 947. Der von Servier gestellte Antrag auf Überprüfung dieser Entscheidung wurde am 19. März 2010 zurückgewiesen.

**13**Niche legte am 11. August 2004 beim EPA ebenfalls Einspruch gegen das Patent 948 ein, zog sich aber am 14. Februar 2005 vom Verfahren zurück.

**14**Teva legte am 13. April 2005 Einspruch gegen das Patent 873 ein. Die Einspruchsabteilung wies diesen Einspruch mit der Begründung zurück, Teva habe nicht nachgewiesen, dass dieses Patent auf einer unzureichenden erfinderischen Tätigkeit beruhe. Teva legte gegen diese Entscheidung am 22. Dezember 2008 Beschwerde ein, die sie am 8. Mai 2012 zurücknahm.

##### 2. Rechtsstreitigkeiten vor nationalen Gerichten

**15**Das Patent 947 wurde von Generikaherstellern zudem vor den Gerichten einiger Mitgliedstaaten, u. a. der Niederlande und des Vereinigten Königreichs, angefochten.

###### a) Rechtsstreit zwischen Servier und Niche sowie Matrix

**16**Im Vereinigten Königreich erhob Servier am 25. Juni 2004 beim High Court of Justice (England & Wales), Chancery Division (patents court) (Hoher Gerichtshof [England und Wales], Chancery-Abteilung [Patentkammer], Vereinigtes Königreich) unter Berufung auf ihre Patente 339, 340 und 341 eine Klage wegen Patentverletzung gegen Niche, nachdem diese Anträge auf Genehmigung für das Inverkehrbringen einer generischen Version von Perindopril im Vereinigten Königreich gestellt hatte, die sie in Zusammenarbeit mit der Matrix Laboratories Ltd (im Folgenden: Matrix) auf der Grundlage einer am 26. März 2001 geschlossenen Vereinbarung (im Folgenden: Niche-Matrix-Vereinbarung) entwickelt hatte. Am 9. Juli 2004 stellte Niche Servier eine Gegenklage auf Nichtigerklärung des Patents 947 zu.

**17**Die mündliche Verhandlung vor dem vorgenannten Gericht über die Begründetheit der geltend gemachten Patentverletzung wurde auf den 7. und 8. Februar 2005 anberaumt, dauerte jedoch nur einen halben Tag, da Servier und Niche am 8. Februar 2005 einen Vergleich schlossen, mit dem der Rechtsstreit zwischen diesen beiden Parteien beendet wurde.

**18**Matrix wurde von Niche über den Verlauf dieses Gerichtsverfahrens informiert und in dieses auch einbezogen und gab vor dem High Court of Justice (England & Wales), Chancery Division (patents court) (Hoher Gerichtshof [England und Wales], Chancery-Abteilung [Patentkammer]) Erklärungen im Namen von Niche ab. Servier übersandte Matrix am 7. Februar 2005 im Übrigen ein förmliches Abmahnungsschreiben, in dem sie dieser Gesellschaft die Verletzung der Patente 339, 340 und 341 vorwarf und ihr mit der Erhebung einer Patentverletzungsklage drohte.

**19**Im Herbst 2004 begann Servier, einen Erwerb von Niche zu erwägen. Zu diesem Zweck ließ Servier eine Due-Diligence-Prüfung durchführen, deren erste Phase am 10. Januar 2005 abgeschlossen wurde; an diesem Tag legte sie ein nicht bindendes Vorangebot für den Erwerb des Kapitals von Niche für einen Betrag zwischen 15 und 45 Mio. Pfund Sterling (GBP) vor. Im Anschluss an die zweite Phase der Due-Diligence-Prüfung, die am 21. Januar 2005 stattfand, teilte Servier Niche am 31. Januar 2005 mündlich mit, dass sie deren Erwerb nicht mehr beabsichtige.

b) Rechtsstreitigkeiten zwischen Servier und Ivax sowie Teva

**20**Im Vereinigten Königreich erhob Ivax am 9. August 2005 beim High Court of Justice (England & Wales), Chancery Division (patents court) (Hoher Gerichtshof [England und Wales], Chancery-Abteilung [Patentkammer]) eine Klage auf Widerruf des Patents 947. Servier und Ivax verständigten sich jedoch im Oktober 2005 auf eine Aussetzung des Verfahrens bis zum Erlass des endgültigen Beschlusses im Einspruchsverfahren vor dem EPA. Im Gegenzug verpflichtete sich Servier gegenüber Ivax, ihren Lizenznehmern und ihren Kunden, für die Dauer der Aussetzung und im Vereinigten Königreich keine rechtlichen Schritte einzuleiten, keine Erstattung von Gewinnen und keinen anderen finanziellen Ausgleich als eine angemessene Gebühr für die Verletzung des Patents 947 zu verlangen und keinen Antrag auf vorläufigen Rechtsschutz oder Aushändigung von Waren zu stellen. Servier verpflichtete sich ferner, das Verfahren vor dem EPA zügig weiterzuverfolgen und keine einstweilige Verfügung im Rahmen einer Patentverletzungsklage nach Abschluss des Verfahrens vor dem EPA zu beantragen.

**21**In den Niederlanden erhob die Pharmachemie BV, eine Tochtergesellschaft von Teva, bei der Rechtbank Den Haag (Bezirksgericht Den Haag, Niederlande) am 15. August 2007 eine Klage auf Widerruf des Patents 947 in der in den Niederlanden bestätigten Fassung wegen Fehlens von Neuheit und erfinderischer Tätigkeit sowie Nichtreproduzierbarkeit. Das angerufene Gericht gab dieser Klage am 11. Juni 2008 statt. Servier legte gegen dieses Urteil am 7. Oktober 2008 Berufung ein, reichte jedoch in der Folge keine Berufungsbegründung ein.

c) Rechtsstreit zwischen Servier und Krka

**22**Am 30. Mai 2006 stellte Servier in Ungarn einen Antrag auf einstweilige Verfügung, um den Vertrieb einer von Krka auf den Markt gebrachten generischen Version von Perindopril wegen Verletzung des Patents 947 verbieten zu lassen. Dieser Antrag wurde im September 2006 zurückgewiesen.

**23**Im Vereinigten Königreich erhob Servier am 28. Juli 2006 beim High Court of Justice (England & Wales), Chancery Division (patents court) (Hoher Gerichtshof [England und Wales], Chancery-Abteilung [Patentkammer]) gegen Krka eine Klage wegen Verletzung des Patents 340. Am 2. August 2006 erhob sie gegen Krka zudem eine Klage wegen Verletzung des Patents 947 und beantragte den Erlass einer einstweiligen Verfügung. Am 1. September 2006 erhob Krka eine Widerklage auf Nichtigerklärung des Patents 947 und am 8. September 2006 eine weitere Widerklage auf Nichtigerklärung des Patents 340. Am 3. Oktober 2006 gab das angerufene Gericht dem Antrag von Servier auf einstweilige Verfügung statt und wies den von Krka am 1. September 2006 gestellten Antrag auf Durchführung eines summarischen Verfahrens (motion of summary judgment) zur Ungültigerklärung des Patents 947 zurück. Nachdem die Parteien einen Vergleich geschlossen hatten, wurde das anhängige Verfahren am 1. Dezember 2006 für erledigt erklärt, und die einstweilige Verfügung wurde aufgehoben.

d) Rechtsstreit zwischen Servier und Lupin

**24**Am 18. Oktober 2006 erhob Lupin beim High Court of Justice (England & Wales), Chancery Division (patents court) (Hoher Gerichtshof [England und Wales], Chancery-Abteilung [Patentkammer]) eine Klage auf Ungültigerklärung des Patents 947 in der im Vereinigten Königreich bestätigten Fassung und auf Feststellung, dass keine Verletzung dieses Patents durch die generische Version von Perindopril vorliege, die sie in diesem Land vertreiben wolle.

e) Rechtsstreitigkeiten zwischen Servier und Apotex

**25**Im Vereinigten Königreich erhob Servier am 1. August 2006 beim High Court of Justice (England & Wales), Chancery Division (patents court) (Hoher Gerichtshof [England und Wales], Chancery-Abteilung [Patentkammer]) gegen die Apotex Inc., die am 28. Juli 2006 eine generische Version von Perindopril auf den Markt gebracht hatte, eine Klage wegen Verletzung des Patents 947. Apotex erhob eine Widerklage auf Nichtigerklärung dieses Patents. Am 8. August 2006 erging eine einstweilige Verfügung, mit der Apotex untersagt wurde, Perindopril einzuführen, zum Verkauf anzubieten oder zu verkaufen. Am 6. Juli 2007 entschied das angerufene Gericht, dass das Patent 947 wegen Fehlens von Neuheit und erfinderischer Tätigkeit gegenüber dem Patent 341 ungültig sei. Die einstweilige Verfügung wurde demgemäß mit sofortiger Wirkung aufgehoben, und Apotex konnte den Verkauf ihrer generischen Version von Perindopril auf dem Markt des Vereinigten Königreichs wieder aufnehmen. Die von Servier gegen das vorgenannte Urteil eingelegte Berufung wies der Court of Appeal (England & Wales) (Civil division) (Berufungsgericht [England und Wales] [Zivilabteilung], Vereinigtes Königreich) am 9. Mai 2008 zurück.

**26**Am 9. Oktober 2008 erkannte der High Court of Justice (England & Wales), Chancery Division (patents court) (Hoher Gerichtshof [England und Wales], Chancery-Abteilung [Patentkammer]) Apotex wegen der während der Geltung der einstweiligen Verfügung erlittenen Umsatzeinbuße Schadensersatz in Höhe von 17,5 Mio. GBP zu. Am 29. März 2011 gab dieses Gericht Apotex jedoch auf, Servier diesen Betrag zurückzuerstatten, wobei es sich auf den Grundsatz ex turpi causa stützte, da Perindopril bis 2018 durch ein gültiges kanadisches Patent geschützt sei und Apotex ihr Arzneimittel in Kanada herstelle und verkaufe. Der Court of Appeal (England & Wales) (Civil division) (Berufungsgericht [England und Wales] [Zivilabteilung]) hob diese Entscheidung indes mit Urteil vom 3. Mai 2012 auf. Am 29. Oktober 2014 wies der Supreme Court of the United Kingdom (Oberster



Gerichtshof des Vereinigten Königreichs) das von Servier gegen dieses Urteil eingelegte Rechtsmittel zurück.

**27**In den Niederlanden erhob die Katwijk Farma BV, eine Tochtergesellschaft von Apotex, bei der Rechtbank Den Haag (Bezirksgericht Den Haag) am 13. November 2007 eine Klage auf Nichtigkeitsklärung des Patents 947 in der in den Niederlanden bestätigten Fassung. Servier stellte am 7. Dezember 2007 einen Antrag auf einstweilige Verfügung gegen Katwijk Farma, der am 30. Januar 2008 von diesem Gericht zurückgewiesen wurde. Nachdem die Rechtbank Den Haag (Bezirksgericht Den Haag) am 11. Juni 2008 das Patent 947 im Verfahren über die von Pharmachemie erhobene Klage für die Niederlande für nichtig erklärt hatte, zogen sich Servier und Katwijk Farma aus den laufenden Verfahren zurück.

D. Die Vergleiche in den Rechtsstreitigkeiten über die Patente

**28**Servier schloss eine Reihe von Patentvergleichsvereinbarungen mit mehreren Generikaunternehmen, mit denen sie Patentrechtsstreitigkeiten führte. Mit Apotex schloss sie jedoch keinen Vergleich.

1. Von Servier mit Niche und Unichem und mit Matrix geschlossene Vereinbarungen

**29**Am 8. Februar 2005 schloss Servier zwei Vergleichsvereinbarungen, die eine mit Niche und deren Muttergesellschaft, der Unichem Laboratories Ltd (im Folgenden: Unichem), und die andere mit Matrix. Am selben Tag schloss Niche einen Lizenz- und Liefervertrag mit Biogaran, einer 100%igen Tochtergesellschaft von Laboratoires Servier.

**30**Die von Servier mit Niche und Unichem geschlossene Vereinbarung im Folgenden: Niche-Vereinbarung) galt für alle Länder, in denen die Patente 339, 340, 341 und 947 bestanden (Art. 3).

**31**Mit der Niche-Vereinbarung verpflichteten sich Niche und Unichem, bis zum gebietlichen Ablaufdatum dieser Patente kein generisches Perindopril, das nach dem von Niche entwickelten Verfahren hergestellt worden war und von Servier als Verletzung der Patente 339, 340 und 341 in der im Vereinigten Königreich bestätigten Fassung angesehen wurde, oder das nach einem im Wesentlichen gleichartigen Verfahren oder nach irgendeinem anderen Verfahren, durch das die Patente 339, 340 und 341 verletzt werden könnten, hergestellt worden war (im Folgenden: streitiges Verfahren), herzustellen, herstellen zu lassen, zu besitzen, einzuführen, zu liefern, seine Lieferung anzubieten oder darüber zu verfügen (Art. 3). Dagegen sollten sie gemäß der Niche-Vereinbarung nach dem streitigen Verfahren ohne Verletzung dieser Patente hergestelltes Perindopril nach deren Ablauf frei vertreiben können (Art. 4 und 6). Niche war zudem verpflichtet, alle von ihr bereits geschlossenen Verträge über nach dem streitigen Verfahren hergestelltes Perindopril und über Anträge auf Genehmigung für das Inverkehrbringen solchen Perindoprils bis zum Ablauf dieser Patente aufzuheben, zu kündigen oder auszusetzen (Art. 11). Ferner verpflichteten sich Niche und Unichem, keinen Antrag auf Genehmigung für das Inverkehrbringen von nach dem streitigen Verfahren hergestelltem Perindopril zu stellen und keinen Dritten dabei zu unterstützen, eine solche Genehmigung zu erlangen (Art. 10). Schließlich mussten sie es unterlassen, Klage wegen Patentverletzung oder auf Feststellung des Fehlens einer Patentverletzung in Bezug auf die Patente 339, 340, 341, 947, 689 und 948 bis zu deren Ablauf außer zur Verteidigung im Rahmen einer Patentverletzungsklage zu erheben (Art. 8). Niche willigte

außerdem darin ein, ihre beim EPA erhobenen Einsprüche gegen die Patente 947 und 948 zurückzuziehen (Art. 7).

**32**Im Gegenzug verpflichtete sich Servier zum einen, gegen Niche und Unichem keine auf die Patente 339, 340, 341 und 947 gestützte Klage wegen vermeintlicher Patentverletzungshandlungen aus der Zeit vor Abschluss der Niche-Vereinbarung zu erheben (Art. 5), und zum anderen, an Niche und an Unichem einen Betrag von 11,8 Mio. GBP in zwei Raten zu zahlen (Art. 13). Dieser Betrag stellte die Gegenleistung dar für die von Niche und Unichem eingegangenen Verpflichtungen sowie die „erheblichen Kosten und die potenzielle Haftung von Niche und Unichem wegen Einstellung ihres Programms zur Entwicklung von nach dem [streitigen] Verfahren hergestelltem Perindopril“.

**33**Zudem schloss Niche am 8. Februar 2005 einen Lizenz- und Liefervertrag mit Biogaran (im Folgenden: Biogaran-Vereinbarung) betreffend die Überlassung zum einen aller im Besitz von Niche befindlichen und für die Erlangung der Genehmigungen für das Inverkehrbringen erforderlichen Informationen und Daten zu drei Arzneimitteln und zum anderen ihrer französischen Genehmigung für das Inverkehrbringen für eines dieser Arzneimittel. Im Gegenzug sollte Biogaran an Niche einen Betrag von 2,5 Mio. GBP zahlen, der nicht rückzahlbar war, und zwar auch dann nicht, wenn Biogaran die Genehmigungen für das Inverkehrbringen nicht erhalten sollte. Biogaran musste ferner nach Erlangung ihrer Genehmigungen für das Inverkehrbringen die betreffenden Erzeugnisse bei Niche bestellen. Falls die Genehmigungen für das Inverkehrbringen nicht innerhalb von 18 Monaten nach Inkrafttreten der Vereinbarung erteilt würden, sollte diese automatisch aufgelöst werden (Art. 14.4), ohne dass eine der Parteien Anspruch auf eine Entschädigung hätte (Art. 14.5).

**34**Die zwischen Servier und Matrix geschlossene Vereinbarung (im Folgenden: Matrix-Vereinbarung) galt für alle Länder, in denen die Patente 339, 340, 341 und 947 bestanden, mit Ausnahme eines nicht zum Europäischen Wirtschaftsraum (EWR) gehörenden Staates (Abschnitt 1 Abs. 1 Ziff. xiii der Matrix-Vereinbarung).

**35**Mit der Matrix-Vereinbarung verpflichtete sich Matrix, bis zum gebietlichen Ablaufdatum dieser Patente kein nach dem streitigen Verfahren hergestelltes generisches Perindopril herzustellen, herstellen zu lassen, zu besitzen, einzuführen, zu liefern, seine Lieferung anzubieten oder darüber zu verfügen (Art. 1 und 2). Dagegen sollte Matrix gemäß der Vereinbarung nach dem streitigen Verfahren ohne Verletzung dieser Patente hergestelltes Perindopril nach deren Ablauf frei vertreiben können (Art. 4). Matrix war zudem verpflichtet, alle von ihr bereits geschlossenen Verträge über nach dem streitigen Verfahren hergestelltes Perindopril und über Anträge auf Genehmigung für das Inverkehrbringen solchen Perindoprials bis zum 30. Juni 2005 aufzuheben, zu kündigen oder auszusetzen (Art. 7 und 8). Ferner verpflichtete sie sich, keinen Antrag auf Genehmigung für das Inverkehrbringen von nach dem streitigen Verfahren hergestelltem Perindopril zu stellen und keinen Dritten dabei zu unterstützen, eine solche Genehmigung zu erlangen (Art. 6). Schließlich musste es Matrix unterlassen, Klage wegen Patentverletzung oder auf Feststellung des Fehlens einer Patentverletzung in Bezug auf die Patente 339, 340, 341, 947, 689 und 948 bis zu deren Ablauf außer zur Verteidigung im Rahmen einer Patentverletzungsklage zu erheben (Art. 5).

**36**Im Gegenzug verpflichtete sich Servier zum einen, gegen Matrix keine auf die Patente 339, 340, 341 und 947 gestützte Klage wegen vermeintlicher Patentverletzungshandlungen aus der Zeit vor Abschluss der Matrix-Vereinbarung zu

erheben (Art. 3), und zum anderen, an Matrix einen Betrag von 11,8 Mio. GBP in zwei Raten zu zahlen (Art. 9). Dieser Betrag stellte die Gegenleistung dar für die von Matrix eingegangenen Verpflichtungen sowie die „erheblichen Kosten und die potenzielle Haftung vom Matrix wegen Einstellung ihres Programms zur Entwicklung von nach dem [streitigen] Verfahren hergestelltem Perindopril“.

## 2. Von Servier mit Teva geschlossene Vereinbarung

**37**Am 13. Juni 2006 schloss Servier mit Teva eine Vergleichs- und Alleinbezugsvereinbarung (im Folgenden: Teva-Vereinbarung). Die Teva-Vereinbarung bezog sich auf Perindopril-Erbumin (Art. 1.12).

**38**Gemäß den Klauseln betreffend den Vergleich verpflichtete sich Teva, sämtliches in ihrem Eigentum oder unter ihrer Kontrolle stehendes und zum Verkauf im Vereinigten Königreich bestimmtes Perindopril zu vernichten (Art. 2.2). Teva durfte zudem im Vereinigten Königreich bis zur Kündigung oder zum Auslaufen der Teva-Vereinbarung oder bis zum Ablauf der Patente 339, 340, 341 und 947 kein generisches Perindopril, das nach dem von ihr entwickelten Verfahren hergestellt worden war und von Servier als Verletzung dieser Patente in der im Vereinigten Königreich bestätigten Fassung angesehen wurde, herstellen, herstellen lassen, besitzen, einführen, liefern, seine Lieferung anbieten oder darüber verfügen (Art. 2.3). Ferner verpflichtete sich Teva, während der Laufzeit der Teva-Vereinbarung im Vereinigten Königreich die vorgenannten Patente nicht anzufechten, wobei es ihr nicht verwehrt war, ihr Einspruchsverfahren gegen die streitigen Patente beim EPA weiterzuverfolgen (Art. 2.4).

**39**Als Gegenleistung für die von Teva eingegangenen Verpflichtungen verpflichtete sich Servier, auf alle Ansprüche gegen Teva aus einer etwaigen Verletzung der streitigen Patente im Vereinigten Königreich aus der Zeit vor Inkrafttreten der Teva-Vereinbarung zu verzichten (Art. 2.1).

**40**Gemäß den Klauseln betreffend die Alleinbezugsverpflichtung verpflichtete sich Teva, während der Laufzeit der Teva-Vereinbarung ihren gesamten Bedarf an zum Vertrieb im Vereinigten Königreich bestimmtem generischem Perindopril bei Servier zu decken (Art. 3.1 und 1.14). Für den Fall der Nichtlieferung durch Servier stand Teva kein Klage- oder Kündigungsrecht, sondern ein Anspruch auf eine pauschale Entschädigung in Höhe von monatlich 500 000 GBP zu (Art. 1.8 und 3.8.3).

**41**Gemäß ihren allgemeinen Bestimmungen wurde die Teva-Vereinbarung für eine Laufzeit von drei Jahren geschlossen und konnte um zwei weitere Jahre verlängert werden (Art. 8.1 und 8.2). Ferner sollte Servier bei Unterzeichnung der Teva-Vereinbarung gegen Vorlage einer „angemessenen Rechnung“ an Teva einen Betrag von 5 Mio. GBP zahlen als „Beitrag zu den Teva bei der Vorbereitung dieser Vereinbarung entstandenen Kosten, einschließlich und ohne Begrenzung der Kosten im Zusammenhang mit der Kündigung ihrer für das Vereinigte Königreich bestehenden Lieferverträge“ (Art. 10).

**42**Am 23. Februar 2007 vereinbarten Servier und Teva einen Zusatz zur Teva-Vereinbarung (im Folgenden: Zusatz zur Teva-Vereinbarung), mit dem die tatsächliche Durchführung der Alleinbezugsverpflichtung bestätigt und ein Zeitpunkt festgesetzt wurde, ab dem Teva das von Servier gelieferte generische Perindopril sollte vertreiben können. Dieser Zeitpunkt sollte entweder einseitig von Servier festgelegt werden oder aber dem Zeitpunkt des Widerrufs bzw. des Ablaufs des Patents 947 oder dem Zeitpunkt entsprechen, zu dem Apotex im Anschluss an die Beendigung des Rechtsstreits zwischen

ihr und Servier mit dem Vertrieb des generischen Perindopriils im Vereinigten Königreich beginnen würde.

### 3. Von Servier mit Krka geschlossene Vereinbarungen

**43**Am 27. Oktober 2006 schloss Servier mit Krka eine Vergleichs- und eine Lizenzvereinbarung, die durch einen Zusatz vom 2. November 2006 ergänzt wurde.

**44**Nach der mit Krka geschlossenen Vergleichsvereinbarung deckte das Patent 947 auch die entsprechenden nationalen Patente ab (Anhang B).

**45**Mit dieser Vergleichsvereinbarung, die bis zum Ablauf oder bis zum Widerruf der Patente 947 oder 340 in Kraft war, verpflichtete sich Krka, auf jeden in Bezug auf das Patent 947 weltweit und in Bezug auf das Patent 340 im Vereinigten Königreich bestehenden Anspruch zu verzichten und weltweit keines dieser beiden Patente künftig anzufechten (Art. I Ziff. ii). Zudem war es Krka und ihren Tochtergesellschaften untersagt, eine das Patent 947 verletzende generische Version von Perindopril während der Laufzeit dieses Patents in den Ländern, in denen es noch gültig war, ohne ausdrückliche Genehmigung durch Servier auf den Markt zu bringen oder zu vertreiben (Art. V). Ferner durfte Krka eine das Patent 947 verletzende generische Version von Perindopril nicht ohne ausdrückliche Genehmigung durch Servier an Dritte liefern (Art. V Abs. 2) Im Gegenzug war Servier verpflichtet, die weltweit gegen Krka anhängigen, auf eine Verletzung der Patente 947 und 340 gestützten Rechtsbehelfe zurückzunehmen, einschließlich ihrer Anträge auf einstweilige Verfügung (Art. I Ziff. i).

**46**Mit der mit Krka für die Dauer der Gültigkeit des Patents 947 geschlossenen Lizenzvereinbarung (Art. 5) gewährte Servier Krka eine „exklusive“ und unwiderrufliche Lizenz für das Patent 947, um ihre eigenen die Alpha-Kristallform von Erbumin enthaltenden Erzeugnisse (Art. 2) in der Tschechischen Republik, in Lettland, in Litauen, in Ungarn, in Polen, in Slowenien und in der Slowakei zu verwenden, herzustellen, zu verkaufen, zum Verkauf anzubieten, zu bewerben und einzuführen (Art. 1). Im Gegenzug war Krka verpflichtet, an Servier eine Gebühr in Höhe von 3% ihrer Nettoverkäufe in sämtlichen genannten Gebieten abzuführen (Art. 3). Servier durfte in diesen Staaten das Patent 947 direkt oder indirekt (d. h. für eine ihrer Tochtergesellschaften oder für einen einzigen Dritten je Staat) verwenden (Art. 2).

**47**Am 5. Januar 2007 schloss Servier zudem eine Übertragungs- und Lizenzvereinbarung mit Krka.

**48**Gemäß der Übertragungs- und Lizenzvereinbarung übertrug Krka zwei Patentanmeldungen auf Servier, die ein Verfahren zur Synthese von Perindopril (WO 2005 113500) bzw. die Zubereitung von Perindopril-Präparaten (WO 2005 094793) betrafen (Art. 1). Die durch diese Patentanmeldungen geschützte Technologie wurde für die Herstellung des Perindopriils von Krka verwendet.

**49**Krka verpflichtete sich, die Patente, die auf der Grundlage der betreffenden Anmeldungen erteilt würden, nicht anzufechten (Art. 3).

**50**Als Gegenleistung für diese Übertragung zahlte Servier an Krka einen Betrag von 15 Mio. Euro für jede dieser Anmeldungen (Art. 2).

**51**Servier gewährte Krka ebenfalls eine nicht ausschließliche, unwiderrufliche, nicht übertragbare und gebührenfreie Lizenz ohne Recht zur Gewährung von Unterlizenzen (außer an ihre Tochtergesellschaften) an den Anmeldungen oder den auf diese hin

erteilten Patenten, wobei diese Lizenz zeitlich, räumlich und hinsichtlich ihrer möglichen Verwendung unbegrenzt war (Art. 4).

#### 4. Von Servier mit Lupin geschlossene Vereinbarung

**52**Am 30. Januar 2007 schloss Servier mit Lupin eine Vergleichsvereinbarung (im Folgenden: Lupin-Vereinbarung).

**53**Damit legten beide Parteien ihre Rechtsstreitigkeiten betreffend Perindopril bei (Art. 1.1, 1.2 und 1.4).

**54**Zudem verpflichtete sich Lupin, nicht zu versuchen, sei es unmittelbar oder mittelbar, und keinen Dritten dabei zu unterstützen oder damit zu beauftragen, das Patent 947 oder irgendein von Servier oder deren Tochtergesellschaften gehaltenes Patent zum Schutz von Perindopril in irgendeinem Land mit Ausnahme eines nicht dem EWR angehörenden Staates zu widerrufen oder für ungültig erklären zu lassen oder sonst anzufechten (Art. 1.3). Ferner durften Lupin und ihre Tochtergesellschaften keine Arzneimittel, die als pharmazeutischen Wirkstoff „Perindopril[-]Erbumin ... und eines seiner Salze“ enthielten, in irgendeinem Land mit Ausnahme eines nicht dem EWR angehörenden Staates verkaufen oder zum Verkauf anbieten (Art. 1.6). Lupin durfte jedoch von Servier gelieferte Erzeugnisse oder ihr eigenes Perindopril in den Ländern vertreiben, in denen eine von Servier genehmigte generische Version von Perindopril auf dem Markt war, oder wenn sämtliche einschlägigen Patente von Servier abgelaufen waren, oder in den Ländern, in denen ein Dritter eine generische Version von Perindopril auf den Markt gebracht und Servier keine einstweilige Verfügung zum Verbot ihres Verkaufs beantragt hatte (Art. 1.6 und 4.1).

**55**Ferner schlossen Servier und Lupin im Rahmen der Lupin-Vereinbarung auch eine Vereinbarung über die Übertragung von Rechten des geistigen Eigentums und eine Lizenzvereinbarung.

**56**Damit erwarb Servier drei von Lupin eingereichte Anmeldungen von Verfahrenspatenten für Perindopril:

- die Anmeldung WO 2004/075889 (EP1603558 B1) betreffend ein neues Verfahren zur Zubereitung von Perindopril und Salzen davon für 20 Mio. Euro;
- die Anmeldung WO 2006/097941 (EP1861367 A) betreffend ein neues verbessertes Verfahren zur Reinigung von Perindopril für 10 Mio. Euro;
- die Anmeldung WO 2005/037788 (EP1675827 A 1) betreffend ein neues Verfahren zur Zubereitung von Perindopril-„Erbumin kristallin“ für 10 Mio. Euro.

**57**Servier gewährte Lupin zudem eine nicht ausschließliche, nicht übertragbare, nicht unterlizenzfähige, gebührenfreie, permanente und unwiderrufliche Lizenz für diese drei Patentanmeldungen zur Herstellung von Perindopril in den von diesen Anmeldungen betroffenen Ländern (Art. 3.1).

**58**Die Lupin-Vereinbarung sah schließlich den Abschluss eines Liefervertrags zwischen den Parteien binnen vier Wochen vor, der indes nicht abgeschlossen wurde.

#### E. Der Erwerb von Enabling-Technologien

**59**Am 3. September 2001 schlossen die Klägerinnen mit der Rolabo, SL eine Vereinbarung über den Verkauf einer von dieser am 24. Juli 2001 eingereichten Patentanmeldung betreffend einen pharmazeutischen Wirkstoff von Perindopril und ein chemisches Dossier für den pharmazeutischen Wirkstoff von Perindopril für 10 Mio. US-Dollar (USD).

**60**Am 9. November 2004 schlossen die Klägerinnen mit der Azad Pharmaceutical Ingredients AG (im Folgenden: Azad) eine Vereinbarung zur Übertragung einer von Letzterer eingereichten Patentanmeldung für zwei neue polymorphe Formen von Perindopril, Delta und Epsilon, und des entsprechenden Knowhows weltweit für 13 374.243 Euro.

**61**Am 15. Oktober 2007 schlossen die Klägerinnen eine Grundsatzvereinbarung mit der Sandoz AG, wonach sie die von Sandoz entwickelte Technologie des pharmazeutischen Wirkstoffs von Perindopril, wenn sich diese Technologie als patentfrei und als eine gewerblich lebensfähige Quelle von Wettbewerb erweisen sollte, für einen Betrag, der 50 Mio. Euro übersteigen konnte, erwerben sollten. Die Verhandlungen wurden bis Juli 2008 fortgesetzt, führten jedoch nicht zum Abschluss einer Vereinbarung.

#### F. Die Sektoruntersuchung

**62**Am 15. Januar 2008 beschloss die Kommission der Europäischen Gemeinschaften, eine Untersuchung des Arzneimittelsektors auf der Grundlage von Art. 17 der Verordnung (EG) Nr. 1/2003 des Rates vom 16. Dezember 2002 zur Durchführung der in den Artikeln [101] und [102 AEUV] niedergelegten Wettbewerbsregeln (ABl. 2003, L 1, S. 1) einzuleiten, um zum einen die Ursachen für den Rückgang der Innovation in diesem Sektor, gemessen an der Zahl der neu auf den Markt gelangenden Arzneimittel, und zum anderen die Gründe für die Verzögerung des Markteintritts bestimmter Generika zu ermitteln.

**63**Die Kommission veröffentlichte am 28. November 2008 einen Vorabbericht über die Ergebnisse ihrer Untersuchung, auf den eine öffentliche Anhörung folgte. Am 8. Juli 2009 erließ sie eine Mitteilung mit einer Zusammenfassung ihres Berichts über die Untersuchung des Arzneimittelsektors. Darin heißt es u. a., es sei angezeigt, die von den Herstellern des Originalpräparats und den Generikaherstellern in Patentrechtsstreitigkeiten geschlossenen Vergleiche weiterhin zu überwachen, um besser zu verstehen, wie diese Vereinbarungen eingesetzt würden, und um diejenigen Vereinbarungen zu ermitteln, die den Markteintritt von generischen Arzneimitteln zum Nachteil der Verbraucher der Union verzögerten und Verstöße gegen die Wettbewerbsregeln darstellen könnten. Die Kommission legte in der Folge sechs Jahresberichte über die Überwachung der Vergleichsvereinbarungen in Patentsachen vor.

#### G. Verwaltungsverfahren und angefochtener Beschluss

**64**Am 24. November 2008 führte die Kommission u. a. in den Geschäftsräumen von Servier nicht angekündigte Nachprüfungen durch. Im Januar 2009 richtete sie Auskunftsverlangen an mehrere Gesellschaften, darunter Servier. Am 2. Juli 2009 erließ die Kommission einen Beschluss über die Einleitung des Verfahrens.

**65**Im August 2009 und sodann von Dezember 2009 bis Mai 2012 richtete die Kommission weitere Auskunftsverlangen an Servier. Da diese die Beantwortung verschiedener Teile der Auskunftsverlangen vom 7. Februar und 11. April 2011 betreffend die Biogaran-Vereinbarung verweigert hatte, erließ die Kommission einen Beschluss nach Art. 18 Abs. 3 der Verordnung Nr. 1/2003. Servier lieferte die verlangten Angaben am 7. November 2011.

**66**Zwischen 2009 und 2012 wurde Servier zur Teilnahme an mehreren Treffen zum Verfahrensstand eingeladen.

**67**Am 27. Juli 2012 erließ die Kommission eine Mitteilung der Beschwerdepunkte, die an mehrere Gesellschaften gerichtet war, darunter auch Servier, die am 14. Januar 2013 darauf antwortete.

**68**Nach der Anhörung der betroffenen Gesellschaften am 15., 16., 17. und 18. April 2013 wurden weitere Treffen zum Verfahrensstand abgehalten und weitere Auskunftsverlangen an Servier gesandt.

**69**Am 18. Dezember 2013 gewährte die Kommission Servier Einsicht in die nach der Mitteilung der Beschwerdepunkte gesammelten oder weiter offengelegten Beweise und übersandte eine Darstellung des Sachverhalts, auf die Servier am 31. Januar 2014 antwortete. Der Anhörungsbeauftragte legte am 7. Juli 2014 seinen Abschlussbericht vor.

**70**Am 9. Juli 2014 erließ die Kommission den Beschluss C(2014) 4955 final in einem Verfahren zur Anwendung der Artikel 101 und 102 AEUV (Sache AT.39612 - Perindopril [Servier]), der den Klägerinnen am 11. Juli 2014 bekannt gegeben wurde.

**71**Die Kommission befand, dass die Klägerinnen zum einen gegen Art. 101 AEUV verstoßen hätten, indem sie sich an fünf Pay-for-Delay-Vergleichen über Patente beteiligt hätten (Art. 1 bis 5 des angefochtenen Beschlusses), und zum anderen gegen Art. 102 AEUV, indem sie eine Ausschlussstrategie, die den Markt für Perindopril-Präparate in Frankreich, in den Niederlanden, in Polen und im Vereinigten Königreich sowie den Markt für die Technologie zur Herstellung des pharmazeutischen Wirkstoffs von Perindopril abdecke, erarbeitet und durch einen Technologieerwerb sowie fünf Vergleichsvereinbarungen durchgeführt hätten (Art. 6 des angefochtenen Beschlusses).

**72**Wegen der Zuwiderhandlungen gegen Art. 101 AEUV verhängte die Kommission gegen die Klägerinnen folgende Geldbußen in Höhe von insgesamt 289 727.200 Euro (Art. 7 Abs. 1 bis 5 des angefochtenen Beschlusses):

- wegen der Niche-Vereinbarung 131 532.600 Euro, gemeinschaftlich und gesamtschuldnerisch mit Biogaran;
- wegen der Matrix-Vereinbarung 79 121.700 Euro;
- wegen der Teva-Vereinbarung 4 309.000 Euro;
- wegen der mit Krka geschlossenen Vereinbarungen 37 661.800 Euro;
- wegen der Lupin-Vereinbarung 37 102.100 Euro.

**73**Wegen der Zuwiderhandlung gegen Art. 102 AEUV verhängte die Kommission gegen die Klägerinnen eine Geldbuße von 41 270.000 Euro (Art. 7 Abs. 6 des angefochtenen Beschlusses).

## II. Verfahren und Anträge der Parteien

**74**Die Klägerinnen haben mit Klageschrift, die am 21. September 2014 bei der Kanzlei des Gerichts eingegangen ist, die vorliegende Klage erhoben.

**75**Die Klägerinnen beantragen,

- die Art. 1 bis 8 des angefochtenen Beschlusses ganz oder teilweise für nichtig zu erklären, soweit diese sie betreffen;
- hilfsweise, die ihnen auferlegten Geldbußen für nichtig zu erklären oder ganz erheblich herabzusetzen;

- ihnen eine vollständige oder teilweise Nichtigkeitsklärung des angefochtenen Beschlusses im Rahmen der von Biogaran und den übrigen Adressaten dieses Beschlusses erhobenen Klagen zugutekommen zu lassen;

- der Kommission die Kosten aufzuerlegen.

**76**Die Kommission beantragt,

- die Klage abzuweisen;

- den Klägerinnen die Kosten aufzuerlegen.

**77**Mit am 2. Februar 2015 eingereichtem Schriftsatz hat die European Federation of Pharmaceutical Industries and Associations (im Folgenden: EFPIA oder Streithelferin) beantragt, sie als Streithelferin zur Unterstützung der Anträge der Klägerinnen zum Rechtsstreit zuzulassen.

**78**Die Klägerinnen und die Kommission haben beantragt, bestimmte Angaben in der Klageschrift, der Klagebeantwortung, der Erwiderung, der Gegenerwiderung, der Antwort auf bestimmte prozessleitende Maßnahmen, den Stellungnahmen zu diesen Antworten und der Stellungnahme der Klägerinnen zum Streithilfeschriftsatz vertraulich zu behandeln.

**79**Mit Beschluss vom 14. Oktober 2015 hat der Präsident der Zweiten Kammer des Gerichts die EFPIA als Streithelferin zur Unterstützung der Anträge der Klägerinnen zugelassen. Da die EFPIA den Anträgen auf vertrauliche Behandlung nicht entgegengetreten ist, hat das Gericht nicht über deren Begründetheit entschieden.

**80**Die Streithelferin beantragt,

- den angefochtenen Beschluss für nichtig zu erklären, soweit er die Klägerinnen betrifft;

- ihre Kosten der Kommission aufzuerlegen.

**81**Im Rahmen prozessleitender Maßnahmen gemäß Art. 89 Abs. 3 Buchst. a und d der Verfahrensordnung des Gerichts ist die Kommission zur Vorlage von Dokumenten aufgefordert worden, die insbesondere die Anhörung des Beratenden Ausschusses für Kartell- und Monopolfragen, die Berechnung der Geldbuße und die im angefochtenen Beschluss als vertraulich behandelten Daten zu den mit Krka geschlossenen Vereinbarungen betreffen. Sie hat ihre Antworten fristgemäß übermittelt.

**82**Im Zuge einer Änderung der Besetzung der Kammern des Gerichts ist der Berichterstatter der Neunten Kammer zugeteilt worden, der deshalb die vorliegende Rechtssache zugewiesen worden ist.

**83**Auf Vorschlag der Neunten Kammer hat das Gericht gemäß Art. 28 der Verfahrensordnung die Rechtssache an einen erweiterten Spruchkörper verwiesen.

**84**Auf Bericht des Berichterstatters hat das Gericht beschlossen, das mündliche Verfahren zu eröffnen, und hat den Parteien im Rahmen prozessleitender Maßnahmen gemäß Art. 89 Abs. 3 Buchst. a der Verfahrensordnung schriftliche Fragen zur Beantwortung in der mündlichen Verhandlung gestellt.

**85**Am 24. Februar 2017 hat das Gericht die Parteien gemäß Art. 89 Abs. 3 Buchst. e zu einer informellen Sitzung vor dem Präsidenten der Neunten Kammer und Berichterstatter geladen, um die Einzelheiten des Ablaufs der mündlichen Verhandlung und die vertrauliche Behandlung bestimmter Daten zu erörtern. Die Klägerinnen und die Kommission haben an dieser Sitzung teilgenommen, die am 3. Mai 2017 beim Gericht stattgefunden hat.



**86**Die Parteien haben in der Sitzung, die vom 6. bis 9. Juni 2017 stattgefunden hat, mündlich verhandelt und die schriftlichen und mündlichen Fragen des Gerichts beantwortet.

### III. Rechtliche Würdigung

#### A. Zur Zulässigkeit

##### 1. Zur Zulässigkeit des dritten Klageantrags

a) Vorbringen der Parteien (nicht wiedergegeben)

b) Würdigung durch das Gericht

**89**Nach ständiger Rechtsprechung sind die Voraussetzungen für die Zulässigkeit von Klagen unverzichtbare Prozessvoraussetzungen, deren Vorliegen der Unionsrichter von Amts wegen prüfen kann und gegebenenfalls muss (Urteile vom 21. März 2002, *Joynson/Kommission*, [T-231/99](#), [ECLI:EU:T:2002:84](#), Rn. 154, und vom 14. Dezember 2005, *Honeywell/Kommission*, [T-209/01](#), [ECLI:EU:T:2005:455](#), Rn. 53). Obwohl die Kommission die Zulässigkeit des dritten Klageantrags nicht in ihren Schriftsätzen, sondern lediglich in der Sitzung in Beantwortung einer Frage des Gerichts bestritten hat, hat das Gericht sie folglich von Amts wegen zu prüfen.

**90**Nach Art. 21 Abs. 1 der Satzung des Gerichtshofs der Europäischen Union, der gemäß deren Art. 53 Abs. 1 auf das Verfahren vor dem Gericht Anwendung findet, und Art. 44 § 1 Buchst. c und d der Verfahrensordnung des Gerichts vom 2. Mai 1991, die zum Zeitpunkt der Erhebung der Klage anwendbar war, muss die Klageschrift den Streitgegenstand, die Anträge und eine kurze Darstellung der Klagegründe enthalten. Mit diesem Erfordernis wird bezweckt, hinreichend klare und genaue Angaben zu erhalten, damit der Beklagte sich zweckmäßig verteidigen und der Unionsrichter - gegebenenfalls ohne sich auf weitere Informationen zu stützen - seine gerichtliche Kontrolle ausüben kann (Urteile vom 29. Juni 1995, *ICI/Kommission*, [T-37/91](#), [ECLI:EU:T:1995:119](#), Rn. 42, vom 24. Februar 2000, *ADT Projekt/Kommission*, [T-145/98](#), [ECLI:EU:T:2000:54](#), Rn. 66, und vom 16. März 2004, *Danske Busvognmænd/Kommission*, [T-157/01](#), [ECLI:EU:T:2004:76](#), Rn. 45). Somit genügt, wie die Kommission in der Sitzung geltend gemacht hat, eine allgemeine Bezugnahme auf die Klagegründe und Argumente, die zur Stützung einer in einer konnexen Rechtssache erhobenen Klage angeführt werden, diesem Erfordernis nicht (Urteil vom 24. März 2011, *Legris Industries/Kommission*, [T-376/06](#), nicht veröffentlicht, [ECLI:EU:T:2011:107](#), Rn. 32).

**91**Allerdings hat der Unionsrichter bisweilen nicht ausdrücklich in der Klageschrift dargestellte Klagegründe wegen einer solchen Verweisung als ordnungsgemäß geltend gemacht zugelassen, wenn der Kläger auf seine eigenen Schriftsätze in einer anderen Rechtssache verwiesen hat (Urteil vom 14. Dezember 2005, *Honeywell/Kommission*, [T-209/01](#), [ECLI:EU:T:2005:455](#), Rn. 61 und 62 sowie die dort angeführte Rechtsprechung). In diesen Fällen waren die Parteien identisch, wie auch die sie vertretenden Bevollmächtigten und Anwälte. Demgegenüber ist das Gericht der Ansicht, dass es eine Umgehung der zwingenden Anforderungen von Art. 21 der Satzung des Gerichtshofs der Europäischen Union und Art. 44 § 1 der Verfahrensordnung des Gerichts vom 2. Mai 1991 ermöglichen würde, wenn Klagegründe, die nicht ausdrücklich in der Klageschrift dargestellt worden sind, mit der Begründung als zulässig angesehen würden, dass sie von einem Dritten in einer anderen Rechtssache geltend gemacht worden sind, auf die in der Klageschrift verwiesen wird (vgl. in diesem Sinne Urteile vom 14. Dezember 2005,

Honeywell/Kommission, [T-209/01](#), [ECLI:EU:T:2005:455](#), Rn. 63 und 64, vom 27. September 2012, Dura Vermeer Infra/Kommission, [T-352/06](#), nicht veröffentlicht, [ECLI:EU:T:2012:483](#), Rn. 25 und 26, vom 27. September 2012, Koninklijke BAM Groep/Kommission, [T-355/06](#), nicht veröffentlicht, [ECLI:EU:T:2012:486](#), Rn. 26 und 27, und vom 27. September 2012, Heijmans/Kommission, [T-360/06](#), nicht veröffentlicht, [ECLI:EU:T:2012:490](#), Rn. 25 und 26). Schließlich ist zu beachten, dass nach dem namentlich in Art. 43 § 1 der Verfahrensordnung vom 2. Mai 1991 niedergelegten Grundsatz jede Partei für den Inhalt der von ihr eingereichten Schriftsätze selbst verantwortlich ist (vgl. in diesem Sinne Urteile vom 29. Juni 1995, ICI/Kommission, [T-37/91](#), [ECLI:EU:T:1995:119](#), Rn. 46, und vom 14. Dezember 2005, Honeywell/Kommission, [T-209/01](#), [ECLI:EU:T:2005:455](#), Rn. 66). Im vorliegenden Fall steht fest, dass die Klägerinnen sich auf eine gegebenenfalls von Dritten erwirkte Nichtigkeitsklärung zu berufen wünschen und dass folglich weder die Parteien noch ihre Vertreter identisch sind.

**92**Zudem stellt ein mehrere Unternehmen betreffender Wettbewerbsbeschluss, obgleich er in Form eines einzigen Beschlusses abgefasst und veröffentlicht worden ist, ein Bündel von Einzelbeschlüssen dar, mit denen gegenüber jedem der Unternehmen, die Adressaten des Beschlusses sind, festgestellt wird, welche Zuwiderhandlung oder Zuwiderhandlungen es begangen hat, und diesem gegebenenfalls eine Geldbuße auferlegt wird (vgl. in diesem Sinne Urteile vom 14. September 1999, Kommission/AssiDomän Kraft Products u. a., [C-310/97 P](#), [ECLI:EU:C:1999:407](#), Rn. 49, und vom 15. Oktober 2002, Limburgse Vinyl Maatschappij u. a./Kommission, [C-238/99 P](#), [C-244/99 P](#), [C-245/99 P](#), [C-247/99 P](#), [C-250/99 P](#) bis [C-252/99 P](#) und [C-254/99 P](#), [ECLI:EU:C:2002:582](#), Rn. 100). Wie der Gerichtshof entschieden hat, wird der Unionsrichter, wenn ein Adressat eines Beschlusses Nichtigkeitsklage erhebt, nur mit den Teilen des Beschlusses befasst, die diesen Adressaten betreffen, während diejenigen Teile, die andere Adressaten betreffen, die den Beschluss nicht angefochten haben, nicht Teil des Streitgegenstands sind, über den der Unionsrichter zu entscheiden hat (Urteile vom 14. September 1999, Kommission/AssiDomän Kraft Products u. a., [C-310/97 P](#), [ECLI:EU:C:1999:407](#), Rn. 53, vom 29. März 2011, ArcelorMittal Luxembourg/Kommission und Kommission/ArcelorMittal Luxembourg u. a., [C-201/09 P](#) und [C-216/09 P](#), [ECLI:EU:C:2011:190](#), Rn. 142, und vom 11. Juli 2013, Team Relocations u. a./Kommission, [C-444/11 P](#), nicht veröffentlicht, [ECLI:EU:C:2013:464](#), Rn. 66). Folglich hat nach Ansicht des Gerichtshofs ein Punkt der Begründung eines Nichtigkeitsurteils keine Verbindlichkeit für Personen, die nicht Partei des Verfahrens waren und für die das Urteil daher keine wie auch immer geartete Entscheidung enthalten kann (Urteil vom 14. September 1999, Kommission/AssiDomän Kraft Products u. a., [C-310/97 P](#), [ECLI:EU:C:1999:407](#), Rn. 55). Somit entfaltet die Nichtigkeitsklärung eines Einzelfallbeschlusses zwar Erga-omnes-Wirkung und ist für jedermann verbindlich, sie kommt aber - anders als bei der Nichtigkeitsklärung eines Rechtsakts mit allgemeiner Geltung - nicht jedem zugute (vgl. Urteil vom 15. Juli 2015, Emesa-Trefilería und Industrias Galycas/Kommission, [T-406/10](#), [ECLI:EU:T:2015:499](#), Rn. 126 und die dort angeführte Rechtsprechung).

**93**Allerdings hat der Gerichtshof diesen Grundsatz im Urteil vom 22. Januar 2013, Kommission/Tomkins ([C-286/11 P](#), [ECLI:EU:C:2013:29](#), Rn. 43 bis 49), nuanciert, in dem er befunden hat, dass das Gericht, weil sich die Haftung der Muttergesellschaft ausschließlich von der Haftung der Tochtergesellschaft ableitete und Mutter- und

Tochtergesellschaft Parallelklagen mit demselben Streitgegenstand erhoben hatten, nicht ultra petita entschieden hat, indem es das Ergebnis der von der Tochtergesellschaft erhobenen Klage berücksichtigt und die streitige Entscheidung für den fraglichen Zeitraum auch hinsichtlich der Muttergesellschaft für nichtig erklärt hat, obwohl diese das Vorliegen der Zuwiderhandlung für den gesamten von ihrer Tochtergesellschaft bestrittenen Zeitraum nicht selbst bestritten hatte. Nach Ansicht des Gerichtshofs setzt jedoch die Anwendung einer solchen Lösung auf die gegen eine Muttergesellschaft, deren Haftung sich ausschließlich von der Haftung ihrer Tochtergesellschaft ableitet, verhängte Geldbuße voraus, dass besondere Umstände vorliegen, namentlich, dass die beiden Gesellschaften Klagegründe mit „demselben Streitgegenstand“ angeführt haben und dass die klagende Muttergesellschaft solche Umstände geltend macht (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 11. Juli 2013, Team Relocation/Kommission, C-444/11 P, nicht veröffentlicht, ECLI:EU:C:2013:464, Rn. 66).

**94**Der Gerichtshof hat den Begriff „derselbe Streitgegenstand“ jedoch nicht definiert und seine Haltung zu der Frage, ob das Vorliegen besonderer Umstände, wie sie im Urteil vom 22. Januar 2013, Kommission/Tomkins (C-286/11 P, ECLI:EU:C:2013:29), in Rede standen, vom Gericht von Amts wegen zu prüfen ist, weiterentwickelt. Er hat diese Lösung zunächst in dem Fall angewandt, in dem die beiden Gesellschaften die Dauer der Zuwiderhandlung bestritten hatten und ein Teil dieses Zeitraums identisch war (Urteil vom 22. Januar 2013, Kommission/Tomkins, C-286/11 P, ECLI:EU:C:2013:29, Rn. 43 und 44). Er hat aber auch ein Urteil des Gerichts, in dem dieses in einem Fall, in dem die Tochtergesellschaft eine Herabsetzung der ihr auferlegten Geldbuße wegen fehlerhafter Berücksichtigung ihrer Zusammenarbeit nach der Kronzeugenregelung erwirkt hatte, so vorgegangen war, unter Hinweis darauf bestätigt, dass im vorliegenden Fall die Muttergesellschaft hilfsweise beantragt hatte, die ihrer Tochtergesellschaft und ihr selbst gesamtschuldnerisch auferlegte Geldbuße herabzusetzen, und dass einige ihrer Klagegründe „u. a. die Rechtfertigung einer solchen Herabsetzung zum Gegenstand hatten“ (Urteil vom 26. September 2013, Alliance One International/Kommission, C-679/11 P, nicht veröffentlicht, ECLI:EU:C:2013:606, Rn. 103 bis 107). Schließlich hat der Gerichtshof mit einem Urteil vom 17. September 2015, Total/Kommission (C-597/13 P, ECLI:EU:C:2015:613, Rn. 31 bis 42), ein Urteil des Gerichts aufgehoben, mit dem dieses in dem die Muttergesellschaft betreffenden Urteil die Herabsetzung der Geldbuße nicht berücksichtigt hatte, die ihrer Tochtergesellschaft in einem an demselben Tag erlassenen Urteil wegen der von der Kommission bei der Berechnung der Geldbuße angewandten Methode zur Bestimmung des Multiplikationsfaktors für die Dauer der Zuwiderhandlung gewährt worden war. Die Muttergesellschaft hatte indes weder einen solchen Klagegrund geltend gemacht (sie hatte dagegen die Dauer der Zuwiderhandlung bestritten) noch beantragt, ihr eine Herabsetzung der Geldbuße zugutekommen zu lassen, falls ihrer Tochtergesellschaft eine solche gewährt werden sollte.

**95**Im vorliegenden Fall hat Biogaran, eine Tochtergesellschaft von Servier, ebenfalls eine Klage (über die mit Urteil vom heutigen Tag, Biogaran/Kommission, T-677/14, entschieden worden ist) gegen die Art. 1, 7 und 8 des angefochtenen Beschlusses erhoben. Wie die Kommission in der Sitzung ausgeführt hat, unterscheiden sich jedoch die Umstände der vorliegenden Rechtssache von denen in der Rechtssache, die mit dem Urteil vom 22. Januar 2013, Kommission/Tomkins (C-286/11 P, ECLI:EU:C:2013:29), entschieden worden ist, und denen, zu der die darauffolgende Rechtsprechung ergangen ist, und zwar insbesondere dadurch, dass die Haftung der Klägerinnen nicht ausschließlich

von der ihrer Tochtergesellschaft Biogaran abgeleitet ist (Rn. 3006 bis 3013 des angefochtenen Beschlusses). Zudem kann der Antrag der Klägerinnen, ihnen eine zugunsten von Biogaran ausgesprochene Nichtigerklärung zugutekommen zu lassen, jedenfalls deshalb keinen Erfolg haben, weil die von Biogaran in der Rechtssache, in der das Urteil vom heutigen Tag, Biogaran/Kommission (T-677/14), ergangen ist, erhobene Klage abgewiesen worden ist.

**96**Die Klägerinnen machen auch geltend, eine von einem anderen Adressaten des angefochtenen Beschlusses erwirkte Nichtigerklärung müsse ihnen zugutekommen, „um jede unterschiedliche Behandlung von rechtlich und tatsächlich identischen Situationen zu vermeiden“. Ein solches Vorgehen sei sowohl wegen des Grundsatzes der Gleichbehandlung als auch durch eine „allgemeine Kohärenzpflicht“ geboten.

**97**Hierzu ist darauf hinzuweisen, dass der Grundsatz der Gleichbehandlung ein in den Art. 20 und 21 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union verankerter allgemeiner Grundsatz des Unionsrechts ist, der es gebietet, dass vergleichbare Sachverhalte nicht unterschiedlich und unterschiedliche Sachverhalte nicht gleich behandelt werden, es sei denn, eine solche Behandlung ist objektiv gerechtfertigt (vgl. Urteil vom 14. September 2010, Akzo Nobel Chemicals und Akcros Chemicals/Kommission u. a., C-550/07 P, ECLI:EU:C:2010:512, Rn. 54 und 55 sowie die dort angeführte Rechtsprechung). Ein mehrere Unternehmen betreffender Wettbewerbsbeschluss stellt aber, obgleich er in Form eines einzigen Beschlusses abgefasst und veröffentlicht worden ist, ein Bündel von Einzelbeschlüssen dar, mit denen gegenüber jedem der Unternehmen, die Adressaten des Beschlusses sind, festgestellt wird, welche Zuwiderhandlung oder Zuwiderhandlungen es begangen hat, und ihm gegebenenfalls eine Geldbuße auferlegt wird (siehe oben, Rn. 92). Diese Unternehmen befinden sich somit a priori und vorbehaltlich von Ausnahmen in unterschiedlichen Situationen. Demzufolge erlaubt es der Grundsatz der Gleichbehandlung dem Unionsrichter nicht, von den für die Zulässigkeit der Anträge geltenden Verfahrensregeln abzuweichen und einem Unternehmen, das Adressat eines wettbewerbsrechtlichen Beschlusses ist, eine Nichtigerklärung dieses Beschlusses zugutekommen zu lassen, die ein anderer Adressat desselben auf der Grundlage von nur von ihm geltend gemachten Klagegründen erwirkt hat.

**98**Zudem kann die Pflicht des Gerichts zur Begründung seiner Urteile nicht so weit gehen, dass es die in einer Rechtssache gewählte Lösung gegenüber der in einer anderen von ihm entschiedenen Rechtssache gewählten zu rechtfertigen hätte, selbst wenn sie denselben Beschluss betreffen sollte (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 11. Juli 2013, Team Relocation/Kommission, C-444/11 P, nicht veröffentlicht, ECLI:EU:C:2013:464, Rn. 66).

**99**Aus dem Vorstehenden ergibt sich, dass der dritte Antrag der Klägerinnen, ihnen eine Nichtigerklärung zugutekommen zu lassen, die etwa von anderen Adressaten des angefochtenen Beschlusses auf der Grundlage der von diesen geltend gemachten Klagegründe erwirkt worden ist, unzulässig ist. Selbst wenn dieser Antrag zulässig sein sollte, ist er im Übrigen als unbegründet zurückzuweisen, da die Klägerinnen, wie sich aus den vorstehenden Rn. 92 bis 98 ergibt, eine zugunsten der anderen Adressaten des angefochtenen Beschlusses gewählte Lösung nicht mit Erfolg zu ihren Gunsten in Anspruch nehmen können.

2. Zur Zulässigkeit einiger Anlagen zur Klageschrift

a) Vorbringen der Parteien (nicht wiedergegeben)

## b) Würdigung durch das Gericht

**102**Die Kommission macht in erster Linie geltend, die Anlagen A 2 und A 3 zur Klageschrift seien gemäß dem Grundsatz *iura novit curia* unzulässig. Die Anlagen, die lediglich eine Beweis- und Hilfsfunktion hätten, könnten nicht verwendet werden, um eine Auffassung zu einer Frage des Unionsrechts geltend zu machen oder zu vertiefen, deren Beurteilung allein Sache des Gerichts sei. Sie beruft sich hierfür auf die Urteile vom 5. Juli 2011, Edwin/HABM (C-263/09 P, ECLI:EU:C:2011:452, Rn. 53), und vom 20. März 2013, El Corte Inglés/HABM - Chez Gerard (CLUB GOURMET) (T-571/11, ECLI:EU:T:2013:145, Rn. 35), wonach der Grundsatz *iura novit curia* nur für das Unionsrecht und nicht für nationales Recht gelte. Es ist darauf hinzuweisen, dass dieser Grundsatz bedeutet, dass die Bestimmung des Sinns des Gesetzes allein Sache des Richters und nicht der Parteien ist. Die Rechtsprechung hat diesen Grundsatz angewandt, um hervorzuheben, dass der Richter, obzwar er nur über das Begehren der Parteien zu entscheiden hat, deren Sache es ist, den Rahmen des Rechtsstreits abzugrenzen, nicht verpflichtet sein kann, allein die Argumente zu berücksichtigen, auf die diese ihr Vorbringen gestützt haben, da er seine Entscheidung sonst gegebenenfalls auf unzutreffende rechtliche Erwägungen stützen müsste (Beschlüsse vom 27. September 2004, UER/M6 u. a., C-470/02 P, nicht veröffentlicht, ECLI:EU:C:2004:565, Rn. 69, und vom 13. Juni 2006, Mancini/Kommission, C-172/05 P, ECLI:EU:C:2006:393, Rn. 41, sowie Urteile vom 21. September 2010, Schweden u. a./API und Kommission, C-514/07 P, C-528/07 P und C-532/07 P, ECLI:EU:C:2010:541, Rn. 65, und vom 8. Juli 2010, Kommission/Putterie-De-Beukelaer, T-160/08 P, ECLI:EU:T:2010:294, Rn. 65). Nach diesem Grundsatz fällt die Bestimmung des Sinns einer Rechtsvorschrift auch nicht in den Geltungsbereich eines Grundsatzes, wonach die Parteien über den Rechtsstreit frei verfügen können, so dass der Unionsrichter nicht verpflichtet ist, den Parteien die Auslegung, die er vornehmen wird, mitzuteilen, damit diese hierzu Stellung nehmen können (vgl. Urteil vom 5. Oktober 2009, Kommission/Roodhuijzen, T-58/08 P, ECLI:EU:T:2009:385, Rn. 36 und die dort angeführte Rechtsprechung), solange der Richter die Verpflichtung beachtet, den Parteien die Kenntnis sowohl der tatsächlichen wie der rechtlichen Umstände zu ermöglichen, die für den Ausgang des Verfahrens entscheidend sind (Urteil vom 2. Dezember 2009, Kommission/Irland u. a., C-89/08 P, ECLI:EU:C:2009:742, Rn. 56). Dieser Grundsatz kann jedoch nicht bedeuten, dass Anlagen zur Klageschrift, die sich auf die Auslegung des Unionsrechts beziehen, unzulässig wären.

**103**Die von der Kommission erhobene Rüge der Unzulässigkeit scheint zudem dadurch motiviert zu sein, dass die beiden fraglichen Anlagen Gutachten zugunsten der Klägerinnen enthalten, die Sir Jacobs und Frau Macken als Anwälte erstattet haben, wobei deren Eigenschaft als ehemalige Mitglieder des Gerichtshofs allgemein bekannt ist und die Klägerinnen sich auf diese Eigenschaft berufen. Auf die in der Sitzung gestellte Frage, ob sie durch das Bestreiten der Zulässigkeit dieser Rechtsgutachten geltend machen wolle, dass diese ehemaligen Mitglieder des Gerichtshofs ihre Pflichten aus dem Verhaltenskodex für die ehemaligen Mitglieder des Gerichtshofs der Europäischen Union (ABl. 2007, C 223, S. 1), insbesondere aus dessen Art. 6 über die Verpflichtung der Mitglieder nach dem Ende ihrer Amtszeit, missachtet hätten, hat die Kommission geantwortet, dass dies nicht ihre Absicht sei. Das Gericht hat dies im Sitzungsprotokoll vermerkt.

**104**Hilfsweise macht die Kommission geltend, nach der Rechtsprechung sei ein der Klageschrift als Anlage beigefügtes Rechtsgutachten nur zulässig, um die wesentlichen Gesichtspunkte, die in der Klageschrift enthalten sein müssten, zu untermauern und zu ergänzen, sofern die einschlägigen Abschnitte der Anlagen in der Klageschrift genau bezeichnet und in Bezug genommen seien. Hinsichtlich einiger Klagegründe enthielten aber im vorliegenden Fall die Ausführungen und Argumente in den Anlagen A 2 und A 3 zur Klageschrift das wesentliche, wenn nicht gar das gesamte Vorbringen der Klägerinnen.

**105**Hierzu ist darauf hinzuweisen, dass nach der oben in Rn. 90 angeführten Rechtsprechung gemäß Art. 21 Abs. 1 der Satzung des Gerichtshofs der Europäischen Union und Art. 44 § 1 Buchst. c der Verfahrensordnung des Gerichts vom 2. Mai 1991, die zum Zeitpunkt der Erhebung der Klage anwendbar war, die Klageschrift den Streitgegenstand, die Anträge und eine kurze Darstellung der Klagegründe enthalten muss und dass es für die Zulässigkeit eines Klagegrundes erforderlich ist, dass sich die tatsächlichen und rechtlichen Umstände, auf die er gestützt ist, zumindest in gedrängter Form, aber zusammenhängend und verständlich unmittelbar aus dem Text der Klageschrift ergeben.

**106**Der Text der Klageschrift kann zwar zu speziellen Punkten durch Bezugnahmen auf bestimmte Abschnitte beigefügter Schriftstücke untermauert und ergänzt werden, doch kann eine pauschale Bezugnahme auf andere Schriftstücke, auch wenn sie der Klageschrift als Anlagen beigefügt sind, nicht das Fehlen der wesentlichen Elemente der Rechtsausführungen ausgleichen, die nach den oben genannten Vorschriften in der Klageschrift enthalten sein müssen. Es ist nicht Sache des Gerichts, die Gründe und Argumente, auf die sich der Rechtsbehelf möglicherweise stützen lässt, in den Anlagen zu suchen und zu bestimmen, denn die Anlagen haben eine bloße Beweis- und Hilfsfunktion (vgl. Urteil vom 17. September 2007, Microsoft/Kommission, T-201/04, ECLI:EU:T:2007:289, Rn. 94 und die dort angeführte Rechtsprechung). Folglich kann das Gericht im vorliegenden Fall die Anlagen A 2 und A 3 zur Klageschrift nur insoweit berücksichtigen, als sie Klagegründe oder Argumente untermauern oder ergänzen, die die Klägerinnen in der Klageschrift ausdrücklich angeführt haben, und genau bestimmt werden kann, welche darin enthaltenen Elemente die fraglichen Klagegründe oder Argumente untermauern oder ergänzen (Urteil vom 17. September 2007, Microsoft/Kommission, T-201/04, ECLI:EU:T:2007:289, Rn. 99).

**107**Was im Einzelnen die Anlage A 2 zur Klageschrift angeht, ist entgegen dem Vorbringen der Kommission festzustellen, dass die wesentliche Argumentation der Klägerinnen sehr wohl in der Klageschrift selbst enthalten ist und dass die in dieser Anlage dargelegten Elemente nur Klagegründe und Argumente in bestimmten Punkten untermauern und ergänzen, die in der Klageschrift enthalten sind und die das Gericht unschwer bestimmen kann.

**108**So haben die Klägerinnen in Rn. 103 der Klageschrift festgestellt, im angefochtenen Beschluss werde anerkannt, dass Vergleiche in Patentrechtsstreitigkeiten im Allgemeinen ein legitimes Ziel verfolgten und dass die Mitgliedstaaten den Abschluss solcher Vergleiche förderten. In Rn. 24 der Anlage A 2 zur Klageschrift, auf die in deren Rn. 103 verwiesen wird, heißt es ebenfalls, dass die gütliche Beilegung von Rechtsstreitigkeiten von hohem öffentlichem Interesse sei, dass zahlreiche nationale Rechtssysteme das Bemühen um einen Vergleich förderten oder gar vorschrieben, bevor eine Klage bei Gericht erhoben werden könne, und dass der angefochtene Beschluss dadurch, dass er

das Recht zum Abschluss eines Vergleichs beschränke, dieser Politik zuwiderlaufe und den Beteiligten sowie den Gerichten unnötige Kosten verursache. Da die Klägerinnen damit in Rn. 24 der Anlage A 2 zur Klageschrift Argumente angeführt haben, durch die die in der Klageschrift selbst ausdrücklich angeführten Gesichtspunkte lediglich untermauert und ergänzt werden, sind diese Argumente zulässig.

**109**In Bezug auf die Rn. 29 und 818 der Klageschrift, zu denen die Kommission geltend macht, die Klägerinnen hätten dort lediglich auf das Gutachten von Sir Jacobs Bezug genommen, ist darauf hinzuweisen, dass die Klägerinnen in den Rn. 816 bis 822 der Klageschrift eingehend ihre Auffassung dargelegt haben, dass die Kommission wegen der Neuheit und Unvorhersehbarkeit des von ihr vertretenen Standpunkts gegen sie keine Geldbuße habe verhängen können, und dass die Rn. 70 und 76 der Anlage A 2 zur Klageschrift in dieser Hinsicht keine neuen Argumente oder Ausführungen enthalten.

**110**Zu Rn. 147 der Klageschrift, in der die Klägerinnen ausführen, dass der von ihnen vertretene Ansatz zur Bestimmung der Art. 101 AEUV zuwiderlaufenden Vergleichsvereinbarungen im Einklang mit dem Urteil des Supreme Court of the United States vom 17. Juni 2013, Federal Trade Commission v. Actavis (570 U. S. [2013], im Folgenden: Urteil Actavis), stehe, ist festzustellen, dass dort in Fn. 153 auf die Rn. 32 und 33 der Anlage A 2 zur Klageschrift verwiesen wird. In Rn. 32 dieser Anlage untermauern die Klägerinnen jedoch lediglich dieses Argument, und in Rn. 33 dieser Anlage machen sie nur geltend, dass die Bedeutung des Urteils Actavis nicht auf einen nicht unter das Unionsrecht fallenden nationalen Zusammenhang beschränkt werden könne und dass der Standpunkt des Supreme Court of the United States (Oberster Gerichtshof der Vereinigten Staaten) wegen des Rufes und der Erfahrung dieses Gerichts im Wettbewerbsrecht besondere Beachtung verdiene. Folglich sind diese Argumente zulässig.

**111**Zur Anlage A 3 zur Klageschrift ist mit der Kommission festzustellen, dass die Klägerinnen zwar in Rn. 11 der Klageschrift die Haltung der Kommission als nicht neutral im Hinblick auf die Rechte des geistigen Eigentums bezeichnen, sich aber mit einem Verweis auf die Rn. 8, 15, 31, 34 und 41 der Anlage A 3 zur Klageschrift begnügen, in denen Frau Macken ausführt, dass zwischen den einzelnen Bereichen des geistigen Eigentums unterschieden werden müsse, dass die Einräumung eines Monopols auf Patente das Gegenstück zur Offenlegung der Erfindung gegenüber dem Publikum sei und dass die Kommission den Begriff „Marktexklusivitätsrecht“ im angefochtenen Beschluss unrichtig verwendet und das EPÜ fehlerhaft ausgelegt habe. Folglich sind diese Argumente unzulässig, mit Ausnahme desjenigen zur Einräumung eines Monopols auf Patente als Gegenstück zur Offenlegung der Erfindung gegenüber dem Publikum. In Rn. 67 der Klageschrift haben die Klägerinnen nämlich darauf hingewiesen, dass die Kommission „diesen wesentlichen Aspekt der Patente - ihre der Verbreitung der Erfindungen dienende Veröffentlichung - völlig ignoriert“ habe.

**112**In Rn. 68 der Klageschrift machen die Klägerinnen geltend, die Kommission habe die Ausführungen des Richters des Court of Appeal (England & Wales) (Civil division) (Berufungsgericht [England und Wales] [Zivilabteilung]) im Urteil vom 9. Mai 2008, mit dem das von Servier eingelegte Rechtsmittel gegen das Urteil des High Court of Justice (England & Wales), Chancery Division (patents court) (Hoher Gerichtshof [England und Wales], Chancery-Abteilung [Patentkammer]) zurückgewiesen worden sei, verzerrt zitiert, und werfen der Kommission vor, das Gutachten von Professor S., das die

Klägerinnen ihrer Antwort auf die Mitteilung der Beschwerdepunkte beigefügt hätten, nicht berücksichtigt zu haben. Sie verweisen darüber hinaus auf die Rn. 113 bis 117 der Anlage A 3 zur Klageschrift. In diesen Randnummern beschränkt sich jedoch Frau Macken nicht auf die Ergänzung oder Vertiefung dieser Argumente, sondern führt aus, die Kommission habe die Beweise, die ihr den Schluss auf die Ungültigkeit des Patents 947 erlaubt hätten, fehlerhaft herangezogen. Damit bringt sie Argumente vor, mit denen die Auslegung in Frage gestellt werden soll, die die Kommission der in den Rn. 127 und 185 des angefochtenen Beschlusses erwähnten Erklärung der für Patente zuständigen Direktorin der Klägerin, der in Rn. 883 dieses Beschlusses genannten Erklärung des Rechtsberaters von Krka und der in Rn. 895 dieses Beschlusses erwähnten Erklärung des Verkaufsdirektors von Krka für Osteuropa gegeben hat. Diese Argumente sind daher unzulässig.

**113**Zu Rn. 76 der Klageschrift ist mit der Kommission ebenfalls festzustellen, dass die Klägerinnen zwar in Fn. 79 der Klageschrift die Übersendung von Mahnschreiben als legitim bezeichnet, sich jedoch damit begnügt haben, auf die Rn. 58 bis 67 der Anlage A 3 zur Klageschrift zu verweisen, um die Gründe darzulegen, die die Feststellung erlaubten, dass diese Übersendung legitim gewesen sei. Die in der Anlage A 3 zur Klageschrift hierzu vorgetragene Argumente sind daher unzulässig.

**114**In Rn. 103 der Klageschrift stellen die Klägerinnen lediglich fest, dass im angefochtenen Beschluss anerkannt werde, dass Vergleiche in Patentrechtsstreitigkeiten im Allgemeinen ein legitimes Ziel verfolgten und dass die Mitgliedstaaten den Abschluss solcher Vergleiche förderten. Dagegen wird in den Rn. 50 bis 54 der Anlage A 3 zur Klageschrift, auf die in Rn. 103 der Klageschrift (Fn. 113) verwiesen wird, der Kommission vorgeworfen, die eingehend dargelegten weltweit angewandten Vergleichspraktiken nicht ausreichend evaluiert zu haben.

**115**In Rn. 46 der Erwiderung machen die Klägerinnen geltend, der Gedanke, es sei vorzuziehen, dass jeder Rechtsstreit zu einem Urteil führe, laufe „den derzeitigen Überlegungen zum Gerichtsverfahren zuwider“, wobei sie auf Rn. 112 der Anlage A 3 zur Klageschrift verweisen, in der es heißt, dass der Ansatz der Kommission der RL 2008/52/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21. Mai 2008 über bestimmte Aspekte der Mediation in Zivil- und Handelssachen (ABl. 2008, L 136, S. 3) zuwiderlaufe. Da diese Argumente nicht lediglich die in der Klageschrift selbst ausdrücklich angeführten Gesichtspunkte untermauern oder ergänzen, sind sie unzulässig.

**116**Schließlich haben die Klägerinnen in Rn. 262 der Klageschrift ausgeführt, für Teva sei es von wesentlicher Bedeutung gewesen, als einer der ersten Generikahersteller in den Markt des Vereinigten Königreichs einzutreten, wobei sie auf Rn. 90 der Anlage A 3 zur Klageschrift verwiesen haben. Entgegen dem Vorbringen der Kommission haben die Klägerinnen in dieser Randnummer der Anlage A 3 zur Klageschrift diesen Vortrag lediglich untermauert und ergänzt mit dem Hinweis auf die Gründe, aus denen ein Generikahersteller nur dann am Eintritt in einen Markt interessiert sei, wenn er dabei zu den Ersten gehöre. Demzufolge sind die hierzu in der Anlage A 3 zur Klageschrift vorgebrachten Argumente zulässig.

## B. Zur Begründetheit

### 1. Zur Verletzung des Grundsatzes der Unparteilichkeit und des Rechts auf gute Verwaltung



a) Vorbringen der Parteien (nicht wiedergegeben)

b) Würdigung durch das Gericht

**119** Vorab ist darauf hinzuweisen, dass zu den Garantien, die die Unionsrechtsordnung für Verwaltungsverfahren vorsieht, u. a. der in Art. 41 der Charta der Grundrechte verankerte Grundsatz der ordnungsgemäßen Verwaltung gehört, der die Verpflichtung des zuständigen Organs umfasst, sorgfältig und unparteiisch alle relevanten Gesichtspunkte des Einzelfalls zu untersuchen (Urteile vom 30. September 2003, *Atlantic Container Line u. a./Kommission*, [T-191/98](#) und [T-212/98](#) bis [T-214/98](#), [ECLI:EU:T:2003:245](#), Rn. 404, und vom 27. September 2012, *Shell Petroleum u. a./Kommission*, [T-343/06](#), [ECLI:EU:T:2012:478](#), Rn. 170). Dieses Unparteilichkeitsgebot umfasst zum einen die subjektive Unparteilichkeit in dem Sinne, dass kein mit der Sache betrautes Mitglied des betroffenen Organs Voreingenommenheit oder persönliche Vorurteile zum Ausdruck bringen darf, und zum anderen die objektive Unparteilichkeit in dem Sinne, dass das Organ hinreichende Garantien bieten muss, um jeden berechtigten Zweifel in dieser Hinsicht auszuschließen (Urteil vom 11. Juli 2013, *Ziegler/Kommission*, [C-439/11 P](#), [ECLI:EU:C:2013:513](#), Rn. 155 und die dort angeführte Rechtsprechung). Zudem ist darauf hinzuweisen, dass die Kommission nicht als „Gericht“ im Sinne von Art. 6 der am 4. November 1950 in Rom unterzeichneten Europäischen Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten (im Folgenden: EMRK) eingestuft werden kann, so dass das Verwaltungsverfahren vor der Kommission in Kartellsachen Art. 41 der Charta der Grundrechte und nicht deren Art. 47 unterliegt (vgl. Urteil vom 11. Juli 2013, *Ziegler/Kommission*, [C-439/11 P](#), [ECLI:EU:C:2013:513](#), Rn. 154 und die dort angeführte Rechtsprechung).

**120** Die Klägerinnen berufen sich auf zwei Urteile des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (im Folgenden: EGMR). Als Erstes führen sie das Urteil des EGMR vom 25. März 2008, *Vitan/Rumänien* ([ECLI:CE:ECHR:2008:0325JUD004208402](#)), an, das die in Art. 6 Abs. 2 EMRK verankerte Unschuldsvermutung betrifft und in dem der EGMR eine Verletzung dieser Bestimmung festgestellt hat, weil der mit den strafrechtlichen Ermittlungen gegen den Kläger beauftragte Staatsanwalt diesen bei einer Pressekonferenz als der missbräuchlichen Einflussnahme schuldig bezeichnet hat, obwohl dessen Schuld noch nicht rechtmäßig festgestellt war, und weil er „seine Äußerungen nicht nuanciert und nicht darauf geachtet hat, sie in den Zusammenhang des Strafverfahrens gegen den Kläger zu stellen“ (§§ 70 und 71). Hierzu ist darauf hinzuweisen, dass nach der Rechtsprechung des EGMR eine Verletzung der Unschuldsvermutung nicht nur von einem Richter oder einem Gericht ausgehen kann, sondern auch von anderen Behörden, dass es von großer Bedeutung ist, wie die Staatsbediensteten ihre Worte in den Erklärungen wählen, die sie abgeben, bevor gegen eine Person ein Urteil ergeht und sie schuldig gesprochen wird, und dass es für die Anwendung von Art. 6 Abs. 2 EMRK auf den wirklichen Sinn der Erklärungen und nicht auf ihren Wortlaut ankommt (vgl. EGMR, 15. März 2011, *Begu/Rumänien*, [ECLI:CE:ECHR:2011:0315JUD002044802](#), § 126 und die dort angeführte Rechtsprechung). Der EGMR erkennt jedoch an, dass Art. 6 Abs. 2 EMRK in Anbetracht ihres Art. 10, der die Freiheit der Meinungsäußerung schützt, die Behörden nicht daran hindern kann, die Öffentlichkeit über laufende Strafverfahren zu unterrichten, aber verlangt, dies mit der Diskretion und Zurückhaltung zu tun, die die Wahrung der

Unschuldsvermutung gebietet (EGMR, 10. Februar 1995, Allenet de Ribemont/Frankreich, ECLI:CE:ECHR:1995:0210JUD001517589, § 38).

**121**Als Zweites führen die Klägerinnen das Urteil des EGMR vom 16. September 1999, Buscemi/Italien (ECLI:CE:ECHR:1999:0916JUD002956995), an, in dem der EGMR eine Verletzung von Art. 6 Abs. 1 EMRK und des Rechts jeder Person darauf, dass ihre Sache von einem unparteiischen und unabhängigen Gericht in einem fairen Verfahren gehört wird, festgestellt hat, weil der Vorsitzende des Gerichts öffentlich Ausdrücke, die eine negative Beurteilung der Sache des Klägers nahelegten, verwendet hat, bevor er den Vorsitz des zur Entscheidung dieser Rechtssache berufenen Gerichts geführt hat (§§ 68 und 69). Der EGMR hat in diesem Urteil weiter ausgeführt, dass die zur Entscheidung berufenen Gerichte zu größtmöglicher Diskretion verpflichtet sind, um ihr Bild als unparteiische Richter zu gewährleisten, und dass diese Diskretion sie dazu veranlassen muss, sich nicht der Presse zu bedienen, und zwar auch nicht zur Antwort auf Provokationen (§ 67). Es ist jedoch darauf hinzuweisen, dass nach der Rechtsprechung der Unionsgerichte die Kommission nicht als „Gericht“ im Sinne von Art. 6 Abs. 2 EMRK einzustufen ist (siehe oben, Rn. 119).

**122**Die Klägerinnen führen ferner das Urteil vom 8. Juli 2008, Franchet und Byk/Kommission (T-48/05, ECLI:EU:T:2008:257, Rn. 210 bis 219), an, in dem das Gericht im Rahmen einer Schadensersatzklage festgestellt hat, dass das Europäische Amt für Betrugsbekämpfung (OLAF) die Grundsätze der Unschuldsvermutung und der guten Verwaltung sowie seine Pflicht zur Vertraulichkeit verletzt hat, indem es die Verbreitung sensibler Punkte von Untersuchungen in der Presse herbeigeführt und angegeben hat, dass die Kläger eines „groß angelegten Vorhabens zur Plünderung von [Unions]mitteln“ verdächtig sind (Rn. 216).

**123**Das Gericht hat zudem bereits Klarstellungen zur Pflicht zur Unparteilichkeit und zur Wahrung des Grundsatzes der ordnungsgemäßen Verwaltung vorgenommen, die der Kommission in Wettbewerbssachen obliegt. So hat es im Urteil vom 20. März 2002, ABB Asea Brown Boveri/Kommission (T-31/99, ECLI:EU:T:2002:77, Rn. 99 und 107), einen Klagegrund zurückgewiesen, mit dem die Verletzung des Grundsatzes der ordnungsgemäßen Verwaltung in einem Fall geltend gemacht worden war, in dem sich die Klägerin bei ihrer Anhörung vor der Kommission einer abwertenden Bemerkung in Bezug auf ihren Ruf und einer Reihe tendenziöser Fragen zu von ihr nicht mehr bestrittenen Tatsachen seitens eines mit dem Fall, der Gegenstand des angefochtenen Beschlusses war, betrauten Beamten der Kommission ausgesetzt gesehen hatte und sich derselbe Beamte bei einer Konferenz zu Fragen des Wettbewerbsrechts unter Verwendung eines Zitats geäußert hatte, das die Aktivitäten der Klägerin diskreditierte. Das Gericht hat anerkannt, dass diese Bemerkungen von unbedachten Verhaltens- und Ausdrucksweisen eines Mitglieds der bei der Kommission mit dem vorliegenden Fall betrauten Gruppe zeugten, und darauf hingewiesen, dass sich der Generaldirektor der Generaldirektion (GD) Wettbewerb der Kommission im Anschluss an diese bei der Konferenz gefallene Bemerkung bei der Klägerin entschuldigt hat; es hat diese Bemerkungen jedoch nicht als geeignet angesehen, Zweifel an der Sorgfalt und Unparteilichkeit zu wecken, mit der die Kommission ihre Untersuchung der von der Klägerin begangenen Zuwiderhandlung durchgeführt hat, und befunden, dass das bedauerliche Verhalten eines Mitglieds der mit einer Sache betrauten Gruppe für sich

genommen die Rechtmäßigkeit der vom Kollegium der Kommissionsmitglieder getroffenen Entscheidung nicht beeinträchtigt.

**124**Zur Kumulierung der Funktionen der Ermittlung und der Sanktion von Zuwiderhandlungen gegen die Wettbewerbsregeln durch die Kommission hat der Gerichtshof entschieden, dass sie für sich genommen nicht gegen Art. 6 EMRK in seiner Auslegung durch den EGMR verstößt (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 18. Juli 2013, Schindler Holding u. a./Kommission, C-501/11 P, ECLI:EU:C:2013:522, Rn. 33 und 34), und das Gericht hat in ihr keine Verletzung des Gebots der Unparteilichkeit gesehen (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 27. Juni 2012, Bolloré/Kommission, T-372/10, ECLI:EU:T:2012:325, Rn. 65 bis 67). Das Fehlen einer Trennung zwischen der Ermittlungs- und der Sanktionsfunktion innerhalb der Dienststellen der Kommission bedingt jedoch eine besondere Verantwortung der Mitglieder der Kommission, insbesondere des für Wettbewerbsfragen zuständigen Kommissionsmitglieds, sich jeder Parteinahme bei der Ermittlung von Wettbewerbsverstößen und der Führung der Verfahren zu ihrer Ahndung zu enthalten, weil sie die Befugnis haben, am Ende dieser Verfahren Sanktionen gegen die betreffenden Unternehmen zu verhängen.

**125**Das Gericht hat zudem festgestellt, dass die Bekundung ihrer Entschlossenheit, die an wettbewerbswidrigen Kartellen Beteiligten nicht aus verfahrensrechtlichen Gründen ohne unionsrechtliche Sanktion davonkommen zu lassen, durch die Kommission keine Verletzung des Grundsatzes der Unparteilichkeit ist, sondern nur die Erklärung eines klaren, voll im Einklang mit dem Auftrag der Kommission stehenden Willens, im Einzelfall festgestellte Verfahrensfehler zu beseitigen, um die Wirksamkeit des Wettbewerbsrechts der Union nicht zu schwächen (Urteil vom 27. Juni 2012, Bolloré/Kommission, T-372/10, ECLI:EU:T:2012:325, Rn. 73 und 74).

**126**Ferner ist darauf hinzuweisen, dass der Unionsrichter bereits einen Klagegrund der Verletzung des Rechts auf ein faires Verfahren oder des Grundsatzes der ordnungsgemäßen Verwaltung wegen öffentlicher Stellungnahmen der Kommission oder eines ihrer Bediensteten während des Verwaltungsverfahrens mit der Begründung zurückgewiesen hat, dass die Akten keine Anhaltspunkte für die Annahme enthielten, dass die angefochtene Entscheidung ohne die umstrittenen Äußerungen nicht ergangen oder inhaltlich anders ausgefallen wäre (vgl. in diesem Sinne Urteile vom 16. Dezember 1975, Suiker Unie u. a./Kommission, 40/73 bis 48/73, 50/73, 54/73 bis 56/73, 111/73, 113/73 und 114/73, ECLI:EU:C:1975:174, Rn. 91, und vom 7. Juli 1994, Dunlop Slazenger/Kommission, T-43/92, ECLI:EU:T:1994:79, Rn. 29). Nach der Rechtsprechung ist es somit Sache des Klägers, zumindest Anhaltspunkte für eine solche Schlussfolgerung vorzubringen (Urteil vom 15. März 2006, BASF/Kommission, T-15/02, ECLI:EU:T:2006:74, Rn. 606).

**127**Es ist auch darauf hinzuweisen, dass die Tätigkeit der Kommission dem aus Art. 250 AEUV folgenden Kollegialprinzip unterliegt, das auf der Gleichheit der Kommissionsmitglieder bei der Teilnahme an der Beschlussfassung beruht und insbesondere bedingt, dass die Beschlüsse gemeinsam beraten werden und dass alle Mitglieder des Kollegiums für sämtliche gefassten Beschlüsse politisch gemeinsam verantwortlich sind. Dies gilt insbesondere für die ausdrücklich als Beschlüsse gekennzeichneten Rechtsakte, die die Kommission gegenüber Unternehmen im Interesse der Einhaltung der Wettbewerbsregeln erlässt und die darauf gerichtet sind, eine Zuwiderhandlung gegen diese Regeln festzustellen, Anordnungen gegenüber diesen

Unternehmen zu erlassen und ihnen finanzielle Sanktionen aufzuerlegen. Da der verfügende Teil und die Begründung eines Beschlusses somit ein unteilbares Ganzes bilden, ist es nach dem Kollegialprinzip ausschließlich Sache des Kollegiums, beide zugleich anzunehmen (Urteil vom 27. September 2012, Heijmans Infrastructuur/Kommission, T-359/06, nicht veröffentlicht, ECLI:EU:T:2012:489, Rn. 126 und 127). Das Gericht hat zudem auf dem Gebiet der staatlichen Beihilfen entschieden, dass eine Meinungsäußerung des für Wettbewerbsfragen zuständigen Kommissionsmitglieds über ein anhängiges Verfahren, soweit sie streng persönlich ist und zurückhaltend formuliert wurde, nur diesem Mitglied zuzurechnen ist und der Beurteilung nicht vorgreift, zu der das Kollegium der Kommissionsmitglieder am Ende des Verfahrens gelangt (Urteil vom 8. Juli 1999, Vlaamse Televisie Maatschappij/Kommission, T-266/97, ECLI:EU:T:1999:144, Rn. 49 und 54). Im Übrigen kann nicht davon ausgegangen werden, dass die Mitglieder der Kommission in ihrer Beurteilungsfreiheit von einem unangebrachten Gefühl der Solidarität gegenüber ihrem für Wettbewerbsfragen zuständigen Kollegen beeinflusst wurden (Urteil vom 15. März 2006, BASF/Kommission, T-15/02, ECLI:EU:T:2006:74, Rn. 610).

**128** Was die objektive Unparteilichkeit betrifft, bei der es darum geht, dass das Unionsorgan hinreichende Garantien für den Ausschluss jedes berechtigten Zweifels bieten muss, ist darauf hinzuweisen, dass die Kommission, wie sie in der Sitzung auf eine Frage des Gerichts dargelegt hat, mehrere interne Regelungen erlassen hat, die sie zur Einhaltung bestimmter Regeln bei der öffentlichen Kommunikation verpflichten. Im Einzelnen heißt es in dem 2011 angenommenen Verhaltenskodex für Kommissionsmitglieder (C[2011] 2904) in Punkt 1.7, dass es das Kollegialitätsprinzip gebietet, dass sich die Kommissionsmitglieder jeglicher Äußerung enthalten, die einen Beschluss der Kommission in Frage stellt, und sie über die Beratungen der Kommission Stillschweigen zu wahren haben. Des Weiteren heißt es im Anhang des Beschlusses 2000/633/EG, EGKS, Euratom der Kommission vom 17. Oktober 2000 zur Änderung ihrer Geschäftsordnung (ABl. 2000, L 267, S. 63) mit dem Titel „Kodex für gute Verwaltungspraxis in den Beziehungen der Bediensteten der Europäischen Kommission zur Öffentlichkeit“, dass „[h]ohe Qualität ... voraus[setzt], dass sich die Kommission und ihre Bediensteten höflich, sachlich und unparteiisch verhalten“, und in Nr. 2 betreffend Objektivität und Unparteilichkeit, dass „Bedienstete ... stets objektiv und unparteiisch sowie im Interesse der [Union] und zum Wohl der Allgemeinheit [handeln]“ und dass sie „[i]nnerhalb des von der Kommission festgelegten politischen Rahmens ... in voller Unabhängigkeit [entscheiden], ohne sich von persönlichen oder nationalen Interessen leiten zu lassen oder politischem Druck nachzugeben“. Ebenso wird in dem am 28. Juni 2010 angenommenen Ethik- und Integritätskodex der GD Wettbewerb deren Bediensteten empfohlen, hinsichtlich der Freiheit der Meinungsäußerung jede Erörterung einer Sache, zu der die Kommission noch keine offizielle Stellungnahme festgelegt hat, zu vermeiden und hinsichtlich der Kontakte mit den Medien zu vermeiden, von einer Sache zu sprechen, die noch Gegenstand einer Ermittlung ist und zu der die Kommission noch keine offizielle Stellungnahme festgelegt hat.

**129** Die Klägerinnen machen geltend, der Bürgerbeauftragte habe bereits einen Fall von Missstand in der Verwaltungstätigkeit bezüglich desselben Kommissionsmitglieds für Wettbewerbsfragen festgestellt, das zur Zeit des Erlasses des angefochtenen Beschlusses im Amt gewesen sei, weil dieses Mitglied - wie in der vorliegenden Rechtssache -

öffentliche Äußerungen getätigt habe, die so zu verstehen gewesen seien, dass es bereits vor Abschluss der Untersuchung zu einer Schlussfolgerung gelangt sei.

**130**Hierzu ist darauf hinzuweisen, dass die Schlussfolgerungen des Bürgerbeauftragten, mit denen dieser einen „Misstand in der Verwaltungstätigkeit“ feststellt, den Unionsrichter nicht binden und nur ein einfacher Anhaltspunkt für die Verletzung des Grundsatzes der ordnungsgemäßen Verwaltung durch das betreffende Unionsorgan sein können. Das Verfahren vor dem Bürgerbeauftragten, der nicht zum Erlass bindender Entscheidungen befugt ist, ist im Verhältnis zu einer Klage vor dem Unionsrichter ein alternativer, außergerichtlicher Weg für die Unionsbürger, für den besondere Kriterien gelten und der nicht notwendig dasselbe Ziel hat wie eine Klage (Urteil vom 25. Oktober 2007, Komninou u. a./Kommission, C-167/06 P, nicht veröffentlicht, ECLI:EU:C:2007:633, Rn. 44). Daher sind Auslegungen des Unionsrechts durch den Bürgerbeauftragten erst recht nicht geeignet, den Unionsrichter zu binden.

**131**Im vorliegenden Fall werfen die Klägerinnen, was die subjektive Unparteilichkeit betrifft, bei der es darum geht, dass kein mit der Sache betrautes Mitglied des betreffenden Organs Voreingenommenheit oder persönliche Vorurteile zum Ausdruck bringen darf, den beiden nacheinander für Wettbewerbsfragen zuständigen Kommissionsmitgliedern, Frau N. Kroes und Herrn J. Almunia, vor, sich bei drei Gelegenheiten zum Ausgang des die Klägerinnen betreffenden Verwaltungsverfahrens geäußert zu haben. Wie die Klägerinnen in der Sitzung hervorgehoben haben, waren diese beiden Kommissionsmitglieder bei der Annahme des angefochtenen Beschlusses noch im Amt, haben bei der Annahme mitgewirkt und waren während unterschiedlicher Zeiträume unmittelbar mit der Ermittlung in der Sache betraut. Der angefochtene Beschluss ist im Übrigen von Herrn Almunia unterzeichnet.

**132**Als Erstes geht aus den Akten hervor, dass sich Frau Kroes bei der Pressekonferenz zur Vorlage der Schlussfolgerungen des Untersuchungsberichts betreffend den Arzneimittelsektor dahin gehend äußerte, dass „[d]er Bericht ... leider [bestätigt], dass es Wettbewerbsprobleme im Arzneimittelsektor gibt“, und dass „[d]er Bericht ... insbesondere zu dem Schluss [kommt], dass die Hersteller des Originalpräparats aktiv versuchen, den Eintritt von Generika in den Markt zu verzögern“ (auf der Website der GD Wettbewerb veröffentlichte Rede). Den Klägerinnen zufolge soll Frau Kroes weiter ausgeführt haben, dass „[i]nsgesamt ... festgestellt werden [kann], dass etwas faul im Königreich ist“ (zitiert nach der Website der Onlinezeitung EU Observer). Die Kommission macht in der Gegenerwiderung geltend, diese Äußerungen seien nur von einem Journalisten berichtet worden und der Artikel bestätige, dass sich der Ausdruck „faul“ auf die Sektoruntersuchung und nicht auf die Klägerinnen bezogen habe. Bei derselben Pressekonferenz sprach dasselbe für Wettbewerbsfragen zuständige Kommissionsmitglied in einem gesonderten Teil „Wettbewerb und Kontrolle“ die Einleitung eines Verfahrens gegen die Klägerinnen und bestimmte Generikahersteller an und führte aus, dass es „um vermutete Verstöße gegen die Regeln des [AEUV] betreffend den Wettbewerb einschränkende Handelspraktiken (Art. [101 AEUV]) wie auch den Missbrauch einer beherrschenden Stellung (Art. [102 AEUV]) [geht]“, dass „[i]m Rahmen dieser Sache ... die Vereinbarungen zwischen Servier und einer Reihe von Generikaherstellern untersucht [werden]“, und dass „[d]iese Vereinbarungen ... den Eintritt von generischen Konkurrenzern von Perindopril, einem sehr wichtigen Arzneimittel zur Behandlung von Herzkrankheiten und arterieller Hypertonie, verzögert

[haben]“. Das für Wettbewerbsfragen zuständige Kommissionsmitglied unterschied somit sehr wohl zwischen den Ergebnissen der Sektoruntersuchung und dem Beschluss, ein Verfahren gegen die Klägerinnen einzuleiten. Hinsichtlich dieses Verfahrens wies das für Wettbewerbsfragen zuständige Kommissionsmitglied ausdrücklich darauf hin, dass es um mögliche Verletzungen der Wettbewerbsregeln gehe. Der Umstand allein, dass dieses Kommissionsmitglied im folgenden Satz von einer Beeinträchtigung des Markteintritts der Generika durch die fraglichen Vereinbarungen sprach, kann unter Berücksichtigung des im Satz davor dargestellten Kontexts nicht so verstanden werden, als sei das Kommissionsmitglied der Ansicht gewesen, dass eine Verletzung der Wettbewerbsregeln vorliege. Das für Wettbewerbsfragen zuständige Kommissionsmitglied hat sich damit bei dieser Pressekonferenz darauf beschränkt, die Öffentlichkeit mit der zur Wahrung der Unschuldsvermutung gebotenen Diskretion und Zurückhaltung über ein laufendes Verfahren zu unterrichten.

**133**Als Zweites ist darauf hinzuweisen, dass Herr Almunia am 8. Oktober 2012 in einer Rede zur Vorstellung des Tätigkeitsberichts der Kommission auf dem Gebiet des Wettbewerbs im Europäischen Parlament u. a. das Verfahren betreffend die streitigen Vereinbarungen erwähnte und ausführte, dass „[i]m Arzneimittelsektor ... Servier die Beschwerdepunkte [der Kommission] vor dem Sommer mitgeteilt [wurden]“, dass er „befürchte[t], dass diese Gesellschaften ihre Patente missbraucht haben, um den Eintritt preiswerterer Generika in den Markt zu behindern“, und dass er „hoff[t], dass die - idealerweise 2013 - zu erlassenden Beschlüsse eine Änderung der gegenwärtigen Praktiken bestimmter Akteure dieses Sektors, die sehr zu wünschen übrig lassen, bewirken werden“ (auf der Website der GD Wettbewerb veröffentlichte Rede). Mit der Angabe, dass die Kommission eine Mitteilung der Beschwerdepunkte an die Klägerinnen und andere Unternehmen versandt habe und dass 2013 Beschlüsse erlassen würden, hat das Kommissionsmitglied jedoch seine Verpflichtung zur Unparteilichkeit nicht verletzt und das Parlament lediglich mit der zur Wahrung der Unschuldsvermutung gebotenen Diskretion und Zurückhaltung über ein laufendes Verfahren unterrichtet. Die Mitteilung der Beschwerdepunkte ist nämlich nur ein vorläufiges Dokument, dem durch die Unionsverordnungen der Zweck zugewiesen ist, den Unternehmen alle erforderlichen Angaben zur Verfügung zu stellen, damit sie sich sachgerecht verteidigen können, bevor die Kommission einen endgültigen Beschluss erlässt (vgl. Urteil vom 27. September 2012, Koninklijke Wegenbouw Stevin/Kommission, [T-357/06](#), [ECLI:EU:T:2012:488](#), Rn. 43 und die dort angeführte Rechtsprechung). So darf die Kommission zwar nach Art. 27 Abs. 1 der Verordnung Nr. 1/2003 ihre endgültige Entscheidung nur auf Beschwerdepunkte stützen, zu denen sich die Parteien äußern konnten, sie ist jedoch nicht verpflichtet, auf alle in der Mitteilung der Beschwerdepunkte genannten Umstände einzugehen, zumal wenn diese ungenügend erscheinen. Die Mitteilung der Beschwerdepunkte ist daher ihrem Wesen nach vorläufig und Änderungen anlässlich der späteren Beurteilung zugänglich, die die Kommission auf der Grundlage der von den Beteiligten vorgelegten Stellungnahmen und weiterer Tatsachenfeststellungen vornimmt (Urteil vom 10. Juli 2008, Bertelsmann und Sony Corporation of America/Impala, [C-413/06 P](#), [ECLI:EU:C:2008:392](#), Rn. 63). Zudem besteht nach der Mitteilung der Beschwerdepunkte, mit der die Kommission aufgrund einer ersten Prüfung ihre Ansicht bekundet, dass eine Zuwiderhandlung begangen wurde, nicht unbedingt mehr eine so weitgehende Pflicht des für Wettbewerbsfragen zuständigen Kommissionsmitglieds zur Zurückhaltung, denn dieses kann in öffentlichen Erklärungen mit aller gebotenen

Vorsicht, da es sich um eine vorläufige Beurteilung handelt, die in diesem Stadium des Verfahrens gegen ein Unternehmen erhobenen Vorwürfe erwähnen.

**134**Schließlich ist als Drittes festzustellen, dass nach den Akten Herr Almunia am 12. April 2013 in einer vor der amerikanischen Anwaltskammer in Washington gehaltenen und in der Presse wiedergegebenen Rede gesagt haben soll, dass „die Kommission ... sich in den kommenden Monaten zur Rechtmäßigkeit der zwischen den Arzneimittelherstellern zur Verzögerung des Markteintritts preiswerterer Generika geschlossenen Vereinbarungen äußern“ werde und dass „die Ergebnisse der Sektoruntersuchung in Beschlüsse in den Sachen ... und Servier umgewandelt“ würden (zitiert nach der Website MLex). Es ist zu beachten, dass in diesem Artikel die Äußerungen des Kommissionsmitglieds nur indirekt wiedergegeben werden. Zudem können diese Äußerungen, sollte das für Wettbewerbsfragen zuständige Kommissionsmitglied sie tatsächlich getätigt haben, nur in dem Sinne ausgelegt werden, dass der Erlass eines Beschlusses in der in Rede stehenden Sache möglich war (vgl. in diesem Sinne und entsprechend Urteil vom 8. Juli 1999, Vlaamse Televisie Maatschappij/Kommission, T-266/97, ECLI:EU:T:1999:144, Rn. 53). Somit hat sich das für Wettbewerbsfragen zuständige Kommissionsmitglied darauf beschränkt, die Öffentlichkeit mit der zur Wahrung der Unschuldsvermutung gebotenen Diskretion und Zurückhaltung von der laufenden Untersuchung zu unterrichten. Jedenfalls ist darauf hinzuweisen, dass diese Äußerungen nur eine Meinungsbekundung des für Wettbewerbsfragen zuständigen Kommissionsmitglieds zu einem laufenden Verfahren darstellten, die nur diesem Mitglied zuzurechnen ist und der Beurteilung nicht vorgreift, zu der das Kollegium der Kommissionsmitglieder am Ende des Verfahrens gelangt ist (siehe oben, Rn. 127).

**135**Folglich ist das Argument der Klägerinnen, der angefochtene Beschluss wäre ohne diese Erklärungen der Kommissionsmitglieder anders ausgefallen, zurückzuweisen.

**136**Die Klägerinnen stützen diesen Klagegrund ferner auf den Vorwurf, dass das für Wettbewerbsfragen zuständige Kommissionsmitglied und sein Kabinett während des Großteils der Anhörung nicht zugegen gewesen seien. Der von den Klägerinnen in der Sitzung hervorgehobene Umstand, dass Herr Almunia an ihrer Anhörung vor der Kommission nicht teilgenommen und sich durch einen Mitarbeiter seines Kabinetts habe vertreten lassen, ist nicht geeignet, zu beweisen, dass der Sanktionsbeschluss im Grundsatz bereits vor dieser Anhörung getroffen worden wäre. Zudem ist die Teilnahme des Kommissionsmitglieds oder eines Mitarbeiters seines Kabinetts an der Anhörung in keiner Bestimmung vorgeschrieben. Nach Auffassung des Unionsrichters lässt sich jedoch unter Berufung auf den Grundsatz der ordnungsgemäßen Verwaltung nicht in eine Verpflichtung umwandeln, was der Gesetzgeber nicht als eine solche angesehen hat (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 27. September 2012, Koninklijke Wegenbouw Stevin/Kommission, T-357/06, ECLI:EU:T:2012:488, Rn. 242).

**137**Die Klägerinnen werfen der Kommission weiter vor, die geltenden Beweisregeln und -maßstäbe verkannt zu haben, und verweisen dazu auf mehrere Randnummern des angefochtenen Beschlusses, gegen die sie sich mit anderen Klagegründen wenden (Verfälschung von Tatsachen, Fehler hinsichtlich des für die Einstufung als bezweckte Zuwiderhandlung geltenden rechtlichen Kriteriums, zu weite Auslegung des Begriffs des potenziellen Wettbewerbs usw.). In der Erwiderung führen sie aus, mit diesen Beispielen solle die Verzerrung nachgewiesen werden, die die Untersuchung beeinträchtigt. Wie die Kommission geltend macht, fällt dieses Vorbringen der Klägerinnen jedoch mit der Frage

zusammen, ob die im angefochtenen Beschluss getroffenen Tatsachenfeststellungen durch die von der Kommission vorgelegten Beweise gebührend untermauert sind und ob diese bei ihrer Analyse Rechtsfehler begangen hat (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 24. Oktober 1991, Atochem/Kommission, T-3/89, ECLI:EU:T:1991:58, Rn. 39). Dieses Vorbringen wird daher später, im Rahmen der materiellen Klagegründe, geprüft. Jedenfalls ist darauf hinzuweisen, dass dieses Vorbringen auf bloße Behauptungen gegründet und nicht zum Beweis dafür geeignet ist, dass die Kommission tatsächlich dem Ausgang des Verwaltungsverfahrens vorgegriffen oder voreingenommen ermittelt hätte (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 6. Juli 2000, Volkswagen/Kommission, T-62/98, ECLI:EU:T:2000:180, Rn. 272).

**138**Die Klägerinnen machen schließlich geltend, das Fehlen einer Gegenuntersuchung der Sache durch ein internes Panel der GD Wettbewerb zeige die Parteilichkeit des angefochtenen Beschlusses und rechtfertige seine Nichtigerklärung wegen Verletzung des Grundsatzes der Unschuldsvermutung und von Art. 41 der Charta der Grundrechte. Insoweit ist jedoch zu beachten, dass keine Verordnungsbestimmung oder für die Kommission geltende interne Regel dieser vorschreibt, eine Gegenuntersuchung sämtlicher Sachen durch ein internes Panel durchzuführen, und dass der Grundsatz der ordnungsgemäßen Verwaltung nicht in eine Verpflichtung umwandeln kann, was der Gesetzgeber nicht als eine solche angesehen hat (siehe oben, Rn. 136). 2004 wurde zwar ein System der Peer-Review eingeführt. Aus einem im September 2011 von der Kommission veröffentlichten Dokument mit dem Titel „Verfahren für die Anwendung der Artikel 101 und 102 AEUV: Hauptakteure und Kräftegleichgewicht“ geht jedoch hervor, dass der Generaldirektor der GD Wettbewerb im Einvernehmen mit dem für Wettbewerbsfragen zuständigen Kommissionsmitglied entscheidet, in welchen Sachen dieses interne Panel eingesetzt wird, dass die Entscheidung für ein solches Panel und dessen Zusammensetzung nicht öffentlich bekannt gegeben werden und dass in die Peer-Review einer Sache keinesfalls die von dem Verfahren Betroffenen oder irgendein Dritter einbezogen sind. Die Durchführung einer solchen Gegenuntersuchung durch die GD Wettbewerb ist somit nicht in allen Verfahren vorgeschrieben, so dass nicht zu beanstanden ist, dass die Kommission im vorliegenden Fall keine derartige Gegenuntersuchung durchgeführt hat.

**139**Der Klagegrund ist daher zurückzuweisen.

2. Zum Fehlen einer wirksamen Anhörung des Beratenden Ausschusses für Kartell- und Monopolfragen

a) Vorbringen der Parteien (nicht wiedergegeben)

b) Würdigung durch das Gericht

**142**Art. 14 der Verordnung Nr. 1/2003, der zu deren Kapitel IV betreffend die Zusammenarbeit zwischen der Kommission auf der einen und den Wettbewerbsbehörden und den Gerichten der Mitgliedstaaten auf der anderen Seite gehört, sieht in Abs. 1 vor, dass die Kommission „[v]or jeder Entscheidung, die nach Maßgabe der Artikel 7, 8, 9, 10 und 23, Artikel 24 Absatz 2 und Artikel 29 Absatz 1 [dieser Verordnung] ergeht, ... einen Beratenden Ausschuss für Kartell- und Monopolfragen [hört]“. Nach Art. 14 Abs. 2 der Verordnung Nr. 1/2003 setzt sich „[f]ür die Erörterung von Einzelfällen ... der Beratende Ausschuss ... aus Vertretern der Wettbewerbsbehörden der Mitgliedstaaten zusammen“. Gemäß Art. 14 Abs. 3 der Verordnung Nr. 1/2003 nimmt der Beratende Ausschuss zu dem vorläufigen Entscheidungsvorschlag der Kommission schriftlich Stellung, und nach



Art. 14 Abs. 5 dieser Verordnung berücksichtigt „[d]ie Kommission ... so weit wie möglich die Stellungnahme des Ausschusses [und] unterrichtet [ihn] darüber, inwieweit sie seine Stellungnahme berücksichtigt hat“. Zudem werden „[a]uf Antrag eines oder mehrerer Mitglieder ... die in der Stellungnahme aufgeführten Standpunkte mit einer Begründung versehen“ (Art. 14 Abs. 3 der Verordnung Nr. 1/2003). Nach Ziff. 58 der Bekanntmachung der Kommission über die Zusammenarbeit innerhalb des Netzes der Wettbewerbsbehörden (ABl. 2004, C 101, S. 43, im Folgenden: Bekanntmachung über die Zusammenarbeit innerhalb des Netzes der Wettbewerbsbehörden) ist zudem „[d]er Beratende Ausschuss ... das Forum, in dem Fachleute aus den verschiedenen Wettbewerbsbehörden Einzelfälle und allgemeine Fragen des europäischen Wettbewerbsrechts erörtern“.

**143**Auf verfahrensrechtlicher Ebene sieht Art. 14 Abs. 3 der Verordnung Nr. 1/2003 vor, dass die Anhörung des Beratenden Ausschusses „in einer von der Kommission einberufenen Sitzung, in der die Kommission den Vorsitz führt, frühestens 14 Tage nach Absendung der Einberufung, der eine Darstellung des Sachverhalts unter Angabe der wichtigsten Schriftstücke sowie ein vorläufiger Entscheidungsvorschlag beigelegt wird, erfolgen [kann]“. Gleichwohl kann, wenn „eine von der Kommission abgesendete Einberufung zu einer Sitzung eine kürzere Ladungsfrist als die vorerwähnten Fristen [enthält], ... die Sitzung zum vorgeschlagenen Zeitpunkt stattfinden, wenn kein Mitgliedstaat einen Einwand erhebt“. So heißt es auch in Ziff. 66 der Bekanntmachung über die Zusammenarbeit innerhalb des Netzes der Wettbewerbsbehörden, dass „[d]ie Ratsverordnung ... vor[sieht], dass die Mitgliedstaaten einem kürzeren Zeitraum zwischen der Absendung der Einladung und der Sitzung zustimmen können“. Nach Art. 14 Abs. 3 der Verordnung Nr. 1/2003 kann der Beratende Ausschuss zudem „seine Stellungnahme auch dann abgeben, wenn einzelne Mitglieder des Ausschusses nicht anwesend und nicht vertreten sind“. In Art. 14 Abs. 4 der Verordnung Nr. 1/2003 schließlich heißt es: „Die Anhörung kann auch im Wege des schriftlichen Verfahrens erfolgen. Die Kommission muss jedoch eine Sitzung einberufen, wenn ein Mitgliedstaat dies beantragt. Im Fall eines schriftlichen Verfahrens setzt die Kommission den Mitgliedstaaten eine Frist von mindestens 14 Tagen für die Übermittlung ihrer Bemerkungen, die an die anderen Mitgliedstaaten weitergeleitet werden.“

**144**Das Dokument „Bestimmungen über die Arbeitsweise des Beratenden Ausschusses“ vom 19. Dezember 2008, das die Kommission auf eine prozessleitende Maßnahme hin am 6. November 2015 vorgelegt hat, legt die einzelnen der Anhörung des Beratenden Ausschusses vorausgehenden Abschnitte fest, insbesondere diejenigen, in denen die nationalen Wettbewerbsbehörden je nach Fortgang der Ermittlung in der Sache Kenntnis von der Akte nehmen können.

**145**Als Erstes ist hierzu auf Art. 11 Abs. 2 der Verordnung Nr. 1/2003 hinzuweisen, der wie folgt lautet: „Die Kommission übermittelt den Wettbewerbsbehörden der Mitgliedstaaten eine Kopie der wichtigsten Schriftstücke, die sie zur Anwendung der Artikel 7, 8, 9, 10 und 29 Absatz 1 zusammengetragen hat. Die Kommission übermittelt der Wettbewerbsbehörde eines Mitgliedstaats auf Ersuchen eine Kopie anderer bestehender Unterlagen, die für die Beurteilung des Falls erforderlich sind.“ Art. 11 Abs. 6 dieser Verordnung sieht vor: „Leitet die Kommission ein Verfahren zum Erlass einer Entscheidung nach Kapitel III ein, so entfällt damit die Zuständigkeit der Wettbewerbsbehörden der Mitgliedstaaten für die Anwendung der Artikel [101 und 102

AEUV]. Ist eine Wettbewerbsbehörde eines Mitgliedstaats in einem Fall bereits tätig, so leitet die Kommission ein Verfahren erst ein, nachdem sie diese Wettbewerbsbehörde konsultiert hat.“ In Anwendung dieser Bestimmungen übermittelt die Kommission den nationalen Wettbewerbsbehörden die ursprüngliche Entscheidung über die Einleitung des Verfahrens, die an das betroffene Unternehmen gerichtete Mitteilung der Beschwerdepunkte, dessen Antwort hierauf und die wichtigsten Dokumente der Sache unmittelbar nach deren Bekanntgabe an oder deren Erhalt durch dieses Unternehmen (vgl. Rn. 6 und 7 der Bestimmungen über die Arbeitsweise des Beratenden Ausschusses).

**146**Als Zweites ist zu beachten, dass nach den Rn. 33 bis 36 der Bestimmungen über die Arbeitsweise des Beratenden Ausschusses die Kommission für jede Sache, in der sie eine Mitteilung der Beschwerdepunkte an ein Unternehmen richtet, binnen 45 Tagen nach Übersendung dieser Mitteilung an die Betroffenen nach einer dem turnusmäßigen Wechsel der Präsidentschaft im Rat der Europäischen Union entsprechenden Reihenfolge eine der nationalen Wettbewerbsbehörden als Berichterstatterin (im Folgenden: berichterstattende NWB) benennt, sofern nicht im Interesse der Objektivität die Wahl einer anderen nationalen Wettbewerbsbehörde geboten ist, in welchem Fall die Kommission vorbehaltlich der Zustimmung der ersten nationalen Wettbewerbsbehörde die dieser im Verzeichnis des turnusmäßigen Wechsels der Präsidentschaft folgende Wettbewerbsbehörde wählen kann (Rn. 28, 33 und 34). Die berichterstattende NWB soll zum Verständnis der Sache durch die anderen nationalen Wettbewerbsbehörden beitragen und diese von den wesentlichen Abschnitten der Ermittlung in der Sache unterrichten und arbeitet zu diesem Zweck eng mit der Kommission zusammen (Rn. 40 und 42). In den Bestimmungen über die Arbeitsweise des Beratenden Ausschusses wird der berichterstattenden NWB ebenfalls empfohlen, mindestens fünf Tage vor dem Zusammentreten des Beratenden Ausschusses eine Liste der für die Sache wesentlichen Fragen in Umlauf zu bringen (Rn. 44 Ziff. i) sowie die Sache und die mit ihr aufgeworfenen Probleme zu Beginn der Sitzung des Beratenden Ausschusses vorzustellen (Rn. 44 Ziff. ii).

**147**Als Drittes ist darauf hinzuweisen, dass nach Art. 11 Abs. 1 der Verordnung (EG) Nr. 773/2004 der Kommission vom 7. April 2004 über die Durchführung von Verfahren auf der Grundlage der Artikel [101 und 102 AEUV] durch die Kommission (ABl. 2004, L 123, S. 18) „[d]ie Kommission ... den Parteien, an die sie eine Mitteilung der Beschwerdepunkte gerichtet hat, Gelegenheit zur Äußerung [gibt], bevor sie den Beratenden Ausschuss nach Artikel 14 Absatz 1 der Verordnung ... Nr. 1/2003 hört“. Art. 14 Abs. 3 der Verordnung Nr. 773/2004 sieht zudem vor: „Die Wettbewerbsbehörden der Mitgliedstaaten werden von der Kommission zu der Anhörung eingeladen. Die Kommission kann auch Beamte und Bedienstete anderer Behörden der Mitgliedstaaten einladen.“ Nach Rn. 12 der Bestimmungen über die Arbeitsweise des Beratenden Ausschusses dient die Teilnahme der nationalen Wettbewerbsbehörden der wirksamen Arbeit des Beratenden Ausschusses. Dagegen weist keine Bestimmung der berichterstattenden NWB eine besondere Rolle bei der Anhörung zu.

**148**Nach der Rechtsprechung zu den entsprechenden Bestimmungen der Verordnung Nr. 17 des Rates vom 6. Februar 1962, Erste Durchführungsverordnung zu den Artikeln [101 und 102 AEUV] (ABl. 1962, 13, S. 204), deren Nachfolgeregelung die Verordnung Nr. 773/2004 ist, stellt die Anhörung des Beratenden Ausschusses eine wesentliche Förmlichkeit dar, deren Verletzung die Rechtmäßigkeit der endgültigen Entscheidung

beeinträchtigt, sofern erwiesen ist, dass der Beratende Ausschuss seine Stellungnahme nicht in voller Kenntnis der Umstände abgeben konnte. Der Inhalt der sich aus dieser Vorschrift ergebenden Verpflichtungen und die Frage, ob es sich um wesentliche Verpflichtungen handelt, sind in jedem Einzelfall aufgrund dieses Zwecks der Vorlage der Schriftstücke zu prüfen, der darin besteht, es dem Ausschuss zu ermöglichen, seine beratenden Funktionen in voller Kenntnis der Umstände auszuüben (vgl. in diesem Sinne Urteile vom 10. Juli 1991, RTE/Kommission, T-69/89, ECLI:EU:T:1991:39, Rn. 21 und 23, und vom 15. März 2000, Cimenteries CBR u. a./Kommission, T-25/95, T-26/95, T-30/95 bis T-32/95, T-34/95 bis T-39/95, T-42/95 bis T-46/95, T-48/95, T-50/95 bis T-65/95, T-68/95 bis T-71/95, T-87/95, T-88/95, T-103/95 und T-104/95, ECLI:EU:T:2000:77, Rn. 742).

**149**Hinsichtlich der dem Beratenden Ausschuss zu übermittelnden Dokumente ist entschieden worden, dass, obwohl die Anhörung im Rahmen der Zusammenarbeit zwischen der Kommission und den Mitgliedstaaten erfolgt und nicht bezweckt, ein kontradiktorisches Verfahren gegenüber den betroffenen Unternehmen durchzuführen, der Ausschuss insbesondere in aller Objektivität über den Standpunkt und die wesentlichen Argumente dieser Unternehmen unterrichtet sein muss, wie sie in deren Erklärungen zu allen von der Kommission im Anschluss an die Untersuchung gegen sie erhobenen Beschwerdepunkten zum Ausdruck gekommen sind. So gehört u. a. die Niederschrift über die Anhörung grundsätzlich zu den wichtigsten Schriftstücken im Sinne des Art. 10 Abs. 5 der Verordnung Nr. 17 und muss dem Ausschuss somit bei seiner Einberufung übermittelt werden. Die Übersendung der Niederschrift über die Anhörung stellt jedoch nur dann eine wesentliche Förmlichkeit dar, wenn sie im gegebenen Fall erforderlich ist, damit der Beratende Ausschuss seine Stellungnahme in voller Kenntnis der Umstände abgeben kann, d. h., ohne durch Ungenauigkeiten oder Auslassungen in einem wesentlichen Punkt irreführt zu werden. Dies ist nicht der Fall, wenn die Niederschrift über die Anhörung keine wichtigen neuen Informationen enthält, die in den der Einberufung des Beratenden Ausschusses beigefügten schriftlichen Antworten des betroffenen Unternehmens auf die Mitteilung der Beschwerdepunkte nicht enthalten sind. In einem solchen Fall beeinträchtigt nämlich der Umstand, dass die Kommission dem Beratenden Ausschuss die Niederschrift über die Anhörung bei dessen Einberufung nicht übersendet, nicht die Verteidigungsrechte des betroffenen Unternehmens und hat auch keine Auswirkungen auf den Ausgang des Anhörungsverfahrens. Deshalb ist eine solche Unterlassung nicht geeignet, das gesamte Verwaltungsverfahren ungültig zu machen und dadurch die Rechtmäßigkeit der endgültigen Entscheidung in Frage zu stellen (Urteil vom 10. Juli 1991, RTE/Kommission, T-69/89, ECLI:EU:T:1991:39, Rn. 21 bis 23).

**150**Des Weiteren ist darin, dass die Kommission den Beratenden Ausschuss nicht über den genauen Betrag der Geldbußen unterrichtet hatte, keine Verletzung der wesentlichen Förmlichkeit der Anhörung des Beratenden Ausschusses gesehen worden, da sie diesem alle wesentlichen für die Ausarbeitung einer Stellungnahme zu den Geldbußen erforderlichen Unterlagen übermittelt hatte. Der Beratende Ausschuss muss nur über die für die Verhängung der Geldbußen vorgesehenen Kriterien unterrichtet werden (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 15. März 2000, Cimenteries CBR u. a./Kommission, T-25/95, T-26/95, T-30/95 bis T-32/95, T-34/95 bis T-39/95, T-42/95 bis T-46/95, T-48/95, T-50/95 bis T-65/95, T-68/95 bis T-71/95, T-87/95, T-88/95, T-103/95 und T-104/95, ECLI:EU:T:2000:77, Rn. 747 und 748). So wird in Rn. 23 der Bestimmungen über die Arbeitsweise des Beratenden Ausschusses auf die Notwendigkeit hingewiesen, die

Vertraulichkeit der Erörterungen in diesem Ausschuss, insbesondere hinsichtlich der Höhe der Geldbuße, sicherzustellen. Rn. 24 dieser Bestimmungen sieht bezüglich der Festsetzung der Geldbuße vor, dass die Kommission in der Sitzung des Beratenden Ausschusses ein Dokument verteilt, in dem die gewählte Berechnungsmethode unter Bezugnahme auf die Leitlinien für das Verfahren zur Festsetzung von Geldbußen gemäß Artikel 23 Absatz 2 Buchstabe a der Verordnung Nr. 1/2003 (ABl. 2006, C 210, S. 2; im Folgenden: Leitlinien für das Verfahren zur Festsetzung von Geldbußen) erläutert wird, dass die Mitglieder des Beratenden Ausschusses um zusätzliche Zeit für die Prüfung dieses Dokuments ersuchen können und dass das Dokument am Ende der Sitzung an die Kommission zurückgegeben wird.

**151**Im vorliegenden Fall machen die Klägerinnen als Erstes geltend, die Kommission habe keine wirksame Anhörung des Beratenden Ausschusses durchgeführt, weil der die Geldbußen betreffende Teil des vorläufigen Beschlussvorschlags und die Antworten der Unternehmen auf die Mitteilung der Beschwerdepunkte nicht übermittelt worden seien, der vorläufige Vorschlag für den angefochtenen Beschluss den Ausschussmitgliedern erst kurz vor der Sitzung übermittelt worden sei, die den nationalen Wettbewerbsbehörden übersandte Zusammenfassung des vorläufigen Beschlussvorschlags Lücken aufgewiesen habe und die Begründung der Stellungnahme des Beratenden Ausschusses unzureichend gewesen sei. Diese verschiedenen Argumente sind anhand der Akten und insbesondere der von der Kommission am 6. November 2015 auf eine prozessleitende Maßnahme hin und in der Sitzung gegebenen tatsächlichen Erläuterungen zu prüfen.

**152**Ihr Argument, der die Geldbußen betreffende Teil des vorläufigen Beschlussvorschlags und die Antworten der Unternehmen auf die Mitteilung der Beschwerdepunkte seien nicht übermittelt worden, haben die Klägerinnen in der Sitzung fallen gelassen; dies ist im Sitzungsprotokoll vermerkt worden. In der Sitzung haben die Klägerinnen zwar geltend gemacht, den nationalen Wettbewerbsbehörden sei bei den Sitzungen des Beratenden Ausschusses die Methode zur Berechnung der Geldbuße nicht mitgeteilt worden, doch geht dieses Vorbringen in tatsächlicher Hinsicht fehl, denn ausweislich der Akten übersandte die Kommission den nationalen Wettbewerbsbehörden am 3. Juli 2014 das Kapitel 10 betreffend die Geldbußen, das eine Erläuterung der wesentlichen Elemente dieser Methode enthielt, zusammen mit einer Erinnerung an die Einberufung des Beratenden Ausschusses zur zweiten Sitzung am 7. Juli 2014. Hierbei ist zu beachten, dass an die nationalen Wettbewerbsbehörden zuvor am 23. Juli 2013 die Antworten der Unternehmen auf die Mitteilung der Beschwerdepunkte, am 19. Dezember 2013 eine Sachverhaltsdarstellung und am 13. Februar 2014 die Antworten der Unternehmen auf Letztere gesandt worden waren. Am 20. Mai 2014 schließlich hatte ihnen die Kommission eine Sachverhaltsdarstellung betreffend die Zurechnung der Zuwiderhandlungen sowie die Antworten von Mylan, Niche und Unichem auf diese übersandt.

**153**Hinsichtlich des Zeitpunkts der Übermittlung des vorläufigen Beschlussvorschlags geht aus den Akten hervor, dass die Kommission den nationalen Wettbewerbsbehörden der Mitgliedstaaten diesen Entwurf in drei Stufen übermittelte: Die Kapitel 1 bis 4 wurden ihnen am 12. Juni 2014 mit der Einberufung des Beratenden Ausschusses zur ersten Sitzung am 30. Juni 2014 übermittelt, die Kapitel 5 bis 9 am 20. Juni 2014 mit einer Zusammenfassung des vorläufigen Beschlussvorschlags und Kapitel 10 betreffend die Geldbußen (mit Ausnahme der genauen Beträge) am 3. Juli 2014 mit einer Erinnerung

an die am 30. Juni 2014 übersandte Einberufung des Beratenden Ausschusses zur zweiten Sitzung am 7. Juli 2014, in der der vorläufige Beschlussvorschlag in seiner Gesamtheit behandelt werden sollte. In diesem Zusammenhang ist zu beachten, dass, wie die Klägerinnen geltend machen, die Bestimmungen des Verfahrenshandbuchs für den Bereich der Wettbewerbspolitik der GD Wettbewerb in Nr. 10 auf S. 109 zwar vorsehen, dass im Allgemeinen zwei Sitzungen dieses Ausschusses abgehalten werden, von denen die eine die materiell-rechtlichen Aspekte der Sache und die andere die Höhe der Geldbußen betrifft, dass sie aber keine systematische Einhaltung dieses Organisationsschemas vorschreiben. Zudem geht aus den Akten hervor, dass im vorliegenden Fall die Kommission in der am 30. Juni 2014 versandten Einberufung zur zweiten Sitzung und in einer E-Mail vom 3. Juli 2014 darauf hinwies, dass die Tagesordnung der Sitzung vom 7. Juli 2014 die Erörterung der Sache in ihrer Gesamtheit betreffe.

**154**Es trifft zu, dass eine solche abgestufte Übersendung der Dokumente, die in einzelnen Fällen unter Missachtung der 14-Tage-Frist erfolgte, eine Form von Eile erkennen lässt, die möglicherweise damit zusammenhing, dass die Kommission schon bei der Übersendung der Einberufung zu der Sitzung vom 30. Juni 2014 gegenüber den nationalen Wettbewerbsbehörden ihre Absicht angekündigt hatte, ihren Beschluss am 9. Juli 2014 zu erlassen, und dass sie für die Ausschussmitglieder nicht die besten Bedingungen für eine Stellungnahme schuf. Es ist jedoch festzustellen, dass keine nationale Wettbewerbsbehörde Einwände gegen die Termine dieser Sitzungen erhob, obwohl solche Einwände gemäß Art. 14 Abs. 3 der Verordnung Nr. 1/2003 die Abhaltung der Sitzungen verhindert hätten. Zudem geht aus den Akten hervor, dass die Kommission den nationalen Wettbewerbsbehörden am 6. Juli 2009 die ursprüngliche Entscheidung über die Einleitung des Verfahrens, am 31. Juli 2012 die an die betroffenen Unternehmen gerichtete Mitteilung der Beschwerdepunkte, am 23. Juli 2013 die Antworten der Unternehmen auf die Mitteilung der Beschwerdepunkte, am 19. Dezember 2013 eine Sachverhaltsdarstellung, am 13. Februar 2014 die Antworten der Unternehmen auf diese und am 20. Mai 2014 eine Sachverhaltsdarstellung betreffend die Zurechnung der Zuwiderhandlungen sowie die Antworten von Mylan, Niche und Unichem auf diese übersandte. Überdies übersandte die Kommission diesen Unternehmen am 25. Juni 2014 den vom Anhörungsbeauftragten erstellten Vorentwurf des Protokolls der Anhörung.

**155**Folglich mag es zwar insbesondere wegen der Länge der Kapitel 5 bis 9 des vorläufigen Beschlussvorschlags (fast 600 Seiten) und deren Komplexität als bedauerlich angesehen werden, dass diese den nationalen Wettbewerbsbehörden der Mitgliedstaaten von der Kommission erst zehn Tage vor der ersten Sitzung des Beratenden Ausschusses übersandt wurden, doch ist unter Berücksichtigung sämtlicher in den vorstehenden Rn. 153 und 154 aufgeführten Gesichtspunkte festzustellen, dass die Mitglieder des Beratenden Ausschusses hinreichend über den Gehalt der Akte und den Inhalt des vorläufigen Beschlussvorschlags unterrichtet waren und der Beratende Ausschuss somit seine Stellungnahme in voller Kenntnis der Umstände abgeben konnte.

**156**Zudem ist darauf hinzuweisen, dass entgegen dem Vorbringen der Klägerinnen weder Art. 14 Abs. 3 der Verordnung Nr. 1/2003 noch Ziff. 66 der Bekanntmachung über die Zusammenarbeit innerhalb des Netzes der Wettbewerbsbehörden der Kommission vorschreibt, die vorherige ausdrückliche Zustimmung der Wettbewerbsbehörden der Mitgliedstaaten zu einer Abweichung von der 14-Tage-Frist zwischen der Versendung der

Einberufung an die Mitglieder des Beratenden Ausschusses und dessen Sitzung einzuholen. Nach Art. 14 Abs. 3 der Verordnung Nr. 1/2003 ist es nämlich, wenn die Kommission die Einberufung zu einer Sitzung weniger als 14 Tage vor dieser versendet, Sache der Mitgliedstaaten, sich gegebenenfalls dagegen auszusprechen; andernfalls findet die Sitzung an dem von der Kommission festgelegten Datum statt. Soweit eine Verletzung des Grundsatzes der ordnungsgemäßen Verwaltung gerügt wird, ist überdies erneut darauf hinzuweisen, dass unter Berufung auf den Grundsatz der ordnungsgemäßen Verwaltung nicht in eine Verpflichtung umgewandelt werden kann, was der Gesetzgeber nicht als eine solche angesehen hat (siehe oben, Rn. 136).

**157**Zur Stellungnahme der Beratenden Ausschusses ist darauf hinzuweisen, dass diese zum einen gemäß Art. 14 Abs. 6 der Verordnung Nr. 1/2003 nicht systematisch veröffentlicht wird und dass es nach der Rechtsprechung nicht gegen den Grundsatz der Wahrung der Verteidigungsrechte verstößt, wenn sie den betroffenen Unternehmen nicht übermittelt wird (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 7. Juni 1983, *Musique Diffusion française u. a./Kommission*, 100/80 bis 103/80, [ECLI:EU:C:1983:158](#), Rn. 35 und 36), und dass zum anderen nach Art. 14 Abs. 3 der Verordnung Nr. 1/2003 die in der Stellungnahme aufgeführten Standpunkte nur auf Antrag mindestens eines der Mitglieder mit einer Begründung versehen werden und ein solcher Antrag im vorliegenden Fall nicht gestellt worden ist. Zudem haben nach Art. 27 Abs. 2 der Verordnung Nr. 1/2003 die Parteien, gegen die sich ein Verfahren der Kommission nach Art. 101 AEUV richtet, kein Recht auf Einsicht in die Korrespondenz zwischen der Kommission und den Wettbewerbsbehörden der Mitgliedstaaten oder zwischen den Letztgenannten, einschließlich der gemäß den Art. 11 und 14 dieser Verordnung erstellten Schriftstücke. Ferner sind nach Art. 28 Abs. 2 der Verordnung Nr. 1/2003 die Beamten und Bediensteten der Kommission und der Wettbewerbsbehörden der Mitgliedstaaten verpflichtet, keine Informationen preiszugeben, die sie bei der Anwendung dieser Verordnung erlangt oder ausgetauscht haben und die ihrem Wesen nach unter das Berufsgeheimnis fallen, eine Verpflichtung, die auch für alle Vertreter und Experten der Mitgliedstaaten gilt, die an Sitzungen des Beratenden Ausschusses nach Art. 14 teilnehmen. Demgemäß können die Klägerinnen nicht mit Erfolg geltend machen, dass die Stellungnahme des Beratenden Ausschusses nicht hinreichend begründet gewesen sei. Auch der Umstand, dass die Stellungnahme kurz und wenig detailliert war, bedeutet angesichts der anwendbaren Bestimmungen nicht, dass der Beratende Ausschuss nicht über alle Informationen verfügte, um in Kenntnis der Umstände zu befinden, und ebenso wenig, dass dieser Ausschuss sich nicht in voller Kenntnis der Umstände geäußert hat, auch wenn diese Äußerung knapp war.

**158**Schließlich machen die Klägerinnen geltend, da die Zusammenfassung des vorläufigen Beschlussvorschlags, die die Kommission an die Mitglieder des Beratenden Ausschusses versandt habe, parteiisch und unvollständig gewesen sei, habe der Ausschuss nicht in voller Kenntnis der Umstände befinden können. Es ist jedoch darauf hinzuweisen, dass diese Zusammenfassung, wie die Kommission geltend macht, nicht den Zweck hat, die Verteidigungsargumente des betroffenen Unternehmens aufzuführen, sondern dass sie die Erörterung des vorläufigen Beschlussvorschlags im Beratenden Ausschuss erleichtern soll. Jedenfalls geht im vorliegenden Fall aus der Antwort der Kommission auf die prozessleitende Maßnahme hervor, dass die Kommission in ihrer Zusammenfassung des vorläufigen Beschlussvorschlags die wesentlichen Punkte dieses Vorschlags dargestellt und dabei die heikelsten Aspekte ihrer Analyse (Kriterien für das Vorliegen einer bezweckten Wettbewerbsbeschränkung, Marktdefinition, Anwendung von Art. 102 AEUV)

hervorgehoben hat. Aus dem bloßen Umstand, dass sie in dieser Zusammenfassung nicht den Stand aller Rechtsstreitigkeiten über das Patent 947, die Auslegung der Bedeutung bestimmter Klauseln der Vergleichsvereinbarungen, die nach der Ungültigerklärung des Patents 947 durch das EPA liegenden Tatsachen oder die Unterschiede zwischen dem Erwerb der Technologie von Rolabo und der eines anderen Unternehmens erwähnt hat, folgt nicht, dass der Beratende Ausschuss, der im Übrigen über eine beträchtliche Anzahl von Dokumenten zu der Sache und insbesondere über die Argumente verfügte, die die Klägerinnen in ihren Stellungnahmen zur Mitteilung der Beschwerdepunkte und zur Sachverhaltsdarstellung vorgetragen hatten (siehe oben, Rn. 152 bis 154), seine Stellungnahme nicht in voller Kenntnis der Umstände abgeben konnte.

**159**Als Zweites machen die Klägerinnen geltend, der Beratende Ausschuss sei nicht ordnungsgemäß gehört worden, da nur eine geringe Anzahl seiner Mitglieder bei den Sitzungen anwesend gewesen sei, und die in der Sache berichtstattende NWB, die erst spät benannt worden sei, sei bei der Anhörung der Parteien und der zweiten Sitzung des Beratenden Ausschusses nicht zugegen gewesen.

**160**Die Klägerinnen werfen der Kommission vor, die berichtstattende NWB nicht binnen 45 Tagen nach Übersendung der Mitteilung der Beschwerdepunkte benannt und bewusst eine nationale Wettbewerbsbehörde gewählt zu haben, die bei der Anhörung nicht anwesend gewesen sei.

**161**Es steht fest, dass die Bestimmungen über die Arbeitsweise des Beratenden Ausschusses vorsehen, dass die berichtstattende NWB grundsätzlich binnen 45 Tagen nach Übersendung der Mitteilung der Beschwerdepunkte an die Unternehmen und nach einem objektiven Kriterium, nämlich in einer dem turnusmäßigen Wechsel der Präsidentschaft im Rat der Europäischen Union entsprechenden Reihenfolge, benannt wird (siehe oben, Rn. 146). Im vorliegenden Fall geht aus den Akten hervor, dass das Verfahren der Bestimmung der berichtstattenden NWB am 7. Mai 2014 begann und dass die Bundeswettbewerbsbehörde (Österreich; im Folgenden: BWB) am 3. Juni 2014 als berichtstattende NWB benannt wurde, d. h. nach der Anhörung, jedoch deutlich vor den Sitzungen des Beratenden Ausschusses, und dass diese Benennung nach einem objektiven Kriterium, nämlich gemäß dem turnusmäßigen Wechsel der Präsidentschaft im Rat, erfolgte. In der bloßen Nichteinhaltung der 45-Tage-Frist für die Benennung der berichtstattenden NWB, die die Kommission in der Sitzung eingeräumt hat, kann im vorliegenden Fall kein Umstand gesehen werden, der den Beratenden Ausschuss daran gehindert hat, seine Aufgaben in Kenntnis der Umstände wahrzunehmen. Die Rolle der berichtstattenden NWB für das Verständnis der Sache durch die nationalen Wettbewerbsbehörden und deren Information wird erst im Stadium der Vorbereitung der Sitzungen des Beratenden Ausschusses besonders wichtig (siehe unten, Rn. 164), und in diesem Verfahrensabschnitt war im vorliegenden Fall die berichtstattende NWB bereits bestimmt. Zur Benennung der BWB als berichtstattende NWB ist darauf hinzuweisen, dass die Klägerinnen nichts dafür vorgetragen haben, dass diese im Zusammenhang mit dem Fehlen dieser nationalen Wettbewerbsbehörde bei der Anhörung vom 15., 16., 17. und 18. April 2013 gestanden hätte, und dass diese Benennung jedenfalls nach einem rein objektiven Kriterium, nämlich dem turnusmäßigen Wechsel der Präsidentschaft im Rat, erfolgte.

**162**Die Klägerinnen machen auch geltend, der Beratende Ausschuss habe sich nicht in voller Kenntnis der Umstände äußern können, weil die berichtstattende NWB weder an

der Anhörung der Parteien vom 15., 16., 17. und 18. April 2013 noch an der Sitzung des Beratenden Ausschusses vom 7. Juli 2014 teilgenommen habe. Die Kommission meint, dass die obligatorische Teilnahme der berichterstattenden NWB an der Anhörung in keiner Bestimmung vorgesehen sei, und trägt vor, dass acht Mitgliedstaaten bei der Anhörung zugegen gewesen seien.

**163**Es ist darauf hinzuweisen, dass zwar nach Rn. 12 der Bestimmungen über die Arbeitsweise des Beratenden Ausschusses die Teilnahme der nationalen Wettbewerbsbehörden der wirksamen Arbeit des Beratenden Ausschusses dient, dass aber keine Bestimmung die Anwesenheit der berichterstattenden NWB bei der Anhörung vorschreibt und Art. 14 Abs. 3 der Verordnung Nr. 773/2004 nur vorsieht, dass die nationalen Wettbewerbsbehörden zu der Anhörung eingeladen werden, zumal alle nationalen Wettbewerbsbehörden eine Abschrift des Protokolls der Anhörung erhalten. Zudem wurden, wie die Kommission geltend macht, die nationalen Wettbewerbsbehörden ordnungsgemäß zu der Anhörung eingeladen, und acht von ihnen waren tatsächlich bei dieser vertreten (vgl. zu einem Fall, in dem die nationalen Wettbewerbsbehörden nicht zu der Anhörung eingeladen worden waren, Urteil vom 21. September 2017, Feralpi/Kommission, C-85/15 P, ECLI:EU:C:2017:709, Rn. 38 bis 44). Ferner ist zu beachten, dass die Rolle der berichterstattenden NWB für das Verständnis der Sache durch die Wettbewerbsbehörden und deren Information besonders wichtig vor dem Beratenden Ausschuss ist, nicht aber im Stadium der Anhörung. In den Bestimmungen über die Arbeitsweise des Beratenden Ausschusses wird demgemäß der berichterstattenden NWB empfohlen, mindestens fünf Tage vor dem Zusammentreten des Beratenden Ausschusses eine Liste der für die Sache wesentlichen Fragen in Umlauf zu bringen, um insbesondere festzustellen, ob die Wettbewerbsbehörden dem vorläufigen Beschlussvorschlag insgesamt zustimmen können, ob sie Bemerkungen zu bestimmten Aspekten haben und ob sie eine Veröffentlichung der Stellungnahme wünschen (Rn. 44 Ziff. i), sowie die Sache und die mit ihr aufgeworfenen Hauptprobleme zu Beginn der Sitzung des Beratenden Ausschusses vorzustellen (Rn. 44 Ziff. ii). Wie aus den Akten hervorgeht, erörterte die BWB mit der Kommission, welche Fragen diese den Mitgliedern des Beratenden Ausschusses zur Prüfung übersenden sollte, und nahm an der ersten Sitzung des Beratenden Ausschusses teil, in der sie ihren Bericht vorlegte; die Klägerinnen bestreiten nicht, dass die BWB bei dieser Gelegenheit ihre Rolle als berichterstattende NWB in vollem Umfang wahrnahm. Zudem lässt der bloße Umstand, dass die Kommission den nationalen Wettbewerbsbehörden die Liste der für die Sache wesentlichen Fragen am Morgen des 26. Juni 2014, also vier Tage vor der ersten Sitzung des Beratenden Ausschusses, übermittelte, während die Bestimmungen über die Arbeitsweise des Beratenden Ausschusses hierfür eine Frist von fünf Tagen vorsehen, nicht den Schluss zu, dass der Beratende Ausschuss nicht in der Lage war, sich in voller Kenntnis der Umstände zu äußern. Anders als die Klägerinnen meinen, war die Kommission ferner nicht verpflichtet, eine andere berichterstattende NWB zu benennen, denn Rn. 38 der Bestimmungen über die Arbeitsweise des Beratenden Ausschusses sieht nur die Möglichkeit der Ersetzung einer die nationale Wettbewerbsbehörde vertretenden natürlichen Person durch eine andere natürliche Person vor, wenn dies erforderlich ist. Folglich hinderte die Tatsache, dass im vorliegenden Fall die BWB nicht an der Anhörung vom 15., 16., 17. und 18. April 2013 und, was bedauerlich ist, an der zweiten Sitzung des Beratenden Ausschusses vom 7. Juli 2015 teilgenommen hat, den Beratenden Ausschuss nicht daran, sich in voller Kenntnis der Umstände zu äußern.



**164** Was die Rüge betrifft, bei den Sitzungen des Beratenden Ausschusses sei nur eine begrenzte Anzahl von Mitgliedstaaten zugegen gewesen, geht aus den Akten hervor, dass in der Sitzung vom 30. Juni 2014 nur fünf nationale Wettbewerbsbehörden (die des Königreichs Spanien, der Italienischen Republik, der Republik Österreich, der Republik Finnland und des Königreichs Schweden) und in der Sitzung vom 7. Juli 2014 nur zwei nationale Wettbewerbsbehörden (die der Bundesrepublik Deutschland und der Republik Finnland) vertreten waren. Somit war im vorliegenden Fall in der Tat nur eine begrenzte Anzahl von Vertretern der Mitgliedstaaten an der Stellungnahme des Beratenden Ausschusses beteiligt, da nach den Rn. 20 und 21 der Bestimmungen über die Arbeitsweise des Beratenden Ausschusses nur die Kommentare und Bemerkungen der in der Sitzung anwesenden Mitglieder in der Stellungnahme des Beratenden Ausschusses berücksichtigt werden. Auf eine in der mündlichen Verhandlung gestellte Frage nach den Gründen für eine so geringe Beteiligung und der Möglichkeit einer Verschiebung der Sitzungen des Beratenden Ausschusses hat die Kommission dargelegt, sie habe Kenntnis von Eisenbahnstreiks gehabt und habe die Mitglieder des Ausschusses kontaktiert, um zu erfahren, ob sie spezielle Kommentare abzugeben hätten, sie habe aber keine Verschiebung der Sitzungen erwogen.

**165** Auch wenn unter solchen Umständen eine Verschiebung der Sitzungen durch die Kommission angebracht gewesen wäre, kann doch aus der geringen Zahl von Vertretern der Mitgliedstaaten in den Sitzungen nicht geschlossen werden, dass die Kommission das wesentliche Formerfordernis der Anhörung des Beratenden Ausschusses missachtet hat.

**166** Zunächst ist nämlich festzustellen, dass keine Bestimmung ein Quorum für die Annahme der Stellungnahme des Beratenden Ausschusses vorsieht, auch wenn dies ungewöhnlich und mit einer bestimmten Vorstellung von ordnungsgemäßer Verwaltung schwer vereinbar erscheint. Zudem kann nach Art. 14 Abs. 3 der Verordnung Nr. 1/2003 der Beratende Ausschuss „seine Stellungnahme auch dann abgeben, wenn einzelne Mitglieder des Ausschusses nicht anwesend und nicht vertreten sind“. Sodann ist zu beachten, dass die Kommission den Wettbewerbsbehörden der Mitgliedstaaten ermöglichen muss, im Beratenden Ausschuss mitzuwirken, und dass sie im vorliegenden Fall alles hierfür Erforderliche getan hat, da sie ihnen die Einladungen zu den Sitzungen des Beratenden Ausschusses vom 30. Juni und 7. Juli 2014 sowie alle notwendigen Dokumente seit der Einleitung des Verfahrens übersandt hat (siehe oben, Rn. 153 und 154), und dass keine Einwände gegen die Termine dieser Sitzungen erhoben wurden (siehe oben, Rn. 154). Schließlich ist darauf hinzuweisen, dass der Beratende Ausschuss nur dann, wie im 19. Erwägungsgrund der Verordnung Nr. 1/2003 vorgesehen, als Diskussionsforum dazu beitragen kann, dass die Wettbewerbsregeln der Union einheitlich angewandt werden, wenn die Wettbewerbsbehörden der Mitgliedstaaten bereit sind, dort wirksam mitzuarbeiten, da die Kommission insoweit über keinerlei Zwangsgewalt verfügt.

**167** Der Klagegrund ist daher zurückzuweisen.

3. Zur Verletzung des Rechts auf einen wirksamen Rechtsbehelf, der Verteidigungsrechte und des Grundsatzes der Waffengleichheit

a) Vorbringen der Parteien (nicht wiedergegeben)

b) Würdigung durch das Gericht

**170** Der Grundsatz des effektiven gerichtlichen Rechtsschutzes ist ein allgemeiner Grundsatz des Unionsrechts, der nunmehr in Art. 47 der Grundrechtecharta zum Ausdruck

kommt (Urteil vom 8. Dezember 2011, Chalkor/Kommission, C-386/10 P, ECLI:EU:C:2011:815, Rn. 52). Dieser Grundsatz umfasst mehrere Elemente, zu denen u. a. die Verteidigungsrechte, der Grundsatz der Waffengleichheit, das Recht auf Zugang zu den Gerichten sowie das Recht, sich beraten, verteidigen und vertreten zu lassen, gehören (Urteil vom 6. November 2012, Otis u. a., C-199/11, ECLI:EU:C:2012:684, Rn. 48). Der Grundsatz der Waffengleichheit, der eine logische Folge aus dem Begriff des fairen Verfahrens ist, gebietet, dass es jeder Partei angemessen ermöglicht wird, ihren Standpunkt sowie ihre Beweise unter Bedingungen vorzutragen, die sie nicht in eine gegenüber ihrem Gegner deutlich nachteilige Position versetzen (Urteile vom 6. November 2012, Otis u. a., C-199/11, ECLI:EU:C:2012:684, Rn. 71, und vom 12. November 2014, Guardian Industries und Guardian Europe/Kommission, C-580/12 P, ECLI:EU:C:2014:2363, Rn. 31).

**171**Die Klägerinnen machen geltend, die Vorgaben für die Erhebung ihrer Klage hätten sie gegenüber der Kommission in eine deutlich nachteilige Position versetzt, die ihrerseits bei der Abfassung des angefochtenen Beschlusses keinerlei Vorgaben hinsichtlich Zeit oder Umfang unterlegen habe. Es ist jedoch darauf hinzuweisen, dass nach der Rechtsprechung des EGMR zur Auslegung von Art. 6 Abs. 1 EMRK, die gemäß Art. 52 Abs. 3 der Charta der Grundrechte heranzuziehen ist, kein absolutes Recht auf ein Gericht besteht. Die Ausübung dieses Rechts unterliegt Beschränkungen, u. a. hinsichtlich der Voraussetzungen für die Zulässigkeit einer Klage (Urteil vom 28. Februar 2013, Überprüfung Arango Jaramillo u. a./EIB, C-334/12 RX-II, ECLI:EU:C:2013:134, Rn. 43). Die Betroffenen müssen zwar mit der Anwendung dieser Regeln rechnen, doch darf ihre Anwendung die Bürger nicht daran hindern, einen verfügbaren Rechtsbehelf in Anspruch zu nehmen (Urteil vom 28. Februar 2013, Überprüfung Arango Jaramillo u. a./EIB, C-334/12 RX-II, ECLI:EU:C:2013:134, Rn. 43). Nach der Rechtsprechung des EGMR dürfen die Beschränkungen den freien Zugang eines Bürgers mithin nicht in einer Weise oder so sehr einschränken, dass sein Recht auf ein Gericht in seinem Wesensgehalt angetastet wird, da sie nur dann mit Art. 6 Abs. 1 EMRK im Einklang stehen, wenn sie ein legitimes Ziel verfolgen und wenn die eingesetzten Mittel in einem angemessenen Verhältnis zum verfolgten Ziel stehen (vgl. EGMR, 6. Dezember 2011, Anastasakis/Griechenland, ECLI:CE:ECHR:2011:1206JUD004195908, § 24 und die dort angeführte Rechtsprechung).

**172**Nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofs entspricht die strikte Anwendung der unionsrechtlichen Vorschriften über die Verfahrensfristen dem Erfordernis der Rechtssicherheit und der Notwendigkeit, jede Diskriminierung oder willkürliche Behandlung bei der Gewährung von Rechtsschutz zu vermeiden (vgl. Urteil vom 15. Januar 1987, Misset/Rat, 152/85, ECLI:EU:C:1987:10, Rn. 11 und die dort angeführte Rechtsprechung, sowie Beschluss vom 8. November 2007, Belgien/Kommission, C-242/07 P, ECLI:EU:C:2007:672, Rn. 16 und die dort angeführte Rechtsprechung), und beeinträchtigt in keiner Weise das Recht auf effektiven Rechtsschutz (vgl. in diesem Sinne Beschluss vom 17. Mai 2002, Deutschland/Parlament und Rat, C-406/01, ECLI:EU:C:2002:304, Rn. 20). Wie die Kommission geltend macht, gebietet der Grundsatz der Waffengleichheit nicht, dass die Frist für die Erhebung der Nichtigkeitsklage der Dauer des Verwaltungsverfahrens entsprechen muss. Das Verwaltungsverfahren soll der Kommission die Untersuchung im Hinblick darauf ermöglichen, ob ein Beschluss, mit dem eine Verletzung der Art. 101 und 102 AEUV festgestellt wird, zu erlassen ist, und den Unternehmen erlauben, sich zu verteidigen. Die Wahrung der Verteidigungsrechte

erfordert es, dem betroffenen Unternehmen im Verwaltungsverfahren Gelegenheit zu geben, zum Vorliegen und zur Erheblichkeit der von der Kommission angeführten Tatsachen und Umstände sowie zu den von ihr zur Stützung ihres Vorbringens, dass eine Zuwiderhandlung gegen den Vertrag vorliege, herangezogenen Schriftstücken sachgerecht Stellung zu nehmen (Urteile vom 7. Juni 1983, *Musique Diffusion française u. a./Kommission*, 100/80 bis 103/80, [ECLI:EU:C:1983:158](#), Rn. 10, und vom 7. Januar 2004, *Aalborg Portland u. a./Kommission*, [C-204/00 P](#), [C-205/00 P](#), [C-211/00 P](#), [C-213/00 P](#), [C-217/00 P](#) und [C-219/00 P](#), [ECLI:EU:C:2004:6](#), Rn. 66). In diesem Sinne sieht die Verordnung Nr. 1/2003 vor, dass den Beteiligten eine Mitteilung der Beschwerdepunkte übersandt wird, in der alle wesentlichen Tatsachen, auf die sich die Kommission in diesem Verfahrensstadium stützt, klar angegeben werden müssen. Diese Darstellung kann jedoch in gedrängter Form erfolgen, und der Beschluss braucht nicht notwendig ein Abbild der Mitteilung der Beschwerdepunkte zu sein, da es sich bei dieser um ein vorbereitendes Schriftstück handelt, dessen tatsächliche und rechtliche Wertungen lediglich vorläufiger Natur sind. Aus diesem Grund kann die Kommission die Ergebnisse des Verwaltungsverfahrens berücksichtigen - und muss dies sogar -, um etwa Beschwerdepunkte fallen zu lassen, die sich als nicht ausreichend begründet erwiesen haben (Urteil vom 7. Januar 2004, *Aalborg Portland u. a./Kommission*, [C-204/00 P](#), [C-205/00 P](#), [C-211/00 P](#), [C-213/00 P](#), [C-217/00 P](#) und [C-219/00 P](#), [ECLI:EU:C:2004:6](#), Rn. 67).

**173** Im vorliegenden Fall ist festzustellen, dass die Frist von zwei Monaten und zehn Tagen ab Bekanntgabe des angefochtenen Beschlusses, über die die Klägerinnen gemäß Art. 263 Abs. 6 AEUV und Art. 102 § 2 der Verfahrensordnung vom 2. Mai 1991 für die Erhebung ihrer Klage gegen diesen Beschluss verfügten, zwar die Erstellung der Klageschrift angesichts der außergewöhnlichen Länge des angefochtenen Beschlusses, der zudem noch im Sommer bekannt gegeben wurde, besonders schwierig machte, dass sie jedoch während des Verwaltungsverfahrens Gelegenheit zu umfangreichem Meinungs-austausch mit der Kommission über die Sache gehabt hatten. Die Kommission richtete im Januar 2009, im August 2009 sowie von Dezember 2009 bis Mai 2012 Auskunftsverlangen an die Klägerinnen. Diese wurden zudem zur Teilnahme an mehreren Sitzungen zum Verfahrensstand von 2009 bis 2012 eingeladen. Am 27. Juli 2012 erließ die Kommission eine Mitteilung der Beschwerdepunkte, auf welche die Klägerinnen am 14. Januar 2013 antworteten. Die Klägerinnen wurden sodann am 15., 16., 17. und 18. April 2013 angehört, es wurden weitere Sitzungen zum Verfahrensstand abgehalten, und den Klägerinnen wurden weitere Auskunftsverlangen übersandt. Am 18. Dezember 2013 gewährte die Kommission den Klägerinnen Einsicht in die nach der Mitteilung der Beschwerdepunkte gesammelten oder weiter offengelegten Beweise und übersandte eine Darstellung des Sachverhalts, auf die die Klägerinnen am 31. Januar 2014 antworteten. Zudem wurden den Klägerinnen im schriftlichen Abschnitt des Verfahrens vor dem Gericht alle von ihnen beantragten Fristverlängerungen gewährt, so dass sie sich trotz der besonderen Vorgaben, denen sie sich bei der Erhebung ihrer Klage gegenüber sahen, im vorliegenden Verfahren insgesamt nicht in einer gegenüber der Kommission deutlich nachteiligen Position befanden.

**174** Zur Länge der Klageschrift ist darauf hinzuweisen, dass nach der Rechtsprechung des EGMR die Regeln über die bei der Erhebung von Klagen einzuhaltenden Förmlichkeiten eine geordnete Rechtspflege sicherstellen sollen und die Betroffenen mit der Anwendung dieser Regeln rechnen müssen (EGMR, [6. Dezember 2011](#), *Anastasakis/Griechenland*,

ECLI:CE:ECHR:2011:1206JUD004195908,§ 24). Im Verfahren vor dem Gericht ist gemäß Nr. 15 der Praktischen Anweisungen für die Parteien vor dem Gericht vom 24. Januar 2012 (ABl. 2012, L 68, S. 23), die bei Klageerhebung in Kraft waren, die Länge der Klageschrift grundsätzlich auf 50 Seiten begrenzt, hängt aber immer von der rechtlichen und/oder tatsächlichen Komplexität der betreffenden Rechtssache ab (vgl. in diesem Sinne Beschluss vom 10. April 2014, Langguth Erben/HABM, C-412/13 P, nicht veröffentlicht, ECLI:EU:C:2014:269, Rn. 63). Im vorliegenden Fall ist den Klägerinnen, die sich auf die rechtliche Komplexität der Rechtssache berufen haben, vom Gericht gestattet worden, eine Klageschrift von 186 Seiten mit reduziertem Zeilenabstand nebst 10 158 Seiten Anlagen einzureichen. Es trifft zwar zu, dass der angefochtene Beschluss besonders lang ist und in mancher Hinsicht Wiederholungen enthält, doch erklärt sich dies, wie die Kommission geltend macht, mit der Zahl der den Klägerinnen vorgeworfenen Zuwiderhandlungen, die bestimmte Gemeinsamkeiten aufweisen, und mit den von der Unionsrechtsprechung bei Zuwiderhandlungen gegen die Art. 101 und 102 AEUV angelegten Beweismaßstäben. Zudem hatten die Klägerinnen, wie die Kommission ausführt, Gelegenheit, auf die Mitteilung der Beschwerdepunkte mit einer Länge von 755 Seiten unter Vorlage eines über 600-seitigen Schriftstücks zu antworten. Die Länge der Klageschrift und die Zahl der geltend gemachten Klagegründe zeigen im Übrigen, dass die Klägerinnen Zeit hatten, ihr Vorbringen, wenn auch unter zweifellos erheblichen Anstrengungen, vorzubereiten. Sie können daher nicht mit Erfolg geltend machen, sie hätten sich unüberwindlichen Schwierigkeiten für ihren Zugang zum Gericht gegenübergesehen und sich insgesamt in einer gegenüber der Kommission deutlich nachteiligen Position befunden.

**175**Zu dem Vorbringen, das die in dem angefochtenen Beschluss enthaltenen Wiederholungen und Verweise betrifft, ist darauf hinzuweisen, dass es nach Art. 296 AEUV Sache der Kommission ist, ihre Überlegungen so klar und eindeutig zum Ausdruck zu bringen, dass die Betroffenen die Gründe für die erlassene Maßnahme erkennen können und das zuständige Gericht seine Kontrollaufgabe wahrnehmen kann. Dieses Begründungserfordernis ist nach den Umständen des Einzelfalls, insbesondere nach dem Inhalt des Rechtsakts, der Art der angeführten Gründe und nach dem Interesse zu beurteilen, das die Adressaten oder andere von dem Rechtsakt unmittelbar und individuell betroffene Personen an Erläuterungen haben können. In der Begründung brauchen nicht alle tatsächlich oder rechtlich einschlägigen Gesichtspunkte genannt zu werden, da die Frage, ob die Begründung eines Rechtsakts den Anforderungen des Art. 296 AEUV genügt, nicht nur anhand seines Wortlauts zu beurteilen ist, sondern auch anhand seines Kontexts sowie sämtlicher Rechtsvorschriften auf dem betreffenden Gebiet (vgl. Urteil vom 27. September 2012, Heijmans Infrastructuur/Kommission, T-359/06, nicht veröffentlicht, ECLI:EU:T:2012:489, Rn. 133 und die dort angeführte Rechtsprechung). Entgegen dem Vorbringen der Klägerinnen genügt der Umstand allein, dass die Kommission in dem angefochtenen Beschluss an vielen Stellen dieselben Dokumente erwähnt und zahlreiche Verweise auf andere Teile dieses Beschlusses vorgenommen hat, nicht für den Nachweis, dass der angefochtene Beschluss ihnen nicht erlaubt hätte, die Begründung der erlassenen Maßnahme zu erkennen, oder das Gericht daran hinderten, seine Kontrollaufgabe wahrzunehmen.

**176**Das Vorbringen zum Fehlen eines klaren rechtlichen Kriteriums entspricht den Klägerinnen zufolge anderen Klagegründen. Demgemäß ist darauf im Rahmen dieser Klagegründe einzugehen.

**177**Schließlich greift auch das Vorbringen nicht durch, dass die Klägerinnen auf die Urteile des EGMR vom 27. Oktober 1993, Dombo Beheer B. V./Niederlande (ECLI:CE:ECHR:1993:1027JUD001444888), vom 15. Juli 2003, Ernst u. a./Belgien (ECLI:CE:ECHR:2003:0715JUD003340096), und vom 18. April 2006, Vezone/Frankreich (ECLI:CE:ECHR:2006:0418JUD006601801), stützen. Die tatsächlichen und rechtlichen Gegebenheiten in diesen Rechtssachen unterscheiden sich erheblich von denen der vorliegenden Rechtssache. So ging es in der Rechtssache, in der das Urteil des EGMR vom 27. Oktober 1993, Dombo Beheer B. V./Niederlande (ECLI:CE:ECHR:1993:1027JUD001444888), ergangen ist und in dem der EGMR eine Verletzung von Art. 6 EMRK festgestellt hat, um einen Rechtsstreit zwischen zwei Privatpersonen, in dem sich die eine der beiden Parteien gegenüber der anderen in einer deutlich nachteiligen Position befand, da nur Letztere sich auf eine Zeugenaussage stützen konnte. In der Rechtssache, in der das Urteil des EGMR vom 15. Juli 2003, Ernst u. a./Belgien (ECLI:CE:ECHR:2003:0715JUD003340096), ergangen ist und in dem der EGMR eine Verletzung von Art. 6 EMRK verneint hat, ging es um die Frage, ob ein Staat den Zugang zu den Gerichten für einen Kläger auf eine die Zulässigkeit betreffende Vorfrage mit der Begründung einschränken konnte, dass dessen Klage gegen einen Richter gerichtet sei, der als solcher einen privilegierten Gerichtsstand genoss. In der Rechtssache schließlich, in der das Urteil des EGMR vom 18. April 2006, Vezone/Frankreich (ECLI:CE:ECHR:2006:0418JUD006601801), ergangen ist, ging es um eine Verletzung des Rechts auf einen fairen Prozess durch ein Eingreifen des Gesetzgebers, durch das in bei den nationalen Gerichten anhängigen Rechtsstreitigkeiten materielle Ansprüche abschließend und rückwirkend geregelt wurden, ohne dass dies durch einen hinreichenden Grund des Allgemeininteresses gerechtfertigt war.

**178**Nach alledem ist dieser Klagegrund, seine Geeignetheit zur Stützung des Vorwurfs der Rechtswidrigkeit des angefochtenen Beschlusses unterstellt, jedenfalls unbegründet.

#### 4. Zur Verfälschung von Tatsachen

a) Vorbringen der Parteien (nicht wiedergegeben)

b) Würdigung durch das Gericht

**184**Die Kommission bezweifelt die Zulässigkeit dieses Klagegrundes vor dem Hintergrund von Art. 44 § 1 Buchst. c der im vorliegenden Fall anwendbaren Verfahrensordnung vom 2. Mai 1991, wonach die Klageschrift den Streitgegenstand und eine kurze Darstellung der Klagegründe enthalten muss. Diese Angaben müssen so klar und genau sein, dass dem Beklagten die Vorbereitung seiner Verteidigung und dem Gericht die Entscheidung über die Klage, gegebenenfalls auch ohne weitere Informationen, ermöglicht wird. Um die Rechtssicherheit und eine ordnungsgemäße Rechtspflege zu gewährleisten, ist es für die Zulässigkeit einer Klage erforderlich, dass sich die wesentlichen tatsächlichen und rechtlichen Umstände, auf die sich die Klage stützt, zumindest in gedrängter Form, aber zusammenhängend und verständlich unmittelbar aus der Klageschrift ergeben (Beschluss vom 28. April 1993, De Hoe/Kommission, T-85/92, ECLI:EU:T:1993:39, Rn. 20). Im Einzelnen hat der Gerichtshof entschieden, dass es zwar bei der Angabe der Klagegründe nicht unbedingt erforderlich ist, auf die Ausdrucksweise und die Aufzählung in Art. 263 Abs. 2 AEUV zurückzugreifen; es reicht aus, wenn das Vorbringen des Klägers seinem Inhalt nach den Klagegrund erkennen lässt, ohne diesen außerdem in der Sprache des Vertrags ausdrücklich zu bezeichnen; Voraussetzung ist jedoch, dass aus der Klageschrift deutlich genug hervorgeht, welcher der im Vertrag genannten Klagegründe geltend

gemacht wird (Urteil vom 15. Dezember 1961, Fives Lille Cail u. a./Hohe Behörde, 19/60, 21/60, 2/61 und 3/61, [ECLI:EU:C:1961:30](#), S. 588).

**185**Im vorliegenden Fall werfen die Klägerinnen der Kommission im Wesentlichen vor, sie habe bestimmte Tatsachen nicht objektiv dargestellt und nicht relevante Tatsachen angeführt, um das Vorliegen einer Zuwiderhandlung festzustellen. Obwohl sie diesen Klagegrund als gegen die „Verfälschung des tatsächlichen Kontexts, in dem die Verhaltensweisen zu sehen sind, die Gegenstand des Beschlusses sind“, gerichtet bezeichnen, haben die Klägerinnen aber nicht im Einzelnen dargelegt, auf welche Rechtsvorschrift die Klage gestützt werden kann, und die dazu in der Klageschrift gemachten Angaben sind nicht hinreichend klar und genau, um der Kommission die Antwort auf die angeführten Argumente und dem Gericht die Wahrnehmung seiner Kontrollaufgabe zu ermöglichen. Die von ihnen entwickelten Argumente könnten nämlich unter den Klagegrund eines Tatsachenfehlers, den einer fehlerhaften rechtlichen Qualifizierung, den einer Verletzung des Grundsatzes der Unparteilichkeit oder der Sorgfaltspflicht, den eines Amtsfehlers oder den einer Rufschädigung, die die Erhebung einer Schadensersatzklage rechtfertigen könnte, fallen.

**186**Somit ist dieser Klagegrund aus diesem Grund für unzulässig zu erklären.

**187**Hilfsweise macht die Kommission geltend, dieser Klagegrund sei auch deshalb unzulässig, weil die Klägerinnen nur durch die Teile des angefochtenen Beschlusses, mit denen ihr Verhalten als Zuwiderhandlungen gegen die Art. 101 und 102 AEUV eingestuft worden sei, beschwert seien und nur diese Teile Gegenstand einer Klage sein könnten.

**188**Nach der Rechtsprechung kann nur der verfügende Teil einer Entscheidung Rechtswirkungen erzeugen und damit eine Beschwer darstellen, während die in den Gründen enthaltenen Beurteilungen nicht als solche Gegenstand einer Nichtigkeitsklage sein können. Diese Beurteilungen können der Rechtmäßigkeitskontrolle durch den Unionsrichter nur unterliegen, soweit sie als Begründung einer beschwerenden Maßnahme die tragenden Gründe für den verfügenden Teil dieser Maßnahme darstellen (Beschluss vom 28. Januar 2004, Niederlande/Kommission, [C-164/02](#), [ECLI:EU:C:2004:54](#), Rn. 21, und Urteil vom 17. September 1992, NBV und NVB/Kommission, [T-138/89](#), [ECLI:EU:T:1992:95](#), Rn. 31) und wenn diese Begründung insbesondere geeignet ist, den materiellen Gehalt des verfügenden Teils der fraglichen Maßnahme zu ändern (vgl. Urteil vom 12. Oktober 2007, Pergan Hilfsstoffe für industrielle Prozesse/Kommission, [T-474/04](#), [ECLI:EU:T:2007:306](#), Rn. 73 und die dort angeführte Rechtsprechung). Die Begründung eines Rechtsakts ist zu berücksichtigen, um zu bestimmen, was im verfügenden Teil entschieden worden ist (Urteile vom 15. Mai 1997, TWD/Kommission, [C-355/95 P](#), [ECLI:EU:C:1997:241](#), Rn. 21, und vom 20. November 2002, Lagardère und Canal+/Kommission, [T-251/00](#), [ECLI:EU:T:2002:278](#), Rn. 67).

**189**Im vorliegenden Fall ist daher zu bestimmen, ob die von den Klägerinnen beanstandeten, in Abschnitt 4 des angefochtenen Beschlusses enthaltenen Elemente die tragenden Gründe für den verfügenden Teil dieser Maßnahme darstellen und ob diese Beurteilungen geeignet sind, den materiellen Gehalt dessen zu ändern, was im verfügenden Teil entschieden worden ist.

**190**Die Kommission führt in den Rn. 85 und 110 des angefochtenen Beschlusses, in denen die einzelnen die Antigenerika-Strategie der Klägerinnen konstituierenden Elemente (u. a. Bildung eines „Patent-Clusters“ mit „Papierpatenten“ und allmählicher Übergang zu Argininsalz) dargestellt werden, aus, dass die Beschreibung der Verhaltensweisen, die

nicht in den Abschnitten 5 (Prüfung der Vergleiche anhand von Art. 101 AEUV) und 8 (Prüfung des Technologieerwerbs und der Vergleiche anhand von Art. 102 AEUV) des angefochtenen Beschlusses geprüft würden, die Frage ihrer wettbewerbsrechtlichen Rechtmäßigkeit unberührt lasse. So heißt es in Rn. 2764 des angefochtenen Beschlusses, dass kein Bestandteil der allgemeinen Strategie der Klägerinnen „als per se problematisch aus der Sicht des Wettbewerbsrechts der Union eingestuft werden“ könne. In den Rn. 2917 und 2960 heißt es zudem: „Hinsichtlich des Missbrauchs einer beherrschenden Stellung ist Gegenstand dieses Beschlusses die umfassende Zuwiderhandlung gegen Art. 102 AEUV, die in der Kombination einer Folge von Patentvergleichsvereinbarungen und des Erwerbs der Technologie von Azad besteht.“ Im Übrigen haben die Klägerinnen selbst beim Gericht beantragt, zahlreiche Abschnitte des angefochtenen Beschlusses betreffend ihre Antigenerika-Strategie gegenüber der Streithelferin vertraulich zu behandeln, weil diese Tatsachen und ihre Interpretation nicht von den ihnen von der Kommission zur Last gelegten Beschwerdepunkten umfasst seien und ihre Offenlegung sie durch Beeinträchtigung der Unschuldsvermutung und ihres Rufes schwer schädigen würde. Da die die Antigenerika-Strategie der Klägerinnen konstituierenden Elemente von der Kommission demnach nicht als Zuwiderhandlung eingestuft wurden, wurden sie folglich für die Feststellung und Ahndung der im verfügenden Teil des angefochtenen Beschlusses genannten Zuwiderhandlungen nicht berücksichtigt.

**191**Die Klägerinnen machen jedoch geltend, in Rn. 2766 in Abschnitt 8 des angefochtenen Beschlusses habe die Kommission dargelegt, dass die Prüfung der nach Art. 102 AEUV geahndeten Verhaltensweisen „den vollständigen Sachverhalt berücksichtigen [wird], einschließlich der aus dieser Strategie folgenden übrigen Verhaltensweisen, für die im vorliegenden Beschluss der Beitrag zur Ausschlusswirkung nicht nachgewiesen wird“. Zudem habe die Kommission in Rn. 2772 des angefochtenen Beschlusses dargelegt, dass die in Abschnitt 4 beschriebene Antigenerika-Strategie der Klägerinnen, u. a. die Bildung von Patent-Clustern, „wichtige Tatsachen dar[stellt], mit denen sich erklären lässt, z. B. bei der Prüfung der wettbewerbswidrigen Ausschlusswirkung des Verhaltens von Servier, warum der Grad des (potenziellen) Wettbewerbs bei der Lieferung von generischem Perindopril besonders begrenzt ist“.

**192**In ihrer Klagebeantwortung macht die Kommission geltend, sie sei verpflichtet gewesen, im angefochtenen Beschluss Verhaltensweisen darzulegen, die zur Antigenerika-Strategie der Klägerinnen gehörten, aber nicht als Zuwiderhandlungen gegen die Art. 101 und 102 AEUV eingestuft worden seien, um die Zuwiderhandlungen in ihrem rechtlichen, wirtschaftlichen und tatsächlichen Kontext prüfen zu können. In der Sitzung hat die Kommission die Bedeutung von Abschnitt 4 des angefochtenen Beschlusses für das Verständnis der umfassenden Strategie von Servier gegenüber den Generikaherstellern und die Tragweite dieser Verhaltensweisen für den Markt betont und dabei zwischen dem tatsächlichen Kontext dieser Verhaltensweisen, der insbesondere im genannten Abschnitt 4 erläutert werde, und deren Charakter als Zuwiderhandlungen unterschieden. In Rn. 2766 des angefochtenen Beschlusses sei diese Unterscheidung klar getroffen worden.

**193**Nach ständiger Rechtsprechung ist zwar bei der Prüfung der Frage, ob eine Vereinbarung zwischen Unternehmen eine hinreichende Beeinträchtigung des Wettbewerbs darstellt, um als bezweckte Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Art. 101 Abs. 1 AEUV angesehen zu werden, u. a. auf den wirtschaftlichen und rechtlichen

Zusammenhang, in dem sie steht, abzustellen (vgl. Urteil vom 16. Juli 2015, ING Pensii, [C-172/14](#), [ECLI:EU:C:2015:484](#), Rn. 33 und die dort angeführte Rechtsprechung). Zur Beurteilung der in Rede stehenden Vereinbarung ist diese in dem wirtschaftlichen und rechtlichen Kontext zu betrachten, in dem die Parteien sie geschlossen haben; ein solches Vorgehen kann nicht als Eingriff in Rechtsgeschäfte oder Rechtsverhältnisse angesehen werden, die nicht Gegenstand des Verfahrens vor der Kommission waren (Urteil vom 13. Juli 1966, Consten und Grundig/Kommission, 56/64 und 58/64, [ECLI:EU:C:1966:41](#), S. 497). Im Rahmen der Beurteilung dieses Kontexts sind auch die Art der betroffenen Waren und Dienstleistungen, die auf dem betreffenden Markt oder den betreffenden Märkten bestehenden tatsächlichen Bedingungen und die Struktur dieses Marktes oder dieser Märkte zu berücksichtigen (vgl. Urteile vom 11. September 2014, CB/Kommission, [C-67/13 P](#), [ECLI:EU:C:2014:2204](#), Rn. 53 und die dort angeführte Rechtsprechung, und vom 19. März 2015, Dole Food und Dole Fresh Fruit Europe/Kommission, [C-286/13 P](#), [ECLI:EU:C:2015:184](#), Rn. 117 und die dort angeführte Rechtsprechung).

**194** Ebenso muss die Kommission bei ihrer Untersuchung des Verhaltens eines Unternehmens in beherrschender Stellung und für die Zwecke der Feststellung eines etwaigen Missbrauchs einer solchen Stellung alle relevanten tatsächlichen Umstände dieses Verhaltens berücksichtigen (vgl. in diesem Sinne Urteile vom 15. März 2007, British Airways/Kommission, [C-95/04 P](#), [ECLI:EU:C:2007:166](#), Rn. 67, und vom 27. März 2012, Post Danmark, [C-209/10](#), [ECLI:EU:C:2012:172](#), Rn. 26). Insoweit ist zudem festzustellen, dass die Kommission, wenn sie das Verhalten eines Unternehmens in beherrschender Stellung bewertet, wobei es sich um eine Untersuchung handelt, die unerlässlich ist, um zu einem Ergebnis in Bezug auf das Vorliegen eines Missbrauchs einer solchen Stellung zu gelangen, zwangsläufig die Geschäftsstrategie des Unternehmens beurteilen muss. In diesem Rahmen erscheint es normal, dass die Kommission subjektive Faktoren wie die der betreffenden Geschäftsstrategie zugrunde liegenden Motive anführt (Urteil vom 19. April 2012, Tomra Systems u. a./Kommission, [C-549/10 P](#), [ECLI:EU:C:2012:221](#), Rn. 19).

**195** Wie sich aus den vorstehenden Rn. 193 und 194 ergibt, ist die Kommission zwar gehalten, zur Prüfung der Vereinbarkeit des Verhaltens eines Unternehmens mit den Art. [101](#) und [102](#) AEUV den Kontext zu berücksichtigen, in den sich dieses Verhalten einfügt, doch darf diese Berücksichtigung sie nicht dazu führen, die Feststellung einer Zuwiderhandlung aus einem anderen Verhalten abzuleiten oder durch ein solches bestätigt zu sehen, das für wettbewerbswidrig oder kaum im Einklang mit dem Wettbewerbsrecht stehend befunden wird, ohne jedoch selbst als Zuwiderhandlung eingestuft zu werden.

**196** Im vorliegenden Fall geht aus dem angefochtenen Beschluss (siehe oben, Rn. 190) hervor, dass die die Antigenerika-Strategie der Klägerinnen konstituierenden Elemente, die in Abschnitt 4 des angefochtenen Beschlusses genannt sind und ein negatives Bild des Vorgehens von Servier zeichnen, von der Kommission nicht als Zuwiderhandlung eingestuft und nicht für die Einstufung der mit einer Geldbuße geahndeten Verhaltensweisen als Zuwiderhandlung berücksichtigt worden sind. Hätte die Kommission sie tatsächlich herangezogen, um die geahndeten Verhaltensweisen als Zuwiderhandlung einzustufen, hätte sie sich dem Vorwurf ausgesetzt, die Feststellung von Zuwiderhandlungen auf Verdächtigungen oder Behauptungen zu stützen, die auf andere Verhaltensweisen zurückgehen als die Verhaltensweisen, die sie zu ahnden beschlossen



hat. Ein solches Vorgehen könnte dazu führen, dass der vermeintlich schlechte Ruf eines Unternehmens, der aus bloßen Behauptungen oder nicht klar bewiesenen Tatsachen abgeleitet wird, als ein Parameter der Prüfung der ihm vorgeworfenen wettbewerbswidrigen Verhaltensweisen angesehen würde. Die Unparteilichkeit und Objektivität, die die Einstufung von Zuwiderhandlungen und ihre Verfolgung durch die Kommission bestimmen müssen, sowie das Recht auf Wahrung der Unschuldsvermutung schließen jedoch derartige Vorannahmen aus. Die Mehrdeutigkeit, die die Kommission hinsichtlich der Bedeutung dieser sehr kritischen, in Abschnitt 4 des angefochtenen Beschlusses dargestellten Elemente des Verhaltens von Servier unterhält, von denen sie gleichzeitig behauptet, sie seien für ihre Analyse wichtig, könnten aber nicht vor Gericht beanstandet werden, offenbart die Zweifel, die diese Gründe des angefochtenen Beschlusses hervorrufen können.

**197**Schließlich ist selbst dann, wenn diese verschiedenen Aspekte der umfassenden Antigenerika-Strategie der Klägerinnen zu den Elementen gehören sollten, die den Kontext der mit dem angefochtenen Beschluss festgestellten Zuwiderhandlungen konstituieren, doch nicht zu erkennen, dass diese Beurteilungen den verfügenden Teil des angefochtenen Beschlusses substantziell hätten verändern können. Bei der Feststellung des wettbewerbswidrigen Zwecks kann nämlich die Berücksichtigung des Kontexts nicht das Fehlen der tatsächlichen Feststellung eines wettbewerbswidrigen Zwecks heilen (vgl. Schlussanträge von Generalanwalt Wahl in der Rechtssache CB/Kommission, C-67/13 P, ECLI:EU:C:2014:1958, Nr. 44). Zudem muss die Kommission im Rahmen von Art. 102 AEUV bei ihrer Untersuchung des Verhaltens eines Unternehmens in beherrschender Stellung und für die Zwecke der Identifizierung eines etwaigen Missbrauchs einer solchen Stellung zwar alle relevanten tatsächlichen Umstände dieses Verhaltens berücksichtigen, doch ist das Vorliegen einer etwaigen wettbewerbswidrigen Absicht nur einer der tatsächlichen Umstände, die berücksichtigt werden können, um einen Missbrauch einer beherrschenden Stellung festzustellen (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 19. April 2012, Tomra Systems u. a./Kommission, C-549/10 P, ECLI:EU:C:2012:221, Rn. 18 bis 20).

**198**Folglich ist dieser Klagegrund jedenfalls als ins Leere gehend zurückzuweisen, da er gegen Gründe des angefochtenen Beschlusses gerichtet ist, die sich nicht auf die Verhaltensweisen und Praktiken der Klägerinnen beziehen, die Zuwiderhandlungen gegen das Wettbewerbsrecht darstellen und mit diesem Beschluss geahndet werden. Es ist jedoch darauf hinzuweisen, dass zahlreiche tatsächliche Elemente, die die Klägerinnen im Rahmen dieses Klagegrundes rügen (u. a. der Erwerb alternativer Technologien und die Vergleiche in Patentrechtsstreitigkeiten), direkt mit den von der Kommission als Zuwiderhandlung eingestuften Verhaltensweisen zusammenhängen und auch im Rahmen anderer Klagegründe behandelt werden, wie die Kommission in ihrer Klagebeantwortung geltend macht. Diese Elemente können ebenfalls relevant sein und werden bei der Untersuchung dieser Klagegründe geprüft.

5. Zu den Rechtsfehlern betreffend die Bestimmung des Begriffs der bezweckten Wettbewerbsbeschränkung (nicht wiedergegeben)

**211**Mit diesem Klagegrund machen die Klägerinnen und die Streithelferin geltend, die Kommission habe mit der Einstufung der Vergleichsvereinbarungen in Patentrechtsstreitigkeiten als bezweckte Wettbewerbsbeschränkungen Rechtsfehler begangen und die Reichweite der Rechte des geistigen Eigentums, die die Patente darstellten, verkannt. Folglich hat das Gericht zu bestimmen, ob und unter welchen

Umständen solche Vergleichsvereinbarungen eine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung sein können, wobei zu prüfen ist, ob die Kommission bei ihrer Analyse den Schutzbereich der Patente verkannt hat.

**212**Im angefochtenen Beschluss hat die Kommission dargelegt, wie nach ihrer Ansicht die Vergleichsvereinbarungen in Patentrechtsstreitigkeiten mit Blick auf Art. 101 Abs. 1 AEUV zu beurteilen seien und dass solche Vereinbarungen als bezweckte Wettbewerbsbeschränkungen eingestuft werden könnten (Rn. 1102 bis 1155 des angefochtenen Beschlusses).

**213**Die Kommission hat zwar grundsätzlich das Recht der Unternehmen anerkannt, einen Rechtsstreit, auch einen solchen über Patente, durch Vergleich beizulegen (Rn. 1118 des angefochtenen Beschlusses), war jedoch der Auffassung, dass Patentvergleichsvereinbarungen das Wettbewerbsrecht der Union, insbesondere Art. 101 Abs. 1 AEUV, beachten müssten (vgl. u. a. Rn. 1119, 1122 und 1123 des angefochtenen Beschlusses).

**214**Die Kommission hat auch den besonderen Kontext berücksichtigt, in dem sich im Arzneimittelsektor der Wettbewerb zwischen den Originalpräparate- und den Generikaherstellern vollzieht (Rn. 1125 bis 1132 des angefochtenen Beschlusses).

**215**Vor diesem Hintergrund hat die Kommission befunden, dass es für die Parteien grundsätzlich gerechtfertigt sein könne, einen Vergleich zur Beilegung eines Rechtsstreits zu schließen und in diesen Vergleich sogar Vermarktungsverbots- und Nichtangriffsklauseln aufzunehmen (Rn. 1133 und 1136 des angefochtenen Beschlusses).

**216**Allerdings könne je nach den besonderen Umständen der Sache eine Patentvergleichsvereinbarung, mit der ein Generikahersteller gegen eine Wertübertragung in Form der Zahlung eines signifikanten Geldbetrags oder eines anderen signifikanten Anreizes Beschränkungen seiner Fähigkeit und der Anreize, mit seinen Wettbewerbern in Wettbewerb zu treten, akzeptiere, eine Art. 101 AEUV zuwiderlaufende bezweckte Wettbewerbsbeschränkung darstellen (Rn. 1134 des angefochtenen Beschlusses). In diesem Fall ergebe sich nämlich der Verzicht des Generikaherstellers auf seine eigenständigen Bemühungen um Marktzugang nicht aus der Beurteilung der Rechtmäßigkeit des Patents, sondern aus der Wertübertragung durch den Hersteller des Originalpräparats an den Generikahersteller (Rn. 1137 des angefochtenen Beschlusses) und somit aus einer Ausschlusszahlung, mit der ein Verzicht auf Wettbewerb gekauft werde (Rn. 1140 des angefochtenen Beschlusses).

**217**Die Kommission hat daher angekündigt, dass sie für die Prüfung, ob die in Rede stehenden Vergleichsvereinbarungen bezweckte Wettbewerbsbeschränkungen seien, eine Einzelfallprüfung der jede dieser Vereinbarungen betreffenden Tatsachen vornehmen werde. Hierfür werde sie im Einzelnen prüfen, ob erstens „der Generikahersteller und der Hersteller des Originalpräparats zumindest potenzielle Wettbewerber waren“, ob zweitens „der Generikahersteller sich in der Vereinbarung verpflichtet hat, seine unabhängigen Bemühungen, ein Generikum auf einem oder mehreren EU-Märkten in den Verkehr zu bringen, zu beschränken“, und ob drittens „die Vereinbarung mit einer Wertübertragung durch den Hersteller des Originalpräparats als wesentlichem Anreiz verbunden war, der das Interesse des Generikaherstellers an der Fortsetzung seiner unabhängigen Bemühungen, das Generikum auf einem oder mehreren EU-Märkten in den Verkehr zu bringen, erheblich verringert hat“ (Rn. 1154 des angefochtenen Beschlusses).

**218**Die Kommission hat sodann die drei in der vorstehenden Rn. 217 genannten Kriterien auf jede der in Rede stehenden Vergleichsvereinbarungen angewandt und ist für jede von ihnen zu dem Schluss gekommen, dass diese drei Kriterien erfüllt und diese Vergleiche folglich u. a. als bezweckte Wettbewerbsbeschränkungen einzustufen seien.

a) Zu dem ihrem Zweck nach beschränkenden Charakter von Patentvergleichsvereinbarungen

1) Zu den bezweckten Wettbewerbsbeschränkungen

**219**Nach Art. 101 Abs. 1 AEUV sind Vereinbarungen zwischen Unternehmen, Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen von Unternehmen verboten, die eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs auf dem niederländischen Markt oder einem Teil davon „bezwecken oder bewirken“. Nach ständiger Rechtsprechung seit dem Urteil vom 30. Juni 1966, LTM (56/65, [ECLI:EU:C:1966:38](#), S. 303), ergibt sich aus dem durch die Konjunktion „oder“ gekennzeichneten alternativen Charakter dieser Voraussetzung die Notwendigkeit, zunächst den eigentlichen Zweck der abgestimmten Verhaltensweise in Betracht zu ziehen, wobei die wirtschaftlichen Begleitumstände ihrer Durchführung zu berücksichtigen sind. Lässt jedoch die Prüfung des Inhalts der Vereinbarung keine hinreichende Beeinträchtigung des Wettbewerbs erkennen, sind ihre Auswirkungen zu untersuchen, und es müssen, damit sie vom Verbot erfasst wird, Voraussetzungen vorliegen, aus denen sich insgesamt ergibt, dass der Wettbewerb tatsächlich spürbar verhindert, eingeschränkt oder verfälscht worden ist (vgl. Urteile vom 19. März 2015, Dole Food und Dole Fresh Fruit Europe/Kommission, [C-286/13 P](#), [ECLI:EU:C:2015:184](#), Rn. 116 und die dort angeführte Rechtsprechung, und vom 16. Juli 2015, ING Pensii, [C-172/14](#), [ECLI:EU:C:2015:484](#), Rn. 30 und die dort angeführte Rechtsprechung). Steht dagegen der wettbewerbswidrige Zweck einer Vereinbarung fest, brauchen ihre Auswirkungen auf den Wettbewerb nicht geprüft zu werden (vgl. Urteil vom 20. Januar 2016, Toshiba Corporation/Kommission, [C-373/14 P](#), [ECLI:EU:C:2016:26](#), Rn. 25 und die dort angeführte Rechtsprechung). Demnach hat die Kommission in dem angefochtenen Beschluss zu Recht darauf hingewiesen, dass zum einen der wettbewerbswidrige Zweck und die wettbewerbswidrige Wirkung einer Vereinbarung alternative und nicht kumulative Kriterien für die Prüfung seien, ob eine Vereinbarung unter das Verbot des Art. 101 Abs. 1 AEUV falle (Rn. 1109), und dass es zum anderen nicht erforderlich sei, die konkreten wettbewerbswidrigen Wirkungen eines Verhaltens darzutun, wenn dessen wettbewerbswidriger Zweck bereits nachgewiesen sei (Rn. 1112).

**220**Der Begriff der bezweckten Wettbewerbsbeschränkung kann nur auf bestimmte Arten der Koordinierung zwischen Unternehmen angewandt werden, die schon ihrer Natur nach das gute Funktionieren des normalen Wettbewerbs hinreichend beeinträchtigen, um davon ausgehen zu können, dass die Prüfung ihrer Wirkungen nicht notwendig ist (vgl. in diesem Sinne Urteile vom 30. Juni 1966, LTM, 56/65, [ECLI:EU:C:1966:38](#), S. 282, 303 f., vom 11. September 2014, CB/Kommission, [C-67/13 P](#), [ECLI:EU:C:2014:2204](#), Rn. 49, 50 und 58 sowie die dort angeführte Rechtsprechung, vom 16. Juli 2015, ING Pensii, [C-172/14](#), [ECLI:EU:C:2015:484](#), Rn. 31, und vom 26. November 2015, Maxima Latvija, [C-345/14](#), [ECLI:EU:C:2015:784](#), Rn. 20).

**221**Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs ist bei der Prüfung der Frage, ob eine Vereinbarung zwischen Unternehmen eine hinreichende Beeinträchtigung des Wettbewerbs erkennen lässt, um als bezweckte Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von

Art. 101 Abs. 1 AEUV aufgefasst zu werden, auf den Inhalt ihrer Bestimmungen und die mit ihr verfolgten Ziele sowie auf den wirtschaftlichen und rechtlichen Kontext, in dem sie steht, abzustellen (vgl. Urteil vom 16. Juli 2015, ING Pensii, C-172/14, ECLI:EU:C:2015:484, Rn. 33 und die dort angeführte Rechtsprechung). Im Rahmen der Beurteilung dieses Kontexts sind auch die Art der betroffenen Waren und Dienstleistungen, die auf dem betreffenden Markt oder den betreffenden Märkten bestehenden tatsächlichen Bedingungen und die Struktur dieses Marktes oder dieser Märkte zu berücksichtigen (vgl. Urteil vom 19. März 2015, Dole Food und Dole Fresh Fruit Europe/Kommission, C-286/13 P, ECLI:EU:C:2015:184, Rn. 117 und die dort angeführte Rechtsprechung). Zu beachten ist jedoch, dass die Prüfung der tatsächlichen Bedingungen des Funktionierens und der Struktur des betreffenden Marktes das Gericht nicht dazu führen darf, die Wirkungen der fraglichen Koordinierung zu beurteilen (vgl. Urteil vom 11. September 2014, CB/Kommission, C-67/13 P, ECLI:EU:C:2014:2204, Rn. 72 bis 82), soll nicht der in Art. 101 Abs. 1 AEUV vorgesehene Unterscheidung die praktische Wirksamkeit genommen werden.

**222** Ferner ist es den Wettbewerbsbehörden sowie den innerstaatlichen Gerichten und denen der Union nicht verwehrt, die Absicht der Beteiligten zu berücksichtigen, auch wenn sie kein notwendiges Element ist, um festzustellen, ob eine Art der Koordinierung zwischen Unternehmen wettbewerbsbeschränkenden Charakter hat (vgl. Urteil vom 19. März 2015, Dole Food und Dole Fresh Fruit Europe/Kommission, C-286/13 P, ECLI:EU:C:2015:184, Rn. 118 und die dort angeführte Rechtsprechung). Der Umstand allein, dass eine Vereinbarung auch zulässige Zwecke verfolgt, hindert jedoch nicht an ihrer Einstufung als bezweckte Wettbewerbsbeschränkung (Urteil vom 20. November 2008, Beef Industry Development Society und Barry Brothers, C-209/07, ECLI:EU:C:2008:643, Rn. 21; vgl. in diesem Sinne auch Urteile vom 8. November 1983, IAZ International Belgium u. a./Kommission, 96/82 bis 102/82, 104/82, 105/82, 108/82 und 110/82, ECLI:EU:C:1983:310, Rn. 25, und vom 6. April 2006, General Motors/Kommission, C-551/03 P, ECLI:EU:C:2006:229, Rn. 64).

**223** Die Klägerinnen werfen der Kommission vor, rechtsfehlerhaft befunden zu haben, dass der Umstand allein, dass sich eine Vereinbarung negativ auf den Wettbewerb auswirken könne, ausreiche, um sie als bezweckte Wettbewerbsbeschränkung einzustufen. Es trifft zu, dass die Kommission in Rn. 1111 des angefochtenen Beschlusses unter Bezugnahme auf die Rechtsprechung des Gerichtshofs (Urteile vom 4. Juni 2009, T-Mobile Netherlands u. a., C-8/08, ECLI:EU:C:2009:343, Rn. 31, und vom 14. März 2013, Allianz Hungária Biztosító u. a., C-32/11, ECLI:EU:C:2013:160, Rn. 35 bis 38) ausgeführt hat, dass es „[f]ür die Einstufung einer Vereinbarung als wettbewerbswidrig genügt ..., dass sie sich negativ auf den Wettbewerb auswirken kann. Mit anderen Worten muss die Vereinbarung lediglich geeignet sein, in einem konkreten Fall und unter Berücksichtigung ihres rechtlichen und wirtschaftlichen Kontexts den Wettbewerb innerhalb des Binnenmarkts zu verhindern, einzuschränken oder zu verfälschen.“

**224** Hierzu ist zunächst darauf hinzuweisen, dass die Kommission im angefochtenen Beschluss zutreffend auf die oben in den Rn. 219 bis 222 angeführte Rechtsprechung zur Definition des Begriffs der bezweckten Wettbewerbsbeschränkung Bezug genommen hat. Wie sich aus den Rn. 1109 und 1110, 1112 bis 1117 und 1211 des angefochtenen Beschlusses ergibt, hat die Kommission diese Rechtsprechung rechtsfehlerfrei angeführt und sie bei der Prüfung jeder Vereinbarung herangezogen (vgl. u. a. Rn. 1369 bis 1375,

1475 bis 1481, 1622 bis 1627, 1763, 1804 bis 1810 und 1994 bis 2000 des angefochtenen Beschlusses). Es ist unerheblich, dass die Kommission im angefochtenen Beschluss nicht den Ausdruck „hinreichende Beeinträchtigung“ verwendet hat, da aus diesem Beschluss hervorgeht, dass sie den Begriff der bezweckten Wettbewerbsbeschränkung richtig erfasst hat. Im Einzelnen hat sie in den Rn. 1110 und 1113 dieses Beschlusses ausgeführt, dass es sich um Beschränkungen handle, die „schon ihrer Natur nach als schädlich für das gute Funktionieren des normalen Wettbewerbs angesehen werden können“, dass „bei der Prüfung der Frage, ob eine Vereinbarung eine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung enthält, auf den Inhalt ihrer Bestimmungen und die mit ihr verfolgten Ziele sowie auf den wirtschaftlichen und rechtlichen Kontext, in dem sie steht, abzustellen ist“ und dass „bei der Bestimmung dieses Kontexts auch die Natur der betroffenen Waren und Dienstleistungen, die auf dem betreffenden Markt oder den betreffenden Märkten bestehenden tatsächlichen Bedingungen und die Struktur dieses Marktes oder dieser Märkte zu berücksichtigen sind“. Zu Recht hat sie auch darauf hingewiesen, dass „es der Kommission und den Unionsgerichten, auch wenn die Absicht der Beteiligten kein für die Bestimmung des dem Zweck nach wettbewerbsbeschränkenden Charakters einer Vereinbarung notwendiges Element ist, nicht verwehrt ist, sie zu berücksichtigen“ (Rn. 1113 des angefochtenen Beschlusses).

**225**Sodann ist zu beachten, dass der Gerichtshof in Rn. 31 des Urteils vom 4. Juni 2009, T-Mobile Netherlands u. a. (C-8/08, [ECLI:EU:C:2009:343](#)), die in Rn. 38 des Urteils vom 14. März 2013, Allianz Hungária Biztosító u. a. (C-32/11, [ECLI:EU:C:2013:160](#)), wieder aufgegriffen wird, nicht sagen wollte, dass eine wenig schädliche und sich somit eventuell negativ auf den Wettbewerb auswirkende Vereinbarung eine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung darstellen kann, sondern nur, dass zum einen die Bestimmung der konkreten Wirkungen einer Vereinbarung auf den Wettbewerb für die Prüfung der bezweckten Wettbewerbsbeschränkung nicht relevant ist und dass zum anderen der Umstand allein, dass eine Vereinbarung nicht umgesetzt worden ist, ihrer Einstufung als bezweckte Wettbewerbsbeschränkung nicht entgegensteht. Liest man Rn. 31 des Urteils vom 4. Juni 2009, T-Mobile Netherlands u. a. (C-8/08, [ECLI:EU:C:2009:343](#)), u. a. im Licht der Rn. 29 und 30 dieses Urteils sowie von Nr. 46 der Schlussanträge von Generalanwältin Kokott in dieser Rechtssache, auf die das Urteil ausdrücklich verweist, und Nr. 47 dieser Schlussanträge, so lässt sie sich in den Kontext der Unterscheidung zwischen bewirkten und bezweckten Wettbewerbsbeschränkungen einordnen.

**226**Folglich ist das Vorbringen der Klägerinnen, die Kommission habe in Rn. 1111 des angefochtenen Beschlusses einen Rechtsfehler begangen, zurückzuweisen.

**227**Die Klägerinnen und die Streithelferin machen ferner unter Berufung auf das Urteil vom 11. September 2014, CB/Kommission (C-67/13 P, [ECLI:EU:C:2014:2204](#)), geltend, der Begriff der bezweckten Zuwiderhandlung müsse entgegen dem von der Kommission im angefochtenen Beschluss verfolgten Ansatz eng ausgelegt werden.

**228**Hierzu ist zunächst darauf hinzuweisen, dass der Gerichtshof im Urteil vom 11. September 2014, CB/Kommission (C-67/13 P, [ECLI:EU:C:2014:2204](#), Rn. 58), befunden hat, dass der Begriff der bezweckten Wettbewerbsbeschränkung nur auf bestimmte Arten von Koordinierung zwischen Unternehmen angewandt werden kann, die den Wettbewerb so hinreichend beeinträchtigen, dass davon ausgegangen werden kann, dass die Prüfung ihrer Auswirkungen nicht notwendig ist, und nicht auf Vereinbarungen, bei denen

überhaupt nicht feststeht, dass sie schon ihrer Natur nach schädlich für das gute Funktionieren des normalen Wettbewerbs sind. Er hat demzufolge die Feststellung des Gerichts, der Begriff der bezweckten Zuwiderhandlung sei nicht eng auszulegen, als rechtsfehlerhaft beanstandet. Der Gerichtshof hat jedoch nicht die Rechtsprechung in Frage gestellt, wonach die in Art. 101 Abs. 1 Buchst. a bis e AEUV genannten Arten von Vereinbarungen keine abschließende Liste der verbotenen Kollusionen darstellen (Urteil vom 20. November 2008, Beef Industry Development Society und Barry Brothers, C-209/07, ECLI:EU:C:2008:643, Rn. 23; vgl. in diesem Sinne auch Urteil vom 11. September 2014, CB/Kommission, C-67/13 P, ECLI:EU:C:2014:2204, Rn. 58), wie sich aus der Verwendung des Wortes „insbesondere“ in Art. 101 Abs. 1 AEUV ergibt (Schlussanträge von Generalanwältin Trstenjak in der Rechtssache Beef Industry Development Society und Barry Brothers, C-209/07, ECLI:EU:C:2008:467, Nr. 46).

**229**Sodann ist festzustellen, dass die Kommission im vorliegenden Fall im Einklang mit dem Urteil vom 11. September 2014, CB/Kommission (C-67/13 P, ECLI:EU:C:2014:2204), vorgegangen ist, indem sie die streitigen Vereinbarungen anhand der oben in den Rn. 219 bis 222 genannten Kriterien geprüft hat (siehe oben, Rn. 224), die als solche restriktiv sind, da sie die Feststellung eines hinreichenden Schädlichkeitsgrades voraussetzen. Entgegen dem Vorbringen der Klägerinnen und der Streithelferin musste die Kommission bei ihrer Prüfung nicht a priori einen restriktiveren Maßstab anlegen, als er durch die Kriterien des Begriffs der bezweckten Wettbewerbsbeschränkung vorgegeben ist, sondern diese Prüfung erforderte die Feststellung einer hinreichend schädlichen Wettbewerbsbeschränkung oder in Ermangelung einer solchen die Prüfung der konkreten wettbewerbswidrigen Wirkungen der streitigen Vereinbarungen.

**230**Die Klägerinnen führen ferner aus, das Fehlen von Präzedenzfällen stehe einer Einstufung als bezweckte Beschränkung entgegen, und machen geltend, der mit der Sache befasste frühere Referatsleiter habe öffentlich deren Neuartigkeit anerkannt, wie auch die Kommission im angefochtenen Beschluss selbst. Es ist jedoch zu beachten, dass die in Art. 101 Abs. 1 Buchst. a bis e AEUV genannten Verhaltensweisen keine abschließende Liste der verbotenen Kollusionen darstellen (Urteil vom 20. November 2008, Beef Industry Development Society und Barry Brothers, C-209/07, ECLI:EU:C:2008:643, Rn. 23) und dass, obwohl die Erfahrung unbestreitbar bestätigen kann, dass bestimmte Arten der Kooperation per se für den Wettbewerb schädlich sind (Urteil vom 11. September 2014, CB/Kommission, C-67/13 P, ECLI:EU:C:2014:2204, Rn. 51), der Umstand, dass die Kommission in der Vergangenheit Vereinbarungen eines bestimmten Typs nicht als schon ihrem Zweck nach wettbewerbsbeschränkend angesehen hat, als solcher kein Hinderungsgrund ist, dies künftig aufgrund einer eingehenden Einzelprüfung der streitigen Maßnahmen im Hinblick auf ihren Inhalt, Zweck und Kontext zu tun (vgl. Urteil vom 8. September 2016, Lundbeck/Kommission, T-472/13, mit Rechtsmittel angefochten, ECLI:EU:T:2016:449, Rn. 438 und die dort angeführte Rechtsprechung).

**231**Entgegen dem Vorbringen der Klägerinnen steht auch der bloße Umstand, dass eine Einzelfallprüfung nötig ist, um eine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung festzustellen, einer solchen Einstufung nicht entgegen. Nach der Rechtsprechung ist es nicht erforderlich, dass eine Vereinbarung auf den ersten Blick oder zweifelsfrei - ohne eine eingehende Prüfung ihres Inhalts, ihres Zwecks sowie des wirtschaftlichen und rechtlichen

Kontexts, in dem sie steht, durch die Kommission oder den Unionsrichter - hinreichend schädlich für den Wettbewerb ist, um sie als bezweckte Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Art. 101 Abs. 1 AEUV einstufen zu können (vgl. in diesem Sinne Urteile vom 14. März 2013, Allianz Hungária Biztosító u. a., C-32/11, ECLI:EU:C:2013:160, Rn. 51, und vom 8. September 2016, Lundbeck/Kommission, T-472/13, mit Rechtsmittel angefochten, ECLI:EU:T:2016:449, Rn. 775).

**232**Die Klägerinnen und die Streithelferin rügen ferner eine widersprüchliche Begründung des angefochtenen Beschlusses, weil es in Rn. 2764 heiÙe, dass Patentvergleiche nicht als solche wettbewerbswidrig im Sinne von Art. 102 AEUV seien. Aus dem strittigen Satz der Rn. 2764 des angefochtenen Beschlusses geht jedoch klar hervor, dass die Kommission nur auf die Verhaltensweisen Bezug nimmt, die im angefochtenen Beschluss als Teil der Antigenerika-Strategie der Klägerinnen beschrieben werden, aber dort nicht als Zuwiderhandlungen gegen das Wettbewerbsrecht eingestuft worden sind. Folglich bezieht sich dieser Satz nicht auf die von den Klägerinnen geschlossenen Vergleiche. Im Übrigen ergibt sich aus dem angefochtenen Beschluss, insbesondere seinem Abschnitt 8.3, dass die Kommission die von den Klägerinnen geschlossenen Vergleiche als missbräuchliches Verhalten angesehen hat, das zu der umfassenden einheitlichen und fortgesetzten Ausschlussstrategie beigetragen habe, die eine Zuwiderhandlung gegen Art. 102 AEUV darstelle. Mithin ist der angefochtene Beschluss nicht wegen widersprüchlicher Begründung fehlerhaft.

**233**Nach dieser Darstellung der Tatbestandsmerkmale des Begriffs der bezweckten Wettbewerbsbeschränkung und der Prüfung der von den Klägerinnen gegen die Auslegung dieses Begriffs erhobenen Rügen ist darauf hinzuweisen, dass die im vorliegenden Fall streitigen Vereinbarungen den Klägerinnen zufolge dem Zweck dienen, Rechtsstreitigkeiten zwischen den Vertragsparteien gütlich beizulegen, und im besonderen Kontext des Patentrechts geschlossen worden waren, denn diese Rechtsstreitigkeiten betrafen die Patente der Klägerinnen. Da die Feststellung des Vorliegens einer bezweckten Wettbewerbsbeschränkung die Prüfung des Inhalts, der Ziele und des wirtschaftlichen und rechtlichen Kontexts der in Rede stehenden Vereinbarung voraussetzt (siehe oben, Rn. 221), sind im vorliegenden Fall die Nichtangriffsklauseln betreffend die Patente und die Vermarktungsverbote für diese Patente verletzende Erzeugnisse, die in den Vergleichen im Allgemeinen und in den streitigen Vereinbarungen im Besonderen enthalten sind, mit Blick auf ihren Zweck, die Patentrechtsstreitigkeiten gütlich beizulegen, und den besonderen patentrechtlichen Kontext zu prüfen, um festzustellen, ob die Kommission diese Vereinbarungen zu Recht und anhand angemessener rechtlicher Kriterien als bezweckte Wettbewerbsbeschränkungen eingestuft hat.

2) Zu den Rechten des geistigen Eigentums und insbesondere den Patenten

**234**Der spezifische Gegenstand des gewerblichen Eigentums lässt sich dahin kennzeichnen, dass der Inhaber zum Ausgleich für seine schöpferische Erfindertätigkeit das ausschließliche Recht erlangt, gewerbliche Erzeugnisse herzustellen und in den Verkehr zu bringen, mithin die Erfindung entweder selbst oder im Wege der Lizenzvergabe an Dritte zu verwerten, und dass er ferner das Recht erlangt, sich gegen jegliche Zuwiderhandlung zur Wehr zu setzen (Urteil vom 31. Oktober 1974, Centrafarm und de Peijper, 15/74, ECLI:EU:C:1974:114, Rn. 9). Wird ein Recht des geistigen Eigentums von einer öffentlichen Stelle eingeräumt, besteht normalerweise die Vermutung, dass das

Recht gültig ist und einem Unternehmen rechtmäßig zusteht. Ist ein Unternehmen Inhaber eines ausschließlichen Rechts, hat schon dies allein normalerweise zur Folge, dass die Wettbewerber ferngehalten werden, da sie aufgrund staatlicher Vorschriften zur Beachtung dieses Rechts verpflichtet sind (Urteil vom 1. Juli 2010, AstraZeneca/Kommission, [T-321/05](#), [ECLI:EU:T:2010:266](#), Rn. 362).

**235**Die Ausübung der Rechte aus einem nach den Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats erteilten Patent bedeutet für sich allein keinen Verstoß gegen die Wettbewerbsregeln des Vertrags (Urteil vom 29. Februar 1968, Parke, Davis and Co., 24/67, [ECLI:EU:C:1968:11](#), S. 111). Die Regeln im Bereich des geistigen Eigentums sind für die Aufrechterhaltung eines unverfälschten Wettbewerbs im Binnenmarkt sogar wesentlich (Urteil vom 16. April 2013, Spanien und Italien/Rat, [C-274/11](#) und [C-295/11](#), [ECLI:EU:C:2013:240](#), Rn. 22). Zum einen trägt nämlich das Patentrecht dadurch, dass es einen Ausgleich für die schöpferische Tätigkeit des Erfinders bietet, zur Förderung eines innovations- und investitionsfreundlichen Umfelds bei, und zum anderen zielt es darauf ab, die Funktionsweise der Erfindungen öffentlich zu machen und weitere Fortschritte zu ermöglichen. So heißt es in Rn. 7 der Leitlinien von 2004 für Technologietransfer-Vereinbarungen, die in vollem Umfang als Rn. 7 in die Leitlinien von 2014 für Technologietransfer-Vereinbarungen übernommen worden ist:

„[Es gibt keinen] immanenten Konflikt zwischen Rechten des geistigen Eigentums und den Wettbewerbsregeln der Gemeinschaft ... Hauptziel beider Rechtsbereiche ist die Förderung des Wohls der Verbraucher und eine effiziente Ressourcenallokation. Innovation ist ein wesentlicher und dynamischer Bestandteil einer offenen und wettbewerbsfähigen Marktwirtschaft. Die Rechte des geistigen Eigentums tragen zu einem dynamischen Wettbewerb bei, indem sie Unternehmen dazu motivieren, in die Entwicklung neuer oder verbesserter Erzeugnisse und Verfahren zu investieren. Dies gilt auch für den Wettbewerb, der Unternehmen ebenfalls zur Innovation veranlasst. Daher sind sowohl gewerbliche Schutzrechte als auch Wettbewerb notwendig, um Innovationen zu fördern und deren wettbewerbsfähige Verwertung sicherzustellen.“

**236**Nach ständiger Rechtsprechung gehört das Eigentumsrecht, zu dem die Rechte des geistigen Eigentums gehören, zu den allgemeinen Grundsätzen des Unionsrechts (Urteil vom 29. Januar 2008, Promusicae, [C-275/06](#), [ECLI:EU:C:2008:54](#), Rn. 62; vgl. in diesem Sinne auch Urteil vom 12. Juli 2005, Alliance for Natural Health u. a., [C-154/04](#) und [C-155/04](#), [ECLI:EU:C:2005:449](#), Rn. 126 und die dort angeführte Rechtsprechung).

**237**Das Recht des geistigen Eigentums und namentlich das Patentrecht kann jedoch keine uneingeschränkte Geltung beanspruchen, sondern muss im Hinblick auf seine gesellschaftliche Funktion gesehen und mit anderen Grundrechten abgestimmt werden, und es kann Beschränkungen unterworfen werden, um dem Gemeinwohl dienenden Zielen der Union zu entsprechen, ohne dass diese jedoch einen im Hinblick auf den verfolgten Zweck unverhältnismäßigen, nicht tragbaren Eingriff darstellen, der die so gewährleisteten Rechte in ihrem Wesensgehalt antastet (vgl. Urteil vom 12. Juli 2005, Alliance for Natural Health u. a., [C-154/04](#) und [C-155/04](#), [ECLI:EU:C:2005:449](#), Rn. 126 und die dort angeführte Rechtsprechung). Der Gerichtshof hat z. B. in Rechtsstreitigkeiten betreffend die Auslegung der Verordnung (EG) Nr. 469/2009 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 6. Mai 2009 über das ergänzende Schutzzertifikat für Arzneimittel (ABl. 2009, L 152, S. 1) befunden, dass zwischen den Interessen der Pharmaindustrie und denen der Volksgesundheit abzuwägen ist (vgl. in diesem Sinne



Urteil vom 12. März 2015, Actavis Group PTC und Actavis UK, [C-577/13](#), [ECLI:EU:C:2015:165](#), Rn. 36 und die dort angeführte Rechtsprechung).

**238** Gemäß Art. 3 Abs. 3 EUV errichtet die Union einen Binnenmarkt, der nach dem dem Vertrag von Lissabon beigefügten Protokoll Nr. 27 über den Binnenmarkt und den Wettbewerb (ABl. 2010, C 83, S. 309), das nach Art. 51 EUV den Verträgen im Rang gleichsteht, ein System umfasst, das den Wettbewerb vor Verfälschungen schützt. Die Art. 101 und 102 AEUV gehören zu den Wettbewerbsregeln im Sinne von Art. 3 Abs. 1 Buchst. b AEUV, die für das Funktionieren des Binnenmarkts erforderlich sind. Diese Regeln sollen nämlich gerade verhindern, dass der Wettbewerb entgegen dem öffentlichen Interesse und zum Schaden der einzelnen Unternehmen und der Verbraucher verfälscht wird, und sollen damit zum wirtschaftlichen Wohl in der Union beitragen (Urteil vom 17. Februar 2011, TeliaSonera Sverige, [C-52/09](#), [ECLI:EU:C:2011:83](#), Rn. 20 bis 22).

**239** Auch wenn die Verträge nie ausdrücklich eine Abstimmung zwischen den Rechten des geistigen Eigentums und dem Wettbewerbsrecht vorgesehen haben, sah doch Art. 36 EG, dessen Bestimmungen in Art. 36 AEUV übernommen worden sind, eine Abstimmung zwischen den Rechten des geistigen Eigentums und dem Grundsatz des freien Warenverkehrs vor, indem er feststellte, dass die Vertragsbestimmungen über das Verbot von mengenmäßigen Beschränkungen zwischen den Mitgliedstaaten Einfuhr-, Ausfuhr- und Durchfuhrverboten oder -beschränkungen nicht entgegenstehen, die u. a. aus Gründen des gewerblichen und kommerziellen Eigentums gerechtfertigt sind, wobei diese Verbote oder Beschränkungen jedoch weder ein Mittel zur willkürlichen Diskriminierung noch eine verschleierte Beschränkung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten darstellen dürfen. Nach Ansicht des Gerichtshofs unterscheidet Art. 36 EG damit zwischen der Existenz eines von der Gesetzgebung eines Mitgliedstaats anerkannten Rechts auf Schutz des geistigen und künstlerischen Eigentums, das durch die Bestimmungen des Vertrags nicht berührt werden kann, und der Ausübung dieses Rechts, die unter Umständen eine verschleierte Beschränkung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten darstellen kann (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 6. Oktober 1982, Coditel u. a., [262/81](#), [ECLI:EU:C:1982:334](#), Rn. 13).

**240** Der Unionsgesetzgeber hat im Übrigen auf die Notwendigkeit einer solchen Abstimmung hingewiesen. So heißt es in der RL 2004/48/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums (ABl. 2004, L 157, S. 45), mit der die nationalen Rechtsvorschriften einander angenähert werden sollen, um ein hohes, gleichwertiges und homogenes Schutzniveau für geistiges Eigentum im Binnenmarkt zu gewährleisten (zehnter Erwägungsgrund), und die „im Einklang mit Artikel 17 Absatz 2 der Charta [der Grundrechte] die uneingeschränkte Achtung geistigen Eigentums sicherstellen [soll]“ (32. Erwägungsgrund), dass sie „die Anwendung der Wettbewerbsvorschriften, insbesondere der Artikel [101] und [102 AEUV], nicht berühren [darf]“ und dass die „in dieser Richtlinie vorgesehenen Maßnahmen ... nicht dazu verwendet werden dürfen, den Wettbewerb entgegen den Vorschriften des Vertrags unzulässig einzuschränken“ (zwölfter Erwägungsgrund).

**241** Der Gerichtshof hat eine Rechtsprechung zu den verschiedenen Arten von Rechten des geistigen Eigentums entwickelt, mit der die Wettbewerbsregeln und die Ausübung dieser Rechte aufeinander abgestimmt werden sollen, ohne dass diese in ihrer Substanz

beeinträchtigt werden, wobei er dieselben Überlegungen wie bei der Abstimmung zwischen diesen Rechten und dem freien Warenverkehr zugrunde gelegt hat. Demgemäß geht es dem Gerichtshof darum, den anormalen Gebrauch der Rechte des geistigen Eigentums zu ahnden, nicht aber ihre legitime Ausübung, die der Gerichtshof anhand ihres spezifischen Gegenstands definiert, ein Begriff, der in der Rechtsprechung des Gerichtshofs als Synonym für die Begriffe der eigentlichen Substanz dieser Rechte und der wesentlichen Befugnisse ihrer Inhaber verwendet wird. Dem Gerichtshof zufolge betrifft die Ausübung von Befugnissen, die zum spezifischen Gegenstand eines Immaterialgüterrechts gehören, dessen Existenz (vgl. in diesem Sinne Schlussanträge von Generalanwalt Gulmann in der Rechtssache RTE und ITP/Kommission, [C-241/91 P](#), [ECLI:EU:C:1994:210](#), Nrn. 31 und 32 sowie die dort angeführte Rechtsprechung). Die Ausübung des ausschließlichen Rechts durch den Inhaber kann jedoch nach Ansicht des Gerichtshofs unter außergewöhnlichen Umständen auch ein wettbewerbswidriges Verhalten darstellen (Urteil vom 6. April 1995, RTE und ITP/Kommission, [C-241/91 P](#) und [C-242/91 P](#), [ECLI:EU:C:1995:98](#), Rn. 50; vgl. in diesem Sinne auch Urteil vom 17. September 2007, Microsoft/Kommission, [T-201/04](#), [ECLI:EU:T:2007:289](#), Rn. 691).

**242**Wie der Gerichtshof zu Patenten entschieden hat, ist nicht auszuschließen, dass die Vorschriften dieses Artikels angewendet werden können, wenn Unternehmen sich über die Verwertung eines oder mehrerer Patente abstimmen und dadurch eine Lage schaffen, die unter die Begriffe Vereinbarungen zwischen Unternehmen, Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen oder aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen im Sinne von Art. [101](#) Abs. [1](#) AEUV zu fallen geeignet ist (Urteil vom 29. Februar 1968, Parke, Davis and Co., 24/67, [ECLI:EU:C:1968:11](#), S. 112). 1974 hat er erneut entschieden, dass die von der Gesetzgebung eines Mitgliedstaats anerkannten gewerblichen Schutzrechte zwar durch Art. [101](#) AEUV in ihrem Bestand nicht berührt werden, dass ihre Ausübung jedoch unter die in diesem Artikel ausgesprochenen Verbote fallen kann und dass dies der Fall ist, wenn sich herausstellt, dass die Ausübung eines solchen Rechts Zweck, Mittel oder Folge einer Kartellabsprache ist (Urteil vom 31. Oktober 1974, Centrafarm und de Peijper, 15/74, [ECLI:EU:C:1974:114](#), Rn. 39 und 40).

**243**Da es an einer Harmonisierung des im vorliegenden Fall anwendbaren Patentrechts in der Union fehlt, ist der Umfang des Patentschutzes für ein von einem nationalen Patentamt oder vom EPA erteiltes Patent nicht anhand von Vorschriften des Unionsrechts, sondern solchen des nationalen Rechts oder des EPÜ zu bestimmen (vgl. in diesem Sinne Urteile vom 16. September 1999, Farmitalia, [C-392/97](#), [ECLI:EU:C:1999:416](#), Rn. 26, und vom 24. November 2011, Medeva, [C-322/10](#), [ECLI:EU:C:2011:773](#), Rn. 22 und 23). Hat der Unionsrichter im Rahmen einer gegen einen Beschluss der Kommission gerichteten Nichtigkeitsklage einen Vergleich zur Beilegung eines Patentrechtsstreits zu prüfen, ist es folglich nicht seine Sache, den Schutzbereich dieses Patents zu bestimmen oder sich zu seiner Gültigkeit zu äußern. Im vorliegenden Fall hat die Kommission im Übrigen zwar in den Rn. 113 bis 123 des angefochtenen Beschlusses von einer Strategie der Klägerinnen der Bildung eines „Patent-Clusters“ und von „Papierpatenten“ gesprochen, sie hat sich jedoch nicht zur Gültigkeit der streitigen Patente bei Abschluss der Vergleiche geäußert.

**244**Auch wenn es weder Sache der Kommission noch des Gerichts ist, sich zur Gültigkeit eines Patents zu äußern, muss doch dessen Bestehen bei der Prüfung im Rahmen der Wettbewerbsregeln der Union berücksichtigt werden. Wie der Gerichtshof bereits

befunden hat, ist es zwar nicht Sache der Kommission, den Schutzbereich eines Patents zu bestimmen, doch kann sie sich in dieser Hinsicht nicht jeder Beurteilung enthalten, wenn dieser Schutzbereich für die Frage von Bedeutung ist, ob ein Verstoß gegen die Art. 101 und 102 AEUV vorliegt. Die Kommission muss nämlich selbst dann, wenn der tatsächliche Schutzbereich eines Patents Gegenstand eines Rechtsstreits vor einem inländischen Gericht ist, ihre Befugnisse gemäß den Bestimmungen der Verordnung Nr. 1/2003 wahrnehmen können. Diese greifen den Würdigungen der innerstaatlichen Gerichte in den dort anhängigen Patentrechtsstreitigkeiten in keiner Weise vor, und die Entscheidung der Kommission unterliegt der Nachprüfung durch den Gerichtshof (Urteil vom 25. Februar 1986, Windsurfing International/Kommission, 193/83, ECLI:EU:C:1986:75, Rn. 26 und 27).

**245**Zu beachten ist schließlich, dass die Rechte des geistigen Eigentums durch die Charta der Grundrechte geschützt sind. Art. 17 Abs. 1 der Charta der Grundrechte, die gemäß dem Vertrag von Lissabon den Verträgen im Rang gleichsteht (Art. 6 Abs. 1 EUV) sieht vor: „Jede Person hat das Recht, ihr rechtmäßig erworbenes Eigentum zu besitzen, zu nutzen, darüber zu verfügen und es zu vererben. Niemandem darf sein Eigentum entzogen werden, es sei denn aus Gründen des öffentlichen Interesses in den Fällen und unter den Bedingungen, die in einem Gesetz vorgesehen sind, sowie gegen eine rechtzeitige angemessene Entschädigung für den Verlust des Eigentums. Die Nutzung des Eigentums kann gesetzlich geregelt werden, soweit dies für das Wohl der Allgemeinheit erforderlich ist.“ Nach Art. 17 Abs. 2 der Charta der Grundrechte wird zudem „[g]geistiges Eigentum ... geschützt“. Folglich gelten die Garantien des Art. 17 Abs. 1 der Charta der Grundrechte auch für die Rechte des geistigen Eigentums. Der Gerichtshof hat befunden, dass sich aus der Anerkennung der Rechte des geistigen Eigentums in der Charta der Grundrechte das Erfordernis eines Schutzes dieser Rechte auf hohem Niveau ergibt und dass die Erhaltung eines freien Wettbewerbs, zu dessen Schutz das Primärrecht, insbesondere die Art. 101 und 102 AEUV, die missbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung verbietet, und die notwendige Gewährleistung der Rechte des geistigen Eigentums des Patentinhabers und dessen Recht auf wirksamen gerichtlichen Rechtsschutz, die in Art. 17 Abs. 2 der Charta der Grundrechte garantiert werden, gegeneinander abzuwägen sind (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 16. Juli 2015, Huawei Technologies, C-170/13, ECLI:EU:C:2015:477, Rn. 42 und 58).

### 3) Zu den Vergleichen in Patentrechtsstreitigkeiten

**246**Vorab ist darauf hinzuweisen, dass die folgenden Ausführungen nicht die Fälle von betrügerisch erlangten Patenten, „fiktiven“ Rechtsstreitigkeiten oder Meinungsverschiedenheiten, die noch nicht vor Gericht gelangt sind, betreffen. Denn wie die Kommission in Rn. 1170 des angefochtenen Beschlusses eingeräumt hat, waren zum Zeitpunkt des Abschlusses der Vergleichsvereinbarungen die Klägerinnen und die Generikahersteller sämtlich Parteien oder Beteiligte eines Rechtsstreits vor einem nationalen Gericht oder vor dem EPA über die Gültigkeit bestimmter Patente der Klägerinnen oder über die Frage, ob das von dem Generikahersteller entwickelte Erzeugnis eine Patentverletzung darstellt.

**247**Zunächst ist festzustellen, dass es für die Parteien eines Patentrechtsstreits a priori legitim ist, einen Vergleich zu schließen, statt einen Rechtsstreit vor einem Gericht fortzusetzen. Wie die Kommission zutreffend in Rn. 1102 des angefochtenen Beschlusses ausgeführt hat, sind Unternehmen im Allgemeinen befugt, Rechtsstreitigkeiten,

eingeschlossen Patentrechtsstreitigkeiten, durch Vergleich zu beenden, da solche Vergleiche oft für beide Parteien des Rechtsstreits vorteilhaft sind und eine effizientere Ressourcenallokation ermöglichen, als wenn der Rechtsstreit bis zum Erlass eines Urteils fortgesetzt würde. Ein Kläger ist nämlich nicht verpflichtet, einen Rechtsstreit fortzusetzen, den er selbst aus freiem Willen vor Gericht gebracht hat. Zudem kann die Beendigung von Rechtsstreitigkeiten durch gerichtliche Entscheidung, abgesehen davon, dass sie der Allgemeinheit Kosten verursacht, nicht als der privilegierte und ideale Weg der Konfliktlösung angesehen werden. Die Vervielfachung von Rechtsstreitigkeiten vor den Gerichten kann Ausdruck von Funktionsstörungen oder Unzulänglichkeiten sein, für die es andere Formen der Abhilfe oder geeignete Vorbeugungsmaßnahmen geben kann. Sollten in den nationalen Systemen der Patenterteilung oder im System des EPA derartige Schwierigkeiten bestehen, etwa indem Verfahren ohne Erfindungscharakter zu großzügig Schutz zuerkannt wird, können diese Probleme keine Verpflichtung oder auch nur eine Ermunterung der Unternehmen rechtfertigen, Patentrechtsstreitigkeiten bis zu einer gerichtlichen Klärung fortzusetzen.

**248**Zudem wird in den Rn. 204 und 209 der Leitlinien von 2004 für Technologietransfer-Vereinbarungen, die zumindest auf Technologie-Lizenzvereinbarungen anwendbar sind, die Möglichkeit anerkannt, Anspruchsregelungs- und -verzichtsvereinbarungen, einschließlich Lizenzvereinbarungen, zu schließen, und festgestellt, dass Nichtangriffsklauseln in Anspruchsregelungs- und -verzichtsvereinbarungen in der Regel nicht unter Art. 101 Abs. 1 AEUV fallen. In Rn. 235 der Leitlinien von 2014 für Technologietransfer-Vereinbarungen, die an die Stelle der Leitlinien von 2004 getreten sind, heißt es ebenfalls: „Streitbeilegungsvereinbarungen im Zusammenhang mit Technologiestreitigkeiten sind, ebenso wie in vielen anderen Bereichen der Wirtschaftskonflikte, grundsätzlich eine legitime Möglichkeit, einen für beide Seiten akzeptablen Kompromiss in einer Bona-fide-Rechtsstreitigkeit zu finden. Die Parteien ziehen es möglicherweise vor, die Auseinandersetzung oder Streitigkeit einzustellen, da sie sich als zu kostspielig oder zu zeitaufwändig erweist und/oder zu ungewiss erscheint. Infolge von Streitbeilegungen brauchen Gerichte und/oder zuständige Verwaltungsorgane ferner möglicherweise nicht über die Sache zu entscheiden, was sich wohlstandsfördernd auswirkt.“

**249**Die Kommission selbst macht im Übrigen von einem Verwaltungsverfahren in Kartellfällen Gebrauch, das in bestimmten Aspekten einem Vergleich ähnelt. Ziel des mit der Verordnung (EG) Nr. 622/2008 der Kommission vom 30. Juni 2008 zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 773/2004 hinsichtlich der Durchführung von Vergleichsverfahren in Kartellfällen (ABl. 2008, L 171, S. 3) eingeführten Vergleichsverfahrens ist nämlich die Vereinfachung und Beschleunigung der Verwaltungsverfahren sowie die Reduzierung der vor den Unionsgerichten erhobenen Klagen, damit die Kommission bei gleichbleibenden Ressourcen mehr Fälle bearbeiten kann (Urteil vom 20. Mai 2015, Timab Industries und CFPR/Kommission, T-456/10, ECLI:EU:T:2015:296, Rn. 59 und 60).

**250**Ferner sind nach der Rechtsprechung die Befugnis des Rechteinhabers, seine Rechte gerichtlich geltend zu machen, und die darauf beruhende gerichtliche Kontrolle Ausdruck eines allgemeinen Rechtsgrundsatzes, der den gemeinsamen Verfassungstraditionen der Mitgliedstaaten zugrunde liegt und auch in den Art. 6 und 13 EMRK verankert ist. Da der Zugang zu den Gerichten ein Grundrecht ist und ein allgemeines Prinzip darstellt, das die Wahrung des Rechts sicherstellt, kann die Erhebung einer Klage nur unter ganz

außergewöhnlichen Umständen eine Zuwiderhandlung gegen das Wettbewerbsrecht darstellen (Urteil vom 17. Juli 1998, ITT Promedia/Kommission, [T-111/96](#), [ECLI:EU:T:1998:183](#), Rn. 60). Wie der Gerichtshof entschieden hat, impliziert das Erfordernis des hohen Schutzes der Rechte des geistigen Eigentums, dass ihrem Inhaber grundsätzlich nicht die Möglichkeit genommen werden kann, gerichtliche Schritte zu unternehmen, durch die gewährleistet wird, dass seine ausschließlichen Rechte tatsächlich beachtet werden (Urteil vom 16. Juli 2015, Huawei Technologies, [C-170/13](#), [ECLI:EU:C:2015:477](#), Rn. 58). Entsprechend ist die Entscheidung eines Unternehmens, auf den Rechtsweg zu verzichten und stattdessen eine außergerichtliche Beilegung des Rechtsstreits zu suchen, nur Ausdruck derselben Freiheit in der Wahl der Mittel zur Verteidigung seiner Rechte und kann grundsätzlich keine Zuwiderhandlung gegen das Wettbewerbsrecht darstellen.

**251** Der Zugang zu den Gerichten ist zwar ein Grundrecht, er kann jedoch nicht als Verpflichtung angesehen werden, auch wenn er dazu beitragen sollte, den Wettbewerb zwischen Wirtschaftsteilnehmern zu beleben. Zum einen besteht nämlich trotz der Vielfalt der Verfahren und Systeme zur Erteilung von Patenten, die zur Zeit der hier in Rede stehenden Sachverhalte in den Mitgliedstaaten der Union und vor dem EPA herrschte, normalerweise die Vermutung, dass ein von einer öffentlichen Stelle eingeräumtes Recht des geistigen Eigentums gültig ist und einem Unternehmen rechtmäßig zusteht (Urteil vom 1. Juli 2010, AstraZeneca/Kommission, [T-321/05](#), [ECLI:EU:T:2010:266](#), Rn. 362). Zum anderen liegt es zwar im öffentlichen Interesse, alle Hindernisse für die Wirtschaftstätigkeit auszuräumen, die sich aus einem zu Unrecht erteilten Patent ergeben könnten (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 25. Februar 1986, Windsurfing International/Kommission, [193/83](#), [ECLI:EU:C:1986:75](#), Rn. 92 und 93), und ist allgemein anerkannt, dass die öffentlichen Budgets, namentlich die zur Deckung der Gesundheitskosten bestimmten, erheblichen Zwängen unterliegen und dass der Wettbewerb, insbesondere der von Produkten der Generikahersteller ausgehende, wirksam zur Begrenzung dieser Budgets beitragen kann, doch ist auch zu beachten, dass, wie die Kommission in Rn. 1201 des angefochtenen Beschlusses zu Recht ausgeführt hat, jedem Unternehmen die Entscheidung freisteht, Klage gegen die von den Originalherstellern gehaltenen Patente an den Originalpräparaten zu erheben oder nicht. Zudem hindert die Entscheidung für oder gegen die Erhebung einer solchen Klage oder für einen Vergleich zur Beilegung eines Rechtsstreits andere Unternehmen grundsätzlich nicht daran, sich für die Anfechtung dieser Patente zu entscheiden.

**252** Aus alledem ergibt sich, dass zur Abstimmung des Patentrechts mit dem Wettbewerbsrecht im besonderen Rahmen des Abschlusses von Vergleichen zwischen Parteien eines Patentrechtsstreits ein Ausgleich zu finden ist zwischen einerseits der Notwendigkeit, den Unternehmen den Abschluss von für die Allgemeinheit günstigen Vergleichen zu ermöglichen, und andererseits der Notwendigkeit, der Gefahr eines zweckwidrigen, dem Wettbewerbsrecht zuwiderlaufenden Einsatzes von Vergleichsvereinbarungen vorzubeugen, der zur Aufrechterhaltung von ungültigen Patenten und insbesondere im Arzneimittelsektor zu einer nicht gerechtfertigten finanziellen Belastung der öffentlichen Haushalte führt.

4) Zur Abstimmung zwischen Patentvergleichsvereinbarungen und Wettbewerbsrecht

**253** Der Abschluss eines Vergleichs in einem Patentrechtsstreit stellt die Parteien nicht von der Anwendung des Wettbewerbsrechts frei (vgl. Urteile vom 27. September 1988,

Bayer und Maschinenfabrik Hennecke, 65/86, [ECLI:EU:C:1988:448](#), Rn. 15, und vom 8. September 2016, Lundbeck/Kommission, [T-472/13](#), mit Rechtsmittel angefochten, [ECLI:EU:T:2016:449](#), Rn. 118; vgl. entsprechend Urteil vom 30. Januar 1985, BAT Cigaretten-Fabriken/Kommission, 35/83, [ECLI:EU:C:1985:32](#), Rn. 33; vgl. auch Rn. 204 der Leitlinien von 2004 für Technologietransfer-Vereinbarungen und Rn. 237 der Leitlinien von 2014 für Technologietransfer-Vereinbarungen).

**254**Demgemäß hat der Gerichtshof entschieden, dass eine Abrede über die Unterlassung von Angriffen gegen ein Patent auch dann, wenn sie in einem Vertrag enthalten ist, durch den ein vor Gericht anhängiger Rechtsstreit beendet werden soll, aufgrund des rechtlichen und wirtschaftlichen Zusammenhangs, in dem sie steht, den Wettbewerb im Sinne von Art. [101](#) Abs. [1](#) AEUV beschränken kann (Urteil vom 27. September 1988, Bayer und Maschinenfabrik Hennecke, 65/86, [ECLI:EU:C:1988:448](#), Rn. 14 bis 16).

**255**Daher sind die Merkmale zu bestimmen, anhand deren auf den dem Zweck nach wettbewerbsbeschränkenden Charakter einer Abrede über die Unterlassung eines Angriffs gegen ein Patent und allgemeiner einer Patentvergleichsvereinbarung geschlossen werden kann, wobei die Feststellung einer bezweckten Wettbewerbsbeschränkung die Prüfung des Inhalts der in Rede stehenden Vereinbarung, der mit ihr verfolgten Ziele sowie des wirtschaftlichen und rechtlichen Kontexts, in dem sie steht, voraussetzt (siehe oben, Rn. 221).

**256**Vorab ist darauf hinzuweisen, dass ein Vergleich in einem Patentrechtsstreit nicht unbedingt negative Auswirkungen auf den Wettbewerb haben muss. Dies ist z. B. dann nicht der Fall, wenn die Parteien der Vereinbarung das streitige Patent einvernehmlich für ungültig erachten und daher den sofortigen Markteintritt des Generikaherstellers vorsehen.

**257**Die hier in Rede stehenden Vereinbarungen gehören nicht zu dieser Kategorie, da sie Nichtangriffsklauseln betreffend Patente und Vermarktungsverbote für Erzeugnisse enthalten, die als solche wettbewerbsbeschränkend sind. Denn die Nichtangriffsklausel läuft dem öffentlichen Interesse zuwider, alle Hindernisse für die Wirtschaftstätigkeit auszuräumen, die sich aus einem zu Unrecht erteilten Patent ergeben könnten (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 25. Februar 1986, Windsurfing International/Kommission, 193/83, [ECLI:EU:C:1986:75](#), Rn. 92), und das Vermarktungsverbot führt zum Ausschluss eines Wettbewerbers des Patentinhabers.

**258**Die Aufnahme solcher Klauseln kann jedoch legitim sein, allerdings nur, soweit ihr die Anerkennung der Gültigkeit des betreffenden Patents (und damit des rechtsverletzenden Charakters der betreffenden Generika) durch die Parteien zugrunde liegt.

**259**Zum einen sind nämlich Wettbewerbsverbots- und Nichtangriffsklauseln zur gütlichen Beilegung bestimmter Patentrechtsstreitigkeiten nötig. Könnten die Parteien des Rechtsstreits solche Klauseln nicht verwenden, verlöre die gütliche Beilegung des Rechtsstreits jedes Interesse für Rechtsstreitigkeiten, in denen beide Parteien von der Gültigkeit des Patents ausgehen. Im Übrigen bezeichnet es die Kommission in Rn. 209 der Leitlinien von 2004 für Technologietransfer-Vereinbarungen als „charakteristisch für solche Vereinbarungen, dass sich die Parteien darauf einigen, die betreffenden Rechte des geistigen Eigentums nicht im Nachhinein anzugreifen. Es ist ja gerade der Sinn dieser Vereinbarung, bestehende Konflikte zu lösen und/oder künftige zu vermeiden.“ Zur Erreichung dieses Ziels ist es ebenso notwendig, dass sich die Parteien darauf einigen, dass kein rechtsverletzendes Erzeugnis vertrieben werden kann.

**260**Zum anderen werden mit der Aufnahme von Vermarktungsverbotsklauseln zum Teil nur die bereits bestehenden rechtlichen Wirkungen eines Patents bestätigt, das die Parteien ausdrücklich oder stillschweigend als gültig anerkennen. Das Patent bewirkt nämlich zugunsten seines Inhabers normalerweise, dass Wettbewerber daran gehindert sind, das den Gegenstand des Patents bildende Erzeugnis oder das Erzeugnis, das durch das den Gegenstand des Patents bildende Verfahren gewonnen wurde, zu vertreiben (siehe oben, Rn. 234). Mit der Unterwerfung unter ein Vermarktungsverbot verpflichtet sich der Generikahersteller, keine Erzeugnisse zu verkaufen, die eine Verletzung des in Rede stehenden Patents darstellen können. Wenn sich dieses Verbot auf den Geltungsbereich des streitigen Patents beschränkt, kann angenommen werden, dass es im Wesentlichen die Wirkungen dieses Patents wiedergibt, da es auf der Anerkennung von dessen Gültigkeit beruht. Was Nichtangriffsklauseln betrifft, lässt sich das Patent nicht in dem Sinne auslegen, dass es auch gegen Angriffe auf die Gültigkeit eines Patents Schutz gewährt (Urteil vom 25. Februar 1986, Windsurfing International/Kommission, 193/83, [ECLI:EU:C:1986:75](#), Rn. 92). Die Wirkungen dieser Klauseln decken sich demnach nicht mit denen des Patents. Wird jedoch eine Nichtangriffsklausel im Rahmen einer gütlichen Beilegung eines wirklichen Rechtsstreits vereinbart, in dem der Wettbewerber bereits Gelegenheit zur Anfechtung des Patents hatte und schließlich dessen Gültigkeit anerkennt, kann sie nicht als dem öffentlichen Interesse zuwiderlaufend angesehen werden, alle Hindernisse für die Wirtschaftstätigkeit auszuräumen, die sich aus einem zu Unrecht erteilten Patent ergeben könnten (siehe oben, Rn. 257).

**261**Die Kommission selbst hat im angefochtenen Beschluss ausgeführt, dass Nichtangriffs- und Vermarktungsverbotsklauseln in der Regel jedem Vergleich inhärent seien. Es sei „wenig wahrscheinlich, dass ein Vergleich, der im Rahmen einer Patentauseinandersetzung oder eines Patentrechtsstreits auf der Grundlage der Einschätzung dieses Streits durch jede Partei geschlossen wird, gegen das Wettbewerbsrecht verstößt, auch wenn der Vergleich die Verpflichtung für den Generikahersteller vorsieht, die durch das Patent geschützte Erfindung während der Schutzdauer nicht zu verwenden (z. B. durch ein Vermarktungsverbot) und/oder das in Rede stehende Patent nicht gerichtlich anzufechten (z. B. durch eine Nichtangriffsklausel)“ (Rn. 1136 des angefochtenen Beschlusses).

**262**Somit erlaubt die bloße Aufnahme von Vermarktungsverbots- und Nichtangriffsklauseln, deren Wirkungen auf die des betreffenden Patents beschränkt sind, in Vergleichsvereinbarungen trotz des Umstands, dass diese Klauseln als solche wettbewerbsbeschränkend sind (siehe oben, Rn. 257), nicht den Schluss auf eine Beschränkung des Wettbewerbs, die hinreichend schädlich ist, um als bezweckte Wettbewerbsbeschränkung eingestuft zu werden, wenn diesen Vergleichen die Anerkennung der Gültigkeit des Patents (und damit des rechtsverletzenden Charakters der betreffenden Generika) durch die Parteien zugrunde liegt.

**263**Die Aufnahme von Vermarktungsverbots- und Nichtangriffsklauseln, deren Reichweite sich auf die des Patents beschränkt, ist dagegen problematisch, wenn der Unterwerfung des Generikaherstellers unter diese Klauseln nicht die Anerkennung der Gültigkeit des Patents durch diesen zugrunde liegt. Wie die Kommission zu Recht ausführt, stellen, „[s]elbst wenn sie nicht über den materiellen Geltungsbereich des Patents hinausgehen, ... die in dem Vergleich enthaltenen Beschränkungen der kaufmännischen Autonomie des Generikaherstellers einen Verstoß gegen Art. 101 AEUV dar, wenn diese Beschränkungen

nicht gerechtfertigt werden können und sich nicht aus der Beurteilung des Bestehens des ausschließlichen Rechts selbst durch die Parteien ergeben“ (vgl. Rn. 1137 des angefochtenen Beschlusses).

**264**Insoweit ist darauf hinzuweisen, dass das Vorliegen einer „umgekehrten Zahlung“, d. h. einer Zahlung des Herstellers des Originalpräparats an den Generikahersteller, im Rahmen einer Vergleichsvereinbarung doppelt verdächtig ist. Denn erstens soll durch das Patent die schöpferische Tätigkeit des Erfinders dadurch vergütet werden, dass er einen angemessenen Gewinn aus seiner Investition ziehen kann (siehe oben, Rn. 234), und ein gültiges Patent muss daher grundsätzlich einen Werttransfer an seinen Inhaber - z. B. durch eine Lizenzvereinbarung - und nicht in die umgekehrte Richtung ermöglichen. Zweitens erregt das Vorliegen einer umgekehrten Zahlung insofern Verdacht, als unklar ist, ob dem Vergleich die Anerkennung der Gültigkeit des fraglichen Patents durch die Parteien der Vereinbarung zugrunde liegt.

**265**Allerdings lässt das Vorliegen einer umgekehrten Zahlung allein nicht den Schluss auf eine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung zu. Es ist nämlich nicht ausgeschlossen, dass bestimmte umgekehrte Zahlungen, wenn sie dem Vergleich inhärent sind, gerechtfertigt sind (siehe unten, Rn. 277 bis 280). Dagegen ist im Fall einer nicht gerechtfertigten umgekehrten Zahlung bei Abschluss des Vergleichs davon auszugehen, dass der Generikahersteller durch diese Zahlung dazu angereizt wurde, sich der Vermarktungsverbots- und der Nichtangriffsklausel zu unterwerfen, und auf das Vorliegen einer bezweckten Wettbewerbsbeschränkung zu schließen. In diesem Fall hängen die Vermarktungsverbots- und die Nichtangriffsklausel nicht mehr mit dem Patent zusammen, sondern sind mit der Gewährung eines Vorteils zu erklären, durch den der Generikahersteller dazu angereizt werden soll, auf seine Wettbewerbsanstrengungen zu verzichten.

**266**Zwar sind weder die Kommission noch die Unionsgerichte dafür zuständig, über die Gültigkeit des Patents zu entscheiden (siehe oben, Rn. 243 und 244), doch können sie im Rahmen ihrer jeweiligen Zuständigkeiten und ohne Entscheidung über die Gültigkeit des Patents selbst das Vorliegen eines anormalen Gebrauchs desselben feststellen, der nichts mit dem spezifischen Gegenstand des Patents zu tun hat (vgl. in diesem Sinne Urteile vom 29. Februar 1968, Parke, Davis and Co., 24/67, [ECLI:EU:C:1968:11](#), S. 111 bis 113, und vom 31. Oktober 1974, Centrafarm und de Peijper, 15/74, [ECLI:EU:C:1974:114](#), Rn. 7 und 8; vgl. auch entsprechend Urteile vom 6. April 1995, RTE und ITP/Kommission, [C-241/91 P](#) und [C-242/91 P](#), [ECLI:EU:C:1995:98](#), Rn. 50, und vom 4. Oktober 2011, Football Association Premier League u. a., [C-403/08](#) und [C-429/08](#), [ECLI:EU:C:2011:631](#), Rn. 104 bis 106).

**267**Einen Wettbewerber dazu anzureizen, Vermarktungsverbots- und Nichtangriffsklauseln in dem oben in Rn. 265 beschriebenen Sinne zu akzeptieren, oder ihn dazu zu bringen, sich aufgrund eines solchen Anreizes derartigen Klauseln zu unterwerfen, stellt einen anormalen Gebrauch des Patents dar.

**268**Wie die Kommission in Rn. 1137 des angefochtenen Beschlusses zu Recht ausgeführt hat, „sieht das Patentrecht nicht das Recht vor, seine wirklichen oder potenziellen Wettbewerber dafür zu bezahlen, dass sie dem Markt fernbleiben oder vor einem Markteintritt von der Anfechtung eines Patents absehen“. Die Patentinhaber sind auch, so die Kommission weiter, „nicht berechtigt, Generikahersteller zu bezahlen, um sie vom Markt fernzuhalten und die vom Wettbewerb ausgehenden Risiken zu verringern, sei es



im Rahmen einer Patentvergleichsvereinbarung oder auf anderem Wege“ (Rn. 1141 des angefochtenen Beschlusses). Wie die Kommission schließlich zutreffend meint, „gehört es nicht zu irgendeinem mit den Patenten zusammenhängenden Recht und entspricht keinem der im Patentrecht zur Durchsetzung der Patente vorgesehenen Mittel, potenzielle Wettbewerber dafür zu bezahlen oder auf andere Weise dazu anzureizen, dem Markt fernzubleiben“ (Rn. 1194 des angefochtenen Beschlusses).

**269**Ist das Bestehen eines Anreizes festgestellt, können die Parteien nicht mehr geltend machen, sie hätten die Gültigkeit des Patents im Rahmen des Vergleichs anerkannt. Der Umstand, dass die Gültigkeit des Patents von einem Gericht oder einer Verwaltungsstelle bestätigt worden ist, ist insoweit nicht von Belang.

**270**Es ist dann der Anreiz und nicht die Anerkennung der Gültigkeit des Patents durch die Parteien des Vergleichs, der als eigentlicher Grund für die mit der Vermarktungsverbots- und der Nichtangriffsklausel eingeführte Wettbewerbsbeschränkung anzusehen ist (siehe oben, Rn. 257), für die es in diesem Fall keinerlei Rechtfertigung gibt und die daher hinreichend schädlich für das gute Funktionieren des normalen Wettbewerbs ist, um als bezweckte Wettbewerbsbeschränkung eingestuft werden zu können.

**271**Bei Bestehen eines Anreizes müssen die in Rede stehenden Vereinbarungen somit als Marktausschlussvereinbarungen angesehen werden, mit denen die im Markt verbleibenden die aus diesem ausscheidenden Unternehmen entschädigen. Derartige Vereinbarungen stellen aber in Wirklichkeit einen Abkauf von Wettbewerb dar und müssen deshalb als bezweckte Wettbewerbsbeschränkungen eingestuft werden, wie sich aus dem Urteil vom 20. November 2008, Beef Industry Development Society und Barry Brothers (C-209/07, [ECLI:EU:C:2008:643](#), Rn. 8 und 31 bis 34), und den Schlussanträgen von Generalanwältin Trstenjak in der Rechtssache Beef Industry Development Society und Barry Brothers (C-209/07, [ECLI:EU:C:2008:467](#), Nr. 77) ergibt, die u. a. in den Rn. 1139 und 1140 des angefochtenen Beschlusses angeführt werden. Zudem stellt der Marktausschluss von Wettbewerbern eine extreme Form der Marktaufteilung und der Produktionsbeschränkung dar (Urteil vom 8. September 2016, Lundbeck/Kommission, [T-472/13](#), mit Rechtsmittel angefochten, [ECLI:EU:T:2016:449](#), Rn. 435), die in einem Kontext wie dem der streitigen Vereinbarungen umso wettbewerbschädlicher ist, als die ausgeschlossenen Unternehmen Generikahersteller sind, deren Markteintritt grundsätzlich wettbewerbsfördernd ist und außerdem zum öffentlichen Interesse beiträgt, die Gesundheitskosten zu senken. Schließlich wird dieser Ausschluss in den streitigen Vereinbarungen dadurch verstärkt, dass die Generikahersteller das streitige Patent nicht anfechten können.

**272**Aus dem Vorstehenden ergibt sich, dass im Kontext von Patentvergleichsvereinbarungen die Einstufung als bezweckte Wettbewerbsbeschränkung voraussetzt, dass die Vergleichsvereinbarung sowohl einen als Anreiz wirkenden Vorteil für den Generikahersteller als auch eine entsprechende Beschränkung der Anstrengungen dieses Herstellers enthält, mit dem Hersteller des Originalpräparats in Wettbewerb zu treten. Sind diese beiden Voraussetzungen erfüllt, ist die Feststellung einer bezweckten Wettbewerbsbeschränkung wegen des Grades der Schädlichkeit dieser Vereinbarung für das gute Funktionieren des normalen Wettbewerbs geboten.

**273**Somit erlaubt im Fall einer Patentvergleichsvereinbarung, die Vermarktungsverbots- und Nichtangriffsklauseln enthält, deren per se wettbewerbsbeschränkender Charakter (siehe oben, Rn. 257) nicht stichhaltig in Frage gestellt worden ist, das Bestehen eines

Anreizes für den Generikahersteller, sich diesen Klauseln zu unterwerfen, die Feststellung einer bezweckten Wettbewerbsbeschränkung, und zwar auch dann, wenn ein echter Rechtsstreit besteht, wenn die Vergleichsvereinbarung Vermarktungsverbots- und Nichtangriffsklauseln enthält, deren Reichweite nicht über die des streitigen Patents hinausgeht, und wenn dieses Patent in Anbetracht insbesondere der Entscheidungen der zuständigen Verwaltungsbehörden oder Gerichte von den Parteien der Vereinbarung bei deren Abschluss zu Recht als gültig angesehen werden könnte.

**274**In dem angefochtenen Beschluss hat die Kommission zu Recht geprüft, ob die in Rede stehenden Vereinbarungen eine Wertübertragung durch den Hersteller des Originalpräparats an den Generikahersteller umfassten, die einen „signifikanten“, d. h. geeigneten, Anreiz darstellte, Letzteren dazu zu veranlassen, sich Vermarktungsverbots- und Nichtangriffsklauseln zu unterwerfen, um daraus angesichts eines solchen Anreizes zu folgern, dass eine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung vorlag.

**275**Indem die Kommission so auf das Kriterium des Anreizes abgestellt hat, um zwischen Vergleichsvereinbarungen, die eine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung darstellen, und solchen, bei denen das nicht der Fall ist, zu unterscheiden - im Folgenden als Kriterium des „Anreizes“ oder des „als Anreiz wirkenden Vorteils“ bezeichnet -, hat sie nach alledem ihren Beschluss nicht mit einem Rechtsfehler belastet.

**276**Ein solcher Rechtsfehler lässt sich auch nicht aus einer vermeintlichen Nichtberücksichtigung des Zusammenhangs, in dem die streitigen Vereinbarungen stehen, ableiten (vgl. zum Begriff des Zusammenhangs Urteil vom 11. September 2014, CB/Kommission, C-67/13 P, [ECLI:EU:C:2014:2204](#), Rn. 53), denn aus den vorstehenden Ausführungen geht auch hervor, dass das Kriterium des Anreizes auf einer Analyse des Inhalts der streitigen Vereinbarungen anhand nicht nur ihres erklärten Gegenstands - der gütlichen Beilegung von Patentrechtsstreitigkeiten -, sondern auch ihres spezifischen Kontexts beruht, der dadurch gekennzeichnet ist, dass im Arzneimittelsektor ausschließliche Rechte einräumende Patente bestehen, die als gültig vermutet werden und deren Innehabung normalerweise zur Folge hat, dass die Wettbewerber ferngehalten werden (siehe oben, Rn. 234). Der Kontext, in dem die streitigen Vereinbarungen geschlossen wurden, ist im vorliegenden Fall umso mehr berücksichtigt worden, als die Kommission für jede dieser Vereinbarungen dargetan hat, dass der betreffende Generikahersteller ein potenzieller Wettbewerber von Servier war, d. h., dass es ihm tatsächlich und konkret möglich war, in den Markt einzutreten (siehe unten, Rn. 317 ff.). Um die Antwort auf den Klagegrund zu vervollständigen, die Kommission habe rechtsfehlerhaft auf das Vorliegen einer bezweckten Wettbewerbsbeschränkung erkannt, und um sodann prüfen zu können, ob der Kommission für jede Vereinbarung ein Beurteilungsfehler unterlaufen ist, muss noch geklärt werden, unter welchen Voraussetzungen das Bestehen eines Anreizes festgestellt werden kann.

5) Zum Anreiz

**277**Für die Feststellung, ob eine umgekehrte Zahlung, d. h. eine Wertübertragung durch den Hersteller des Originalpräparats an den Generikahersteller, einen Anreiz dazu darstellt, Vermarktungsverbots- und Nichtangriffsklauseln zu akzeptieren, ist unter Berücksichtigung ihrer Natur und ihrer Rechtfertigung zu prüfen, ob die umgekehrte Zahlung dem Vergleich inhärente Kosten (im Folgenden: vergleichsinhärente Kosten) deckt. Im angefochtenen Beschluss hat die Kommission daher zu Recht geprüft, ob die Wertübertragung den vom Generikahersteller getragenen spezifischen Kosten des

Vergleichs entsprach (Rn. 1333 ff., 1461 ff., 1592 ff. und 1969 ff. des angefochtenen Beschlusses).

**278** Wenn durch die umgekehrte Zahlung, die in einer Vergleichsvereinbarung mit wettbewerbsbeschränkenden Klauseln vorgesehen ist, die vergleichsinhärenten Kosten des Generikaherstellers ausgeglichen werden sollen, so kann diese Zahlung grundsätzlich nicht als Anreiz angesehen werden. Dass diese Kosten durch den Vergleich bedingt sind, bedeutet, dass sie als solche auf der Anerkennung der Gültigkeit der streitigen Patente beruhen, die mit diesem Vergleich festgeschrieben werden soll, indem der Streit über diese Gültigkeit und die mögliche Verletzung dieser Patente beendet wird. Daher kann nicht gesagt werden, dass eine solche umgekehrte Zahlung Verdacht hinsichtlich der Frage erregt, ob der Vergleich auf der Anerkennung der Gültigkeit des in Rede stehenden Patents durch die Parteien der Vereinbarung beruht (siehe oben, Rn. 264 und 265). Die Feststellung des Bestehens eines Anreizes und einer bezweckten Wettbewerbsbeschränkung ist in diesem Fall gleichwohl nicht ausgeschlossen. Sie setzt aber den Nachweis durch die Kommission voraus, dass die Beträge, die diesen vergleichsinhärenten Kosten entsprechen, auch wenn sie von den Parteien dieses Vergleichs belegt und genau beziffert sind, übermäßig sind (vgl. in diesem Sinne Rn. 1338, 1465, 1600 und 1973 des angefochtenen Beschlusses). Ein solches Missverhältnis würde dazu führen, dass die betreffenden Kosten nicht mehr als vergleichsinhärent anzusehen wären und dass aus der Erstattung dieser Kosten nicht gefolgert werden könnte, dass die fragliche Vergleichsvereinbarung auf der Anerkennung der Gültigkeit der streitigen Patente beruht.

**279** Wie die Klägerinnen und die Kommission in der Sitzung eingeräumt haben, decken die vergleichsinhärenten Kosten u. a. die Kosten, die der Generikahersteller in dem von ihm mit dem Hersteller des Originalpräparats geführten Rechtsstreit zu tragen hat. Diese Kosten sind nämlich nur für die Zwecke der Auseinandersetzungen über die Gültigkeit oder die Verletzung der in Rede stehenden Patente angefallen, die mit dem Vergleich gerade durch die einvernehmliche Anerkennung der Gültigkeit der Patente beendet werden sollten. Ihre Übernahme steht daher in direktem Zusammenhang mit einem solchen Vergleich. Wenn die Beträge der Rechtsverfolgungskosten des Generikaherstellers von den Parteien des Vergleichs nachgewiesen sind, kann folglich die Kommission ihren Anreizcharakter nur feststellen, indem sie dartut, dass sie unverhältnismäßig sind. In dieser Hinsicht sind als unverhältnismäßig Beträge anzusehen, die Rechtsverfolgungskosten entsprechen, für die nicht auf der Grundlage genauer und detaillierter Unterlagen nachgewiesen ist, dass sie für die Führung des streitigen Verfahrens in Anbetracht namentlich der rechtlichen und tatsächlichen Schwierigkeit der behandelten Fragen und des wirtschaftlichen Interesses, das der Generikahersteller an dem Rechtsstreit hat, objektiv unerlässlich sind.

**280** Dagegen liegen bestimmte Kosten des Generikaherstellers a priori zu weit außerhalb des Rechtsstreits und seiner Beilegung, als dass sie als dem Vergleich in einem Patentrechtsstreit inhärent angesehen werden könnten. Es handelt sich z. B. um die Kosten der Herstellung der rechtsverletzenden Erzeugnisse, die dem Lagerwert dieser Erzeugnisse entsprechen, sowie die für die Bereitstellung dieses Erzeugnisses angefallenen Forschungs- und Entwicklungskosten. Solche Kosten und Aufwendungen fallen nämlich a priori unabhängig von der Entstehung von Rechtsstreitigkeiten und ihrer Beilegung an und schlagen sich nicht in Verlusten aufgrund dieser Beilegung nieder, was

sich insbesondere daran zeigt, dass die betreffenden Erzeugnisse oft trotz des mit der Vergleichsvereinbarung erfolgten Vermarktungsverbots auf nicht von dieser Vereinbarung erfassten Märkten verkauft werden und die entsprechenden Forschungen für die Entwicklung anderer Erzeugnisse genutzt werden können. Gleiches gilt für Beträge, die der Generikahersteller wegen außerhalb des Rechtsstreits eingegangener vertraglicher Verpflichtungen (z. B. aus Lieferverträgen) an Dritte zahlen muss. Solche Aufwendungen zur Auflösung von Verträgen mit Dritten oder zu deren Entschädigung sind im Allgemeinen in den betreffenden Verträgen zwingend vorgesehen oder stehen in direktem Zusammenhang mit diesen Verträgen, die der Generikahersteller überdies unabhängig von jedem Rechtsstreit mit dem Hersteller des Originalpräparats oder von seiner Beilegung geschlossen hat. Wenn die Parteien der Vereinbarung wollen, dass die Zahlung dieser Kosten nicht als Anreiz und als Indiz für das Bestehen einer bezweckten Wettbewerbsbeschränkung eingestuft wird, ist es ihre Sache, darzutun, dass diese Kosten dem Rechtsstreit oder seiner Beilegung inhärent sind, und sodann ihre Höhe zu rechtfertigen. Sie könnten sich hierfür auch darauf berufen, dass der Betrag zur Erstattung dieser a priori nicht der gütlichen Beilegung des Rechtsstreits inhärenten Kosten unbedeutend sei und daher nicht ausreiche, um einen signifikanten Anreiz dazu darzustellen, die in der Vergleichsvereinbarung vorgesehenen Wettbewerbsverbote zu akzeptieren (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 8. September 2016, Lundbeck/Kommission, [T-472/13](#), mit Rechtsmittel angefochten, [ECLI:EU:T:2016:449](#), Rn. 360).

**281** Zum Abschluss der Prüfung, ob die Kommission rechtsfehlerhaft das Vorliegen einer bezweckten Wettbewerbsbeschränkung festgestellt hat, sind noch drei von den Klägerinnen und der Streithelferin angeführte Nebenargumente zu untersuchen, mit denen die Anwendbarkeit der Theorie der Nebenabreden auf die in Rede stehenden Vereinbarungen, die Auswirkungen des amerikanischen Rechts auf die Entscheidung des Rechtsstreits und die ambivalenten Wirkungen von Patentvergleichsvereinbarungen geltend gemacht werden.

6) Zur Anwendbarkeit der Theorie der Nebenabreden auf Vergleichsvereinbarungen

**282** Die Klägerinnen und die Streithelferin machen geltend, wegen des rechtmäßigen Ziels der Vergleichsvereinbarungen in Patentrechtsstreitigkeiten hätte die Kommission das Kriterium der objektiven Notwendigkeit anwenden müssen, das es erlaube, Art. [101](#) Abs. [1](#) AEUV nicht auf eine Vereinbarung anzuwenden, wenn diese einem rechtmäßigen Ziel diene und die mit ihr eingeführten Wettbewerbsbeschränkungen objektiv notwendig und verhältnismäßig seien.

**283** Vorab ist festzustellen, dass die Klägerinnen sich während des Verwaltungsverfahrens nicht auf die Anwendung der Theorie der Nebenabreden berufen haben und dass diese Theorie in dem angefochtenen Beschluss nicht erwähnt wird.

**284** Nach der Rechtsprechung fällt, wenn eine bestimmte Maßnahme oder Tätigkeit wegen ihrer Neutralität für oder ihrer positiven Wirkung auf den Wettbewerb nicht vom grundsätzlichen Verbot des Art. [101](#) Abs. [1](#) AEUV erfasst wird, auch eine Beschränkung der kaufmännischen Selbständigkeit eines oder mehrerer an dieser Maßnahme oder Tätigkeit Beteiligten nicht unter dieses grundsätzliche Verbot, wenn sie für die Durchführung dieser Maßnahme oder Tätigkeit objektiv notwendig ist und zu den Zielen der einen oder der anderen in einem angemessenen Verhältnis steht (vgl. Urteil vom 11. September 2014, MasterCard u. a./Kommission, [C-382/12 P](#), [ECLI:EU:C:2014:2201](#), Rn. 89 und die dort angeführte Rechtsprechung). Wenn nämlich eine solche Beschränkung

nicht von der Hauptmaßnahme oder Haupttätigkeit unterschieden werden kann, ohne deren Bestehen oder Ziele zu gefährden, muss die Vereinbarkeit dieser Beschränkung mit Art. 101 AEUV zusammen mit der Vereinbarkeit der Hauptmaßnahme oder Haupttätigkeit, zu der sie eine Nebenabrede bildet, untersucht werden, und dies auch dann, wenn die Beschränkung als solche auf den ersten Blick unter das grundsätzliche Verbot des Art. 101 Abs. 1 AEUV zu fallen scheint (Urteil vom 11. September 2014, MasterCard u. a./Kommission, C-382/12 P, ECLI:EU:C:2014:2201, Rn. 90).

**285**Die Kommission macht geltend, die Voraussetzung für die Anwendung des Kriteriums der objektiven Notwendigkeit sei nicht erfüllt, da ein Vergleich in einem Patentrechtsstreit grundsätzlich nicht als Maßnahme eingestuft werden könne, die wegen ihrer wettbewerblichen Neutralität oder ihrer positiven Wirkung auf den Wettbewerb nicht wettbewerbswidrig sei. Nach ständiger Rechtsprechung stellt zwar der Vergleich in einem Rechtsstreit die Parteien nicht von der Anwendung des Wettbewerbsrechts frei, da Art. 101 Abs. 1 AEUV nicht zwischen Vereinbarungen, mit denen ein Rechtsstreit beendet werden soll, und solchen unterscheidet, mit denen andere Ziele verfolgt werden (siehe oben, Rn. 253). Wie jedoch die Klägerinnen und die Streithelferin zu Recht ausführen, schließt die Rechtsprechung nicht aus, dass ein Vergleich in einem Rechtsstreit wegen seiner wettbewerblichen Neutralität oder seiner positiven Wirkung auf den Wettbewerb nicht unter das grundsätzliche Verbot nach Art. 101 Abs. 1 AEUV fällt. Die Anwendung des Kriteriums der objektiven Notwendigkeit in einem gegebenen Fall setzt nämlich voraus, dass die Hauptmaßnahme oder die Haupttätigkeit wegen ihrer wettbewerblichen Neutralität oder positiven Wirkung auf den Wettbewerb nicht wettbewerbswidrig ist, verlangt aber nicht, dass die Hauptmaßnahme oder die Haupttätigkeit ihrer Natur nach und unabhängig von den Umständen des Einzelfalls nicht wettbewerbswidrig ist. Nach der Rechtsprechung kann im Übrigen die Prüfung der Hauptmaßnahme oder der Haupttätigkeit nicht abstrakt, sondern nur aufgrund der im Einzelfall bestehenden Nebenklauseln oder -abreden erfolgen (vgl. in diesem Sinne Urteile vom 28. Januar 1986, Pronuptia de Paris, 161/84, ECLI:EU:C:1986:41, Rn. 14, vom 15. Dezember 1994, DLG, C-250/92, ECLI:EU:C:1994:413, Rn. 31, und vom 12. Dezember 1995, Oude Luttikhuis u. a., C-399/93, ECLI:EU:C:1995:434, Rn. 12 bis 14). Zudem wird die gütliche Beilegung von Rechtsstreitigkeiten in zahlreichen unionsrechtlichen Bestimmungen befürwortet (siehe oben, Rn. 247 bis 250).

**286**Die Kommission kann sich nicht auf das Urteil vom 27. September 1988, Bayer und Maschinenfabrik Hennecke (65/86, ECLI:EU:C:1988:448), berufen, um grundsätzlich jede Möglichkeit der Anwendung der Theorie der Nebenabreden auf die gütliche Beilegung von Rechtsstreitigkeiten auszuschließen. In diesem Urteil ist der Gerichtshof zwar dem Vorbringen der Kommission, dass eine in einem Lizenzvertrag enthaltene Nichtangriffsabrede als mit Art. 101 Abs. 1 AEUV vereinbar anzusehen sei, wenn bestimmte Bedingungen erfüllt seien, nicht gefolgt und hat ausgeführt, dass Art. 101 Abs. 1 AEUV nicht zwischen Vereinbarungen, die zur Beendigung eines Rechtsstreits geschlossen werden, und solchen, mit denen andere Zwecke verfolgt werden, differenziert; er hat indes nicht ausgeschlossen, dass eine Vereinbarung über die gütliche Beilegung eines Rechtsstreits, die Nichtangriffs- und Vermarktungsverbotsklauseln enthält, aufgrund ihres rechtlichen und wirtschaftlichen Kontexts keinen wettbewerbsbeschränkenden Charakter haben kann (Urteil vom 27. September 1988, Bayer und Maschinenfabrik Hennecke, 65/86, ECLI:EU:C:1988:448, Rn. 21). Dieses Urteil

ist zudem nicht im Kontext eines Vergleichs in einem Rechtsstreit, sondern in dem eines Lizenzvertrags ergangen.

**287**Auch wenn ein Vergleich in einem Patentrechtsstreit, der eine neutrale oder positive Wirkung auf den Wettbewerb hat, nicht grundsätzlich vom Anwendungsbereich der Theorie der Nebenabreden ausgeschlossen werden kann, ist doch die Reichweite der wettbewerbsbeschränkenden Nebenabrede in zweifacher Hinsicht zu prüfen. Zum einen ist zu untersuchen, ob die Einschränkung für die Durchführung der Hauptmaßnahme objektiv notwendig ist, und zum anderen, ob sie im rechten Verhältnis zu ihr steht (Urteile vom 18. September 2001, M6 u. a./Kommission, [T-112/99](#), [ECLI:EU:T:2001:215](#), Rn. 106, und vom 29. Juni 2012, E.ON Ruhrgas und E.ON/Kommission, [T-360/09](#), [ECLI:EU:T:2012:332](#), Rn. 64).

**288**Was die erste Voraussetzung angeht, ist nach der Rechtsprechung zu ermitteln, ob die Durchführung dieser Maßnahme oder dieser Tätigkeit ohne die fragliche Beschränkung unmöglich wäre. Daher verleiht der Umstand, dass die Maßnahme ohne die Beschränkung nur schwerer durchführbar oder weniger rentabel wäre, dieser Beschränkung nicht den für ihre Qualifizierung als Nebenabrede erforderlichen Charakter einer objektiv notwendigen Beschränkung. Eine solche Auslegung würde nämlich darauf hinauslaufen, diesen Begriff auf Beschränkungen auszudehnen, die für die Durchführung der Hauptmaßnahme nicht strikt unerlässlich sind. Dieses Ergebnis würde die praktische Wirksamkeit des in Art. [101](#) Abs. [1](#) AEUV ausgesprochenen Verbots beeinträchtigen (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 11. September 2014, MasterCard u. a./Kommission, [C-382/12 P](#), [ECLI:EU:C:2014:2201](#), Rn. 91).

**289**Nichtangriffs- und Vermarktungsverbotsklauseln sind nur bestimmten Vergleichen inhärent, und zwar denen, die auf der Anerkennung der Gültigkeit des oder der in Rede stehenden Patente beruhen (siehe oben, Rn. 259). Solche Klauseln spiegeln die Anerkennung der Gültigkeit des betreffenden Patents durch jede Partei wider, und ihre Reichweite ist auf die des Patents begrenzt, so dass sie die erste Voraussetzung für die von der Theorie der Nebenabreden vorgesehene Abweichung erfüllen können.

**290**Was die zweite Voraussetzung angeht, ist darauf hinzuweisen, dass, wenn eine Wettbewerbsbeschränkung zur Durchführung einer Hauptmaßnahme oder einer Haupttätigkeit objektiv erforderlich ist, noch geprüft werden muss, ob ihre Dauer und ihr materieller, zeitlicher und räumlicher Geltungsbereich nicht über das hinausgehen, was zur Durchführung dieser Maßnahme oder Tätigkeit erforderlich ist. Geht die Dauer oder der Geltungsbereich der beschränkenden Abrede über das für die Verwirklichung der Maßnahme Notwendige hinaus, so ist sie getrennt im Rahmen von Art. [101](#) Abs. [3](#) AEUV zu prüfen (Urteil vom 18. September 2001, M6 u. a./Kommission, [T-112/99](#), [ECLI:EU:T:2001:215](#), Rn. 113). Folglich könnte auf eine Vergleichsvereinbarung, deren Nichtangriffs- und Vermarktungsverbotsklauseln nicht über die Laufzeit und den Geltungsbereich des Patents hinausgehen, dessen Gültigkeit mit ihr anerkannt wird, die Theorie der Nebenabreden Anwendung finden.

**291**Im vorliegenden Fall hat die Kommission jedoch zu Recht nicht geprüft, ob die Theorie der Nebenabreden anzuwenden war, da sie der Ansicht war, dass die Nichtangriffs- und Vermarktungsverbotsklauseln nicht auf einer Anerkennung der Gültigkeit des Patents beruhten, sondern auf einer Wertübertragung durch den Hersteller des Originalpräparats an den Generikahersteller, die einen Anreiz für dieses Unternehmen darstellte, keinen Wettbewerbsdruck auf den Inhaber des Patents auszuüben. In diesem Fall stellt die

Vergleichsvereinbarung eine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung dar, die nicht als Maßnahme angesehen werden kann, die wegen ihrer wettbewerblichen Neutralität oder ihrer positiven Wirkung auf den Wettbewerb nicht wettbewerbswidrig ist. Zudem können Nichtangriffs- und Vermarktungsverbotsklauseln nur notwendige Nebenabreden einer Vergleichsvereinbarung sein, die auf der Anerkennung der Gültigkeit des Patents durch die Parteien dieser Vereinbarung beruht (siehe oben, Rn. 289). Bei Bestehen eines Anreizes beruht aber der Vergleich nicht auf einer solchen Anerkennung. Die Nichtangriffs- und Vermarktungsverbotsklauseln können dann nicht als für einen solchen Vergleich notwendig angesehen werden.

7) Zur Abstimmung zwischen Patentvergleichsvereinbarungen und amerikanischem Wettbewerbsrecht

**292**Die Klägerinnen berufen sich auf das Urteil Actavis und machen geltend, der Supreme Court of the United States (Oberster Gerichtshof der Vereinigten Staaten) habe die im vorliegenden Fall von der Kommission vertretene Ansicht verworfen. Die Kommission, die dieses Urteil in dem angefochtenen Beschluss angeführt hat (Rn. 1199), macht jedoch geltend, sie habe dieselbe Auffassung vertreten wie der Supreme Court of the United States (Oberster Gerichtshof der Vereinigten Staaten), indem sie befunden habe, dass es keine Vermutung der Rechtswidrigkeit von Vergleichsvereinbarungen gebe, die eine Wertübertragung durch den Hersteller des Originalpräparats an den Generikahersteller umfassten.

**293**Das Urteil Actavis betrifft Vergleichsvereinbarungen im Arzneimittelsektor, in dem sich Generikahersteller verpflichtet hatten, bis zu einem vor dem Ablaufdatum des Patents des Herstellers des Originalpräparats liegenden Zeitpunkt (65 Monate vor dem Ablauf des Patents für Actavis) nicht in den Markt einzutreten und das betreffende Arzneimittel gegen erhebliche Zahlungen bei den Ärzten zu fördern (für Actavis jährliche Zahlungen von 19 bis 30 Mio. USD während neun Jahren).

**294**Nach ständiger Rechtsprechung können nationale Praktiken, selbst wenn sie allen Mitgliedstaaten gemeinsam wären, der Anwendung der Wettbewerbsregeln des Vertrags nicht vorgehen (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 17. Januar 1984, VBVB und VBBB/Kommission, 43/82 und 63/82, ECLI:EU:C:1984:9, Rn. 40), was umso mehr gilt, wenn es sich um nationale Praktiken von Drittstaaten handelt (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 28. Februar 2002, Compagnie générale maritime u. a./Kommission, T-86/95, ECLI:EU:T:2002:50, Rn. 341 und die dort angeführte Rechtsprechung). Hinsichtlich der Unterscheidung zwischen bezweckten und bewirkten Wettbewerbsbeschränkungen unterscheidet sich das Wettbewerbsrecht der Union vom amerikanischen Antitrustrecht, das Wettbewerbsbeschränkungen per se, die auf Fälle beschränkt sind, in denen die wettbewerbswidrigen Wirkungen so offenkundig sind, dass sie nur eine rasche und nicht vertiefte Prüfung (quick look approach) ohne Berücksichtigung des Kontexts erfordern, und die zwingend und unheilbar verboten sind, von Verstößen unterscheidet, die nach einer „rule of reason“ nachzuweisen sind, d. h. aufgrund einer Abwägung der wettbewerbsfördernden und der wettbewerbswidrigen Wirkungen der Vereinbarung. Zum einen gilt aber nach dem Unionsrecht keine Wettbewerbsbeschränkung als zwingend und unheilbar rechtswidrig, denn eine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung kann grundsätzlich unter die Ausnahmen nach Art. 101 Abs. 3 AEUV fallen. Zum anderen gibt es nach der Rechtsprechung im Wettbewerbsrecht der Union keine „rule of reason“ (Urteil vom 29. Juni 2012, E.ON Ruhrgas und E.ON/Kommission, T-360/09,

ECLI:EU:T:2012:332, Rn. 65; vgl. in diesem Sinne auch Urteil vom 23. Oktober 2003, Van den Bergh Foods/Kommission, T-65/98, ECLI:EU:T:2003:281, Rn. 106). Zudem machen es die Unterschiede zwischen dem in den Vereinigten Staaten und dem in der Union bestehenden rechtlichen Rahmen noch schwieriger, das Urteil Actavis im vorliegenden Rechtsstreit entsprechend heranzuziehen (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 8. September 2016, Lundbeck/Kommission, T-472/13, mit Rechtsmittel angefochten, ECLI:EU:T:2016:449, Rn. 513).

**295**Folglich ist das auf eine Verkennung der Position des Supreme Court of the United States (Oberster Gerichtshof der Vereinigten Staaten) gestützte Vorbringen der Klägerinnen als ins Leere gehend zurückzuweisen.

8) Zu den ihrer Natur nach ambivalenten Wirkungen von Vergleichsvereinbarungen

**296**Nach Ansicht der Klägerinnen sind die Wirkungen von Vergleichsvereinbarungen ihrer Natur nach ambivalent und können deshalb nicht als bezweckte Wettbewerbsbeschränkung eingestuft werden.

**297**Sie machen als Erstes geltend, solche Vereinbarungen hätten im Fall paralleler Rechtsstreitigkeiten ambivalente potenzielle Auswirkungen auf die Anfechtung von Patenten, denn in den Verfahren vor dem EPA verhindere die Rücknahme eines Einspruchs durch eine Partei nicht die Fortsetzung des Verfahrens, da deren Argumente von der Einspruchsabteilung oder der Beschwerdekammer von Amts wegen aufgegriffen werden könnten. Zudem sei in dem angefochtenen Beschluss nicht berücksichtigt worden, dass die Vergleichsvereinbarungen nur ambivalente Wirkungen auf künftige Rechtsstreitigkeiten hätten, da es den Generikaherstellern freistehe, kostspielige Gerichtsverfahren einzuleiten oder nicht, und da sich diese jedenfalls in manchen Mitgliedstaaten als nutzlos erweisen könnten, wenn ein Verfahren beim EPA anhängig sei.

**298**Als Zweites meinen die Klägerinnen, die potenziellen Auswirkungen dieser Vereinbarungen auf den Markteintritt der Generika seien je nach den Bestimmungen der Vereinbarungen und dem Kontext ihres Abschlusses ebenfalls ambivalent. So müssten das Bestehen des Rechtsstreits und die Erfolgsaussichten der Parteien, das Bestehen anderer Rechtsstreitigkeiten und die Möglichkeit der Entwicklung alternativer Formen des Erzeugnisses berücksichtigt werden. Zudem könnten diese Vereinbarungen einen schnelleren Markteintritt der Generika ermöglichen. Schließlich müsse die Kommission die Fähigkeit und die Absicht der Generikahersteller berücksichtigen, einen Risikomarkteintritt zu vollziehen.

**299**Als Drittes führen die Klägerinnen aus, die Kommission könne Patentvergleichsvereinbarungen nicht ahnden, ohne deren konkrete Auswirkungen auf den Markt zu beurteilen, wie es der Supreme Court of the United States (Oberster Gerichtshof der Vereinigten Staaten) im Urteil Actavis getan habe.

**300**Nach Ansicht der Kommission geht dieses Argument ins Leere, da für die Frage, ob eine Vereinbarung eine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung darstelle, nicht deren Auswirkungen zu berücksichtigen seien und eine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung sogar in bestimmten Fällen wegen später eintretender Umstände keinerlei Auswirkung haben könne. Zur Prüfung des Vorliegens einer bezweckten Wettbewerbsbeschränkung brauche daher nicht dargetan zu werden, welche kontrafaktischen Situationen sich ohne die Vereinbarungen ergeben könnten.



**301**Hilfsweise führt die Kommission zu den Auswirkungen der Patentvergleichsvereinbarungen auf die Anfechtung der Patente aus, dass sich die Klägerinnen im vorliegenden Fall bemüht hätten, Vereinbarungen mit allen ihren potenziellen Wettbewerbern zu schließen, und dass nur zwei der fünf von ihnen geschlossenen Vereinbarungen einen Markteintritt der Generikahersteller im Fall der Nichtigerklärung des streitigen Patents erlaubt hätten.

**302**Zudem habe die Kommission in dem angefochtenen Beschluss die Fähigkeit und die Absicht der Generikahersteller berücksichtigt, einen Risikomarkteintritt zu vollziehen.

**303**Schließlich stehe der angefochtene Beschluss nicht im Widerspruch zu der vom Supreme Court of the United States (Oberster Gerichtshof der Vereinigten Staaten) im Urteil Actavis eingenommenen Haltung, berücksichtige man die Unterschiede zwischen dem europäischen Begriff der bezweckten Wettbewerbsbeschränkung und dem amerikanischen Begriff der Wettbewerbsbeschränkung per se. In der Rechtsprechung der Union sei auch die Geltung einer „rule of reason“ nicht anerkannt, vielmehr seien die Vorteile einer Vereinbarung für den Wettbewerb im Rahmen von Art. 101 Abs. 3 AEUV zu prüfen.

**304**Den Klägerinnen folgend ist festzustellen, dass die Kommission und der Richter bei der Prüfung des wettbewerbsbeschränkenden Zwecks einer Vereinbarung und insbesondere im Rahmen der Berücksichtigung ihres wirtschaftlichen und rechtlichen Kontexts die potenziellen Wirkungen dieser Vereinbarung nicht völlig außer Betracht lassen dürfen (Schlussanträge von Generalanwalt Wahl in der Rechtssache ING Pensii, C-172/14, ECLI:EU:C:2015:272, Nr. 84). Ihrem Zweck nach wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen sind nämlich solche, die den Wettbewerb hinreichend beeinträchtigen, weil sie derart negative wettbewerbswidrige Auswirkungen haben können, dass der Nachweis konkreter Auswirkungen auf den Markt als überflüssig erachtet werden kann (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 11. September 2014, CB/Kommission, C-67/13 P, ECLI:EU:C:2014:2204, Rn. 49 und 51 sowie die dort angeführte Rechtsprechung). Folglich können Vereinbarungen, die angesichts ihres Kontexts ambivalente potenzielle Auswirkungen auf den Markt haben, nicht als bezweckte Wettbewerbsbeschränkungen angesehen werden (Schlussanträge von Generalanwalt Wahl in der Rechtssache CB/Kommission, C-67/13 P, ECLI:EU:C:2014:1958, Nr. 56).

**305**Da die Klägerinnen jedoch im vorliegenden Fall ihr Vorbringen zu den ambivalenten potenziellen Wirkungen der streitigen Vereinbarungen im Wesentlichen auf Argumente im Zusammenhang mit den einzelnen Vereinbarungen und ihrem Kontext stützen, ist auf dieses Vorbringen im Rahmen der Behandlung der Rügen einzugehen, die gegen die Einstufung jeder einzelnen Vereinbarung als bezweckte Wettbewerbsbeschränkung gerichtet sind, zumal das Vorliegen einer bezweckten Wettbewerbsbeschränkung für jede Vereinbarung als Ganzes zu beurteilen ist, ohne dass die Prüfung des wettbewerbsbeschränkenden Charakters der Nichtangriffsvon der der Vermarktungsverbotsklauseln zu trennen ist.

**306**Daher wird bei der Behandlung der Klagegründe, die gegen die Beurteilung jeder einzelnen der streitigen Vereinbarungen als bezweckte Wettbewerbsbeschränkung gerichtet sind, die Frage geprüft werden, ob die Kommission trotz der behaupteten potenziellen wettbewerbsfördernden Wirkungen, die sich namentlich aus dem Kontext des Abschlusses dieser Vereinbarungen ergeben sollen, zutreffend das Vorliegen einer solchen Wettbewerbsbeschränkung angenommen hat, wobei nur diejenigen Wirkungen

Berücksichtigung finden werden, die sich im Rahmen der Prüfung der bezweckten Wettbewerbsbeschränkungen bewegen (siehe unten, Rn. 525, 644 und 989).

**307**Darüber hinaus können sich die Klägerinnen, wie aus den Rn. 293 bis 295 des vorliegenden Urteils hervorgeht, nicht mit Erfolg auf das Urteil Actavis berufen.

b) Zu den von der Kommission herangezogenen Kriterien für die Einstufung der Vergleichsvereinbarungen als bezweckte Wettbewerbsbeschränkung

**308**Im Licht der vorstehenden Erwägungen ist das Vorbringen der Klägerinnen zu prüfen, das sich speziell auf jedes der drei Hauptkriterien bezieht, die die Kommission für die Einstufung der in Rede stehenden Vergleichsvereinbarungen als bezweckte Wettbewerbsbeschränkungen herangezogen hat; dies sind erstens die Eigenschaft der Generikahersteller als potenzielle Wettbewerber, zweitens die Verpflichtung dieser Unternehmen, ihre Bemühungen um einen Markteintritt mit einem Generikum zu begrenzen, und drittens eine Wertübertragung durch den Hersteller des Originalpräparats an den Generikahersteller, die einen signifikanten Anreiz für Letzteren darstellt, seine Markteintrittsbemühungen zu begrenzen (Rn. 1154 des angefochtenen Beschlusses).

1) Zum Kriterium des potenziellen Wettbewerbs

i) Vorbringen der Parteien (nicht wiedergegeben)

ii) Würdigung durch das Gericht

**316**Die Klägerinnen werfen der Kommission im Wesentlichen vor, rechtsfehlerhaft irriige Kriterien herangezogen zu haben, um die Generikahersteller, die die streitigen Vereinbarungen mit ihnen geschlossen hätten, als potenzielle Wettbewerber einzustufen. Sie rügen zudem die Beurteilung der sich aus ihren Patenten ergebenden Hindernisse für das Vorliegen dieses potenziellen Wettbewerbs durch die Kommission.

- Zu den Kriterien für die Beurteilung des potenziellen Wettbewerbs

Zur Definition des Begriffs des potenziellen Wettbewerbers

**317**Die Klägerinnen rügen, die Kommission habe sich für die Feststellung des Bestehens von potenziellem Wettbewerb zwischen den Parteien der streitigen Vereinbarungen mit der Prüfung begnügt, ob unüberwindliche Hindernisse für den Markteintritt der Generikahersteller bestanden hätten, und habe nicht geprüft, ob diese Unternehmen tatsächliche und konkrete Markteintrittsmöglichkeiten gehabt hätten (siehe oben, Rn. 309).

**318**Nach der von den Klägerinnen angeführten Rechtsprechung ist ein Unternehmen ein potenzieller Wettbewerber, wenn tatsächliche und konkrete Möglichkeiten bestehen, dass es in den genannten Markt eintreten und den dort etablierten Unternehmen Konkurrenz machen kann. Um dies darzutun, genügt keine bloße Annahme, sondern es müssen dafür tatsächliche Gegebenheiten oder eine Untersuchung der Strukturen des relevanten Marktes angeführt werden. So kann ein Unternehmen nicht als potenzieller Wettbewerber eingestuft werden, wenn sein Markteintritt nicht mit einer lebensfähigen wirtschaftlichen Strategie einhergeht (Urteil vom 29. Juni 2012, E.ON Ruhrgas und E.ON/Kommission, [T-360/09](#), [ECLI:EU:T:2012:332](#), Rn. 86; vgl. in diesem Sinne auch Urteil vom 14. April 2011, Visa Europe und Visa International Service/Kommission, [T-461/07](#), [ECLI:EU:T:2011:181](#), Rn. 166 und 167 sowie die dort angeführte Rechtsprechung). Daraus ergibt sich zwangsläufig, dass zwar die Markterschließungsabsicht eines Unternehmens für die Prüfung, ob es als potenzieller Wettbewerber auf dem betreffenden Markt angesehen werden kann, gegebenenfalls von Bedeutung ist, dass aber der

wesentliche Gesichtspunkt, auf dem eine solche Einstufung beruhen muss, in der Markterschließungsfähigkeit des Unternehmens besteht (Urteil vom 14. April 2011, Visa Europe und Visa International Service/Kommission, [T-461/07](#), [ECLI:EU:T:2011:181](#), Rn. 168, und vom 29. Juni 2012, E.ON Ruhrgas und E.ON/Kommission, [T-360/09](#), [ECLI:EU:T:2012:332](#), Rn. 87).

**319**In anderen Zusammenhängen ist zudem entschieden worden, dass ein Unternehmen ein potenzieller Wettbewerber ist, wenn für seinen Markteintritt kein unüberwindliches Hindernis besteht (vgl. in diesem Sinne Urteile vom 21. Mai 2014, Toshiba/Kommission, [T-519/09](#), nicht veröffentlicht, [ECLI:EU:T:2014:263](#), Rn. 230, bestätigt durch Urteil vom 20. Januar 2016, Toshiba Corporation/Kommission, [C-373/14 P](#), [ECLI:EU:C:2016:26](#), Rn. 28, 29, 32 und 34, und vom 28. Juni 2016, Portugal Telecom/Kommission, [T-208/13](#), [ECLI:EU:T:2016:368](#), Rn. 181).

**320**Somit ergibt sich aus der Rechtsprechung, dass je nach dem Kontext und dem in Rede stehenden rechtswidrigen Verhalten die Schwelle für das Bestehen von potenziellem Wettbewerb unterschiedlich hoch sein kann. Werden nur die unüberwindlichen Hindernisse für den Markteintritt geprüft, genügt jede auch nur theoretische Möglichkeit des Markteintritts für den Nachweis des Bestehens von potenziellem Wettbewerb, während die Prüfung der tatsächlichen und konkreten Eintrittsmöglichkeiten dazu führt, das Bestehen von potenziellem Wettbewerb nur im Fall realistischer Eintrittsmöglichkeiten anzuerkennen, die sich ohne beschränkende Maßnahme hätten verwirklichen können.

**321**Gleichwohl stellt die Untersuchung, ob bestimmte Hindernisse für den Markteintritt, die im vorliegenden Fall vor allem in den Patenten und in der Notwendigkeit der Erlangung einer Genehmigung für das Inverkehrbringen bestehen, unüberwindlich sind, weder die Prüfung der tatsächlichen und konkreten Eintrittsmöglichkeiten der Generikahersteller in Frage, die auf der Prüfung ihrer Eintrittsfähigkeit und -absicht beruht, noch steht sie zu dieser Prüfung im Widerspruch. Wie die Kommission im angefochtenen Beschluss (Fn. 1666) und in der Sitzung zutreffend ausgeführt hat, diente die Untersuchung, ob unüberwindliche Hindernisse fehlen, „der Feststellung, ob es trotz der allgemeinen Fähigkeit der Generikahersteller und ihrer nachgewiesenen Absicht, in den Markt einzutreten, objektive Gründe gab, die deren Markteintritt unmöglich machten“, und damit der Vervollständigung der auf dem Kriterium der tatsächlichen und konkreten Möglichkeiten beruhenden Analyse. Bei Bestehen unüberwindlicher Hindernisse für den Eintritt in einen Markt kann nämlich nicht davon ausgegangen werden, dass ein Wirtschaftsteilnehmer tatsächliche und konkrete Eintrittsmöglichkeiten hat. Wenn also ein Markt durch Eintrittshindernisse gekennzeichnet ist, vervollständigt die objektive Prüfung, ob diese unüberwindlich sind, in sachdienlicher Weise die Prüfung der tatsächlichen und konkreten Möglichkeiten, die auf den individuellen Kriterien der Eintrittsfähigkeit und -absicht des betreffenden Unternehmens beruht.

**322**Entgegen der Ansicht der Klägerinnen lässt sich demnach aus der mehrfachen Bezugnahme auf das Kriterium der unüberwindlichen Hindernisse in dem angefochtenen Beschluss (vgl. u. a. Rn. 1125 und 1181) nicht ableiten, dass die Kommission eine nur auf dieses Kriterium gestützte Definition des potenziellen Wettbewerbs herangezogen hat.

**323**Dies gilt umso mehr, als die Kommission neben dem Urteil vom 21. Mai 2014, Toshiba/Kommission ([T-519/09](#), nicht veröffentlicht, [ECLI:EU:T:2014:263](#)), in dem das Kriterium der unüberwindlichen Hindernisse angewandt worden ist (siehe oben, Rn. 319), die Urteile vom 15. September 1998, European Night Services u. a./Kommission ([T-](#)

374/94, T-375/94, T-384/94 und T-388/94, ECLI:EU:T:1998:198), und vom 14. April 2011, Visa Europe und Visa International Service/Kommission (T-461/07, ECLI:EU:T:2011:181), in denen das Kriterium der tatsächlichen und konkreten Möglichkeiten herangezogen worden ist, angeführt und überdies in der Einleitung zu ihrer Darstellung der Regeln zur Bestimmung der potenziellen Wettbewerber (vgl. Rn. 1156 und 1157 des angefochtenen Beschlusses) erwähnt hat sowie einige weitere Urteile, in denen diese Definition des potenziellen Wettbewerbs herangezogen worden ist, darunter das Urteil vom 29. Juni 2012, E.ON Ruhrgas und E.ON/Kommission (T-360/09, ECLI:EU:T:2012:332) (siehe oben, Rn. 318). Sie hat zudem klar dargelegt, dass die Fähigkeit zum Eintritt in einen Markt, die für das Kriterium der tatsächlichen und konkreten Möglichkeiten kennzeichnend ist (siehe oben, Rn. 318), „der ausschlaggebende Aspekt für den Nachweis des potenziellen Wettbewerbs [bleibt]“ (Rn. 1163 des angefochtenen Beschlusses). Vor allem aber hat die Kommission schließlich im Rahmen ihrer Prüfung, ob jeder der in Rede stehenden Generikahersteller ein potenzieller Wettbewerber war, aus verschiedenen konkreten und individuellen Daten jedes einzelnen Herstellers betreffend seine Produktionskapazitäten, seine Lagerbestände, seine Handelsverträge, seine Schritte zur Erlangung der Genehmigung für das Inverkehrbringen und seiner Klagen gegen Servier abgeleitet, dass alle tatsächliche und konkrete Markteintrittsmöglichkeiten hatten (siehe unten, Rn. 432 bis 438, 579 bis 585 und 718 bis 722). Eine solche eingehende Analyse anhand der individuellen Daten jedes vermeintlichen potenziellen Wettbewerbers ist kennzeichnend für die Prüfung seiner tatsächlichen und konkreten Markteintrittsmöglichkeiten und unterscheidet sich von der auf unüberwindliche Hindernisse für den Eintritt in einen bestimmten Markt beschränkten Prüfung, die zur Feststellung von potenziellem Wettbewerb allein deshalb führen kann, weil irgendein Wirtschaftsteilnehmer in den betreffenden Markt eingetreten ist.

**324** Diese Feststellungen werden nicht durch das Vorbringen der Klägerinnen in Frage gestellt, die Kommission habe sich im Wesentlichen auf die Absicht der Generikahersteller, in den Markt einzutreten, und auf eine Anhäufung nicht realistischer Hypothesen gestützt (siehe oben, Rn. 309), da aus der Erwiderung hervorgeht, dass die Klägerinnen mit diesem Vorbringen nicht dem herangezogenen Kriterium, sondern der Anwendung des Kriteriums der tatsächlichen und konkreten Möglichkeiten im vorliegenden Fall entgegengetreten, die im Folgenden im Rahmen der Behandlung der gegen die Beurteilung der einzelnen Vereinbarungen geprüft wird.

**325** Folglich hat die Kommission entgegen dem Vorbringen der Klägerinnen den potenziellen Wettbewerb auf dem relevanten Markt anhand des Kriteriums der tatsächlichen und konkreten Möglichkeiten beurteilt.

**326** Überdies ist zu beachten, dass sich die Kommission entgegen ihrem Vorbringen in der Gegenerwiderung unter Berufung auf das Urteil vom 20. Januar 2016, Toshiba Corporation/Kommission (C-373/14 P, ECLI:EU:C:2016:26) (siehe oben, Rn. 312), im vorliegenden Fall nicht auf die Prüfung des Bestehens unüberwindlicher Hindernisse für den Markteintritt beschränken konnte, um aus deren Fehlen auf das Bestehen von potenziellem Wettbewerb auf diesem Markt zu schließen (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 8. September 2016, Lundbeck/Kommission, T-472/13, mit Rechtsmittel angefochten, ECLI:EU:T:2016:449, Rn. 99 bis 101).

**327** Aus den Rn. 28, 29, 32 und 34 des Urteils vom 20. Januar 2016, Toshiba Corporation/Kommission (C-373/14 P, ECLI:EU:C:2016:26), geht zwar hervor, dass bei

Vereinbarungen über die Aufteilung von Märkten die Analyse des wirtschaftlichen und rechtlichen Zusammenhangs, in dem die Verhaltensweise steht, auf das unbedingt notwendige Maß beschränkt werden kann, um auf das Bestehen einer bezweckten Wettbewerbsbeschränkung zu schließen, und insoweit insbesondere die Feststellung genügt, dass die Hindernisse für den Markteintritt nicht als unüberwindbar eingestuft werden können (vgl. in diesem Sinne auch Urteil vom 28. Juni 2016, Portugal Telecom/Kommission, T-208/13, ECLI:EU:T:2016:368, Rn. 177 und 181).

**328**Zunächst ist jedoch festzustellen, dass aus dem Urteil vom 20. Januar 2016, Toshiba Corporation/Kommission (C-373/14 P, ECLI:EU:C:2016:26), unter Berücksichtigung der Schlussanträge von Generalanwalt Wathelet in der Rechtssache Toshiba Corporation/Kommission (C-373/14 P, ECLI:EU:C:2015:427, Nrn. 69, 70, 89 und 90) hervorgeht, dass sich die in diesem Urteil erfolgte Beschränkung der Prüfung des wirtschaftlichen und rechtlichen Kontexts aus der besonderen Offenkundigkeit bestimmter bezweckter Wettbewerbsbeschränkungen ergibt, die, weil die in Rede stehenden Vereinbarungen weder atypisch noch komplex sind, keiner vertieften Analyse des wirtschaftlichen und rechtlichen Kontexts für den Nachweis bedürfen, dass sie ihrer Natur nach hinreichend wettbewerbschädlich sind.

**329**Im vorliegenden Fall war es aber möglich, dass die Rechtswidrigkeit und insbesondere der dem Zweck nach wettbewerbsbeschränkende Charakter der streitigen Vereinbarungen, die in der Form von Patentvergleichen geschlossen worden waren, für einen Außenstehenden nicht offenkundig waren. In dieser Hinsicht ist bezeichnend, dass die Kommission sowohl den wettbewerbswidrigen Zweck als auch die wettbewerbswidrige Wirkung der Vereinbarungen geprüft hat. Bestätigt wird dies auch durch die Einstufung der streitigen Vereinbarungen als bezweckte Wettbewerbsbeschränkung im Sinne des Urteils vom 20. November 2008, Beef Industry Development Society und Barry Brothers (C-209/07, ECLI:EU:C:2008:643), durch die Kommission, ohne dass an dieser Stelle auf diese Einstufung einzugehen ist. Auch wenn nach Rn. 34 dieses Urteils Marktausschlussvereinbarungen „offenkundig“ dem Grundgedanken der Wettbewerbsbestimmungen des Vertrags zuwiderlaufen, hat der Gerichtshof nicht entschieden, dass die in jener Rechtssache in Rede stehenden Vereinbarungen für einen Außenstehenden offenkundig Marktausschlussvereinbarungen und somit bezweckte Wettbewerbsbeschränkungen waren, die keiner eingehenden Analyse ihres wirtschaftlichen und rechtlichen Kontexts bedurften. Er hat im Gegenteil eine solche Analyse dieses Kontexts sowie der Klauseln und der Ziele dieser Vereinbarungen vorgenommen, um daraus zu schließen, dass es sich um Marktausschlussvereinbarungen und folglich „offenkundig“ ihrem Zweck nach wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen handelte (Urteil vom 20. November 2008, Beef Industry Development Society und Barry Brothers, C-209/07, ECLI:EU:C:2008:643, Rn. 31 bis 40).

**330**Sodann ist hervorzuheben, dass in der Rechtssache, in der das Urteil vom 20. Januar 2016, Toshiba Corporation/Kommission (C-373/14 P, ECLI:EU:C:2016:26), ergangen ist, die Fähigkeit der an den streitigen Praktiken beteiligten Hersteller zu Produktion und Vermarktung nicht bestritten war und auf dem relevanten Markt kein Monopol bestand. Im vorliegenden Fall wird indes gerade die Fähigkeit der Generikahersteller zur Produktion und Vermarktung des streitigen Erzeugnisses bestritten, namentlich wegen der ausschließlichen Rechte, die die Patente darstellen (siehe oben, Rn. 234, und unten, Rn. 357). Aus diesem Urteil kann daher nicht abgeleitet werden, dass die Feststellung des

ihrem Zweck nach wettbewerbsbeschränkenden Charakters einer Vereinbarung im Allgemeinen und unter den im vorliegenden Fall gegebenen Umständen im Besonderen nicht die Prüfung der tatsächlichen und konkreten Möglichkeiten eines Eintritts der Parteien der Vereinbarung in den in Rede stehenden Markt erfordert.

**331**Nach alledem ist die Rüge der Anwendung einer irrigen Definition des potenziellen Wettbewerbs zurückzuweisen.

Zum Kriterium des hinreichend schnellen Markteintritts

**332**Im angefochtenen Beschluss hat die Kommission, gestützt auf die Urteile vom 3. April 2003, BaByliss/Kommission (T-114/02, ECLI:EU:T:2003:100), und vom 14. April 2011, Visa Europe und Visa International Service/Kommission (T-461/07, ECLI:EU:T:2011:181), ausgeführt, der wesentliche Gesichtspunkt für die Einstufung eines Unternehmens als potenzieller Wettbewerber sei, dass es hinreichend schnell in den Markt eintreten könne, um Druck auf die Marktteilnehmer auszuüben. Zwar könnten Kosten- und Zeitprobleme zu Verzögerungen führen, die den Markteintritt wirtschaftlich weniger attraktiv machen könnten, doch stellten derartige Verzögerungen als solche nicht die Fähigkeit zum Markteintritt oder den Druck auf Servier oder auf die anderen Generikahersteller in Frage. Folglich erschienen bei Zugrundelegung der Zeitangaben in Freistellungsverordnungen und in den Leitlinien der Kommission - u. a. den Leitlinien zur Anwendbarkeit von Artikel 101 [AEUV] auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit (ABl. 2011, C 11, S. 1, im Folgenden: Leitlinien zu Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit von 2011), die einen Zeitraum von höchstens drei Jahren vorsähen - sowie der indikativen und tatsächlichen Dauer von Gerichtsverfahren, der Verfahren zur Erlangung der Genehmigungen für das Inverkehrbringen und der Entwicklung der pharmazeutischen Wirkstoffe die von den Klägerinnen angeführten Verzögerungen nicht lang genug, um das Fehlen eines Wettbewerbsdrucks seitens des Generikaherstellers anzunehmen (Rn. 1158, 1159 und 1182 sowie Fn. 1669 des angefochtenen Beschlusses; vgl. auch Rn. 1125, 1126 und 1296 dieses Beschlusses).

**333**Entgegen dem Vorbringen der Klägerinnen entspricht diese von der Kommission in zeitlicher Hinsicht vorgenommene Analyse des potenziellen Wettbewerbs den geltenden Grundsätzen.

**334**Nach ständiger Rechtsprechung muss, um einen Wirtschaftsteilnehmer als potenziellen Wettbewerber einstufen zu können, dessen potenzieller Markteintritt so schnell erfolgen können, dass er disziplinierend auf die Marktbeteiligten wirkt und so einen Wettbewerbsdruck auf sie ausübt (Urteil vom 14. April 2011, Visa Europe und Visa International Service/Kommission, T-461/07, ECLI:EU:T:2011:181, Rn. 189; vgl. in diesem Sinne auch Urteil vom 29. Juni 2012, E.ON Ruhrgas und E.ON/Kommission, T-360/09, ECLI:EU:T:2012:332, Rn. 114).

**335**Diese Rechtsprechung berücksichtigt die Leitlinien zur Anwendbarkeit von Artikel [101 AEUV] auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit (ABl. 2001, C 3, S. 2, im Folgenden: Leitlinien zu Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit von 2001) (vgl. auch die Leitlinien zu Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit von 2011), in denen nicht nur das Erfordernis eines hinreichend schnellen Markteintritts aufgestellt wird, sondern auch Richtwerte dafür genannt werden, was ein hinreichend schneller Markteintritt sein kann - je nach Fall höchstens ein oder drei Jahre -, wobei auf andere Leitlinien und auf Gruppenfreistellungsverordnungen verwiesen wird.

**336**Wie jedoch aus diesen Leitlinien (Fn. 9 der Leitlinien zu Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit von 2001 und Fn. 3 der Leitlinien zu Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit von 2011) und aus der Rechtsprechung (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 14. April 2011, Visa Europe und Visa International Service/Kommission, [T-461/07](#), [ECLI:EU:T:2011:181](#), Rn. 171 und 189) hervorgeht, sind diese Zeiträume nur als Richtwerte genannt, und der Begriff des „hinreichend schnellen“ Markteintritts hängt vom jeweiligen Sachverhalt und von seinem rechtlichen und wirtschaftlichen Kontext ab, die für die Feststellung berücksichtigt werden müssen, ob das marktfremde Unternehmen einen Wettbewerbsdruck auf die aktuell auf dem betreffenden Markt tätigen Unternehmen ausübt (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 14. April 2011, Visa Europe und Visa International Service/Kommission, [T-461/07](#), [ECLI:EU:T:2011:181](#), Rn. 169).

**337**Im vorliegenden Fall hat die Kommission die Besonderheiten des wirtschaftlichen und rechtlichen Kontexts der Sache berücksichtigt, indem sie die Dauer jedes einzelnen für den Markteintritt erforderlichen Abschnitts beurteilt hat. Es ist darauf hinzuweisen, dass gerade wegen der Besonderheiten des Arzneimittelsektors, nämlich u. a. der verschiedenen dort zu durchlaufenden Abschnitte und des Bestehens von Patenten, die Generikahersteller Schritte zum Markteintritt häufig schon lange vor dem Ablauf der Patente unternehmen, um die erforderlichen Abschnitte spätestens zu diesem Zeitpunkt durchlaufen zu haben. Von diesen Schritten kann demnach schon vor oder sogar schon lange vor dem Ablauf der Patente und dem tatsächlichen Markteintritt der Generikahersteller ein Wettbewerbsdruck auf den Hersteller des Originalpräparats ausgehen (siehe unten, Rn. 356; vgl. in diesem Sinne auch Urteile vom 6. Dezember 2012, AstraZeneca/Kommission, [C-457/10 P](#), [ECLI:EU:C:2012:770](#), Rn. 108, vom 8. September 2016, Lundbeck/Kommission, [T-472/13](#), mit Rechtsmittel angefochten, [ECLI:EU:T:2016:449](#), Rn. 163, und vom 8. September 2016, Sun Pharmaceutical Industries und Ranbaxy [UK]/Kommission, [T-460/13](#), nicht veröffentlicht, mit Rechtsmittel angefochten, [ECLI:EU:T:2016:453](#), Rn. 77 bis 79).

**338**Wie die Klägerinnen zu Recht geltend machen (siehe oben, Rn. 311), lässt sich daraus jedoch nicht ableiten, dass ein Generikahersteller schon dann und allein deshalb als einer ihrer potenziellen Wettbewerber angesehen werden kann, wenn und weil er mit der Entwicklung eines generischen Perindopriils begonnen hat. Die Kommission hat zwar in Rn. 1125 des angefochtenen Beschlusses ausgeführt, dass der potenzielle Wettbewerb der Generikahersteller beginne, wenn diejenigen, die ein Generikum auf den Markt bringen wollten, die Entwicklung von wirtschaftlich lebensfähigen Technologien für die Herstellung des pharmazeutischen Wirkstoffs und des Endprodukts aufnahmen. Aus den weiteren Ausführungen in dieser Randnummer, in denen auf die spätere Prüfung der Frage verwiesen wird, ob die in Rede stehenden Generikahersteller jeweils potenzielle Wettbewerber seien, und insbesondere aus dieser Prüfung und aus den allgemeinen Erwägungen im angefochtenen Beschluss zum Kriterium des hinreichend schnellen Markteintritts (siehe oben, Rn. 332) geht jedoch hervor, dass die Kommission den Beginn der Ausübung eines Wettbewerbsdrucks nicht auf den Zeitpunkt der Aufnahme der Entwicklung des Generikums legen, sondern hervorheben wollte, dass von diesem Zeitpunkt an die Möglichkeit der Ausübung eines Wettbewerbsdrucks bestand, falls die Voraussetzungen für die Ausübung eines solchen Drucks erfüllt wären. Jedenfalls wäre auch bei einer Auslegung von Rn. 1125 in dem Sinne, dass darin der Beginn des potenziellen Wettbewerbs auf den Zeitpunkt der Aufnahme der Entwicklung des Generikums gelegt wird, die gegen diese Beurteilung gerichtete Kritik als ins Leere

gehend zurückzuweisen, da die Kommission sich nicht auf diese Randnummer gestützt hat, um festzustellen, dass die in Rede stehenden Generikahersteller potenzielle Wettbewerber seien. Die Kommission war nämlich, wie sie zutreffend ausführt, zum Zeitpunkt der Beurteilung der Frage, ob die Generikahersteller potenzielle Wettbewerber waren, oder zum Zeitpunkt des Abschlusses der streitigen Vereinbarungen der Ansicht, dass diese Unternehmen ein fortgeschrittenes Stadium der Entwicklung ihres Perindopriils erreicht hätten, und hat sich nicht zu der Frage geäußert, ob diese früher, zum Zeitpunkt der Aufnahme dieser Entwicklung, potenzielle Wettbewerber waren (siehe oben, Rn. 315).

**339**Ebenso hat die Kommission zwar in Fn. 1840 zu Rn. 1296 des angefochtenen Beschlusses auf den in den Leitlinien zu Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit von 2011 genannten Zeitraum von drei Jahren hingewiesen, daraus aber für den vorliegenden Fall keine entscheidende Schlussfolgerung gezogen, so dass die Rügen, sie habe diesen Zeitraum insbesondere bei der für die Entwicklung von Perindopril erforderlichen Zeit berücksichtigt (Rn. 3137 des angefochtenen Beschlusses), als ins Leere gehend zurückzuweisen sind.

**340**Ferner hat sich die Kommission auf den Gedanken des von potenziellem Wettbewerb notwendig ausgehenden Wettbewerbsdrucks gestützt, um zu befinden, dass die von den Generikaherstellern eventuell verzeichneten Verzögerungen beim Markteintritt allein nicht ausreichten, um ihre Eigenschaft als potenzielle Wettbewerber auszuschließen, wenn sie aufgrund ihrer Fähigkeit zum Markteintritt weiter einen solchen Druck ausübten, und hat hierfür das Urteil vom 3. April 2003, BaByliss/Kommission (T-114/02, ECLI:EU:T:2003:100), angeführt. Entgegen dem Vorbringen der Klägerinnen hat sich die Kommission zu Recht auf dieses Urteil gestützt, da sich das Gericht dort zwar zu einem von dem des vorliegenden Falles sehr verschiedenen Kontext geäußert, gleichwohl aber zu der Frage Stellung genommen hat, wie sich die mehrfache Verschiebung ihres Markteintritts durch BaByliss auf deren Eigenschaft als potenzieller Wettbewerber ausgewirkt hat, wobei eben diese Auswirkung in der angefochtenen Entscheidung geprüft worden war. Das Gericht hat dazu entschieden, ohne dass die Klägerinnen dies im Übrigen bestreiten, dass die Verschiebungen des Markteintritts die Eigenschaft von BaByliss als potenzieller Wettbewerber nicht in Frage stellten, und hat sich dafür auf mehrere Faktoren gestützt, aus denen hervorging, dass von der Markteintrittsfähigkeit von BaByliss ein Wettbewerbsdruck ausging (Urteil vom 3. April 2003, BaByliss/Kommission, T-114/02, ECLI:EU:T:2003:100, Rn. 102 bis 106). Da sich das Interesse der Generikahersteller, die Ersten auf dem Markt zu sein, allenfalls auf ihre Markteintrittsabsicht nach Maßgabe der erwarteten Gewinne auswirken kann, nicht aber als solches auf ihre Fähigkeit zum Markteintritt, hat die Kommission in Rn. 1182 des angefochtenen Beschlusses entgegen dem Vorbringen der Klägerinnen zu Recht dieses Interesse der Generikahersteller als irrelevant für ihre Beurteilung der geltend gemachten Verzögerungen angesehen. Die Fähigkeit zum Markteintritt ist nämlich anhand des Kriteriums der lebensfähigen wirtschaftlichen Strategie (siehe oben, Rn. 318) zu prüfen; sie ist schon bei einem schlicht einträglichen Eintritt und nicht erst bei der einträglichsten von mehreren Eintrittsmöglichkeiten gegeben, da der betreffende Generikahersteller als Erster in den Markt eintreten würde und er allein während eines bestimmten Zeitraums mit dem Hersteller des Originalpräparats im Wettbewerb stünde (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 8. September 2016, Xellia Pharmaceuticals und Alpharma/Kommission, T-471/13, nicht veröffentlicht, mit Rechtsmittel angefochten, ECLI:EU:T:2016:460, Rn. 124).



**341**Folglich sind sämtliche Rügen, die sich gegen die Beurteilung des potenziellen Wettbewerbs in zeitlicher Hinsicht durch die Kommission richten, zurückzuweisen.

Zum Kriterium der Wahrnehmung der auf dem Markt tätigen Wirtschaftsteilnehmer

**342**Im angefochtenen Beschluss hat die Kommission, gestützt auf die Urteile vom 12. Juli 2011, Hitachi u. a./Kommission (T-112/07, ECLI:EU:T:2011:342), und vom 21. Mai 2014, Toshiba/Kommission (T-519/09, nicht veröffentlicht, ECLI:EU:T:2014:263), ausgeführt, dass die Wahrnehmung eines bereits auf dem Markt tätigen Wirtschaftsteilnehmers bei der Beurteilung des potenziellen Wettbewerbs eine Rolle spiele. Wenn ein solcher Wirtschaftsteilnehmer, der über Erfahrung verfüge, eine Wettbewerbsbedrohung durch Generikahersteller wahrnehme, könne von einer solchen Wahrnehmung ein Wettbewerbsdruck auf sein Marktverhalten ausgehen und diese sei für die Beurteilung des potenziellen Wettbewerbs relevant. Nach dem Urteil vom 14. April 2011, Visa Europe und Visa International Service/Kommission (T-461/07, ECLI:EU:T:2011:181), könne der potenzielle Wettbewerb von der bloßen Existenz eines marktfremden Unternehmens ausgehen, und schon diese könne zu einem in der Wahrscheinlichkeit des Markteintritts liegenden Wettbewerbsdruck führen (Rn. 1160 bis 1162). Folglich sei für die Frage, ob die Generikahersteller einen Wettbewerbsdruck auf Servier ausgeübt hätten, auch die Wahrnehmung des auf dem Markt tätigen Wirtschaftsteilnehmers, Servier, und der übrigen Generikahersteller berücksichtigt worden (Rn. 1163). Im vorliegenden Fall seien die Generikahersteller sowohl von Servier als auch von ihren Generika-Rivalen als potenzielle Wettbewerber wahrgenommen worden (Rn. 1183).

**343**Es ist festzustellen, dass die Kommission im angefochtenen Beschluss das Kriterium der Wahrnehmung des auf dem Markt tätigen Wirtschaftsteilnehmers als eines von mehreren Kriterien dafür herangezogen hat, ob die Generikahersteller potenzielle Wettbewerber waren, wie das in der vorstehenden Rn. 342 erwähnte Adverb „auch“ und die Prüfung der übrigen Kriterien zur Beurteilung des potenziellen Wettbewerbs für jedes dieser Unternehmen zeigen (siehe unten, Rn. 432 bis 438, 579 bis 585 und 718 bis 722).

**344**Entgegen dem Vorbringen der Klägerinnen steht die Verwendung des Kriteriums der Wahrnehmung des auf dem Markt tätigen Wirtschaftsteilnehmers als eines von mehreren Kriterien zur Beurteilung des potenziellen Wettbewerbs im Einklang mit der einschlägigen Rechtsprechung, wie sie von den Klägerinnen angeführt wird.

**345**Anders als die Klägerinnen geltend machen, hat das Gericht nämlich das Kriterium der Wahrnehmung des auf dem Markt tätigen Wirtschaftsteilnehmers im Urteil vom 12. Juli 2011, Hitachi u. a./Kommission (T-112/07, ECLI:EU:T:2011:342), klar für den Nachweis des Bestehens von potenziellem Wettbewerb berücksichtigt. Wie sich aus den Rn. 90, 226 und 319 dieses Urteils, auf die in Rn. 1160 des angefochtenen Beschlusses verwiesen wird, ergibt, waren die zwischen den europäischen und den japanischen Herstellern geschlossenen Vereinbarungen nicht nur ein gewichtiges Indiz, dass Letztere von Ersteren als ernsthafte Wettbewerber auf dem europäischen Markt wahrgenommen wurden, sondern zeigten auch, dass es für die japanischen Hersteller Möglichkeiten zum Eindringen in den europäischen Markt gab (vgl. in diesem Sinne auch Urteil vom 21. Mai 2014, Toshiba/Kommission, T-519/09, nicht veröffentlicht, ECLI:EU:T:2014:263, Rn. 231). Das Gericht hat zwar auch den potenziellen Wettbewerb objektiv analysiert, indem es u. a. die Fähigkeit der japanischen Hersteller geprüft hat, in den europäischen Markt einzutreten (Urteil vom 12. Juli 2011, Hitachi u. a./Kommission, T-112/07, ECLI:EU:T:2011:342, Rn. 157 und 160), worauf im Übrigen die Kommission in Rn. 1160

des angefochtenen Beschlusses hinweist. Diese objektive Analyse zeigt jedoch nur, dass das subjektive Kriterium der Wahrnehmung des auf dem Markt tätigen Wirtschaftsteilnehmers nur eines von mehreren Kriterien für die Beurteilung des Bestehens von potenziellem Wettbewerb ist.

**346**In dem von den Klägerinnen angeführten Urteil vom 29. Juni 2012, E.ON Ruhrgas und E.ON/Kommission (T-360/09, [ECLI:EU:T:2012:332](#), Rn. 115), hat das Gericht entschieden, dass das Bestehen einer Vereinbarung und damit die Wahrnehmung der Parteien dieser Vereinbarung allein nicht ausreichte, um das Bestehen von potenziellem Wettbewerb zum Zeitpunkt der Unterzeichnung der Vereinbarung darzutun oder notwendig zu implizieren. Entgegen dem Vorbringen der Klägerinnen ist in diesem Urteil somit nicht entschieden worden, dass das Kriterium der Wahrnehmung des auf dem Markt tätigen Wirtschaftsteilnehmers irrelevant ist, sondern nur, dass die Wahrnehmung dieses Wirtschaftsteilnehmers allein nicht für den Nachweis des Bestehens von potenziellem Wettbewerb genügt, wenn dafür weitere Anhaltspunkte fehlen.

**347**Folglich ist nach der Rechtsprechung das Kriterium der Wahrnehmung des auf dem Markt tätigen Wirtschaftsteilnehmers ein relevantes, aber nicht ausreichendes Kriterium für die Beurteilung des Bestehens von potenziellem Wettbewerb. Wie die Klägerinnen zutreffend geltend machen, kann nämlich allein aufgrund der Wahrnehmung der betreffenden Wirtschaftsteilnehmer - auch wenn sie erfahren sind - wegen des subjektiven und damit je nach Wirtschaftsteilnehmer variablen Charakters ihrer Kenntnis des Marktes wie auch ihrer Beziehungen zu ihren hypothetischen Wettbewerbern ein bestimmter anderer Wirtschaftsteilnehmer nicht als einer ihrer potenziellen Wettbewerber angesehen werden. Dagegen kann diese Wahrnehmung die Fähigkeit eines Wirtschaftsteilnehmers zum Eintritt in einen Markt bestätigen und damit zu seiner Einstufung als potenzieller Wettbewerber beitragen (vgl. in diesem Sinne Urteile vom 8. September 2016, Lundbeck/Kommission, [T-472/13](#), mit Rechtsmittel angefochten, [ECLI:EU:T:2016:449](#), Rn. 103 und 104, und vom 8. September 2016, Sun Pharmaceutical Industries und Ranbaxy [UK]/Kommission, [T-460/13](#), nicht veröffentlicht, mit Rechtsmittel angefochten, [ECLI:EU:T:2016:453](#), Rn. 88).

**348**Das Vorbringen, mit dem die Klägerinnen rügen, dass die Kommission die Wahrnehmung der auf dem Markt tätigen Wirtschaftsteilnehmer für den Nachweis des Bestehens von potenziellem Wettbewerb berücksichtigt hat, ist folglich zurückzuweisen.

- Zu den durch die Patente der Klägerinnen gebildeten Hindernissen für den potenziellen Wettbewerb

**349**Die Klägerinnen und die Streithelferin werfen der Kommission vor, sie habe die Generikahersteller trotz der Hindernisse, die die von Servier gehaltenen Patente für deren Markteintritt darstellten, als potenzielle Wettbewerber eingestuft.

**350**Im angefochtenen Beschluss hat die Kommission ausgeführt, die Parteien könnten nicht unter Berufung auf das Urteil vom 1. Juli 2010, AstraZeneca/Kommission ([T-321/05](#), [ECLI:EU:T:2010:266](#), Rn. 362), mit Erfolg geltend machen, dass der Markteintritt unmöglich sei, weil das Bestehen eines Patents jede Wettbewerbsmöglichkeit ausschließe, und daraus ableiten, dass die Patente von Servier eine „einseitige Sperre“ im Sinne der Leitlinien von 2004 für Technologietransfer-Vereinbarungen schufen, die überdies im vorliegenden Fall nicht anwendbar seien (Rn. 1167 und 1168 sowie Fn. 1638).

**351**Die Kommission hat dem hinzugefügt, erstens hätten die Generikahersteller jedenfalls die Möglichkeit gehabt, die Patente von Servier anzufechten. Sie verweist hierzu auf das Urteil vom 25. Februar 1986, Windsurfing International/Kommission (193/83, [ECLI:EU:C:1986:75](#), Rn. 92), wonach es im öffentlichen Interesse liege, alle Hindernisse für die Wirtschaftstätigkeit, die sich aus einem zu Unrecht erteilten Patent ergeben könnten, insbesondere durch Klagen gegen die Gültigkeit des Patents auszuräumen, und auf das Urteil vom 6. Dezember 2012, AstraZeneca/Kommission ([C-457/10 P](#), [ECLI:EU:C:2012:770](#), Rn. 108), dem sich entnehmen lasse, dass potenzieller Wettbewerb schon vor Ablauf des Patents auf das Molekül bestehen könne (Rn. 1132, 1165 und 1169 sowie Fn. 1640 des angefochtenen Beschlusses). Der Umstand, dass Servier eine Verletzung ihrer Patente geltend gemacht habe oder geltend machen werde, sei ohne Belang für die Frage, ob diese Patente den Markteintritt für die Generika hätten versperren können, wobei zu beachten sei, dass es keine Vermutung für eine Patentverletzung gebe und keine Gerichtsentscheidung vorliege, mit der eine solche Patentverletzung während des relevanten Zeitraums festgestellt worden sei (Rn. 1169 bis 1171 des angefochtenen Beschlusses). Was die wahrgenommene Möglichkeit der Ungültigkeit oder der Verletzung der Patente von Servier angehe, werde sich die Kommission auf die Einschätzungen durch die Parteien selbst und durch Dritte stützen, wie sie in Dokumenten dargelegt seien, die aus der Zeit vor dem Abschluss der streitigen Vereinbarungen oder der Zeit dieses Abschlusses stammten (Rn. 1172 des angefochtenen Beschlusses).

**352**Nach Ansicht der Kommission boten sich den Generikaherstellern zweitens auch alternative Wege für den Zugang zu den Märkten, auf denen die Rechtsstreitigkeiten geführt worden seien (Rn. 1175). Zum einen habe es ihnen freigestanden, Perindopril auf die Gefahr hin auf den Markt zu bringen, dass der Hersteller des Originalpräparats eine Verletzungsklage erhebe. Wegen der Praxis der Einreichung des Verfahrenspatents nach Ablauf des Patents für das Molekül seien nahezu alle Verkäufe nach diesem Ablauf riskant gewesen, und der Risikomarkteintritt von Apotex im Jahr 2006 habe zu einem Urteil geführt, mit dem das Patent 947 für ungültig erklärt und Servier zu Schadensersatz verurteilt worden sei (Rn. 1176 und 1177 des angefochtenen Beschlusses). Zum anderen hätten die Generikahersteller ihre Verfahren zur Vermeidung von Verletzungsvorwürfen anpassen können, sei es direkt oder durch einen Wechsel des Anbieters des pharmazeutischen Wirkstoffs. Auch wenn diese Änderungen gegebenenfalls zu genehmigungsrechtlichen Verzögerungen geführt hätten, seien sie doch ein gangbarer alternativer Weg für den Marktzugang gewesen (Rn. 1178 des angefochtenen Beschlusses).

**353**Die Kommission hat in Rn. 1179 des angefochtenen Beschlusses festgestellt:

„[D]ie Vergleiche wurden geschlossen, als das Patent auf das Molekül abgelaufen war und alle Generikahersteller direkt oder indirekt in Gerichtsverfahren oder Streitigkeiten verwickelt waren, die eines oder mehrere der verbleibenden Patente von Servier betrafen, sei es als Beklagte in Verletzungsverfahren oder als Kläger oder Widerkläger in Verfahren zur Ungültigerklärung dieser Patente. Die Generikahersteller konnten auch andere patentrechtliche Schritte als mögliche Wege für den Marktzugang wählen. Die Kommission wird eingehend prüfen, ob die Generikahersteller, die die patentrechtlichen Hindernisse überwinden und ihr generisches Perindopril auf den Markt bringen wollen, trotz der Patente von Servier eine Quelle von Wettbewerbsdruck für diese waren. Dazu

ist darauf hinzuweisen, dass alle von dem vorliegenden Beschluss erfassten Vereinbarungen zu einem Zeitpunkt geschlossen wurden, da Ungewissheit darüber bestand, ob irgendeines der Patente verletzt worden war, und insbesondere, ob das Patent 947 ungültig sein konnte. Das bloße Bestehen der Patente von Servier und die Berufung auf sie haben somit nicht jede Möglichkeit potenziellen oder tatsächlichen Wettbewerbs verhindert.“

**354**Die Klägerinnen und die Streithelferin machen im Wesentlichen geltend, diese Analyse der Kommission lasse die mit einem für gültig erklärten oder als gültig vermuteten Patent verbundenen Wirkungen, wie sie in den Rechtsvorschriften vorgesehen oder in der Rechtsprechung anerkannt seien, außer Betracht. Zudem habe die Kommission die Leitlinien von 2004 und die von 2014 für Technologietransfer-Vereinbarungen und bestimmte Erwägungen nicht beachtet, die sie im angefochtenen Beschluss und in anderen Beschlüssen bei der Beurteilung des Missbrauchs einer beherrschenden Stellung durch Servier angestellt habe.

Zur Nichtbeachtung der Wirkungen der für gültig erklärten oder als gültig vermuteten Patente von Servier

**355**Nach Ansicht der Klägerinnen und der Streithelferin stellt ein als gültig vermutetes Patent zumindest ab der Gültigerklärung und bis zu seinem Ablauf ein gesetzliches Verbot des Eindringens in den Markt dar, das jeden potenziellen Wettbewerb ausschließe.

**356**Aus Rn. 108 des Urteils vom 6. Dezember 2012, *AstraZeneca/Kommission* (C-457/10 P, ECLI:EU:C:2012:770), das die Kommission im angefochtenen Beschluss anführt (siehe oben, Rn. 351), ergibt sich jedoch, dass ein potenzieller Wettbewerb auch schon vor Ablauf eines Patents bestehen kann. Im Einzelnen hat der Gerichtshof entschieden, dass ergänzende Schutzzertifikate, mittels deren die Wirkungen eines Patents verlängert werden sollen, eine erhebliche Ausschlusswirkung nach Ablauf der Grundpatente haben, dass sie aber auch die Marktstruktur verändern, indem sie den potenziellen Wettbewerb bereits vor Patentablauf beeinträchtigen, wobei die Ausübung eines potenziellen Wettbewerbs vor Ablauf der Patente unabhängig davon festgestellt wurde, dass die in Rede stehenden ergänzenden Schutzzertifikate auf betrügerische oder unrechtmäßige Weise erlangt worden waren (Urteil vom 8. September 2016, *Lundbeck/Kommission*, T-472/13, mit Rechtsmittel angefochten ECLI:EU:T:2016:449, Rn. 164). Somit hindert das ausschließliche Recht, das das Patent darstellt, nicht die Entfaltung von potenziellem Wettbewerb während des betreffenden Ausschließlichkeitszeitraums.

**357**Wie die Klägerinnen und die Streithelferin ausführen, hat nämlich ein solches ausschließliches Recht zwar normalerweise zur Folge, die Wettbewerber fernzuhalten, weil sie dieses ausschließliche Recht aufgrund staatlicher Vorschriften beachten müssen (Urteil vom 1. Juli 2010, *AstraZeneca/Kommission*, T-321/05, ECLI:EU:T:2010:266, Rn. 362; siehe auch oben, Rn. 234), doch betrifft diese Wirkung des Ausschlusses von Wettbewerb tatsächliche Wettbewerber, die patentverletzende Erzeugnisse vermarkten. Das Patent verleiht seinem Inhaber das ausschließliche Recht, eine Erfindung für die Herstellung und das erste Inverkehrbringen von Industrieerzeugnissen zu nutzen, sowie das Recht, sich gegen jede Patentverletzung zur Wehr zu setzen (Urteile vom 31. Oktober 1974, *Centrafarm und de Peijper*, 15/74, ECLI:EU:C:1974:114, Rn. 9, und vom 16. Juli 2015, *Huawei Technologies*, C-170/13, ECLI:EU:C:2015:477, Rn. 46; siehe auch oben, Rn. 234), es hindert aber als solches Wirtschaftsteilnehmer nicht daran, die erforderlichen Schritte zu unternehmen, um bei Ablauf des Patents in den betreffenden Markt eintreten

zu können, und so auf den Inhaber des Patents einen Wettbewerbsdruck auszuüben, der für einen potenziellen Wettbewerb vor dem Ablauf des Patents kennzeichnend ist. Ebenso wenig hindert es Wirtschaftsteilnehmer daran, die für die Herstellung und die Vermarktung eines nicht patentverletzenden Erzeugnisses nötigen Maßnahmen zu treffen, um ab ihrem Markteintritt als tatsächliche Wettbewerber des Patentinhabers und bis dahin gegebenenfalls als potenzielle Wettbewerber angesehen zu werden (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 8. September 2016, Lundbeck/Kommission, T-472/13, mit Rechtsmittel angefochten, ECLI:EU:T:2016:449, Rn. 164).

**358** Dies gilt umso mehr, als im Arzneimittelsektor, in dem die Bestimmungen über die Erteilung der Genehmigungen für das Inverkehrbringen, die für den Vertrieb eines Arzneimittels auf dem Markt erforderlich sind, den zuständigen Behörden erlauben, eine Genehmigung für das Inverkehrbringen zu erteilen, obwohl das Referenzerzeugnis durch ein Patent geschützt ist. Nach der RL 2001/83/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 6. November 2001 zur Schaffung eines Gemeinschaftskodexes für Humanarzneimittel (ABl. 2001, L 311, S. 67) in geänderter Fassung können nämlich Anträge auf Erteilung einer Genehmigung für das Inverkehrbringen von Generika in einem abgekürzten Verfahren behandelt werden, in dem die Test- und Versuchsergebnisse zugrunde gelegt werden, die mit den für das Originalpräparat gestellten Anträgen auf Erteilung der Genehmigungen für das Inverkehrbringen übermittelt wurden, und die Daten betreffend diese Ergebnisse können herangezogen werden und erlauben daher die Erteilung einer Genehmigung für das Inverkehrbringen vor Ablauf des Patents für das Originalpräparat (Art. 10 der RL 2001/83; vgl. auch Rn. 74 und 75 des angefochtenen Beschlusses). Somit sehen die Bestimmungen über die Vermarktung von Arzneimitteln selbst vor, dass ein Generikahersteller während des für das Patent des Herstellers des Originalpräparats bestehenden Schutzzeitraums dank einer rechtmäßig erteilten Genehmigung für das Inverkehrbringen in den Markt eintreten oder zumindest das Verfahren zur Erlangung einer solchen Genehmigung einleiten kann. Entgegen dem Vorbringen der Klägerinnen gilt dies auch für die nationalen Rechtsvorschriften zur Umsetzung der RL 2001/83, da sich aus dem von ihnen angeführten Abschlussbericht der Kommission über die Untersuchung im Arzneimittelsektor vom 8. Juli 2009 ergibt, dass die slowakischen Behörden ihre Rechtsvorschriften in diesem Sinne geändert haben und die ungarischen Behörden nur eine „Patenterklärung“ verlangen, mit der sich der Generikahersteller verpflichtet, vor Ablauf des in Rede stehenden Patents kein rechtsverletzendes Erzeugnis zu vermarkten. Der von den Klägerinnen hervorgehobene Umstand, dass nach einer internen E-Mail von Servier „die Perindopril-Vorgänge [bestimmter Generikahersteller] anscheinend von den [slowakischen Behörden] so lange blockiert werden, wie das Patent 947 in Kraft ist“, kann diese Feststellung nicht in Frage stellen.

**359** Das System des Patentschutzes ist vielmehr so ausgestaltet, dass zwar eine Vermutung zugunsten der Gültigkeit von Patenten besteht, sobald sie eingetragen sind (Urteil vom 1. Juli 2010, AstraZeneca/Kommission, T-321/05, ECLI:EU:T:2010:266, Rn. 362), diese Gültigkeitsvermutung aber nicht ipso facto bedeutet, dass alle auf den Markt gebrachten Erzeugnisse rechtsverletzend sind (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 8. September 2016, Lundbeck/Kommission, T-472/13, mit Rechtsmittel angefochten, ECLI:EU:T:2016:449, Rn. 121 und 122). Wie die Kommission im angefochtenen Beschluss (siehe oben, Rn. 351) zu Recht ausführt und ohne dass die Klägerinnen dem speziell widersprochen hätten, wird eine Rechtsverletzung nicht vermutet, sondern muss

vielmehr von einem Gericht festgestellt werden. Nach dem Urteil vom 25. Februar 1986, Windsurfing International/Kommission (193/83, [ECLI:EU:C:1986:75](#), Rn. 52), könnte nämlich ein privater Wirtschaftsteilnehmer und Inhaber eines Patents, wenn er seine eigene Beurteilung des Vorliegens einer Verletzung seines Patentrechts an die Stelle derjenigen der zuständigen Behörde setzen könnte, diese Beurteilung zur Erweiterung des Schutzbereichs seines Patents nutzen (vgl. auch Rn. 1171 und Fn. 1642 des angefochtenen Beschlusses). Folglich hat ein Wirtschaftsteilnehmer die Möglichkeit, das Risiko eines Markteintritts mit einem das gültige Patent möglicherweise verletzenden Erzeugnis einzugehen, wobei dieser Markteintritt oder diese Markteinführung, die mit Risiken verbunden sind (vgl. u. a. Rn. 75 und 1176 des angefochtenen Beschlusses), erfolgreich sein kann, wenn der Patentinhaber von der Erhebung einer Patentverletzungsklage absieht oder wenn eine solche Klage, wäre sie erhoben worden, abgewiesen wird (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 8. September 2016, Lundbeck/Kommission, [T-472/13](#), mit Rechtsmittel angefochten, [ECLI:EU:T:2016:449](#), Rn. 128 und 165). Diese Möglichkeit eines Risikomarkteintritts deutet darauf hin, dass die Patente keine unüberwindlichen Hindernisse für einen Markteintritt der Generikahersteller sind, sie bedeutet aber als solche nicht, dass diese über tatsächliche und konkrete Eintrittsmöglichkeiten verfügen, die von ihrer Fähigkeit und ihrer Absicht abhängen, einen solchen Risikomarkteintritt vorzunehmen.

**360**Entgegen dem Vorbringen der Streithelferin kehrt dieser Ansatz der Kommission nicht die an Patente geknüpfte Gültigkeitsvermutung um, indem das Bestehen von potenziellem Wettbewerb angenommen wird, wenn nicht ein Gericht die Gültigkeit des Patents bestätigt und die Verletzung des gültigen Patents festgestellt hat. Die Streithelferin geht von einem unzutreffenden Verständnis des angefochtenen Beschlusses aus, da die Kommission dort im Wesentlichen und zu Recht befunden hat (siehe die vorstehenden Rn. 357 bis 359), dass bis zum Erlass einer gerichtlichen Entscheidung über die Gültigkeit des Patents und das Bestehen einer Verletzung die Vermutung der Gültigkeit des Patents nicht an einem Risikomarkteintritt hindert (Rn. 1171 und 1176 des angefochtenen Beschlusses), nicht aber, dass bis zum Erlass einer solchen Entscheidung die Ungültigkeit des Patents vermutet wird.

**361**Es ist hervorzuheben, dass auch dann, wenn eine zuständige Behörde das in Rede stehende Patent für gültig erklärt, keine Vermutung einer Rechtsverletzung besteht. Da nämlich ein Patent als solches Wettbewerber nicht an einem tatsächlichen oder potenziellen Markteintritt hindert, schließt die Gültigerklärung dieses Patents, wenn sie nicht mit der Feststellung einer Rechtsverletzung verbunden ist, einen potenziellen Wettbewerb ebenso wenig aus. Somit genügt entgegen dem Vorbringen der Klägerinnen der Umstand, dass das EPA mit Entscheidung vom 27. Juli 2006 das Patent 947 für gültig erklärt hat, allein nicht, um die Entfaltung eines potenziellen Wettbewerbs zu verhindern.

**362**Diese Erwägungen werden durch die von der Streithelferin angeführte Rechtsprechung nicht in Frage gestellt.

**363**Zum einen betreffen nämlich die Urteile vom 15. September 1998, European Night Services u. a./Kommission ([T-374/94](#), [T-375/94](#), [T-384/94](#) und [T-388/94](#), [ECLI:EU:T:1998:198](#)), und vom 29. Juni 2012, E.ON Ruhrgas und E.ON/Kommission ([T-360/09](#), [ECLI:EU:T:2012:332](#)), nicht Rechte des geistigen Eigentums, sondern Ausschließlichkeitsrechte, die die Erbringung der in Rede stehenden Dienstleistungen und den Zugang zur Infrastruktur tatsächlich oder rechtlich verhinderten. Selbst wenn die im

Urteil vom 29. Juni 2012, E.ON Ruhrgas und E.ON/Kommission (T-360/09, ECLI:EU:T:2012:332, Rn. 102), erwähnten „faktischen Gebietsmonopole“ den ausschließlichen Rechten, die Patente darstellen (siehe oben, Rn. 234), nicht unähnlich sind, geht aus diesem Urteil hervor, dass das Gericht das Fehlen von potenziellem Wettbewerb nicht aus dem bloßen Bestehen dieser Monopole, sondern daraus abgeleitet hat, dass die Kommission nicht rechtlich hinreichend dargetan hatte, dass für einen anderen Gasanbieter tatsächliche und konkrete Möglichkeiten bestanden, trotz dieser Monopole in den deutschen Gasmarkt einzutreten, womit es anerkannt hat, dass solche Monopole als solche nicht ausreichen, um das Bestehen von potenziellem Wettbewerb auszuschließen (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 29. Juni 2012, E.ON Ruhrgas und E.ON/Kommission, T-360/09, ECLI:EU:T:2012:332, Rn. 103 bis 107).

**364**Zum anderen sind zwar die Urteile vom 31. Mai 1979, Hugin Kassaregister und Hugin Cash Registers/Kommission (22/78, ECLI:EU:C:1979:138), und vom 6. Oktober 1994, Tetra Pak/Kommission (T-83/91, ECLI:EU:T:1994:246), zu Rechten des geistigen Eigentums - das zweite zu Patenten - ergangen, doch kann ihnen nicht entnommen werden, dass die in Rede stehenden Patente und anderen Rechte des geistigen Eigentums unüberwindliche Hindernisse für einen Markteintritt darstellten, die das Bestehen von potenziellem Wettbewerb ausschlossen. Im Urteil vom 31. Mai 1979, Hugin Kassaregister und Hugin Cash Registers/Kommission (22/78, ECLI:EU:C:1979:138, Rn. 9), hat der Gerichtshof das Bestehen eines Monopols, das die Klägerin im Übrigen eingeräumt hatte, und damit das Fehlen eines tatsächlichen Wettbewerbs auf dem Markt für die von der Klägerin hergestellten Registrierkassen aus einem Bündel von „wirtschaftlichen Gründen“ abgeleitet, von denen einer, aber nicht der einzige - wie im Übrigen näher aus dem Sitzungsbericht in dieser Rechtssache (S. 1885) hervorgeht - die Rechtsvorschriften des Vereinigten Königreichs über das Urheberrecht an Mustern und Modellen waren. Im Urteil vom 6. Oktober 1994, Tetra Pak/Kommission (T-83/91, ECLI:EU:T:1994:246, Rn. 110), hat das Gericht zwar befunden, dass die zahlreichen in Rede stehenden Patente dem Zugang neuer Wettbewerber zum Markt für aseptische Maschinen entgegenstanden. Angesichts der vom Gericht hervorgehobenen Vielzahl von Patenten, des Bestehens technologischer Schranken, das ebenfalls für die Feststellung von Hindernissen berücksichtigt wurde, und vor allem des Vorhandenseins eines Wettbewerbers mit einem Marktanteil von 10% kann daraus aber nicht abgeleitet werden, dass die Patente als solche als unüberwindliche Hindernisse für den Eintritt in diesen Markt angesehen wurden.

**365**Die vorstehenden Erwägungen werden auch nicht durch den ebenfalls von den Klägerinnen angeführten Art. 9 Abs. 1 der RL 2004/48 in Frage gestellt, wonach die Mitgliedstaaten sicherstellen, dass die zuständigen Gerichte die Möglichkeit haben, auf Antrag des Antragstellers gegen den angeblichen Verletzer eine einstweilige Maßnahme anzuordnen, um eine drohende Verletzung eines Rechts des geistigen Eigentums zu verhindern oder einstweilig die Fortsetzung angeblicher Verletzungen dieses Rechts zu untersagen.

**366**Derartige einstweilige gerichtliche Maßnahmen oder Anordnungen verhindern zwar den Markteintritt eines mutmaßlichen Verletzers und so die Ausübung eines tatsächlichen Wettbewerbs auf diesem Markt während des in diesen Maßnahmen festgelegten Zeitraums. Wegen dieser Einstweiligkeit und des Fehlens einer Entscheidung, mit der endgültig über das Vorliegen einer Rechtsverletzung befunden und eine solche festgestellt wird sowie die gebotenen Abhilfemaßnahmen getroffen werden, sind diese einstweiligen

Maßnahmen oder Anordnungen nur temporäre und keine unüberwindlichen Hindernisse, mit denen Schritte zur Vermarktung des angeblich rechtsverletzenden Erzeugnisses und so die Entfaltung eines potenziellen Wettbewerbs verhindert werden.

**367** Angesichts der begrenzten Zeit, über die die zuständige Behörde für ihre Prüfung und den Erlass ihrer Entscheidung verfügt, und der nach Art. 9 Abs. 3 der RL 2004/48 für den Erlass einer einstweiligen Maßnahme geltenden Anforderungen, insbesondere der Notwendigkeit einer hinreichend sicheren Überzeugung, dass ein Recht des geistigen Eigentums verletzt ist, ist der Erlass solcher einstweiliger Entscheidungen nur auf eine Prima-facie-, notwendig summarische Prüfung der behaupteten Rechtsverletzung gestützt, die nach einer eingehenderen Würdigung der für die Feststellung einer Rechtsverletzung erforderlichen Voraussetzungen bestätigt oder gegebenenfalls verneint wird. Zudem haben die betreffenden Generikahersteller die Möglichkeit, den Erlass einer für sie ungünstigen Entscheidung zu verhindern, und zwar nicht nur durch den Vortrag von Gegenargumenten im Hauptsacheverfahren, sondern auch, indem sie parallel die Gültigkeit dieses Patents im Wege einer Widerklage in Frage stellen. Somit kann der Erlass einer einstweiligen Maßnahme oder Anordnung und erst recht die bloße Gefahr eines solchen Erlasses in Anbetracht u. a. des Erlasses solcher einstweiligen Entscheidungen gegenüber anderen Generikaherstellern als solcher nicht die Eigenschaft des tatsächlich oder potenziell von einer solchen Entscheidung betroffenen Generikaherstellers als potenzieller Wettbewerber ausschließen.

**368** Zudem hat eine Entscheidung in der Sache, mit der das Vorliegen einer Rechtsverletzung festgestellt würde, selbst vorläufigen Charakter, solange mögliche Rechtsbehelfe nicht ausgeschöpft sind. Entgegen dem Vorbringen der Streithelferin hat die Kommission nämlich zu Recht in den Rn. 1132 und 1169 des angefochtenen Beschlusses befunden, dass die Anfechtung der Patente und der zu diesen ergangenen Entscheidungen „Ausdruck ... des Wettbewerbs“ im Patentbereich sei. In Anbetracht der Gefahr der Rechtsverletzung, der jeder Generikahersteller ausgesetzt ist, und der fehlenden Zuständigkeit privater Wirtschaftsteilnehmer für die Entscheidung über das Vorliegen der Rechtsverletzung, auf die bereits hingewiesen worden ist (siehe oben, Rn. 359), ist eine gerichtliche Klage eines der dem Generikahersteller zur Verfügung stehenden Mittel, um diese Gefahr zu verringern und in den Markt einzutreten, indem er entweder eine Erklärung, dass keine Rechtsverletzung vorliegt, oder die Ungültigerklärung des möglicherweise verletzten Patents erwirkt (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 8. September 2016, Lundbeck/Kommission, [T-472/13](#), mit Rechtsmittel angefochten, [ECLI:EU:T:2016:449](#), Rn. 122). Daraus ergibt sich auch, dass, solange dem Generikahersteller Rechtsbehelfe offenstehen, um die betreffenden Patente anzufechten und ihre Verletzung zu bestreiten und ihm so einen Zugang zum Markt zu eröffnen, angenommen werden kann, dass diese Patente grundsätzlich keine unüberwindlichen Hindernisse für diesen Zugang darstellen.

Zur Nichtbeachtung der Leitlinien von 2004 und der von 2014 für Technologietransfer-Vereinbarungen

**369** Es ist nicht zu erkennen, dass die Kommission die Leitlinien von 2004 und die von 2014 für Technologietransfer-Vereinbarungen, ihre Anwendbarkeit im vorliegenden Fall vorausgesetzt, in dem angefochtenen Beschluss nicht beachtet hätte.

**370** Erstens wird entgegen dem Vorbringen der Klägerinnen und der Streithelferin in den Entscheidungen, mit denen die Gültigkeit der in Rede stehenden Patente festgestellt wird,



insbesondere in der Entscheidung des EPA vom 27. Juli 2006, nicht festgestellt, dass wegen der Patente eine „Sperrposition“ im Sinne der Leitlinien von 2004 und der von 2014 für Technologietransfer-Vereinbarungen besteht, durch die die Entfaltung eines potenziellen Wettbewerbs verhindert wird. In den Leitlinien von 2004 für Technologietransfer-Vereinbarungen (Rn. 32) wie in denen von 2014 (Rn. 32) werden Sperrpositionen als Situationen definiert, in denen ein Wirtschaftsteilnehmer nicht in den Markt eintreten kann, ohne die Rechte des geistigen Eigentums eines anderen Wirtschaftsteilnehmers zu verletzen. Entscheidungen, mit denen die Gültigkeit eines Patents festgestellt wird, hindern aber als solche nicht an einem Risikomarkteintritt, der nur durch eine Entscheidung verhindert werden kann, mit der die Verletzung des betreffenden Rechts des geistigen Eigentums, also des in Rede stehenden Patents festgestellt wird (siehe oben, Rn. 359 und 361). Somit sind mit den in den Leitlinien von 2004 für Technologietransfer-Vereinbarungen (Rn. 32) genannten „Gerichtsentscheidungen“ und den in den Leitlinien von 2014 genannten „rechtskräftigen Gerichtsentscheidung[en]“, die als sicherer Nachweis einer Sperrposition gelten, nicht Entscheidungen gemeint, mit denen die Gültigkeit eines Patents, sondern solche, mit denen die Verletzung dieses Patents festgestellt wird.

**371**Zweitens ist der Kommission entgegen dem Vorbringen der Klägerinnen auch keine Nichtbeachtung der in den Leitlinien von 2014 für Technologietransfer-Vereinbarungen enthaltenen Empfehlungen für die Prüfung des potenziellen Wettbewerbs bei Fehlen einer durch Gerichtsentscheidung festgestellten Sperrposition vorzuwerfen. Nach Rn. 31 der Leitlinien von 2014 für Technologietransfer-Vereinbarungen kann ein Wirtschaftsteilnehmer „als potenzieller Wettbewerber auf dem Produktmarkt betrachtet werden, wenn er ohne die Vereinbarung im Falle einer geringfügigen, aber dauerhaften Erhöhung der Produktpreise wahrscheinlich die notwendigen zusätzlichen Investitionen tätigen würde, um in den relevanten Markt einzutreten. Die Wahrscheinlichkeit des Markteintritts sollte auf der Grundlage realistischer Annahmen, das heißt des Sachverhalts des jeweiligen Falls, bewertet werden.“ Ferner heißt es in Rn. 33 dieser Leitlinien:

„Wenn in Ermangelung beispielsweise einer rechtskräftigen Gerichtsentscheidung keine Sicherheit in Bezug auf das Vorliegen einer Sperrposition besteht, müssen die Parteien bei der Beurteilung der Frage, ob sie potenzielle Wettbewerber voneinander sind, alle zum jeweiligen Zeitpunkt vorliegenden Umstände berücksichtigen, einschließlich der Möglichkeit, dass Rechte des geistigen Eigentums verletzt werden, sowie der Frage, ob es eine wirksame Möglichkeit gibt, bestehende Rechte des geistigen Eigentums zu umgehen. Wenn weit fortgeschrittene Pläne zum Eintritt in einen bestimmten Markt bestehen oder im Hinblick darauf bereits erhebliche Investitionen getätigt wurden, kann dies dafür sprechen, dass die Parteien zumindest potenzielle Wettbewerber sind, wengleich eine Sperrposition nicht ausgeschlossen werden kann. ...“

**372**Wie sich aber aus den Rn. 323 und 325 des vorliegenden Urteils ergibt, hat die Kommission in diesem Fall das Kriterium der tatsächlichen und konkreten Möglichkeiten für die Feststellung herangezogen, dass die in Rede stehenden Generikahersteller potenzielle Wettbewerber waren, und hat sich somit im Einklang mit den vorstehend angeführten Randnummern der Leitlinien von 2014 für Technologietransfer-Vereinbarungen nicht darauf gestützt, dass ein Eintritt nicht unmöglich war, sondern auf dessen Wahrscheinlichkeit, beurteilt anhand realistischer Motive und der verfügbaren

Daten, die u. a. den Streitstand zwischen den Parteien, den Stand der Entwicklung ihrer Erzeugnisse und ihre Schritte zur Erlangung von Genehmigungen für das Inverkehrbringen betrafen (siehe auch unten, Rn. 432 bis 438, 579 bis 585 und 718 bis 722). Soweit das Vorbringen der Klägerinnen dahin zu verstehen sein sollte, dass sie damit die von der Kommission getroffene Feststellung der Wahrscheinlichkeit eines Markteintritts der Generikahersteller in Frage stellen, wird es nachstehend im Rahmen der Prüfung der Rügen untersucht, mit denen die Eigenschaft jedes einzelnen dieser Unternehmen als potenzieller Wettbewerber bestritten wird.

**373**Hinzuzufügen ist auch, dass entgegen dem Vorbringen der Streithelferin aus dieser Untersuchung der Wahrscheinlichkeit eines Markteintritts der Generikahersteller, wie sie in den Leitlinien von 2004 und den von 2014 für Technologietransfer-Vereinbarungen verlangt wird und von der Kommission durchgeführt worden ist, hervorgeht, dass das Bestehen von potenziellem Wettbewerb nicht ipso facto aus dem festgestellten Fehlen einer Sperrposition abzuleiten ist, sondern dass ihr Nachweis eine echte Untersuchung erfordert, die dazu führen kann, dass einem Unternehmen trotz des Fehlens einer durch die Patente bedingten Sperrposition die Eigenschaft des potenziellen Wettbewerbers nicht zuerkannt wird.

Zu dem im angefochtenen Beschluss enthaltenen Widerspruch

**374**Nach Ansicht der Klägerinnen widerspricht die Position der Kommission deren im angefochtenen Beschluss vorgenommener Beurteilung des Missbrauchs einer beherrschenden Stellung durch Servier. Insbesondere habe sie in widersprüchlicher Weise die Ausschlusswirkung der Patente von Servier in dem Teil des angefochtenen Beschlusses anerkannt, der dem Missbrauch der beherrschenden Stellung von Servier gewidmet sei (Rn. 2572, 2857 und 2972), und die Gefahr des Ausschlusses der Generikahersteller vom Markt infolge dieser Patente in dem Teil des angefochtenen Beschlusses verneint, der Art. 101 AEUV betreffe.

**375**Dieser Vorwurf eines Widerspruchs kann schon an dieser Stelle zurückgewiesen werden, ohne dass auf die Definition der relevanten Märkte einzugehen ist, die die Kommission im Rahmen ihrer Untersuchung der wettbewerbsbeschränkenden Wirkungen der streitigen Vereinbarungen und des Missbrauchs einer beherrschenden Stellung durch Servier vorgenommen hat.

**376**Erstens ist nämlich darauf hinzuweisen, dass die Kommission im angefochtenen Beschluss (Rn. 2857 und 2972) zwar das Fehlen einer tatsächlich lebensfähigen Quelle von Wettbewerb auf dem Markt festgestellt hat, dass sich aber der Begriff der Lebensfähigkeit, der in diesen Randnummern zur Definition des relevanten Marktes - der vorgelagerte Markt für die Technologie zur Herstellung des pharmazeutischen Wirkstoffs von Perindopril - und zur Feststellung des Bestehens einer beherrschenden Stellung auf diesem Markt zum Zweck der Anwendung von Art. 102 AEUV verwendet wird, von dem Begriff unterscheidet, anhand dessen im Rahmen der Anwendung von Art. 101 AEUV beurteilt wird, ob ein Markteintritt wirtschaftlich lebensfähig ist. Er hat eine weitere Bedeutung im Sinne einer „wirtschaftlichen und rechtlichen Lebensfähigkeit“, und diese rechtliche Lebensfähigkeit ist eng dahin zu verstehen, dass sie ausgeschlossen ist, wenn auf dem Markt ein Patent besteht, da dieses verhindert, die patentgeschützte Technologie als durch die in Rede stehende Technologie austauschbar anzusehen (Fn. 3386 des angefochtenen Beschlusses; vgl. auch Rn. 2748 und 2754 des angefochtenen Beschlusses). Um die Relevanz der Ausführungen der Kommission in den Rn. 2857 und

2972 des angefochtenen Beschlusses im vorliegenden Zusammenhang auszuschließen, sei noch darauf hingewiesen, dass diese das Bestehen eines tatsächlichen und wirksamen Wettbewerbs auf dem in Rede stehenden Markt und nicht die Aussichten für einen Markteintritt von potenziellen Wettbewerbern betreffen.

**377** Ferner ist zweitens darauf hinzuweisen, dass die Kommission in den anderen von den Klägerinnen angeführten Passagen des angefochtenen Beschlusses (Rn. 2571 und 2572), die der Definition des Marktes für das Endprodukt und der Feststellung des Bestehens einer beherrschenden Stellung auf diesem Markt gewidmet sind, im Wesentlichen befunden hat, dass die Patente von Servier erhebliche, aber keine absoluten Schranken für einen Markteintritt seien, was im Einklang mit ihrer Beurteilung des potenziellen Wettbewerbs auf diesem Markt steht.

Zum Widerspruch zwischen dem angefochtenen Beschluss und anderen Entscheidungen oder Beschlüssen der Kommission

**378** Nach Ansicht der Klägerinnen und der Streithelferin steht die Haltung der Kommission im Widerspruch zu einigen ihrer früheren Beschlüsse (Entscheidung 94/770/EG der Kommission vom 6. Oktober 1994 zu einem Verfahren nach Artikel [101 AEUV] und Artikel 53 des EWR-Abkommens [Sache IV/34.776 - Pasteur Merieux/Merck] und Beschluss C[2013] 8535 final der Kommission vom 26. November 2013 zu einem Verfahren nach Artikel 6 der Verordnung Nr. 139/2004 [Sache COMP/M.6944 - Thermo Fisher Scientific/Life Technologies]). Während die Kommission in diesen anderen Beschlüssen aus dem Bestehen der Patente oder von Patentrechtsstreitigkeiten abgeleitet habe, dass es keinen starken Wettbewerbsdruck seitens der Generikahersteller gegeben habe, habe sie im angefochtenen Beschluss die Generikahersteller trotz des Bestehens solcher Rechtsstreitigkeiten, die zu deren Ausschluss vom Markt führen könnten, als potenzielle Wettbewerber von Servier angesehen, die in der Lage seien, einen starken Wettbewerbsdruck auf das Perindopril von Servier auszuüben.

**379** Hierzu ist festzustellen, dass der angefochtene Beschluss jedenfalls nicht im Widerspruch zu den von den Klägerinnen und der Streithelferin angeführten Beschlüssen der Kommission steht. Zunächst ist, da die Patente grundsätzlich keine unüberwindlichen Hindernisse für den Markteintritt eines Wettbewerbers darstellen, solche Hindernisse aber je nach Ausgang des Patentrechtsstreits schaffen und sich auf die tatsächlichen und konkreten Möglichkeiten zum Eintritt auswirken können (siehe oben, Rn. 359 bis 368, und unten, Rn. 442 bis 453, 589 bis 597 sowie 726 bis 735), nicht ausgeschlossen, dass die Kommission in einigen ihrer Beschlüsse, darunter den beiden vorgenannten, aus dem Bestehen von Patenten das Fehlen eines potenziellen Wettbewerbs ableiten konnte. Sodann hat die Kommission in diesen beiden Beschlüssen die Feststellung des Bestehens von Markteintrittsschranken oder des Fehlens eines potenziellen Wettbewerbs nicht nur auf das Bestehen von Patenten oder von Patentrechtsstreitigkeiten gestützt, sondern auch auf andere Faktoren wie die Schwierigkeit der Erlangung von Genehmigungen für das Inverkehrbringen, den Umfang der nötigen Investitionen oder die bestehenden Geschäftsbeziehungen, so dass nicht gefolgert werden kann, dass das Bestehen von Patenten oder von Patentrechtsstreitigkeiten als solches die Entfaltung von potenziellem Wettbewerb verhindert.

**380** Aus alledem folgt, dass die Kommission rechtsfehlerfrei in den Patenten von Servier im vorliegenden Fall keine unüberwindlichen Hindernisse für den Markteintritt der Generikahersteller gesehen hat. Zum Zeitpunkt des Abschlusses der streitigen

Vereinbarungen lag nämlich keine endgültige Entscheidung über eine Verletzungsklage vor, mit der der rechtsverletzende Charakter der Erzeugnisse dieser Unternehmen festgestellt worden war.

**381**Zu prüfen bleibt, ob die Kommission auch zutreffend angenommen hat, dass die Generikahersteller unter Berücksichtigung ihrer jeweiligen besonderen Merkmale tatsächliche und konkrete Möglichkeiten des Eintritts in den betreffenden Markt hatten; hierzu ist auf die im Rahmen des spezifischen Vorbringens zu jeder dieser Vereinbarungen angeführten Argumente einzugehen, mit denen das Bestehen solcher Möglichkeiten in Abrede gestellt wird. Diese Prüfung der Rügen, die gegen die Beurteilung der tatsächlichen und konkreten Markteintrittsmöglichkeiten der Generikahersteller durch die Kommission gerichtet sind, muss anhand der folgenden vier Grundsätze und Erwägungen erfolgen.

**382**Erstens ist nach der Rechtsprechung zum Bestehen tatsächlicher und konkreter Möglichkeiten des Eintritts in einen Markt (siehe oben, Rn. 318) der wesentliche Gesichtspunkt, auf dem die Einstufung als potenzieller Wettbewerber beruhen muss, die Markterschließungsfähigkeit des Unternehmens, während seine Markterschließungsabsicht für die Prüfung, ob es als potenzieller Wettbewerber auf dem betreffenden Markt angesehen werden kann, zwar von Bedeutung ist, aber nur ergänzend berücksichtigt wird. Genauer gesagt ist die Absicht, in einen Markt einzutreten, weder erforderlich für die Feststellung des Bestehens von potenziellem Wettbewerb auf diesem Markt (Urteil vom 14. April 2011, *Visa Europe und Visa International Service/Kommission*, T-461/07, [ECLI:EU:T:2011:181](#), Rn. 169), noch kann sie dieses in Frage stellen, sie ist jedoch, wenn sie nachgewiesen ist, geeignet, die Fähigkeit zum Markteintritt zu bestätigen und so zur Einstufung eines Wirtschaftsteilnehmers als potenzieller Wettbewerber beizutragen.

**383**Auch das Kriterium, dass der Markteintritt einer lebensfähigen wirtschaftlichen Strategie, wie sie von der genannten Rechtsprechung gefordert wird, entspricht, ist kein autonomes und von dem Hauptkriterium der Markteintrittsfähigkeit und dem ergänzenden Kriterium der Eintrittsabsicht verschiedenes Kriterium (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 8. September 2016, *Xellia Pharmaceuticals und Alpharma/Kommission*, T-471/13, nicht veröffentlicht, mit Rechtsmittel angefochten, [ECLI:EU:T:2016:460](#), Rn. 81). Zum einen wird es nämlich in den genannten Urteilen als Erläuterung des tatsächlichen und konkreten Charakters der Markteintrittsmöglichkeiten angeführt und geht der mit der Wendung „Daraus ergibt sich zwangsläufig“ eingeleiteten Nennung des Hauptkriteriums der Markteintrittsfähigkeit und des ergänzenden Kriteriums der Eintrittsabsicht voraus. Zum anderen wird es in diesen Urteilen nicht gesondert und unabhängig von der Prüfung der Markteintrittsfähigkeit und -absicht untersucht, da aus dem Umstand, dass ein Unternehmen sowohl die - an seinen Produktions- und Vermarktungsmitteln sowie seinen finanziellen Ressourcen zu erkennende - Fähigkeit zum Markteintritt als auch die - u. a. auf den Gewinn- und Rentabilitätsaussichten beruhende - Markteintrittsabsicht hat, vernünftigerweise geschlossen werden kann, dass dieser Markteintritt einer lebensfähigen wirtschaftlichen Strategie für das betreffende Unternehmen entspricht.

**384**Zweitens können, wie die Kommission zu Recht im angefochtenen Beschluss (Rn. 1172; siehe auch oben, Rn. 351) ausführt, die von den Parteien selbst vorgenommenen Einschätzungen der Möglichkeiten, dass die Patente der Klägerinnen ungültig sind oder

dass eine Verletzung dieser Patente vorliegt, für die Feststellung berücksichtigt werden, ob die Generikahersteller tatsächliche und konkrete Möglichkeiten des Markteintritts hatten (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 8. September 2016, Lundbeck/Kommission, [T-472/13](#), mit Rechtsmittel angefochten, [ECLI:EU:T:2016:449](#), Rn. 141). Da nämlich eine Entscheidung einer öffentlichen Stelle über die Verletzung und die Gültigkeit der Patente von Servier fehlt, können die Einschätzungen der Parteien selbst hinsichtlich der Möglichkeiten, dass die Patente der Klägerinnen ungültig sind oder dass eine Verletzung dieser Patente vorliegt, einen Hinweis auf die Absichten dieser Parteien geben, u. a. was die Einleitung von Rechtsstreitigkeiten angeht. Wenn sie von Generikaherstellern stammen, können sie nach Maßgabe ihrer subjektiven Wahrnehmung der betreffenden Patente zum Nachweis ihrer Absicht beitragen, in den Markt einzutreten, nicht aber als solche zum Nachweis ihrer Fähigkeit zum Markteintritt, da nur die nationalen Gerichte und das EPA dafür zuständig sind, die Verletzung und die Gültigkeit der Patente festzustellen (siehe oben, Rn. 243 und 359). Da die Absicht als ein für die Feststellung der tatsächlichen und konkreten Möglichkeiten des Markteintritts relevantes Kriterium angesehen wird (siehe oben, Rn. 382), können die subjektiven Einschätzungen der Parteien für den Nachweis solcher Möglichkeiten berücksichtigt werden. Da aber die Absicht, einen Markt zu erschließen, auch wenn sie für die Feststellung relevant ist, ob ein Unternehmen als potenzieller Wettbewerber eingestuft werden kann, nur ergänzend berücksichtigt wird, werden auch diese Einschätzungen für die Feststellung, ob dieses Unternehmen ein potenzieller Wettbewerber ist, nur ergänzend herangezogen. Sie müssen zudem anderen Gesichtspunkten gegenübergestellt werden, die die Absichten eines Unternehmens hinsichtlich seines Markteintritts ebenso gut bezeugen können.

**385**Drittens ist das Bestehen tatsächlicher und konkreter Markteintrittsmöglichkeiten zum Zeitpunkt des Abschlusses der streitigen Vereinbarungen zu beurteilen (vgl. in diesem Sinne Urteile vom 8. September 2016, Lundbeck/Kommission, [T-472/13](#), mit Rechtsmittel angefochten, [ECLI:EU:T:2016:449](#), Rn. 138, 139 und 203, und vom 8. September 2016, Sun Pharmaceutical Industries und Ranbaxy [UK]/Kommission, [T-460/13](#), nicht veröffentlicht, mit Rechtsmittel angefochten, [ECLI:EU:T:2016:453](#), Rn. 94 und 95). Für die Feststellung, ob solche Vereinbarungen wettbewerbsbeschränkend im Sinne von Art. [101](#) AEUV sind, ist nämlich zu prüfen, welcher - tatsächliche oder potenzielle - Wettbewerb zur Zeit ihres Abschlusses auf dem in Rede stehenden Markt bestand. Folglich können Vorbringen und Dokumente, die sich auf Daten aus der Zeit nach Abschluss der streitigen Vereinbarungen beziehen, nicht berücksichtigt werden, da solche Daten die Durchführung dieser Vereinbarungen und nicht die Wettbewerbslage zum Zeitpunkt ihres Abschlusses widerspiegeln.

**386**Viertens obliegt die Beweislast für das Bestehen tatsächlicher und konkreter Möglichkeiten des Markteintritts eines Wettbewerbers und allgemeiner das Vorliegen einer Zuwiderhandlung (Art. [2](#) der Verordnung Nr. 1/2003) der Kommission (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 8. September 2016, Lundbeck/Kommission, [T-472/13](#), mit Rechtsmittel angefochten, [ECLI:EU:T:2016:449](#), Rn. 105). Da aber der Großteil der Daten, anhand deren die Markteintrittsfähigkeit und -absicht der Generikahersteller und damit ihre tatsächlichen und konkreten Möglichkeiten dazu nachgewiesen werden können, interne Daten dieser Unternehmen sind, die Letzteren am besten zugänglich sind, ist festzustellen, dass die Kommission in Ermangelung gegenteiliger Beweise für technische, rechtliche, geschäftliche oder finanzielle Schwierigkeiten das Bestehen solcher Möglichkeiten im Einzelfall hinreichend nachgewiesen hat, wenn sie ein Bündel von

übereinstimmenden Indizien angeführt hat, die zumindest Schritte zur Herstellung und zur Vermarktung des betreffenden Erzeugnisses in so naher Zukunft belegen, dass davon Druck auf den auf dem Markt tätigen Wirtschaftsteilnehmer ausgeht. Aus solchen Schritten kann nämlich abgeleitet werden, dass das betreffende Unternehmen nicht die Fähigkeit, sondern auch die Absicht hatte, das Risiko eines Markteintritts einzugehen (vgl. in diesem Sinne Rn. 33 der Leitlinien von 2014 für Technologietransfer-Vereinbarungen; vgl. in diesem Sinne auch Urteil vom 8. September 2016, Arrow Group und Arrow Generics/Kommission, T-467/13, nicht veröffentlicht, mit Rechtsmittel angefochten, ECLI:EU:T:2016:450, Rn. 81).

2) Zum Kriterium der Verpflichtung der Generikahersteller zur Beschränkung ihrer unabhängigen Bemühungen um einen Markteintritt

i) Vorbringen der Parteien (nicht wiedergegeben)

ii) Würdigung durch das Gericht

**391**Zunächst ist festzustellen, dass die Kommission im angefochtenen Beschluss die allgemeine Zulässigkeit von Nichtangriffs- und Vermarktungsverbotsklauseln nicht isoliert geprüft hat. Wie sich aus Rn. 1154 des angefochtenen Beschlusses ergibt, hat sie sich für die Feststellung, ob die in Rede stehenden Vereinbarungen bezweckte Wettbewerbsbeschränkungen darstellten, nicht auf die Prüfung beschränkt, ob sie Nichtangriffs- und Vermarktungsverbotsklauseln enthielten, sondern hat auch untersucht, ob die Parteien des Vergleichs potenzielle Wettbewerber waren und ob die Nichtangriffs- und Vermarktungsverbotsklauseln auf einer Wertübertragung durch den Hersteller des Originalpräparats an den Generikahersteller beruhten, die einen Anreiz für dieses Unternehmen darstellte, von der Ausübung von Wettbewerbsdruck auf den Inhaber des Patents abzusehen. Folglich können die Klägerinnen und die Streithelferin der Kommission nicht vorwerfen, sie habe das bloße Vorhandensein von Nichtangriffs- und Vermarktungsverbotsklauseln in einem Vergleich als ausreichend für den Nachweis seines wettbewerbswidrigen Charakters angesehen.

**392**Was sodann das Vorbringen der Klägerinnen und der Streithelferin angeht, jeder Vergleich enthalte notwendig Nichtangriffs- und Vermarktungsverbotsklauseln, ist auf die Ausführungen oben in den Rn. 258 bis 275 zu verweisen, in denen dargelegt worden ist, unter welchen Voraussetzungen die Kommission im Fall solcher Klauseln das Vorliegen einer bezweckten Wettbewerbsbeschränkung feststellen kann.

**393**Das Vorbringen der Klägerinnen und der Streithelferin zur Anwendung der Theorie der Nebenabreden im vorliegenden Fall ist unter Bezugnahme auf Rn. 291 des vorliegenden Urteils zurückzuweisen.

**394**Zum Vorbringen der Klägerinnen, die Kommission habe eine Vereinbarung, durch die ein Generikahersteller verpflichtet wurde, sich bis zur Entscheidung eines parallel geführten Rechtsstreits gegen eine Entschädigung für den Fall des Unterliegens in diesem Rechtsstreit vom Markt zurückzuziehen, schon für unbedenklich erachtet, ist darauf hinzuweisen, dass nach der Rechtsprechung der Grundsatz der Gleichbehandlung, der ein allgemeiner Grundsatz des Unionsrechts ist, gebietet, dass vergleichbare Sachverhalte nicht unterschiedlich und unterschiedliche Sachverhalte nicht gleich behandelt werden, sofern eine solche Behandlung nicht objektiv gerechtfertigt ist (Urteile vom 13. Dezember 1984, Sermide, 106/83, ECLI:EU:C:1984:394, Rn. 28, und vom 14. Mai 1998, BPB de Eendracht/Kommission, T-311/94, ECLI:EU:T:1998:93, Rn. 309).

**395**Ein Unternehmen, das durch sein Verhalten gegen Art. 101 Abs. 1 AEUV verstoßen hat, kann jedoch nicht deshalb jeder Sanktion entgehen, weil gegen ein anderes Unternehmen keine Geldbuße verhängt worden ist. Selbst wenn die Kommission die Lundbeck-Neolab-Vereinbarungen rechtsfehlerhaft als mit Art. 101 Abs. 1 AEUV vereinbar angesehen haben sollte, müsste der Grundsatz der Gleichbehandlung mit der Beachtung des Gebots rechtmäßigen Handelns in Einklang gebracht werden, wonach sich niemand zu seinem Vorteil auf eine zugunsten eines anderen begangene Rechtsverletzung berufen kann (Urteile vom 31. März 1993, Ahlström Osakeyhtiö u. a./Kommission, C-89/85, C-104/85, C-114/85, C-116/85, C-117/85 und C-125/85 bis C-129/85, ECLI:EU:C:1993:120, Rn. 197, und vom 14. Juli 1994, Parker Pen/Kommission, T-77/92, ECLI:EU:T:1994:85, Rn. 86).

**396**Jedenfalls bestehen erhebliche Unterschiede zwischen den streitigen Vereinbarungen und den Lundbeck-Neolab-Vereinbarungen, die die Kommission mit dem Beschluss C(2013) 3803 final vom 19. Juni 2013 in einem Verfahren nach Artikel 101 [AEUV] und Artikel 53 des EWR-Abkommens (Sache AT/39226 - Lundbeck) als wettbewerbsrechtlich unbedenklich eingestuft hat. Aus Rn. 164 dieses Beschlusses geht nämlich hervor, dass Neolab im Oktober 2002 in den Markt für Citalopram im Vereinigten Königreich eingetreten war, dass Lundbeck im November 2002 Klage wegen Verletzung eines ihrer Patente erhoben hatte und dass Neolab daraufhin Widerklage auf Nichtigerklärung des streitigen Patents erhoben hatte. Im Rahmen einer im nationalen Gerichtsverfahren erlassenen freiwilligen einstweiligen Verfügung („voluntary injunction“) hatte sich Neolab mit einer ersten Vereinbarung verpflichtet, ihr Generikum bis zum Erlass des Urteils in einem parallelen Rechtsstreit zwischen Lundbeck und dem Unternehmen Lagap über dasselbe Patent oder bis spätestens 30. November 2003 nicht zu vermarkten. Im Gegenzug hatte sich Lundbeck verpflichtet, im Fall der Ungültigerklärung des betreffenden Patents Schadensersatz an Neolab zu leisten. Nachdem Lundbeck jedoch am 13. Oktober 2003 einen Vergleich mit Lagap geschlossen hatte, waren die Verpflichtungen von Lundbeck und Neolab entfallen, und Neolab hatte den Verkauf seines Generikums am 30. Oktober 2003 wieder aufgenommen. Am 22. Dezember 2003 hatten Neolab und Lundbeck mit einer zweiten Vereinbarung einen Vergleich geschlossen, nach dem Lundbeck an Neolab Schadensersatz zum Ausgleich dafür zahlte, dass das Generikum während des von der freiwilligen einstweiligen Verfügung erfassten Zeitraums nicht verkauft werden konnte, und beide Parteien der Vereinbarung auf die Fortsetzung des Rechtsstreits über die Verletzung des streitigen Patents und dessen Nichtigkeit bis zum 31. März 2004 verzichteten.

**397**Die erste Vereinbarung unterschied sich von den im vorliegenden Fall in Rede stehenden Vereinbarungen dadurch, dass sie nach einem ersten Markteintritt des Generikaherstellers geschlossen wurde, dass die in Rede stehende Wettbewerbsbeschränkung aus einer im Rahmen eines Gerichtsverfahrens erlassenen Verfügung zu folgen schien, dass sie nur eine Nichtvermarktungsverpflichtung für einen begrenzten Zeitraum, nämlich bis zur Entscheidung in einem Rechtsstreit mit dem gleichen Gegenstand, zum Gegenstand hatte und dass sie die Leistung von Schadensersatz durch den Hersteller des Originalpräparats nur für den Fall der Nichtigerklärung seines Patents vorsah.

**398**Die zweite Vereinbarung sah zwar eine Zahlung des Herstellers des Originalpräparats an den Generikahersteller vor, unterschied sich aber gleichfalls von den streitigen

Vereinbarungen, da der Generikahersteller zum Zeitpunkt ihres Abschlusses bereits auf dem Markt tätig war und die Vereinbarung diese Marktpräsenz nicht in Frage stellte. Zudem sollte die Zahlung des Herstellers des Originalpräparats an den Generikahersteller nur ein Ausgleich dafür sein, dass das Generikum während des von der freiwilligen einstweiligen Verfügung erfassten Zeitraums nicht verkauft werden konnte, und so die Erhebung einer Schadensersatzklage durch Neolab verhindern.

**399** Was schließlich das Vorbringen der Klägerinnen angeht, die Kommission müsse nachweisen, dass die Fortsetzung eines Rechtsstreits für die Aufrechterhaltung des Wettbewerbs notwendig und ausreichend sei, um seine Unterbrechung als eine Wettbewerbsbeschränkung ansehen zu können, ist darauf hinzuweisen, dass die Definition der bezweckten Wettbewerbsbeschränkung (siehe oben, Rn. 220 ff.) die Kommission weder dazu verpflichtet, zu messen, in welchem Grad der Wettbewerb durch die streitige Vereinbarung berührt sein kann, noch dazu, nachzuweisen, dass die Fortsetzung eines Rechtsstreits für die Aufrechterhaltung des Wettbewerbs erforderlich ist.

3) Zu dem Kriterium der Wertübertragung zugunsten der Generikahersteller

i) Vorbringen der Parteien (nicht wiedergegeben)

ii) Würdigung durch das Gericht

**406** Zunächst ist festzustellen, dass die Kommission im angefochtenen Beschluss nicht befunden hat, dass schon die Tatsache einer Wertübertragung durch den Hersteller des Originalpräparats an den Generikahersteller allein zum Nachweis des Vorliegens einer hinreichend schädlichen Wettbewerbsbeschränkung genügt. Wie sich aus Rn. 1154 des angefochtenen Beschlusses ergibt, hat die Kommission für die Feststellung, ob die in Rede stehenden Vereinbarungen bezweckte Wettbewerbsbeschränkungen darstellten, geprüft, ob die Parteien des Vergleichs potenzielle Wettbewerber waren, ob die Vereinbarungen Nichtangriffs- und Vermarktungsverbotsklauseln enthielten und ob der Generikahersteller gegenüber dem Hersteller des Originalpräparats eine Nichtangriffs- und Nichtvermarktungsverpflichtung im Austausch gegen eine Wertübertragung eingegangen war (siehe auch oben, Rn. 265 bis 272).

**407** Zudem geht aus den Rn. 265 bis 273 des vorliegenden Urteils hervor, dass im Fall einer Patentvergleichsvereinbarung zwischen zwei potenziellen Wettbewerbern, die Nichtangriffs- und Vermarktungsverbotsklauseln enthält, das Bestehen eines Anreizes für den Generikahersteller, sich diesen Klauseln zu unterwerfen, für sich allein die Feststellung einer bezweckten Wettbewerbsbeschränkung begründet.

**408** Diese Feststellung wird durch das Vorbringen der Klägerinnen und die Streithelferin nicht in Frage gestellt.

**409** Was erstens das Vorbringen angeht, die Hersteller von Originalpräparaten müssten in Vergleichen weiter gehende Zugeständnisse machen als die Generikahersteller, da sie größeren Prozessrisiken ausgesetzt seien, ist mit der Kommission festzustellen, dass die Klägerinnen nichts zu dessen Stützung vorgetragen, sondern sich auf eine Bezugnahme auf ihre Antwort auf die Mitteilung der Beschwerdepunkte beschränkt haben. Selbst wenn das Bestehen eines größeren Risikos für den Hersteller des Originalpräparats nachgewiesen wäre, könnte zudem ein solches Risiko eine umgekehrte Wertübertragung, die einen Anreiz für den Generikahersteller zum Verzicht auf seine Markteintrittsbemühungen darstellt, nicht rechtfertigen.



**410**Das Vorbringen der Streithelferin, die nationalen Systeme der Festlegung der Arzneimittelpreise seien nachteilig für die Hersteller von Originalpräparaten und die nationalen Rechtsschutzmechanismen böten keinen wirksamen Schutz gegen den Risikomarkteintritt von Generika, ist, seine Stichhaltigkeit unterstellt, nicht geeignet, eine Vereinbarung mit wettbewerbswidrigem Zweck zu rechtfertigen. Nach ständiger Rechtsprechung kann nämlich nicht hingenommen werden, dass Unternehmen die Wirkungen von Rechtsvorschriften, die sie für allzu ungünstig halten, unter dem Vorwand, dass durch sie ein Ungleichgewicht zu ihren Lasten geschaffen worden sei, zu neutralisieren versuchen, indem sie Kartelle abschließen, die diese Nachteile korrigieren sollen (Urteil vom 27. Juli 2005, *Brasserie nationale u. a./Kommission*, [T-49/02](#) bis [T-51/02](#), [ECLI:EU:T:2005:298](#), Rn. 81; vgl. in diesem Sinne auch Urteil vom 15. Oktober 2002, *Limburgse Vinyl Maatschappij u. a./Kommission*, [C-238/99 P](#), [C-244/99 P](#), [C-245/99 P](#), [C-247/99 P](#), [C-250/99 P](#) bis [C-252/99 P](#) und [C-254/99 P](#), [ECLI:EU:C:2002:582](#), Rn. 487 und 488).

**411**Was das Vorbringen der Klägerinnen betrifft, die Kommission hätte die kaufmännischen Überlegungen und die Gewinnaussichten der Parteien der Vergleiche berücksichtigen müssen, um den Anreizcharakter der Wertübertragung zu beurteilen, so geht aus Rn. 277 des vorliegenden Urteils hervor, dass die Kommission für die Feststellung, ob die Wertübertragung durch den Hersteller des Originalpräparats an den Generikahersteller einen Anreiz darstellte, die Nichtangriffs- und Vermarktungsverbotsklauseln zu akzeptieren, zu Recht geprüft hat, ob die Wertübertragung den vom Generikahersteller getragenen spezifischen Kosten des Vergleichs entsprach. Das entscheidende Kriterium besteht somit in der Ermittlung der vergleichsinhärenten Kosten des Generikaherstellers und nicht in der Berücksichtigung der kaufmännischen Überlegungen der Parteien des Vergleichs.

**412**Dem ist mit Bezug auf das gesamte in den drei vorstehenden Randnummern angeführte Vorbringen hinzuzufügen, dass der Umstand, dass sich ein wettbewerbswidriges Verhalten für ein Unternehmen als rentabelste oder risikoärmste Lösung erweisen kann, die Anwendung von Art. [101](#) AEUV keineswegs ausschließt (vgl. in diesem Sinne Urteile vom 8. Juli 2004, *Corus UK/Kommission*, [T-48/00](#), [ECLI:EU:T:2004:219](#), Rn. 73, und vom 8. Juli 2004, *Dalmine/Kommission*, [T-50/00](#), [ECLI:EU:T:2004:220](#), Rn. 211), insbesondere wenn es darum geht, tatsächliche oder potenzielle Wettbewerber dafür zu bezahlen, dass sie dem Markt fernbleiben (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 8. September 2016, *Lundbeck/Kommission*, [T-472/13](#), mit Rechtsmittel angefochten, [ECLI:EU:T:2016:449](#), Rn. 379 und 380).

**413**Zweitens können die Klägerinnen der Kommission nicht vorwerfen, sie sei von den drei in Rn. 1154 des angefochtenen Beschlusses angeführten Kriterien abgewichen, indem sie Vereinbarungen über den vorzeitigen Markteintritt von Generikaherstellern als rechtmäßig eingestuft habe, obwohl diese Vereinbarungen einen signifikanten Anreiz enthalten hätten. Wie nämlich aus den Rn. 1138, 1200 und 1203 des angefochtenen Beschlusses hervorgeht, hat sich die Kommission auf den Hinweis darauf beschränkt, dass eine Vergleichsvereinbarung, mit der der Markteintritt eines Generikums vor Ablauf des streitigen Patents erlaubt werde, eine wettbewerbsfördernde und damit rechtmäßige Vereinbarung sein könne. Jedoch sehen in einer solchen Vereinbarung die Parteien zwar einen früheren Zeitpunkt für den Markteintritt des Generikums vor, nicht aber die

Gewährung eines Anreizes durch den Hersteller des Originalpräparats für den Generikahersteller, den Markteintritt seines Erzeugnisses hinauszuzögern.

**414**Die Klägerinnen können der Kommission ferner nicht vorwerfen, keine Untersuchung der 57 in ihren jährlichen Überwachungsberichten aufgeführten Vergleiche, die eine Wertübertragung umfassten, durchgeführt zu haben. Zum einen ist hierzu darauf hinzuweisen, dass ein Unternehmen, das durch sein Verhalten gegen Art. 101 Abs. 1 AEUV verstoßen hat, nicht deshalb jeder Sanktion entgehen kann, weil gegen ein anderes Unternehmen keine Geldbuße verhängt worden ist, da der Grundsatz der Gleichbehandlung mit der Beachtung des Gebots rechtmäßigen Handelns in Einklang gebracht werden muss, wonach sich niemand zu seinem Vorteil auf eine zugunsten eines anderen begangene Rechtsverletzung berufen kann (siehe oben, Rn. 395). Zum anderen kann eine Patentvergleichsvereinbarung nicht allein deshalb, weil sie eine Wertübertragung durch den Hersteller des Originalpräparats an den Generikahersteller umfasst, als rechtswidrig angesehen werden, was die Kommission im angefochtenen Beschluss auch nicht getan hat, in dem sie zu Recht geprüft hat, ob die Parteien der Vergleiche potenzielle Wettbewerber waren, ob diese Vergleiche Nichtangriffs- und Vermarktungsverbotsklauseln enthielten und ob der Generikahersteller die Nichtangriffs- und Nichtvermarktungsverpflichtung gegenüber dem Hersteller des Originalpräparats im Austausch gegen eine Wertübertragung eingegangen war (siehe oben, Rn. 406).

**415**Drittens werfen die Klägerinnen der Kommission vor, eine weite Definition der signifikanten Wertübertragung zugrunde gelegt zu haben, indem sie zu Marktbedingungen geschlossene akzessorische Vereinbarungen berücksichtigt habe. Wie die Kommission jedoch zu Recht in Rn. 1190 des angefochtenen Beschlusses ausgeführt hat, kann der durch den Hersteller des Originalpräparats gebotene Anreiz dafür, Nichtangriffs- und Vermarktungsverbotsklauseln zu akzeptieren, die Form einer zu der Vergleichsvereinbarung akzessorischen Vereinbarung haben. Wenn die akzessorischen Vereinbarungen übliche Handelsvereinbarungen darstellen, die für sich bestehen könnten, hat die Kommission im vorliegenden Fall zu Recht geprüft, ob bestimmte akzessorische Vereinbarungen, die integraler Bestandteil der in Rede stehenden Vergleiche waren, mit Wertübertragungen durch den Hersteller des Originalpräparats an den Generikahersteller einhergingen.

**416**Viertens werfen die Klägerinnen der Kommission vor, die Anreize für den Generikahersteller zur Fortsetzung des Rechtsstreits nur im Rahmen der Untersuchung des potenziellen Wettbewerbs und nicht bei der Beurteilung der Wertübertragung berücksichtigt zu haben. Wie sich jedoch aus Rn. 277 des vorliegenden Urteils ergibt, hat die Kommission für die Feststellung, ob die Wertübertragung durch den Hersteller des Originalpräparats an den Generikahersteller einen Anreiz darstellte, Nichtangriffs- und Vermarktungsverbotsklauseln zu akzeptieren, zu Recht geprüft, ob die Wertübertragung den vom Generikahersteller getragenen spezifischen Kosten des Vergleichs entsprach. Das relevante Kriterium liegt somit in der Ermittlung der vergleichsinhärenten Kosten des Generikaherstellers und nicht in einer eventuell zwischen den Parteien bestehenden Informationsasymmetrie oder ihren jeweiligen kaufmännischen Interessen.

**417**Schließlich rügen die Klägerinnen, die Kommission habe bestimmte vertragliche Klauseln der mit Teva, Krka und Lupin geschlossenen Vereinbarungen, durch die der Markteintritt der Generikahersteller habe beschleunigt werden können, außer Betracht

gelassen. Dieses Vorbringen wird im Rahmen der Klagegründe betreffend diese Vereinbarungen geprüft.

**418**Aus alledem ergibt sich, dass die Kommission die drei Kriterien, die sie für die Einstufung der Patentvergleichsvereinbarungen als bezweckte Wettbewerbsbeschränkung herangezogen hat, zutreffend definiert und daher keinen Rechtsfehler bezüglich des Begriffs der bezweckten Wettbewerbsbeschränkung begangen hat.

6. Zu den mit Niche und mit Matrix geschlossenen Vereinbarungen

a) Zur Einstufung von Niche und von Matrix als potenzielle Wettbewerber (nicht wiedergegeben)

b) Zu den Rechts- und Beurteilungsfehlern betreffend die Einstufung der Niche- und der Matrix-Vereinbarung als bezweckte Wettbewerbsbeschränkung

1) Vorbringen der Parteien (nicht wiedergegeben)

2) Würdigung durch das Gericht

**525**Zu den Rechtsfehlern, die die Kommission mit der Einstufung der Niche- und der Matrix-Vereinbarung als bezweckte Wettbewerbsbeschränkung ohne Prüfung der Frage begangen haben soll, ob sie „derart geeignet“ gewesen seien, negative Wirkungen zu haben, und obwohl ihre potenziellen Wirkungen ambivalent gewesen seien (siehe oben, Rn. 503), ist auf die Rn. 223 bis 226, 304 bis 306 und 418 des vorliegenden Urteils zu verweisen. Was die ambivalenten potenziellen Wirkungen angeht, die die Klägerinnen unter Berufung auf die patentrechtlichen sowie technischen, rechtlichen und finanziellen Schwierigkeiten geltend machen, denen sich Niche und Matrix gegenübergesehen hätten, ist hinzuzufügen, dass die Kommission diese zutreffend so beurteilt hat, dass sie die tatsächlichen und konkreten Möglichkeiten von Niche und Matrix, in Wettbewerb mit den Klägerinnen zu treten, nicht beeinträchtigt haben (siehe oben, Rn. 501), so dass aus ihnen nicht abgeleitet werden kann, dass die Niche- und die Matrix-Vereinbarung ambivalente potenzielle Wirkungen entfalteteten.

**526**Was die geltend gemachten Beurteilungsfehler angeht, ist das Vorbringen der Klägerinnen zu prüfen, das das Vorhandensein in der Niche- und der Matrix-Vereinbarung eines als Vorteil wirkenden Anreizes für Niche und Matrix zum einen und einer entsprechenden Beschränkung ihrer Bemühungen, mit dem Hersteller des Originalpräparats in Wettbewerb zu treten, zum anderen betrifft, Voraussetzungen, bei deren Erfüllung das Vorliegen einer bezweckten Wettbewerbsbeschränkung festzustellen ist (siehe oben, Rn. 272). Die Klägerinnen stellen nicht in Abrede, dass die Niche- und die Matrix-Vereinbarung Nichtangriffs- und Vermarktungsverbotsklauseln enthielten, die als solche wettbewerbsbeschränkende Charakter haben (siehe oben, Rn. 257), machen aber geltend, diese Klauseln wiesen im vorliegenden Fall keinen hinreichenden Schädlichkeitsgrad auf und die in der Niche- und in der Matrix-Vereinbarung vorgesehenen Wertübertragungen könnten nicht für als Anreiz wirkende Wertübertragungen erachtet werden.

i) Zum Fehlen einer als Anreiz wirkenden Wertübertragung

**527**Vorab ist darauf hinzuweisen, dass das Vorliegen einer Wertübertragung durch den Hersteller des Originalpräparats an den Generikahersteller allein nicht den Schluss auf das Vorliegen einer bezweckten Wettbewerbsbeschränkung zulässt. Nur wenn es beim Abschluss des Vergleichs zu einer nicht gerechtfertigten umgekehrten Zahlung kommt,

wenn also diese Zahlung als Anreiz für den Generikahersteller wirkt, die Vermarktungsverbots- und Nichtangriffsklauseln zu akzeptieren, ist auf das Vorliegen einer solchen Wettbewerbsbeschränkung zu schließen. In diesem Fall hängen die durch die Vermarktungsverbots- und Nichtangriffsklauseln eingeführten Wettbewerbsbeschränkungen nicht mehr mit dem Patent und dem Vergleich zusammen, sondern sind durch den Anreiz zu erklären (siehe oben, Rn. 265).

**528** Um festzustellen, ob eine umgekehrte Zahlung, d. h. eine Wertübertragung durch den Hersteller des Originalpräparats an den Generikahersteller, einen Anreiz darstellt, Nichtangriffs- und Vermarktungsverbotsklauseln zu akzeptieren, ist unter Berücksichtigung ihrer Natur und ihrer Rechtfertigung zu prüfen, ob sie vergleichsinhärente Kosten deckt (siehe oben, Rn. 277). Im angefochtenen Beschluss hat die Kommission somit zu Recht geprüft, ob die in der Niche- und in der Matrix-Vereinbarung vorgesehene Wertübertragung den vom Generikahersteller getragenen spezifischen Kosten des Vergleichs entsprach (Rn. 1333 bis 1337 und 1461 bis 1464 des angefochtenen Beschlusses).

**529** Wenn die in einer Vergleichsvereinbarung mit wettbewerbsbeschränkenden Klauseln vorgesehene umgekehrte Zahlung die vergleichsinhärenten Kosten des Generikaherstellers ausgleichen soll, kann sie grundsätzlich nicht als Anreiz angesehen werden. Gleichwohl ist die Feststellung des Vorliegens eines Anreizes und einer bezweckten Wettbewerbsbeschränkung in diesem Fall nicht ausgeschlossen. Sie setzt jedoch den Nachweis durch die Kommission voraus, dass die Beträge, die diesen vergleichsinhärenten Kosten entsprechen, auch wenn sie von den Parteien dieses Vergleichs belegt und genau beziffert sind, übermäßig sind (siehe oben, Rn. 278).

**530** Die vergleichsinhärenten Kosten umfassen u. a. die Rechtsverfolgungskosten des Generikaherstellers in einem Rechtsstreit mit dem Hersteller des Originalpräparats. Denn die Übernahme dieser Kosten steht in direktem Zusammenhang mit einem solchen Vergleich. Folglich kann die Kommission, wenn die Höhe der Rechtsverfolgungskosten des Generikaherstellers von den Parteien der Vereinbarung festgestellt worden ist, deren Anreizcharakter nur feststellen, wenn sie dartut, dass sie unverhältnismäßig sind (siehe oben, Rn. 279).

**531** Dagegen liegen bestimmte Kosten des Generikaherstellers a priori zu weit außerhalb des Rechtsstreits und seiner Beilegung, als dass sie als dem Vergleich in einem Patentrechtsstreit inhärent angesehen werden könnten. Es handelt sich z. B. um die Kosten der Herstellung der rechtsverletzenden Erzeugnisse, die deren Lagerwert entsprechen, sowie die für die Bereitstellung dieser Erzeugnisse angefallenen Forschungs- und Entwicklungskosten. Gleiches gilt für die Beträge, die der Generikahersteller wegen außerhalb des Rechtsstreits eingegangener vertraglicher Verpflichtungen (z. B. aus Lieferverträgen) an Dritte zahlen muss. Wenn die Parteien der Vereinbarung wollen, dass die Zahlung dieser Kosten nicht als Anreiz und als Indiz für das Bestehen einer bezweckten Wettbewerbsbeschränkung eingestuft wird, ist es ihre Sache darzutun, dass diese Kosten dem Rechtsstreit oder seiner Beilegung inhärent sind, und sodann ihre Höhe zu rechtfertigen. Sie könnten sich hierfür auch darauf berufen, dass der Betrag zur Erstattung dieser a priori nicht der gütlichen Beilegung des Rechtsstreits inhärenten Kosten unbedeutend sei und daher nicht ausreiche, um einen signifikanten Anreiz dafür darzustellen, die in der Vergleichsvereinbarung vorgesehenen wettbewerbsbeschränkenden Klauseln zu akzeptieren (siehe oben, Rn. 280).

**532**Im vorliegenden Fall geht für die Niche-Vereinbarung, wie die Kommission zu Recht in Rn. 1322 des angefochtenen Beschlusses ausgeführt hat, das Bestehen eines Anreizes klar aus dem Wortlaut der Vereinbarung selbst hervor, in deren Art. 13 es heißt: „Als Gegenleistung für die [in der Vereinbarung vorgesehenen] Verpflichtungen sowie die erheblichen Kosten und potenziellen Verbindlichkeiten, die Niche und Unichem möglicherweise wegen der Einstellung ihres Programms zur Entwicklung von Perindopril unter Verwendung des [streitigen] Verfahrens entstehen, zahlt Servier einen Betrag von 11,8 Mio. GBP an Niche und an Unichem.“ Bei den genannten Verpflichtungen handelt es sich um die Nichtangriffs- und Vermarktungsverbotsklauseln, für die diese Bestimmung somit ausdrücklich eine Zahlung vorsieht.

**533**Diese Auslegung der Niche-Vereinbarung wird zudem nicht durch das Vorbringen der Klägerinnen in Frage gestellt, die Wendung „als Gegenleistung“ sei eine Standardformel des englischen Rechts, mit der die für die Wirksamkeit jedes Vertrags nötige Gegenseitigkeit zum Ausdruck gebracht werde. Selbst wenn nämlich daraus abzuleiten wäre, dass diese Wendung eine Art Stilformel ohne Bedeutung ist, bringt sie doch den Klägerinnen selbst zufolge die Gegenseitigkeit zum Ausdruck und bewirkt, dass der in Art. 13 der Niche-Vereinbarung vorgesehene Betrag für die Übernahme der Verpflichtungen geleistet wird, die Niche mit dieser Vereinbarung auferlegt werden.

**534**Diese Auslegung der Niche-Vereinbarung wird auch weder durch die behauptete Asymmetrie zwischen den für den Hersteller des Originalpräparats und den für den Generikahersteller bestehenden Risiken noch durch das vermeintliche Verhandlungsgeschick von Niche in Frage gestellt. Durch eine solche Risikoasymmetrie wie auch durch das Verhandlungsgeschick des Generikaherstellers lässt sich zwar erklären, welche Gründe den Hersteller des Originalpräparats veranlassen können, erhebliche umgekehrte Zahlungen an den Generikahersteller zu leisten. Die Leistung einer erheblichen Zahlung dient jedoch gerade der Ausschaltung jedes, und sei es auch geringen, Risikos, dass die Generikahersteller in den Markt eintreten könnten, und bestätigt so, dass den Generikaherstellern ihr Fernbleiben vom Markt vom Hersteller des Originalpräparats abgekauft wurde. Zudem ist darauf hinzuweisen, dass der Umstand, dass sich ein wettbewerbswidriges Verhalten für ein Unternehmen als rentabelste oder risikoärmste Lösung erweisen kann oder dass es ein zu seinen Lasten bestehendes Ungleichgewicht korrigieren soll, die Anwendung von Art. 101 AEUV keineswegs ausschließt (vgl. in diesem Sinne Urteile vom 8. Juli 2004, Corus UK/Kommission, T-48/00, ECLI:EU:T:2004:219, Rn. 73, vom 8. Juli 2004, Dalmine/Kommission, T-50/00, ECLI:EU:T:2004:220, Rn. 211, und vom 27. Juli 2005, Brasserie nationale u. a./Kommission, T-49/02 bis T-51/02, ECLI:EU:T:2005:298, Rn. 81), insbesondere wenn es darum geht, tatsächliche oder potenzielle Wettbewerber dafür zu bezahlen, dass sie dem Markt fernbleiben (Urteil vom 8. September 2016, Lundbeck/Kommission, T-472/13, mit Rechtsmittel angefochten, ECLI:EU:T:2016:449, Rn. 379 und 380).

**535**Im vorliegenden Fall ist zudem ohne Belang, dass nach der vorgenannten Bestimmung der Niche-Vereinbarung die Zahlung des Betrags von 11,8 Mio. GBP nach einem nicht festgelegten Schlüssel die Gegenleistung nicht nur für die Nichtangriffs- und Vermarktungsverbotsklauseln, sondern auch für andere Kosten sein sollte, da diese andere Kompensation die Feststellung, dass die wettbewerbsbeschränkenden Klauseln von den Klägerinnen gekauft worden sind, und damit das Bestehen eines Anreizes für Niche, sich diesen Klauseln zu unterwerfen, nicht in Frage stellt.

**536**Diese anderen Kosten, die in der Niche-Vereinbarung beschrieben werden als die „erheblichen Kosten und potenziellen Verbindlichkeiten, die Niche und Unichem möglicherweise wegen der Einstellung ihres Programms zur Entwicklung von Perindopril unter Verwendung des [streitigen] Verfahrens entstehen“, entsprechen nämlich nach der Darstellung von Niche im Verwaltungsverfahren (Rn. 1326 des angefochtenen Beschlusses) und der Klägerinnen selbst in ihren Schriftsätzen den Kosten der Entwicklung des Perindopriils von Niche und der Entschädigung, die Niche ihren Kunden wegen Verletzung ihrer Vertragspflichten diesen gegenüber schuldet. Solche Kosten sind aber a priori dem Vergleich in einem Patentrechtsstreit nicht inhärent (siehe oben, Rn. 531), und die Klägerinnen weisen nicht nach, dass sie der im vorliegenden Fall geschlossenen Vergleichsvereinbarung inhärent sind.

**537**Selbst wenn, wie die Klägerinnen im Wesentlichen geltend machen, die den Kunden von Niche geschuldeten Entschädigungen diesen nicht zugestanden hätten, falls Niche den Rechtsstreit mit den Klägerinnen fortgesetzt hätte, liegen solche Entschädigungen im vorliegenden Fall zu weit außerhalb des Rechtsstreits und seiner Beilegung, als dass sie als diesem Vergleich inhärent angesehen werden könnten, da sie den Klägerinnen zufolge im Fall der „gewillkürten Beendigung des Vorhabens“ geschuldet waren, was eine Kündigung der Verträge mit ihren Kunden bedeutete, und die Vereinbarung Niche die Möglichkeit ließ, ihre vertraglichen Beziehungen zu ihren Kunden nicht zu beenden, sondern lediglich zu suspendieren (Art. 11 der Niche-Vereinbarung). Überdies haben die Klägerinnen in der Sitzung selbst eingeräumt, dass die fraglichen Entschädigungen den Kunden von Niche möglicherweise auch unabhängig von der Niche-Vereinbarung hätten gezahlt werden müssen. Ferner ist darauf hinzuweisen, dass die Angaben der Klägerinnen, mit denen sie die Höhe dieser Entschädigungen bestreiten, die von der Kommission im angefochtenen Beschluss auf 1,3 Mio. GBP geschätzt werden (Rn. 1335), nicht beweiskräftig sind, da sie sich auf darunter liegende Beträge beziehen oder schlichte Behauptungen höherer Beträge enthalten.

**538**Die im angefochtenen Beschluss (Rn. 1334) genannten „Rechtskosten“ hat Niche im Verwaltungsverfahren als in den Entwicklungskosten enthaltene Kosten für Rechtsberatung (Rn. 601 des angefochtenen Beschlusses) dargestellt, die nach Rn. 531 des vorliegenden Urteils nicht vergleichsinhärent sind, während die Klägerinnen sie als „Anwalts- und Patentkosten“ bezeichnen, die zu den vergleichsinhärenten Kosten der Rechtsverfolgung gehören können (siehe oben, Rn. 530). Selbst wenn es sich aber bei dem als „Anwalts- und Patentkosten“ bezeichneten Betrag von 1,1 Mio. GBP um Kosten der Rechtsverfolgung handeln sollte, deren Erstattung grundsätzlich rechtmäßig in einem Vergleich vorgesehen werden kann, kann dieser Betrag nicht zu den Kosten gehören, die dem im vorliegenden Fall geschlossenen Vergleich inhärent sind. Wie sich nämlich aus dem Vorbringen der Klägerinnen und den von ihnen vorgelegten Unterlagen ergibt, betreffen die in Rede stehenden Kosten einen Zeitraum bis Ende 2003, also vor der Entstehung der Rechtsstreitigkeiten zwischen Niche und den Klägerinnen (siehe oben, Rn. 11, 13 und 16), die mit der Niche-Vereinbarung beendet worden sind.

**539**Ergänzend sei dem hinzugefügt, dass, selbst wenn dieser Betrag von 1,1 Mio. GBP zu den Entwicklungskosten und den Kosten der Entschädigungen für die Niche-Kunden hinzugerechnet werden müsste, die von der Kommission im angefochtenen Beschluss auf 1,2 bzw. 1,3 Mio. GBP geschätzt werden (Rn. 1336), ohne dass die Klägerinnen dem

stichhaltig widersprochen haben (siehe u. a. oben, Rn. 537), der sich daraus ergebende Gesamtbetrag (3,6 Mio. GBP) deutlich unter dem Betrag von 11,8 Mio. GBP läge.

**540**Folglich hat die Kommission im angefochtenen Beschluss (Rn. 1348) zutreffend festgestellt, dass die Niche-Vereinbarung einen Anreiz für Niche enthält, sich den in dieser Vereinbarung enthaltenen Vermarktungsverbots- und Nichtangriffsklauseln zu unterwerfen, ohne dass sie darüber hinaus, wie die Klägerinnen geltend machen (siehe oben, Rn. 513) zu prüfen hatte, ob diese Klauseln ohne diese als Anreiz wirkende Zahlung eine weniger wettbewerbsbeschränkende Tragweite gehabt hätten. Die Feststellung eines Anreizes, sich Vermarktungsverbots- und Nichtangriffsklauseln zu unterwerfen, erfordert nämlich nur das Bestehen solcher Klauseln, unabhängig von ihrer mehr oder weniger wettbewerbsbeschränkenden Tragweite, und eine Analyse der durch die fragliche Wertübertragung gedeckten Kosten (siehe oben, Rn. 528 bis 531).

**541**Folglich ist auch die Rüge als ins Leere gehend zurückzuweisen, die Kommission habe einen Beurteilungsfehler begangen mit der Feststellung, dass der nach der Niche-Vereinbarung an Niche gezahlte Betrag den Prognosen von mehr als zehn Verkaufsjahren und mehr als zwanzig Jahren Bruttogewinnspanne entsprochen habe (siehe oben, Rn. 514). Unterstellt, die Kommission hätte einen solchen Fehler begangen, wäre dieser ohne Bedeutung für die Einstufung der Wertübertragung durch die Klägerinnen an Niche als Anreiz, da sich aus den Rn. 536 bis 538 des vorliegenden Urteils ergibt, dass diese Wertübertragung keine vergleichsinhärenten Kosten deckte, und auch nicht vorgetragen noch gar nachgewiesen worden ist, dass der Betrag dieser Übertragung unbedeutend und damit für einen Anreiz nicht ausreichend sei.

**542**Was ferner den zusätzlichen Anreiz angeht, der sich aus dem Betrag ergeben soll, der in Anwendung der Biogaran-Vereinbarung gezahlt worden sein soll (Rn. 1349 bis 1354 des angefochtenen Beschlusses), ist, wie in den nachstehenden Rn. 798 bis 810 näher auszuführen sein wird, der Umstand, dass eine geschäftliche Vereinbarung, die normalerweise keinen Vergleich zum Gegenstand hat und mittels deren eine Wertübertragung durch den Hersteller des Originalpräparats an den Generikahersteller erfolgt, eine Nebenabrede zu einer Vergleichsvereinbarung mit wettbewerbsbeschränkenden Klauseln bildet, ein gewichtiges Indiz für das Vorliegen einer „umgekehrten Zahlung“ darstellt, d. h. einer Wertübertragung, der keine wirkliche unter diese akzessorische geschäftliche Vereinbarung fallende Gegenleistung entspricht (siehe unten, Rn. 804), und damit einer Zahlung, die ebenfalls einen Anreiz darstellt, wenn mit ihr nicht die vergleichsinhärenten Kosten erstattet werden sollen. Hat die Kommission Indizien oder Beweise vorgelegt, die geeignet sind, ein solches gewichtiges Indiz zu untermauern und so das Vorliegen einer umgekehrten Zahlung zu beweisen, können die Parteien der Vereinbarung ihre Version des Sachverhalts vortragen und ihr Vorbringen mit den ihnen verfügbaren Anhaltspunkten dafür untermauern, dass die geschäftliche Vereinbarung, obwohl sie eine zu einer Vergleichsvereinbarung akzessorische Vereinbarung bildet, aus anderen Gründen als dem des Ausschlusses eines Wettbewerbers mittels einer umgekehrten Zahlung gerechtfertigt ist.

**543**Im vorliegenden Fall hat die Kommission mehrere Faktoren angeführt, die zeigen, dass ein Zusammenhang zwischen der Niche- und der Biogaran-Vereinbarung besteht und dass es keine Entsprechung zwischen der in der Biogaran-Vereinbarung vorgesehenen Wertübertragung und den Niche durch diese Vereinbarung auferlegten Verpflichtungen gibt. Zum einen hat sie berücksichtigt, dass die Vereinbarungen während

desselben Zeitraums ausgehandelt und zu demselben Zeitpunkt von denselben Unternehmen geschlossen wurden und dass beide Vereinbarungen eine Zahlung in zwei Raten zu denselben Zeitpunkten vorsahen. Zum anderen hat Niche, obwohl die Klägerinnen vorgetragen haben, dass es keinen Zusammenhang zwischen den beiden Vereinbarungen gebe, angegeben, dass die Klägerinnen die Biogaran-Vereinbarung vorgeschlagen haben, um ihr „die Gesamtheit der im Gegenzug für den Abschluss des Vergleichs vereinbarten Entschädigung“ zukommen zu lassen. Die Kommission hat zudem eine E-Mail des Beraters von Biogaran an Niche vom 4. Februar 2005, in der es heißt: „Angesichts der Beträge, um die es geht, halten wir es für erforderlich, über zusätzliche Rechte an anderen Erzeugnissen und über eine gewisse Freiheit beim Produktangebot zu verfügen“, dahin ausgelegt, dass der an Niche zu zahlende Betrag vor einer Einigung der Parteien über den Bereich der von der Biogaran-Vereinbarung erfassten Erzeugnisse festgesetzt worden war. Die Kommission hat auch festgestellt, dass die Bestimmungen der Biogaran-Vereinbarung, insbesondere die Art. 14.4 und 14.5, deren automatische Kündigung für den Fall vorsahen, dass binnen 18 Monaten keine Genehmigung für das Inverkehrbringen erteilt würde, ohne dass Biogaran eine Entschädigung von Niche fordern könnte, im Gegensatz zu den Bestimmungen in anderen von Biogaran geschlossenen Vereinbarungen über den Erwerb von Produkt-Dossiers. Schließlich hat die Kommission darauf hingewiesen, dass Biogaran mit Ausnahme eines Erzeugnisses keine Genehmigungen für das Inverkehrbringen auf der Grundlage der von Niche verkauften Dossiers erhalten und ihr mit der Biogaran-Vereinbarung zusammenhängender Umsatz zwischen 100 000 und 200.000 Euro gelegen habe.

**544**Die Klägerinnen tragen nichts vor, was diese Analyse in Frage stellen kann, außer einer Rüge, mit der sie die Nichtberücksichtigung des Interesses von Biogaran am Abschluss der Biogaran-Vereinbarung beanstanden. Abgesehen davon, dass ein solches Interesse nicht als ausreichend angesehen werden kann, um den Betrag der in der Biogaran-Vereinbarung vorgesehenen Wertübertragung zu rechtfertigen, ist darauf hinzuweisen, dass aus Rn. 1351 des angefochtenen Beschlusses mehrere Feststellungen hervorgehen, die am Bestehen eines derartigen Interesses von Biogaran zweifeln lassen. Nach diesen von den Klägerinnen nicht bestrittenen Feststellungen war nämlich der von Biogaran an Niche zu zahlende Betrag vereinbart worden, bevor sich beide über die von der Biogaran-Vereinbarung betroffenen Erzeugnisse geeinigt hatten, wobei diese Vereinbarung von den Parteien binnen 18 Monaten gekündigt werden konnte, ohne dass eine von ihnen Anspruch auf eine Entschädigung hatte, und es war keine Erstattung an Biogaran vorgesehen, falls die verkauften Genehmigungen für das Inverkehrbringen nicht innerhalb einer bestimmten Frist erteilt würden. Daher konnte die Kommission in der Biogaran-Vereinbarung einen zusätzlichen Anreiz für Niche sehen, die wettbewerbsbeschränkenden Klauseln der Niche-Vereinbarung zu akzeptieren.

**545**Zu den Anträgen der Klägerinnen, ihnen eine Nichtigerklärung des angefochtenen Beschlusses oder eine Herabsetzung der Geldbuße für Biogaran im Rahmen der Rechtssache T-677/14 zugutekommen zu lassen, ist auf die Rn. 89 bis 99 des vorliegenden Urteils zu verweisen.

**546**Was die Matrix-Vereinbarung angeht, ist darauf hinzuweisen, dass ihr Art. 9 dem Art. 13 der Niche-Vereinbarung ähnlich ist und dass das Vorbringen, mit dem die Beurteilung der Matrix-Vereinbarung durch die Kommission aus denselben Gründen beanstandet wird wie die der Niche-Vereinbarung, mit derselben Begründung zurückzuweisen ist. Zu dem



Vorbringen, das spezifisch gegen die Analyse der Matrix-Vereinbarung durch die Kommission gerichtet ist, wonach Matrix wegen gemeinsamer Haftung mit Niche ebenfalls von der Entschädigung der Niche-Kunden betroffen sei, ist darauf hinzuweisen, dass solche Kosten nicht als vergleichsinhärente Kosten angesehen werden können (siehe oben, Rn. 531) und daher die in der Matrix-Vereinbarung vorgesehene Wertübertragung nicht rechtfertigen können, zumal weder die Klägerinnen noch Matrix nachweisen konnten, dass der Betrag von 11,8 Mio. GBP derartigen Kosten oder anderen vergleichsinhärenten Kosten entsprach.

**547**Folglich hat die Kommission im angefochtenen Beschluss (vgl. u. a. Rn. 1452, 1453, 1463, 1464 und 1467) ebenfalls zutreffend festgestellt, dass die Matrix-Vereinbarung einen Anreiz für Matrix enthielt, sich den in dieser Vereinbarung vorgesehenen Vermarktungsverbots- und Nichtangriffsklauseln zu unterwerfen.

ii) Zum Fehlen hinreichender Schädlichkeit der Nichtangriffs- und Vermarktungsverbotsklauseln

**548**Die Klägerinnen bestreiten nicht, dass die Niche- und die Matrix-Vereinbarung Nichtangriffs- und Vermarktungsverbotsklauseln enthielten.

**549**Gemäß den in der Niche- und der Matrix-Vereinbarung enthaltenen Nichtangriffsklauseln durften diese beiden Unternehmen keine Klage wegen Patentverletzung oder auf Feststellung des Fehlens einer Patentverletzung in Bezug auf die Patente 339, 340, 341, 947, 689 und 948 erheben; Niche willigte außerdem darin ein, ihre beim EPA erhobenen Einsprüche gegen die Patente 947 und 948 zurückzuziehen (Art. 7 und 8 der Niche-Vereinbarung und Art. 5 der Matrix-Vereinbarung). Gemäß den in der Niche- und der Matrix-Vereinbarung enthaltenen Vermarktungsverbotsklauseln durften diese beiden Unternehmen kein Erzeugnis herstellen, besitzen, einführen, liefern, zu liefern anbieten, zu ihrer Verfügung haben und keine Handlung vornehmen, durch die die Patente 339 bis 341 im Zusammenhang mit Perindopril verletzt werden konnten (Art. 3 der Niche-Vereinbarung und Art. 1 der Matrix-Vereinbarung). Sie durften zudem keine Genehmigungen für das Inverkehrbringen von Perindopril beantragen (Art. 10 der Niche-Vereinbarung und Art. 6 der Matrix-Vereinbarung) und mussten ihre mit Dritten geschlossenen Verträge betreffend Perindopril beenden oder aussetzen (Art. 11 der Niche-Vereinbarung und Art. 7 der Matrix-Vereinbarung).

**550**Die Klägerinnen bestreiten jedoch, dass die in der Niche- und der Matrix-Vereinbarung enthaltenen Nichtangriffs- und Vermarktungsverbotsklauseln hinreichend schädlich oder spürbar sind.

**551**Hierzu machen sie als Erstes geltend, Nichtangriffs- und Vermarktungsverbotsklauseln seien Vergleichen inhärent.

**552**Nichtangriffs- und Vermarktungsverbotsklauseln sind zwar zur gütlichen Beilegung bestimmter Patentrechtsstreitigkeiten nötig (siehe oben, Rn. 259), doch verlieren solche Klauseln ihre Rechtfertigung und sind hinreichend schädlich für das Funktionieren des normalen Wettbewerbs, um als bezweckte Wettbewerbsbeschränkung eingestuft werden zu können, wenn der Anreiz, wie er im vorliegenden Fall festgestellt worden ist, und nicht die Anerkennung der Gültigkeit der in Rede stehenden Patente durch die Parteien der wirkliche Grund für die mit diesen Klauseln eingeführten Wettbewerbsbeschränkungen ist (siehe oben, Rn. 270).

**553**Zu dem Vorbringen der Klägerinnen, der durch die Nichtangriffsklausel bedingte Verlust der Chance, in einem Rechtsstreit zu obsiegen, genüge nicht, um eine Vereinbarung, mit der ein tatsächlicher Rechtsstreit gütlich beigelegt werde, als bezweckte Wettbewerbsbeschränkung einzustufen (siehe oben, Rn. 505), ist zudem hervorzuheben, dass die Nichtangriffsklausel zwar nicht als solche einen Markteintritt verhindert, wohl aber u. a. die Erhebung von Klagen, mit denen im Rahmen einer Risikomarkteinführung „der Weg geebnet“ werden soll, und damit die Nutzung eines der Instrumente zur Ermöglichung eines solchen Markteintritts (siehe oben, Rn. 257). Zudem ist darauf hinzuweisen, dass die Kommission im vorliegenden Fall als bezweckte Wettbewerbsbeschränkung nicht die in der Niche- und der Matrix-Vereinbarung enthaltenen Nichtangriffsklauseln allein eingestuft hat, sondern diese Vereinbarungen als Ganzes, die sowohl Nichtangriffs- als auch Vermarktungsverbotsklauseln und einen Anreiz enthalten, sich diesen Klauseln zu unterwerfen (Rn. 1375 und 1481 des angefochtenen Beschlusses).

**554**Die Klägerinnen machen als Zweites geltend, die in der Niche- und in der Matrix-Vereinbarung enthaltenen Nichtangriffs- und Vermarktungsverbotsklauseln wiesen keinen hinreichenden Schädlichkeitsgrad auf, da sich ihre Wirkungen aus dem Bestehen der Patente und nicht aus den Bestimmungen dieser Vereinbarungen ergäben.

**555**Hierzu ist darauf hinzuweisen, dass das Bestehen eines Anreizes für den Generikahersteller, sich Vermarktungsverbots- und Nichtangriffsklauseln zu unterwerfen, die Feststellung einer bezweckten Wettbewerbsbeschränkung erlaubt, und zwar auch dann, wenn die Vergleichsvereinbarung Klauseln enthält, deren Reichweite nicht über die des streitigen Patents hinausgeht (siehe oben, Rn. 273). Selbst wenn also die Vermarktungsverbotsklauseln, wie die Klägerinnen geltend machen, Niche und Matrix nicht an einem Markteintritt mit einem patentverletzenden Erzeugnis hindern und sich auf die Wirkungen einer einstweiligen Verfügung wegen Verletzung der in Rede stehenden Patente beschränken oder ihnen sogar erlauben sollten, auch dank des im Rahmen der Wertübertragung erhaltenen Geldbetrags mit ihren Partnern die Entwicklung des Projekts für ein neues, nicht patentverletzendes Perindopril aufzunehmen (siehe oben, Rn. 506), würden die Niche- und die Matrix-Vereinbarung gleichwohl eine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung darstellen.

**556**Die Klägerinnen stellen als Drittes in Abrede, dass die Nichtangriffsklauseln hinreichend schädlich seien, und machen geltend, diese beträfen nur eines der Unternehmen, die beim EPA Einspruch gegen das Patent 947 erhoben hätten, und hätten wegen der Beschränkung des Rechtsstreits auf den Vorwurf der Patentverletzung keine Auswirkung auf die anderen Generikahersteller.

**557**Selbst wenn diese Behauptungen, die Wirkungen der Niche- und der Matrix-Vereinbarung seien auf die Generikahersteller beschränkt, die Parteien dieser Vereinbarungen seien, zutreffen sollten, würde es deren Ausschluss vom Markt kraft der Nichtangriffs- und Vermarktungsverbotsklauseln als Gegenleistung für eine als Anreiz wirkende Wertübertragung und damit den hinreichenden Schädlichkeitsgrad dieser Vereinbarungen nicht in Frage stellen, so dass die Prüfung ihrer konkreten Wirkungen überflüssig ist.

**558**Folglich hat die Kommission die Niche- und die Matrix-Vereinbarung nicht fehlerhaft als bezweckte Wettbewerbsbeschränkung angesehen.

**559** Dieses Ergebnis wird nicht durch Beurteilungsfehler in Frage gestellt, die die Kommission bei der Darstellung des wirtschaftlichen und rechtlichen Kontexts der Niche- und der Matrix-Vereinbarung und bei der Berücksichtigung der subjektiven Absichten der Parteien begangen haben soll.

**560** Das Vorbringen der Klägerinnen, die Parteien der Niche- und der Matrix-Vereinbarung hätten keine wettbewerbswidrigen Absichten gehabt und rechtmäßige Ziele verfolgt, was namentlich Niche veranlasst habe, von sich aus die Klägerinnen zu kontaktieren, kann weder das Vorliegen eines als Anreiz wirkenden Vorteils noch den wettbewerbsbeschränkenden Charakter der in diesen Vereinbarungen enthaltenen Vermarktungsverbots- und Nichtangriffsklauseln in Frage stellen. Folglich wäre dieses Vorbringen, auch wenn es auf bewiesenen Tatsachen beruhen sollte, jedenfalls nicht geeignet, die Einstufung der Niche- und der Matrix-Vereinbarung als bezweckte Wettbewerbsbeschränkung durch die Kommission in Frage zu stellen.

**561** Dem ist auch hinzuzufügen, dass die Absicht der Parteien kein notwendiges Element für die Feststellung ist, ob eine bestimmte Art der Koordinierung zwischen Unternehmen wettbewerbsbeschränkenden Charakter hat (siehe oben, Rn. 222).

**562** Da zudem die Niche- und die Matrix-Vereinbarung Vermarktungsverbots- und Nichtangriffsklauseln enthielten, deren per se wettbewerbsbeschränkender Charakter nicht stichhaltig in Frage gestellt worden ist, konnte die Kommission diese Vereinbarungen wegen des Bestehens eines Anreizes als Marktausschlussvereinbarungen ansehen, die als solche einen wettbewerbswidrigen Zweck verfolgten. Nach ständiger Rechtsprechung hindert aber der Umstand allein, dass eine Vereinbarung auch zulässige Zwecke verfolgt, nicht an ihrer Einstufung als bezweckte Wettbewerbsbeschränkung (siehe oben, Rn. 222).

**563** Zu den Beurteilungsfehlern, die die Kommission bei der Darstellung des wirtschaftlichen und rechtlichen Kontexts der Niche- und der Matrix-Vereinbarung begangen haben soll, wiederholen die Klägerinnen ihr Vorbringen, mit dem sie unter Hinweis auf ihre Patente und die darüber geführten Rechtsstreitigkeiten sowie auf die finanziellen und rechtlichen Schwierigkeiten von Niche in Abrede stellen, dass Niche und Matrix die Fähigkeit und die Absicht gehabt hätten, in den Markt einzutreten (siehe oben, Rn. 507 und 519). Da dieses Vorbringen im Rahmen des Klagegrundes geprüft und zurückgewiesen worden ist, mit dem die Einstufung von Niche und Matrix als potenzielle Wettbewerber beanstandet wird (siehe oben, Rn. 432 bis 501), kann es die Einstufung der Niche- und der Matrix-Vereinbarung als bezweckte Wettbewerbsbeschränkung nicht in Frage stellen.

**564** Nach alledem ist der Klagegrund, mit dem Rechts- und Beurteilungsfehler hinsichtlich der Einstufung der Niche- und der Matrix-Vereinbarung als bezweckte Wettbewerbsbeschränkung gerügt werden, insgesamt zurückzuweisen.

c) Zu den Rechts- und Beurteilungsfehlern betreffend die Einstufung der Niche- und der Matrix-Vereinbarung als bewirkte Wettbewerbsbeschränkung

**565** Die Klägerinnen werfen der Kommission verschiedene Rechts- und Beurteilungsfehler betreffend die Einstufung der Niche- und der Matrix-Vereinbarung als bewirkte Wettbewerbsbeschränkung vor.

**566** Können bestimmte Gründe eines Beschlusses diesen bereits für sich allein rechtlich hinreichend rechtfertigen, so haben Mängel, mit denen andere Gründe des betreffenden

Rechtsakts gegebenenfalls behaftet sind, keinen Einfluss auf dessen verfügenden Teil. Zudem ist, wenn der verfügende Teil eines Beschlusses der Kommission auf mehreren Begründungspfeilern ruht, von denen jeder für sich ausreichen würde, um ihn zu tragen, dieser Rechtsakt grundsätzlich nur dann für nichtig zu erklären, wenn jeder dieser Pfeiler fehlerhaft ist. In einem derartigen Fall kann ein Fehler oder ein anderer Mangel, der nur einen der genannten Begründungspfeiler betrifft, nicht genügen, um die Nichtigkeitserklärung des streitigen Beschlusses herbeizuführen, da dieser Fehler den von dem betreffenden Organ erlassenen verfügenden Teil des Beschlusses nicht entscheidend beeinflussen kann (vgl. Urteil vom 14. Dezember 2005, General Electric/Kommission, T-210/01, ECLI:EU:T:2005:456, Rn. 42 und 43 sowie die dort angeführte Rechtsprechung).

**567**Wie oben in Rn. 219 ausgeführt worden ist, brauchen für die Beurteilung der Frage, ob ein Kartell nach Art. 101 Abs. 1 AEUV verboten ist, seine konkreten Auswirkungen nicht berücksichtigt zu werden, wenn sich ergibt, dass es eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs auf dem Binnenmarkt bezweckt.

**568**Folglich wirkt sich, wenn die Kommission die Feststellung einer Zuwiderhandlung auf das Vorliegen sowohl einer bezweckten als auch einer bewirkten Wettbewerbsbeschränkung stützt, ein Rechtsfehler in der Begründung betreffend das Vorliegen einer bewirkten Wettbewerbsbeschränkung jedenfalls nicht entscheidend auf den verfügenden Teil des Beschlusses aus, soweit die Begründung zum Vorliegen einer bezweckten Wettbewerbsbeschränkung, das für sich allein die Feststellung einer Zuwiderhandlung begründen kann, nicht mit einem Rechtsfehler behaftet ist.

**569**Im vorliegenden Fall ergibt sich aus der Prüfung des Klagegrundes, mit dem Rechts- und Beurteilungsfehler betreffend die Einstufung der Niche- und der Matrix-Vereinbarung als bezweckte Wettbewerbsbeschränkung gerügt werden, dass die Klägerinnen nicht nachgewiesen haben, dass die Kommission im angefochtenen Beschluss rechtsfehlerhaft befunden hat, dass die in Rede stehenden Vereinbarungen im Sinne von Art. 101 Abs. 1 AEUV eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs innerhalb des Binnenmarkts bezweckten.

**570**Der vorliegende Klagegrund ist daher als ins Leere gehend zurückzuweisen.

7. Zu der mit Teva geschlossenen Vereinbarung

a) Zur Einstufung von Teva als potenzieller Wettbewerber (nicht wiedergegeben)

b) Zu den Rechts- und Beurteilungsfehlern betreffend die Einstufung der Teva-Vereinbarung als bezweckte Wettbewerbsbeschränkung

1) Vorbringen der Parteien (nicht wiedergegeben)

2) Würdigung durch das Gericht

**643**Zu prüfen ist das Vorbringen der Klägerinnen, dass das Vorhandensein in der Teva-Vereinbarung eines als Vorteil wirkenden Anreizes für Teva zum einen und einer entsprechenden Beschränkung ihrer Bemühungen, mit dem Hersteller des Originalpräparats in Wettbewerb zu treten, zum anderen betrifft, Voraussetzungen, bei deren Erfüllung das Vorliegen einer bezweckten Wettbewerbsbeschränkung festzustellen ist (siehe oben, Rn. 272). Da im vorliegenden Fall die Feststellung des Bestehens eines als Vorteil wirkenden Anreizes von der Feststellung des wettbewerbsbeschränkenden Charakters bestimmter Klauseln der Teva-Vereinbarung abhängt, sind zunächst die gegen die Beurteilung der Klauseln der Vereinbarung gerichteten Rügen zu prüfen und sodann diejenigen, mit denen die Beurteilung der in dieser Vereinbarung vorgesehenen

Wertübertragung beanstandet wird. Zuletzt ist die hilfsweise erhobene Rüge zu prüfen, die die Dauer der den Klägerinnen im Zusammenhang mit der Teva-Vereinbarung vorgeworfenen Zuwiderhandlung betrifft.

i) Zum Fehlen einer Beschränkung der Bemühungen des Generikaherstellers, mit dem Hersteller des Originalpräparats in Wettbewerb zu treten

**644** Vorab ist das Vorbringen der Klägerinnen zu den Rechts- und Beurteilungsfehlern zurückzuweisen, die die Kommission mit der Einstufung der Teva-Vereinbarung als bezweckte Wettbewerbsbeschränkung begangen habe, obwohl deren potenzielle Wirkungen wettbewerbsfördernd und ihre wettbewerbswidrigen Wirkungen rein hypothetisch gewesen seien (siehe oben, Rn. 634). Gewiss dürfen die Kommission und der Richter bei der Prüfung des wettbewerbsbeschränkenden Zwecks einer Vereinbarung und insbesondere im Rahmen der Berücksichtigung ihres wirtschaftlichen und rechtlichen Kontexts die potenziellen Wirkungen dieser Vereinbarung nicht völlig außer Betracht lassen (siehe oben, Rn. 304). Aus der Rechtsprechung ergibt sich aber auch, dass die Feststellung des Vorliegens einer bezweckten Wettbewerbsbeschränkung nicht unter dem Vorwand u. a. der Prüfung des wirtschaftlichen und rechtlichen Kontexts der jeweiligen Vereinbarung dazu führen darf, deren Wirkungen zu beurteilen, soll nicht der in Art. 101 Abs. 1 AEUV vorgesehene Unterscheidung zwischen bezweckter und bewirkter Wettbewerbsbeschränkung die praktische Wirksamkeit genommen werden (siehe oben, Rn. 221). Für die Prüfung, ob eine Vereinbarung besonders geeignet ist, wettbewerbsbeschränkende Wirkungen zu entfalten, die für Vereinbarungen mit wettbewerbswidrigem Zweck kennzeichnend sind, muss somit die Untersuchung der potenziellen Wirkungen einer Vereinbarung auf diejenigen Wirkungen beschränkt werden, die zum Zeitpunkt des Abschlusses dieser Vereinbarung objektiv vorhersehbar waren (vgl. in diesem Sinne Schlussanträge von Generalanwalt Wahl in der Rechtssache ING Pensii, C-172/14, ECLI:EU:C:2015:272, Nr. 84; vgl. in diesem Sinne auch Urteil vom 11. September 2014, CB/Kommission, C-67/13 P, ECLI:EU:C:2014:2204, Rn. 80 bis 82). Im vorliegenden Fall werden aber die behaupteten potenziellen Wirkungen, ob nun nicht wettbewerbsbeschränkend oder wettbewerbsfördernd, auf hypothetische und damit beim Abschluss der Teva-Vereinbarung nicht vorhersehbare Umstände gestützt, wie etwa die Entscheidung des EPA über die Gültigkeit des Patents 947 oder den Eintritt anderer Generikahersteller in den Markt des Vereinigten Königreichs, die im Rahmen der Untersuchung des wettbewerbswidrigen Zwecks nicht berücksichtigt werden können (siehe auch unten, Rn. 667 und 668).

**645** Was sodann das Vorbringen angeht, die Klauseln der Teva-Vereinbarung seien per se nicht wettbewerbswidrig, ist als Erstes darauf hinzuweisen, dass der Umstand, dass Nichtangriffs- und Vermarktungsverbotsklauseln Vergleichen inhärent sind, nicht ausschließt, dass Vergleichsvereinbarungen, die solche Klauseln enthalten, als bezweckte Wettbewerbsbeschränkung eingestuft werden können (siehe oben, Rn. 273). Zudem ist zum Vorbringen der Klägerinnen, auf die Teva-Vereinbarung sei die Theorie der Nebenabreden anwendbar, weil deren Nichtangriffs- und Vermarktungsverbotsklauseln für die gütliche Beilegung des in Rede stehenden Rechtsstreits notwendig seien und hierzu im rechten Verhältnis stünden, bereits festgestellt worden, dass dieses Band der Notwendigkeit und der Verhältnismäßigkeit unterbrochen sein kann, wenn das Bestehen eines Anreizes festgestellt wird, sich solchen Klauseln zu unterwerfen (siehe oben, Rn. 291). Somit könnte diese Theorie nur dann Anwendung auf die Teva-Vereinbarung finden,

wenn die in dieser vorgesehene Wertübertragung keinen Anreizcharakter hätte (siehe unten, Rn. 679 bis 699).

**646**Als Zweites ist festzustellen, dass das Vorbringen der Klägerinnen den wettbewerbsbeschränkenden Charakter der in der Teva-Vereinbarung enthaltenen Nichtangriffsklausel nicht in Frage stellen kann.

**647**Nach dieser Klausel verpflichtete sich Teva, während der Laufzeit der Teva-Vereinbarung im Vereinigten Königreich nicht gegen die Patente 947 und 339 bis 341 vorzugehen, wobei es ihr nicht verwehrt war, ihr Einspruchsverfahren gegen die streitigen Patente beim EPA weiterzuverfolgen (Art. 2.4 der Teva-Vereinbarung).

**648**Die Kommission hat im angefochtenen Beschluss befunden, dass diese Nichtangriffsklausel hauptsächlich zwei Folgen gehabt habe, und zwar erstens, Teva an der Erbringung des Nachweises zu hindern, dass das Erzeugnis, das sie vermarkten wollte, diese Patente nicht verletze, und zweitens, eine objektive rechtliche Prüfung der Gültigkeit der Patente der Klägerinnen im Vereinigten Königreich zu verhindern (Rn. 1546).

**649**Zunächst ist festzustellen, dass die Klägerinnen diese erste Folge der in der Teva-Vereinbarung enthaltenen Nichtangriffsklausel nicht in Abrede stellen, sondern geltend machen, eine solche Folge sei mit jeder in einem Vergleich enthaltenen Nichtangriffsklausel verbunden (siehe oben, Rn. 625). Wie bereits dargelegt, genügt aber der Umstand, dass eine solche Klausel einem Vergleich inhärent ist, allein nicht, um die Feststellung eines wettbewerbswidrigen Zwecks auszuschließen (siehe oben, Rn. 273 und 645).

**650**Sodann ist im vorliegenden Fall unerheblich, dass die Nichtangriffsklausel nur die Rechtsstreitigkeiten im Vereinigten Königreich betrifft und nicht auch die vor dem EPA, da der räumliche Geltungsbereich der Teva-Vereinbarung auf das Vereinigte Königreich begrenzt ist, in dem jedes Vorgehen gegen das Patent 947 und die Verfahrenspatente untersagt ist. Eine Vereinbarung kann nämlich auch dann als bezweckte Wettbewerbsbeschränkung eingestuft werden, wenn ihr räumlicher Geltungsbereich auf einen Mitgliedstaat begrenzt ist (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 24. September 2009, Erste Group Bank u. a./Kommission, [C-125/07 P](#), [C-133/07 P](#) und [C-137/07 P](#), [ECLI:EU:C:2009:576](#), Rn. 38 und die dort angeführte Rechtsprechung).

**651**Selbst wenn zudem, wie die Klägerinnen geltend machen, die Nichtangriffsklausel nicht geeignet sein sollte, sich auf das im Vereinigten Königreich von einer Tochtergesellschaft von Teva eingeleitete Widerrufsverfahren betreffend das Patent 947 auszuwirken, das bis zu einer abschließenden Entscheidung in dem von der Teva-Vereinbarung nicht erfassten Einspruchsverfahren vor dem EPA ausgesetzt war, ist festzustellen, dass diese Klausel zumindest an der Erhebung weiterer Klagen auf Ungültigerklärung dieses Patents während der gesamten Laufzeit der Teva-Vereinbarung hindert und dass dieses Verbot nach Art. 2.4 dieser Vereinbarung sowohl die Teva UK Ltd als auch ihre Tochtergesellschaften und sowohl direkte Klagen als auch jede Unterstützung Dritter, um die Patente der Klägerinnen für ungültig erklären zu lassen, erfasst. Daher ist im vorliegenden Fall die aktive Beteiligung von Teva an dem Einspruchsverfahren vor dem EPA, u. a. durch die von den Klägerinnen behauptete Übermittlung der Entscheidungen der Gerichte des Vereinigten Königreichs betreffend die Gültigkeit des Patents 947, unbeachtlich (siehe oben, Rn. 635).

**652** Ferner kann der Kommission nicht vorgeworfen werden, nicht nachgewiesen zu haben, dass es eine ernst zu nehmende Grundlage dafür gab, die Gültigkeit der Verfahrenspatente der Klägerinnen in Frage zu stellen (siehe oben, Rn. 635). Denn ein solcher Nachweis ist nicht erforderlich für die Feststellung des wettbewerbsbeschränkenden Charakters einer Nichtangriffsklausel, der von der Beseitigung tatsächlicher und konkreter Möglichkeiten zur Überwindung der mit den Patenten zusammenhängenden Hindernisse abhängt, deren Bestehen nicht notwendig den Nachweis voraussetzt, dass die Klage auf Ungültigerklärung der betreffenden Patente wahrscheinlich Erfolg gehabt hätte (siehe oben, Rn. 368).

**653** Unbeachtlich ist schließlich auch das Vorbringen der Klägerinnen, die Nichtangriffsklausel habe Dritte keineswegs an der Anfechtung ihrer Patente gehindert (siehe oben, Rn. 635). Denn dieses Vorbringen, das dahin geht, dass die Teva-Vereinbarung potenzielle Wirkungen nur für diesen Generikahersteller entfaltet habe, stellt als solches nicht den wettbewerbsbeschränkenden Charakter der in der Teva-Vereinbarung enthaltenen Nichtangriffsklausel in Frage (siehe auch oben, Rn. 556 und 557).

**654** Als Drittes ist festzustellen, dass die Kommission die Alleinbezugsverpflichtung zu Recht als wettbewerbsbeschränkend eingestuft hat.

**655** Diese in Art. 3 der Teva-Vereinbarung enthaltene Klausel lautet:

„3. Alleinbezugsverpflichtung

3.1. Während der Laufzeit des vorliegenden Vertrags bezieht Teva sämtliches Perindopril, das sie und ihre Tochtergesellschaften zur Lieferung oder Bereitstellung im Vereinigten Königreich benötigten, ausschließlich von Servier oder deren Tochtergesellschaften.

...

3.3. Teva verkauft das Erzeugnis nicht aktiv an Kunden außerhalb des Vereinigten Königreichs oder fördert dessen Verkauf bei diesen und sorgt dafür, dass ihre Tochtergesellschaften sich ebenso verhalten.

3.4. Soweit Servier oder ihre Tochtergesellschaften von Teva bestätigte Bestellungen für die nachstehend genannten Mengen des Erzeugnisses zu den Bestelldaten oder davor erhalten, liefern Servier oder ihre Tochtergesellschaften die folgenden Mengen des Erzeugnisses bis zu folgenden Daten:

3.4.1. 150 000 (einhundertfünfzigtausend) Packungen mit 30 Tabletten (2 mg) bis zum 1. August 2006 und während der folgenden Monate 75 000 (fünfundsiebzigtausend) dieser Packungen monatlich;

3.4.2. 240 000 (zweihundertvierzigtausend) Packungen mit 30 Tabletten (4 mg) bis zum 1. August 2006 und während der folgenden Monate 120 000 (einhundertzwanzigtausend) dieser Packungen monatlich;

3.4.3. 80 000 (achtzigtausend) Packungen mit 30 Tabletten (8 mg) bis zum 1. Januar 2007 (oder bis zu jedem von den Parteien vereinbarten Datum) und während der folgenden Monate 40 000 (vierzigtausend) dieser Packungen monatlich.

...

3.8. Wenn in irgendeinem Monat während der Laufzeit des vorliegenden Vertrags:

3.8.1. Servier von Teva bestätigte Bestellungen des Erzeugnisses zur Lieferung im Vereinigten Königreich in diesem Monat erhält, die zu den relevanten Bestelldaten oder davor eingegangen sind, und

3.8.2. Servier und ihre Tochtergesellschaften nicht binnen zehn Werktagen nach dem entsprechenden Lieferdatum an Teva das gesamte von dieser bestellte Erzeugnis gemäß den Art. 3.4 und 3.8.1 für eine Lieferung in diesem Monat geliefert haben,

3.8.3. zahlt Servier gemäß Art. 3.9 an Teva die pauschalen Entschädigungen für diesen Monat; Teva und ihren Tochtergesellschaften steht kein weiterer Anspruch oder Rechtsbehelf (einschließlich des Kündigungsrechts) wegen Nichtlieferung des Erzeugnisses durch Servier an Teva zu.

...“

**656**Nach der in Art. 2.3 der Teva-Vereinbarung vorgesehenen Vermarktungsverbotsklausel durfte Teva zudem im Vereinigten Königreich bis zur Kündigung oder zum Auslaufen der Teva-Vereinbarung oder bis zum Ablauf der Patente 339, 340, 341 und 947 kein generisches Perindopril, das nach dem von ihr entwickelten Verfahren hergestellt worden war oder von Servier als Verletzung dieser Patente angesehen wurde, herstellen, herstellen lassen, besitzen, einführen, liefern, seine Lieferung anbieten oder darüber verfügen.

**657**Die Kommission hat in den Rn. 1552 bis 1555 des angefochtenen Beschlusses befunden, dass die Vermarktungsverbotsklausel (Art. 2.3) und die Alleinbezugs-klausel (Art. 3.1) der Teva-Vereinbarung als ein und dasselbe Wettbewerbsverbot geprüft würden, da diese Klauseln die Wettbewerbsfähigkeit von Teva und deren Freiheit beeinträchtigten, ihre Bezugsquellen für Perindopril, das für den Markt des Vereinigten Königreichs bestimmt war, in voller Unabhängigkeit zu wählen. Der patentrechtliche Status etwaiger alternativer Bezugsquellen für Perindopril (patentverletzend oder nicht) sei unerheblich, da die Alleinbezugs-klausel Teva nur die Optionen lasse, ausschließlich das Erzeugnis von Servier zu verkaufen oder einen Geldbetrag zum Ausgleich der Nichtbelieferung zu erhalten (pauschale Entschädigung in Höhe von monatlich 500 000 GBP).

**658**Das gegen diese Beurteilung der Kommission gerichtete Vorbringen der Klägerinnen beruht auf einer irrigen Auslegung der Alleinbezugs-klausel der Teva-Vereinbarung.

**659**Aus der Teva-Vereinbarung geht nämlich eine Alternative zwischen einer Belieferung und einer Entschädigung bei Nichtbelieferung hervor, denn neben der Belieferungspflicht, die in der Tat als solche in Art. 3.4 der Teva-Vereinbarung erwähnt ist, war ausdrücklich die Möglichkeit einer Nichtbelieferung vorgesehen, die weder vor einem Gericht beanstandet werden noch zu einer Kündigung durch Teva führen konnte und die nicht einmal Bedingungen, namentlich einer zeitlichen Begrenzung, unterlag, sondern allein zur Zahlung einer Entschädigung führte (Art. 3.8.2, 3.8.3 und 8.3 der Teva-Vereinbarung).

**660**Das in Art. 3.8.3 der Teva-Vereinbarung vorgesehene Verbot, gegen eine Nichtbelieferung vorzugehen oder deswegen zu kündigen (im Folgenden: Kündigungsverbots-klausel), spielt eine entscheidende Rolle für diese Auslegung der Alleinbezugs-klausel, da es die Sanktion der Nichteinhaltung einer Vertragspflicht durch ein Gericht oder durch die Beendigung des Vertragsverhältnisses durch einen im Voraus festgesetzten finanziellen Ausgleich ersetzt und damit eine Alternative zwischen einer Belieferung und einer Entschädigung schafft. Insoweit ist unerheblich, ob dieser Ausgleich



die Folge der Nichterfüllung einer Belieferungspflicht oder einer Servier gebotenen Möglichkeit ist, Teva nicht zu beliefern.

**661**Daraus ergibt sich nämlich auf jeden Fall, wie die Kommission im angefochtenen Beschluss (Rn. 1559) zu Recht ausgeführt hat, eine völlig ins Belieben von Servier gestellte Nichtbelieferungsoption, durch die Teva am Markteintritt gehindert wird und die es ausschließt, die betreffenden Klauseln als Klauseln anzusehen, die gewöhnlich Teil einer Belieferungsvereinbarung sind.

**662**Dagegen galt für Teva eine Alleinbezugsverpflichtung, die die Kommission zu Recht als „absolut“ eingestuft hat (Rn. 1588 des angefochtenen Beschlusses), da Teva sich ihrer nicht entledigen konnte, um Perindopril, sei es patentverletzend oder nicht, eventuell von anderen Anbietern zu beziehen und mit diesem Perindopril in den Markt einzutreten, und dies sogar im Fall der Nichtbelieferung durch Servier, denn eine Kündigung der Vereinbarung aus diesem Grund war durch die Kündigungsverbotsklausel ausgeschlossen. Wie die Kommission zu Recht in Rn. 1557 des angefochtenen Beschlusses ausgeführt hat, verpflichtete die Kündigungsverbotsklausel in Verbindung mit der Alleinbezugsklausel Teva, generisches Perindopril ausschließlich von Servier zu beziehen, und hinderte sie so an einem Bezug bei anderen Anbietern, einschließlich solcher, die die Patente von Servier nicht verletzten.

**663**Folglich decken sich die Alleinbezugs- und die Kündigungsverbotsklausel nicht nur teilweise mit der Nichtvermarktungsverpflichtung aus Art. 2.3 der Teva-Vereinbarung, da sie den Kauf und damit den Verkauf von Perindopril untersagen, das von Dritten unter Verletzung der streitigen Patente hergestellt worden ist, sondern sie erstrecken diese Verpflichtung auch über die streitigen Patente hinaus, indem sie den Kauf und den Verkauf von Perindopril untersagen, das von Dritten ohne Verletzung der streitigen Patente hergestellt worden ist.

**664**Daraus ergibt sich, dass die Alleinbezugs- und die Kündigungsverbotsklausel der Teva-Vereinbarung als solche besonders geeignet sind, die Belieferung von Teva zu verhindern und so deren Markteintritt mit dem Erzeugnis eines Dritten auszuschließen, so wie dieser Markteintritt sowohl für die Erzeugnisse der Klägerinnen als auch für die Dritter bereits durch die in Art. 2.3 der Vereinbarung vorgesehene Vermarktungsverbotsklausel ausgeschlossen ist, deren wettbewerbsbeschränkenden Charakter die Klägerinnen nicht in Abrede stellen.

**665**Zudem kann die Beschränkung der Alleinbezugsklausel wie im Übrigen auch der Vermarktungsverbotsklausel auf Perindopril-Erbumin deren wettbewerbsbeschränkenden Charakter nicht in Frage stellen (siehe oben, Rn. 626).

**666**Die Klägerinnen führen nämlich aus, dass diese Klauseln nur Perindopril-Erbumin betreffen, und bestreiten nicht, dass das Erzeugnis, das Teva zum Zeitpunkt des Abschlusses der Teva-Vereinbarung vermarkten wollte, Perindopril-Erbumin war. Somit hinderten die Vermarktungsverbots- und die Alleinbezugsklausel Teva an einem Markteintritt mit dem Perindopril-Erbumin, das sie während der Laufzeit der Teva-Vereinbarung vermarkten wollte. Selbst wenn also Teva während der Laufzeit der Teva-Vereinbarung mit aus einem anderen Salz als Erbumin bestehendem Perindopril in den Markt hätte eintreten können, hinderte diese Vereinbarung Teva doch daran, mit Perindopril-Erbumin in Wettbewerb mit den Klägerinnen zu treten, und beschränkte insoweit den Wettbewerb. Überdies beziehen sich die von den Klägerinnen vorgelegten

Beweise für den Eintritt von Teva in den Markt im Vereinigten Königreich mit einem anderen Salz als Erbumin auf Daten aus der Zeit nach dem Ablauf der Teva-Vereinbarung.

**667** Unerheblich ist im vorliegenden Fall ferner das Vorbringen der Klägerinnen zu den ambivalenten potenziellen Wirkungen der Alleinbezugs Klausel (siehe oben, Rn. 636). Solche potenziellen Wirkungen, die im vorliegenden Fall aus Umständen abgeleitet werden, die beim Abschluss der Teva-Vereinbarung nicht vorsehbar waren, können bei der Untersuchung des wettbewerbsbeschränkenden Zwecks nicht berücksichtigt werden (siehe oben, Rn. 644). Dem sei hinzugefügt, dass jedenfalls die behaupteten potenziellen Wirkungen der Teva-Vereinbarung entgegen dem Vorbringen der Klägerinnen nicht als nicht wettbewerbsbeschränkend oder sogar wettbewerbsfördernd angesehen werden können.

**668** Wenn nämlich das Patent 947 vom EPA für ungültig erklärt worden wäre, hätte die Teva-Vereinbarung Teva wegen der Vermarktungsverbotsklausel, die - wie sich aus der Bezugnahme auf den „Ablauf“ der Patente in Art. 2.3 der Teva-Vereinbarung im Gegensatz zum Begriff „Nichtigkeit“ in Art. II des Zusatzes zur Teva-Vereinbarung ergibt, in Kraft geblieben wäre - daran gehindert, mit ihrem Erzeugnis oder dem Erzeugnis von Krka in den Markt einzutreten, während diese Ungültigerklärung den Markteintritt von diesem Patent potenziell verletzenden Generika erlaubt hätte. Zudem hätte, selbst wenn die Klägerinnen, wie sie vortragen (siehe oben, Rn. 616), Teva in diesem Fall mit generischem Perindopril beliefert hätten, dieser Markteintritt von Teva mit dem generischen Erzeugnis der Klägerinnen keine Wettbewerbssituation im Verhältnis zu diesen geschaffen, und Teva wäre überdies wegen des vorerwähnten Markteintritts anderer Generikahersteller nicht das einzige und damit das erste in den Markt eintretende Unternehmen gewesen. Auch in dem Fall, dass das EPA die Gültigkeit des Patents 947 bestätigt hätte, wäre Teva weiter gehindert gewesen, generisches Perindopril, einschließlich nicht patentverletzenden Perindopriols, von anderen Unternehmen als den Klägerinnen zu beziehen, und ihre - in diesem Fall, wie die Klägerinnen selbst einräumen (siehe oben, Rn. 636), noch hypothetischere - Belieferung hätte es ebenso wenig ermöglicht, mit den Klägerinnen in Wettbewerb zu treten. Insoweit kann der Umstand, dass die Kommission das Ende der Zuwiderhandlung auf den Tag des Eintritts von Teva in den Markt des Vereinigten Königreichs festgelegt hat, nicht als Anerkenntnis seitens der Kommission ausgelegt werden, dass Teva im Juli 2007 in einer Situation des Wettbewerbs im Verhältnis zu den Klägerinnen in den Markt eingetreten ist. Wie nämlich die Kommission selbst im angefochtenen Beschluss (Rn. 2125 und 3133) ausgeführt hat, beruhte die Festlegung des Endes der Zuwiderhandlung auf den 6. Juli 2007 auf Vorsicht und auf dem Wunsch, einen für die Parteien der Vereinbarung günstigen Zeitpunkt zu wählen.

**669** Aus denselben Gründen ist auch das Vorbringen der Klägerinnen zu ihrer Absicht, Teva im Fall der Ungültigerklärung des Patents 947 durch das EPA zu beliefern, und zum Ziel eines vorgezogenen Eintritts von Teva oder sogar eines Eintritts dieser als erster Generikahersteller in den Markt im Vereinigten Königreich, unerheblich.

**670** Schließlich kann der Kommission auch nicht vorgeworfen werden (siehe oben, Rn. 624), sie habe sich nur zur Bestätigung ihrer Analyse auf die Auslegung der Teva-Vereinbarung durch den High Court of Justice (England & Wales), Chancery Division (patents court) (Hoher Gerichtshof [England und Wales], Chancery-Abteilung

[Patentkammer]) in seinem Urteil vom 9. Oktober 2008 gestützt (Rn. 1572 und 1573 des angefochtenen Beschlusses).

**671**Nach alledem ist die Beurteilung der Kommission, dass die Alleinbezugs- und die Kündigungsverbotsklausel der Teva-Vereinbarung in Verbindung mit Art. 2.3 der Teva-Vereinbarung insgesamt als ein „Wettbewerbsverbot“ (Rn. 1552 des angefochtenen Beschlusses) und somit als ein umfassendes Vermarktungsverbot zulasten von Teva zu prüfen sind, nicht rechtsfehlerhaft.

**672**Daraus folgt, dass diese Klauseln entgegen dem Vorbringen der Klägerinnen nicht solchen entsprechen, die gewöhnlich Teil einer Belieferungsvereinbarung sind, noch solchen einer Alleinbezugsvereinbarung (siehe auch oben, Rn. 661 und 662) und daher nicht wie Klauseln einer zu einem Vergleich akzessorischen Vereinbarung zu behandeln sind, da solche Abreden übliche geschäftliche Vereinbarungen darstellen (siehe unten, Rn. 798 bis 808).

**673**Daraus folgt auch, dass das auf übliche Belieferungs- oder Alleinbezugsvereinbarungen gestützte Vorbringen der Klägerinnen zurückzuweisen ist.

**674**Insbesondere ist der von den Klägerinnen angeführte Umstand, dass solche Vereinbarungen im Arzneimittelsektor gängige Praxis seien, im vorliegenden Fall unerheblich, da die Alleinbezugs-klausel der Teva-Vereinbarung nicht den von den Klägerinnen angesprochenen gängigen Klauseln entspricht. Dem ist hinzuzufügen, dass jedenfalls Praktiken privater Unternehmen, selbst wenn sie von den Behörden eines Mitgliedstaats geduldet oder gebilligt werden, der Anwendung der Wettbewerbsregeln des Vertrags nicht vorgehen können (Urteil vom 17. Januar 1984, VBVB und VBBB/Kommission, 43/82 und 63/82, [ECLI:EU:C:1984:9](#), Rn. 40).

**675**Auch die Verordnung Nr. 2790/1999 ist nicht relevant, zumal sie nach ihrem Art. 2 Abs. 4 nicht für Vereinbarungen zwischen Wettbewerbern, wie sie im vorliegenden Fall in Rede stehen, gilt, die beide Perindopril unter ihrem eigenen Namen vermarkten wollen. Denn Teva ist als potenzieller Wettbewerber der Klägerinnen eingestuft worden (siehe oben, Rn. 614), und diese Eigenschaft wird nicht durch den Abschluss einer Vereinbarung in Frage gestellt, die auf unterschiedlichen Stufen der Produktions- oder Vertriebskette tätige Unternehmen gewöhnlich untereinander abschließen.

**676**Zur Beurteilung der weniger als ein Jahr nach der Teva-Vereinbarung geschlossenen Servier-Generics-Vereinbarung hat die Kommission in Rn. 745 des angefochtenen Beschlusses festgestellt, ohne dass die Klägerinnen dem widersprochen haben, dass die in dieser Vereinbarung enthaltene Alleinbezugs-klausel keine Zahlung oder Entschädigung im Fall einer Nichtbelieferung durch die Klägerinnen vorsah. Wie zudem aus den Akten hervorgeht, war diese Klausel auch nicht mit einer Kündigungsverbots- und einer Vermarktungsverbotsklausel verbunden, da Generics kein konkurrierendes Perindopril entwickelt hatte, so dass die Beurteilung dieser Vereinbarung nicht auf die Teva-Vereinbarung übertragen werden kann.

**677**Da schließlich die Kommission im vorliegenden Fall die spezifischen und problematischen Aspekte der Teva-Vereinbarung klar dargelegt hat (vgl. u. a. Rn. 1553 bis 1574 des angefochtenen Beschlusses), lässt sich aus dem angefochtenen Beschluss nicht ableiten, dass sie den gleichzeitigen Abschluss einer Alleinvertriebs- und einer Vergleichsvereinbarung grundsätzlich untersagt hat.

**678**Nach alledem hat die Kommission zu Recht befunden, dass die Teva-Vereinbarung die Bemühungen von Teva beschränkt hat, mit den Klägerinnen in Wettbewerb zu treten.

ii) Zum Fehlen eines als Anreiz wirkenden Vorteils

**679**Die Kommission hat im angefochtenen Beschluss ausgeführt, dass der Einmalbetrag von 5 Mio. GBP (im Folgenden: Einmalbetrag) und die pauschale Entschädigung von 500 000 GBP monatlich in Höhe eines Gesamtbetrags von 5,5 Mio. GBP für elf Monate Nichtlieferung durch Servier (im Folgenden: endgültige pauschale Entschädigung) einen erheblichen Betrag - 10,5 Mio. GBP - darstellten, der als signifikanter Anreiz für Teva gedient habe, nicht in Wettbewerb mit den Klägerinnen zu treten (Rn. 1622).

**680**Für die Feststellung, ob eine umgekehrte Zahlung, d. h. eine Wertübertragung durch den Hersteller des Originalpräparats an den Generikahersteller, einen Anreiz darstellt, Nichtangriffs- und Vermarktungsverbotsklauseln zu akzeptieren, ist unter Berücksichtigung ihrer Natur und ihrer Rechtfertigung zu prüfen, ob sie vergleichsinhärente Kosten deckt. Im angefochtenen Beschluss hat die Kommission somit zu Recht geprüft, ob die Wertübertragung den vergleichsinhärenten Kosten des Generikaherstellers entsprach (Rn. 1592 bis 1599 des angefochtenen Beschlusses).

**681**Wenn die in einer Vergleichsvereinbarung mit wettbewerbsbeschränkenden Klauseln vorgesehene umgekehrte Zahlung die vergleichsinhärenten Kosten des Generikaherstellers ausgleichen soll, kann sie grundsätzlich nicht als Anreiz angesehen werden. Gleichwohl ist die Feststellung des Bestehens eines Anreizes und einer bezweckten Wettbewerbsbeschränkung in diesem Fall nicht ausgeschlossen. Sie setzt jedoch den Nachweis durch die Kommission voraus, dass die Beträge, die diesen vergleichsinhärenten Kosten entsprechen, auch wenn sie von den Parteien dieses Vergleichs belegt und genau beziffert sind, übermäßig sind (siehe oben, Rn. 278).

**682**Die vergleichsinhärenten Kosten umfassen u. a. die Rechtsverfolgungskosten des Generikaherstellers in einem Rechtsstreit mit dem Hersteller des Originalpräparats. Denn die Übernahme dieser Kosten steht in direktem Zusammenhang mit einem solchen Vergleich. Folglich kann die Kommission, wenn die Höhe der Rechtsverfolgungskosten des Generikaherstellers von den Parteien der Vereinbarung festgestellt worden ist, deren Anreizcharakter nur feststellen, wenn sie dartut, dass sie unverhältnismäßig sind (siehe oben, Rn. 279).

**683**Dagegen liegen bestimmte Kosten des Generikaherstellers a priori zu weit außerhalb des Rechtsstreits und seiner Beilegung, als dass sie als dem Vergleich in einem Patentrechtsstreit inhärent angesehen werden könnten. Es handelt sich z. B. um die Kosten der Herstellung der rechtsverletzenden Erzeugnisse, die deren Lagerwert entsprechen, sowie die für die Bereitstellung dieses Erzeugnisses angefallenen Forschungs- und Entwicklungskosten. Gleiches gilt für die Beträge, die der Generikahersteller wegen außerhalb des Rechtsstreits eingegangener vertraglicher Verpflichtungen (z. B. aus Lieferverträgen) an Dritte zahlen muss. Wenn die Parteien der Vereinbarung wollen, dass die Zahlung dieser Kosten nicht als Anreiz und als Indiz für das Bestehen einer bezweckten Wettbewerbsbeschränkung eingestuft wird, ist es ihre Sache, darzutun, dass diese Kosten dem Rechtsstreit oder seiner Beilegung inhärent sind, und sodann ihre Höhe zu rechtfertigen. Sie könnten sich hierfür auch darauf berufen, dass der Betrag zur Erstattung dieser a priori nicht der gütlichen Beilegung des Rechtsstreits inhärenten Kosten unbedeutend sei und daher nicht ausreiche, um einen signifikanten

Anreiz dafür darzustellen, die in der Vergleichsvereinbarung vorgesehenen wettbewerbsbeschränkenden Klauseln zu akzeptieren (siehe oben, Rn. 280).

- Zu der endgültigen pauschalen Entschädigung

**684**Entgegen dem Vorbringen der Klägerinnen hat die Kommission die endgültige pauschale Entschädigung zutreffend als eine Teva im Gegenzug für ihre Verpflichtung, nicht mit Servier in Wettbewerb zu treten, gewährte Zahlung (Rn. 1588 des angefochtenen Beschlusses) angesehen und somit als einen Anreiz, sich einer Nichtvermarktungsverpflichtung zu unterwerfen. Denn da die Kommission zu Recht befunden hat, dass die Alleinbezugs- und die Kündigungsverbotsklausel der Teva-Vereinbarung einer Teva vom Markt ausschließenden Nichtvermarktungsverpflichtung gleichkam (siehe oben, Rn. 671), und da die Art. 1.8 und 3.8.3 der Teva-Vereinbarung eine pauschale Entschädigung von 500 000 GBP monatlich und somit eine Konkretisierung dieses Ausschlusses vom Markt vorsehen, stellt die endgültige pauschale Entschädigung klar die Gegenleistung dafür dar, dass Teva dem Markt fernblieb.

**685**In dieser Hinsicht ist das Vorbringen der Klägerinnen unbeachtlich, dass die endgültige pauschale Entschädigung im englischen Recht ein klassisches Vertragsinstrument sei und widerspiegle, was ein Gericht für die Nichteinhaltung einer Lieferverpflichtung hätte zusprechen können. Denn im vorliegenden Fall leitet sich das Bestehen des Anreizes daraus ab, dass die Zahlung als Gegenleistung für das Fernbleiben vom Markt, wie es in den genannten Klauseln vorgesehen ist, erfolgt und nicht zum Ausgleich von vergleichsinhärenten Kosten oder in Erfüllung einer üblichen Belieferungsvereinbarung, unabhängig davon, welches Rechtsinstrument zur Bewirkung dieser Gegenleistung eingesetzt wird und dass diese Gegenleistung der Entschädigung entspricht, die ein Gericht zugesprochen hätte (siehe oben, Rn. 680 und 681).

**686**Auch der von den Klägerinnen angestellte Vergleich mit der Beurteilung der Lundbeck-Neolab-Vereinbarung durch die Kommission (siehe oben, Rn. 394 bis 398) vermag den Anreizcharakter der endgültigen pauschalen Entschädigung nicht in Frage zu stellen.

- Zu dem Einmalbetrag

**687**Was den in Art. 10.1 der Teva-Vereinbarung vorgesehenen Einmalbetrag angeht, kann das Vorbringen der Klägerinnen die Feststellung der Kommission, dass er als Anreiz wirkt, nicht in Frage stellen.

**688**Art. 10.1 der Teva-Vereinbarung sieht vor:

„Vorbehaltlich des Erhalts einer angemessenen Rechnung von Teva zahlt Servier binnen zehn Werktagen nach Erhalt der Rechnung von Teva an diese 5 000 000 [GBP] oder sorgt dafür, dass eine ihrer Tochtergesellschaften eine solche Zahlung vornimmt. Diese Rechnung kann bei der Unterzeichnung der vorliegenden [Vereinbarung] vorgelegt werden und ist sofort fällig mit der Maßgabe, dass Servier über eine Zahlungsfrist von zehn Werktagen verfügt. Diese Zahlung ist ein Beitrag zu den Kosten, die Teva durch die Vorbereitung des Abschlusses der vorliegenden [Vereinbarung] entstehen, einschließlich, aber ohne Begrenzung hierauf, der Kosten der Kündigung ihrer im Vereinigten Königreich bestehenden Liefervereinbarungen.“

**689**Im angefochtenen Beschluss hat die Kommission zunächst festgestellt, dass Teva nachträglich keinerlei genaue Zahlen zu den einzelnen Kosten übermittelt habe, die durch den ursprünglichen Betrag ausgeglichen worden sein sollen, mit Ausnahme der auf unter 100.000 Euro geschätzten Gerichtskosten für die Klage von Ivax gegen Servier im

Vereinigten Königreich (Rn. 1594 und 1597). Sie hat gleichwohl die anderen Kosten geschätzt, die aus ihrer Sicht unter Art. 10.1 der Teva-Vereinbarung fallen konnten, darunter die Kosten, die dem Wert der zu vernichtenden Perindopril-Lagerbestände von Teva entsprachen, und die Kosten der Entwicklung von Perindopril, und hat daraus abgeleitet, dass sie insgesamt weniger als 40% des Einmalbetrags ausmachten (Rn. 1596 bis 1599 des angefochtenen Beschlusses).

**690**Demnach ist die Kommission zu der Auffassung gelangt, dass zwar bestimmte unter Art. 10.1 der Teva-Vereinbarung fallende Kosten als der gütlichen Beilegung des Rechtsstreits zwischen den Klägerinnen und Teva inhärent angesehen werden könnten, dass Letztere aber die fraglichen Kosten nicht beziffert, geschweige denn der Höhe nach nachgewiesen habe, mit Ausnahme der Kosten der Rechtsverfolgung, die beziffert worden seien, allerdings nur annähernd und ohne Nachweis ihrer Höhe. Im angefochtenen Beschluss weist die Kommission darauf hin, dass Teva einen Betrag von unter 100.000 Euro lediglich „angegeben“ (Rn. 797) oder „mitgeteilt“ (Rn. 1597) habe, und in der Sitzung hat sie in Beantwortung einer Frage bestätigt, dass Teva ihrer bezifferten Schätzung keinerlei Beleg beigefügt habe.

**691**Die Klägerinnen tragen nichts vor, geschweige denn legen etwas vor, wie etwa die „angemessene Rechnung“ im Sinne von Art. 10.1 der Teva-Vereinbarung, was diese Analyse der Kommission in Frage stellen kann.

**692**Die Klägerinnen beschränken sich erstens auf den Hinweis auf die „Vernichtung eines Lagerbestands“ unter Angabe seines Wertes. Die Entschädigung für den Wert des zu vernichtenden Lagerbestands kann aber a priori nicht als zu den einem Vergleich inhärenten Kosten gehörend eingestuft werden (siehe oben, Rn. 280 und 683).

**693**Jedenfalls weisen die Klägerinnen nicht den Wert dieses Bestands nach. Zum einen entspricht der von ihnen genannte Betrag bei Zugrundelegung des von der Kommission angewandten Wechselkurses (vgl. u. a. Fn. 4109 des angefochtenen Beschlusses) nicht dem Betrag in Pfund Sterling, der im angefochtenen Beschluss genannt ist (Rn. 1596). Zum anderen und vor allem legen die Klägerinnen zur Stützung ihres Vorbringens keinen anderen Beweis vor als die Erklärungen, die sie selbst und Teva in Beantwortung der Mitteilung der Beschwerdepunkte abgegeben haben, und ein Dokument von Teva, in dem eine solche bezifferte Angabe nicht enthalten ist. Somit müsste die Bezahlung des Wertes des Bestands der zu vernichtenden Erzeugnisse von Teva, selbst wenn sie im vorliegenden Fall als der Teva-Vereinbarung inhärent anzusehen wäre, weil die Vernichtung in dieser Vereinbarung vorgesehen war (Art. 2.2), wegen fehlender Rechtfertigung ihres Betrags als eine als Anreiz wirkende Zahlung eingestuft werden (siehe oben, Rn. 683).

**694**Die Klägerinnen führen zweitens an, Teva habe damit rechnen müssen, an einen ihrer Geschäftspartner wegen Bruchs dieser Geschäftspartnerschaft einen Betrag von 1 Mio. GBP zahlen zu müssen. Abgesehen davon, dass Beträge, die der Generikahersteller wegen Kündigung laufender Verträge an Dritte zahlen muss, a priori keine vergleichsinhärenten Kosten (siehe oben, Rn. 683) sind, geht der genannte Betrag in keiner Weise aus dem betreffenden Vertrag hervor, der der Klageschrift als Anlage beigefügt ist.

**695**Zum Vorbringen der Klägerinnen, drittens entspreche der Einmalbetrag dem Schadensersatz, den sie Teva im Fall einer zu Unrecht erlassenen gerichtlichen Verfügung hätten leisten müssen und dessen Zahlung sie dank der Teva-Vereinbarung vermieden

hätten, ist darauf hinzuweisen, dass die Klägerinnen damit im Wesentlichen nachzuweisen versuchen, dass der Einmalbetrag gerechtfertigt sei, indem sie ihn mit Kosten anderer Art vergleichen, die nicht in Art. 10.1 der Teva-Vereinbarung vorgesehen sind. Diese Bestimmung ist zwar nicht restriktiv formuliert, sie spricht aber nur von den „Kosten, die Teva ... entstehen“, und schließt nicht die den Klägerinnen entstehenden oder von ihnen vermiedenen Kosten ein. Mit ihrem Vorbringen verwechseln die Klägerinnen auch die Rechtfertigung des Einmalbetrags in Anbetracht des Vergleichs, um die allein es im vorliegenden Fall geht, und die Verhältnismäßigkeit dieses Betrags, für deren Beurteilung der vorgeschlagene Vergleich gegebenenfalls relevant sein könnte. Dies sind jedoch zwei getrennte Beurteilungsschritte, die die Kommission nacheinander durchzuführen hat. So hat die Kommission bei der Beurteilung des wettbewerbsbeschränkenden Charakters eines mit einer Wertübertragung einhergehenden Patentvergleichs als Erstes zu prüfen, ob die von der Wertübertragung gedeckten Kosten in Anbetracht des Vergleichs gerechtfertigt sind und ob insbesondere die Wertübertragung dem nachgewiesenen Betrag der Kosten entspricht, die ihrer Natur nach als vergleichsinhärent angesehen werden können, und, wenn sie diese Kosten für gerechtfertigt hält, als Zweites, ob ihr Betrag unter Berücksichtigung u. a. der Art der fraglichen Kosten nicht unverhältnismäßig ist (siehe oben, Rn. 681 und 682).

**696**Sodann ist festzustellen, dass die Klägerinnen, selbst wenn der angeführte Vergleich für die Frage, ob der Einmalbetrag in Anbetracht des Vergleichs gerechtfertigt sein könnte, keine Schätzung der angeblich vermiedenen Kosten vorlegen. Sie beschränken sich vielmehr darauf, erhebliche Schäden im Fall ihres Unterliegens in dem auf den Erlass einer Verfügung zu ihren Gunsten folgenden Verfahren in der Hauptsache anzuführen.

**697**Soweit die Klägerinnen viertens geltend machen, der Einmalbetrag habe die Alleinbezugsklausel „absichern“ sollen (siehe oben, Rn. 628), ist dies so zu verstehen, dass sie diesen Betrag als eine Gegenleistung für diese Klausel ansehen und damit im Kern deren Anreizcharakter einräumen, da diese Klausel so ausgelegt worden ist, dass Teva mit ihr eine Nichtvermarktungsverpflichtung auferlegt wird (siehe oben, Rn. 684 und 685).

**698**Folglich hat die Kommission im angefochtenen Beschluss (Rn. 1608 und 1622) zutreffend befunden, dass die Teva-Vereinbarung einen Anreiz für Teva enthielt, sich den in dieser Vereinbarung enthaltenen Vermarktungsverbots- und Nichtangriffsklauseln zu unterwerfen, ohne dass sie - entgegen dem Vorbringen der Klägerinnen (siehe oben, Rn. 628) - darüber hinaus prüfen musste, ob diese Klauseln ohne diese als Anreiz wirkende Zahlung eine weniger wettbewerbsbeschränkende Tragweite gehabt hätten. Denn die Feststellung eines Anreizes, sich Vermarktungsverbots- und Nichtangriffsklauseln zu unterwerfen, erfordert nur das Vorhandensein solcher Klauseln, unabhängig davon, wie wettbewerbsbeschränkend sie sind, und eine Analyse der von der in Rede stehenden Wertübertragung gedeckten Kosten (siehe oben, Rn. 680 und 681).

**699**Das Bestehen dieses Anreizes kann nicht durch das Vorbringen der Klägerinnen in Frage gestellt werden, die Kommission habe zu Unrecht den Einmalbetrag und die endgültige pauschale Entschädigung „miteinander verquickt“, um daraus „eine Nettowertübertragung in Höhe von 10,5 Mio. GBP“ abzuleiten. Wie die Klägerinnen zu Recht ausführen, ergibt sich zwar der Betrag der endgültigen pauschalen Entschädigung im Unterschied zu dem in Art. 10.1 der Teva-Vereinbarung festgelegten Einmalbetrag aus der Durchführung der Teva-Vereinbarung, insbesondere der Nichtbelieferung von Teva

durch die Klägerinnen, und nicht, soweit es um den Betrag von 5,5 Mio. GBP geht, aus der betreffenden Klausel der Vereinbarung, die lediglich eine Entschädigung in Höhe von 500 000 GBP vorsieht. Auch wenn sich daraus ableiten lässt, dass der Betrag von 10,5 Mio. GBP dem Betrag der tatsächlich an Teva erfolgten und nicht nur der sich aus den Klauseln der Teva-Vereinbarung ergebenden Wertübertragung entspricht, stellt doch auch diese tatsächliche Wertübertragung aus denselben Gründen, aus denen dem Einmalbetrag und der monatlichen Entschädigung von 500 000 GBP Anreizcharakter zugesprochen worden ist, einen Anreiz in Höhe ihres Gesamtbetrags dar.

**700**Folglich hat die Kommission nach alledem (siehe insbesondere oben, Rn. 265 bis 271) aus der Feststellung dieses Anreizes, der in seinen beiden Bestandteilen in der Teva-Vereinbarung vorgesehen war, zu Recht geschlossen, dass diese Vereinbarung von Beginn an einen wettbewerbsbeschränkenden Zweck hatte.

**701**Dieser Schluss wird nicht durch die angebliche Verfälschung des Zwecks der Teva-Vereinbarung und der Absichten der Parteien dieser Vereinbarung in Frage gestellt.

**702**Das Vorbringen der Klägerinnen, die Parteien der Teva-Vereinbarung hätten keine wettbewerbswidrige Absicht, sondern rechtmäßige Ziele verfolgt, darunter den vorzeitigen Eintritt von Teva oder sogar deren Eintritt als erster Generikahersteller in den Markt des Vereinigten Königreichs, kann weder das Bestehen eines als Anreiz wirkenden Vorteils noch den wettbewerbsbeschränkenden Charakter der Vermarktungsverbots- und Nichtangriffsklauseln der Teva-Vereinbarung in Frage stellen (siehe auch oben, Rn. 669). Folglich wäre dieses Vorbringen, selbst wenn es auf bewiesenen Tatsachen beruhte, jedenfalls nicht geeignet, die Einstufung der Teva-Vereinbarung als bezweckte Wettbewerbsbeschränkung durch die Kommission zu Fall zu bringen.

**703**Hinzu kommt auch, dass die Absicht der Parteien kein notwendiges Element ist, um festzustellen, ob eine Art der Koordinierung zwischen Unternehmen wettbewerbsbeschränkenden Charakter hat (siehe oben, Rn. 222).

**704**Überdies konnte die Kommission angesichts von Vermarktungsverbots- und Nichtangriffsklauseln, deren inhärent wettbewerbsbeschränkender Charakter nicht stichhaltig in Frage gestellt worden ist, die Teva-Vereinbarung wegen des festgestellten Bestehens eines Anreizes zu Recht als eine Marktausschlussvereinbarung, mit der demnach ein wettbewerbswidriger Zweck verfolgt wurde, ansehen. Nach ständiger Rechtsprechung hindert aber der Umstand allein, dass eine Vereinbarung auch zulässige Zwecke verfolgt, nicht an ihrer Einstufung als bezweckte Wettbewerbsbeschränkung (siehe oben, Rn. 222).

iii) Zu der hilfsweise erhobenen Rüge betreffend die Dauer der Zuwiderhandlung

**705**Die Klägerinnen rügen, dass die Kommission den Beginn der ihnen wegen der Teva-Vereinbarung zur Last gelegten Zuwiderhandlung auf den Tag des Abschlusses dieser Vereinbarung (13. Juni 2006) und nicht auf den Tag festgelegt habe, an dem Teva die Genehmigung für das Inverkehrbringen im Vereinigten Königreich erhalten hat (12. Dezember 2006) (siehe oben, Rn. 641).

**706**Hierzu ist darauf hinzuweisen, dass zum einen die Untersuchung der Wettbewerbsbedingungen und der Beschränkungen des Wettbewerbs sich nicht nur auf den gegenwärtigen Wettbewerb, den sich die auf dem betreffenden Markt bereits tätigen Unternehmen liefern, sondern auch auf den potenziellen Wettbewerb zwischen diesen etablierten und anderen, noch nicht auf dem Markt tätigen Unternehmen stützt (vgl. Urteil



vom 29. Juni 2012, E.ON Ruhrgas und E.ON/Kommission, T-360/09, ECLI:EU:T:2012:332, Rn. 85 und die dort angeführte Rechtsprechung) und dass zum anderen die Kommission Teva zu Recht als potenziellen Wettbewerber der Klägerinnen zum Zeitpunkt des Abschlusses der Teva-Vereinbarung eingestuft hat (siehe oben, Rn. 614), auch wenn Teva zu diesem Zeitpunkt nicht über eine Genehmigung für das Inverkehrbringen verfügte (siehe oben, Rn. 478 und 599). Folglich hat die Kommission rechtsfehlerfrei befunden, dass der Wettbewerb seit dem Abschluss der Teva-Vereinbarung am 13. Juni 2006 beschränkt war und dass die den Klägerinnen wegen der Teva-Vereinbarung zur Last gelegte Zuwiderhandlung zu diesem Zeitpunkt begann.

**707**Die Rüge, mit der die Beurteilung der Dauer der wegen der Teva-Vereinbarung festgestellten Zuwiderhandlung durch die Kommission beanstandet wird, ist folglich zurückzuweisen ebenso wie der Klagegrund, mit dem Rechts- und Beurteilungsfehler bei der Einstufung der Teva-Vereinbarung als bezweckte Wettbewerbsbeschränkung geltend gemacht werden.

c) Zu den Rechts- und Beurteilungsfehlern betreffend die Einstufung der Teva-Vereinbarung als bewirkte Wettbewerbsbeschränkung

**708**Nach Ansicht der Klägerinnen hat die Kommission mehrere Rechts- und Beurteilungsfehler betreffend die Einstufung der Teva-Vereinbarung als bewirkte Wettbewerbsbeschränkung begangen.

**709**Dieser Klagegrund ist unter entsprechender Heranziehung der in den Rn. 566 bis 570 des vorliegenden Urteils angestellten Erwägungen als ins Leere gehend zurückzuweisen.

8. Zu der mit Lupin geschlossenen Vereinbarung

a) Zur Einstufung von Lupin als potenzieller Wettbewerber (nicht wiedergegeben)

b) Zu den Rechts- und Beurteilungsfehlern betreffend die Einstufung der Lupin-Vereinbarung als bezweckte Wettbewerbsbeschränkung

1) Vorbringen der Parteien (nicht wiedergegeben)

2) Würdigung durch das Gericht

**787**Was den Klagegrund angeht, der die Feststellung der Zuwiderhandlung selbst betrifft, ist zunächst das Vorbringen der Klägerinnen zu prüfen, mit dem diese in Abrede stellen, dass die beiden Voraussetzungen für die Feststellung einer bezweckten Wettbewerbsbeschränkung erfüllt seien, d. h. ein als Anreiz wirkender Vorteil für den Generikahersteller und die entsprechende Beschränkung seiner Bemühungen, mit dem Hersteller des Originalpräparats in Wettbewerb zu treten. Sodann ist zu untersuchen, ob die Kommission zu Recht auf das Vorliegen einer Zuwiderhandlung schließen konnte. Schließlich ist zu prüfen, ob die Kommission bei der sachlichen Abgrenzung dieser Zuwiderhandlung einen Beurteilungsfehler begangen hat.

**788**Der von den Klägerinnen hilfsweise geltend gemachte Klagegrund betreffend die Dauer der Zuwiderhandlung ist zuletzt zu prüfen.

i) Zum Fehlen eines als Anreiz wirkenden Vorteils

**789**Nach Art. 2 der Verordnung Nr. 1/2003 und nach ständiger Rechtsprechung hat die Kommission im Bereich des Wettbewerbsrechts bei Streitigkeiten über das Vorliegen von Zuwiderhandlungen die von ihr festgestellten Zuwiderhandlungen zu beweisen und die Beweismittel beizubringen, die das Vorliegen der eine Zuwiderhandlung darstellenden Tatsachen rechtlich hinreichend beweisen (Urteile vom 17. Dezember 1998,

Baustahlgewebe/Kommission, [C-185/95 P](#), [ECLI:EU:C:1998:608](#), Rn. 58, und vom 8. Juli 1999, Kommission/Anic Partecipazioni, [C-49/92 P](#), [ECLI:EU:C:1999:356](#), Rn. 86; vgl. auch Urteil vom 12. April 2013, CISAC/Kommission, [T-442/08](#), [ECLI:EU:T:2013:188](#), Rn. 91 und die dort angeführte Rechtsprechung).

**790** Hat das Gericht insoweit Zweifel, muss dies dem Unternehmen zugutekommen, an das sich der Beschluss richtet, mit dem eine Zuwiderhandlung festgestellt wird. Das Gericht kann daher nicht darauf schließen, dass die Kommission das Vorliegen der betreffenden Zuwiderhandlung rechtlich hinreichend nachgewiesen hat, wenn bei ihm daran noch Zweifel bestehen; dies gilt insbesondere dann, wenn es sich um eine Klage auf Nichtigerklärung eines Beschlusses zur Verhängung einer Geldbuße handelt (vgl. Urteil vom 12. April 2013, CISAC/Kommission, [T-442/08](#), [ECLI:EU:T:2013:188](#), Rn. 92 und die dort angeführte Rechtsprechung).

**791** Insoweit ist nämlich die Unschuldsvermutung zu berücksichtigen, wie sie sich insbesondere aus Art. 48 der Charta der Grundrechte ergibt. Angesichts der Art der fraglichen Zuwiderhandlungen sowie von Art und Schwere der Sanktionen, die ihretwegen verhängt werden können, gilt die Unschuldsvermutung auch in Verfahren wegen Verletzung der für Unternehmen geltenden Wettbewerbsregeln, in denen Geldbußen oder Zwangsgelder verhängt werden können (vgl. Urteil vom 12. April 2013, CISAC/Kommission, [T-442/08](#), [ECLI:EU:T:2013:188](#), Rn. 93 und die dort angeführte Rechtsprechung).

**792** Außerdem ist zu berücksichtigen, dass die Feststellung, dass eine natürliche oder juristische Person an einer Zuwiderhandlung gegen die Wettbewerbsregeln beteiligt gewesen ist, für diese eine nicht unerhebliche Schädigung ihres Rufes darstellt (vgl. Urteil vom 12. April 2013, CISAC/Kommission, [T-442/08](#), [ECLI:EU:T:2013:188](#), Rn. 95 und die dort angeführte Rechtsprechung).

**793** Daher muss die Kommission aussagekräftige und übereinstimmende Beweise beibringen, um das Vorliegen der Zuwiderhandlung nachzuweisen und die feste Überzeugung zu begründen, dass die behaupteten Verstöße eine Beschränkung des Wettbewerbs im Sinne von Art. [101](#) Abs. [1](#) AEUV darstellen (vgl. Urteil vom 12. April 2013, CISAC/Kommission, [T-442/08](#), [ECLI:EU:T:2013:188](#), Rn. 96 und die dort angeführte Rechtsprechung).

**794** Jedoch muss nicht jeder von der Kommission erbrachte Beweis notwendigerweise für jeden Teil der Zuwiderhandlung diesen Kriterien entsprechen. Es reicht aus, dass das von der Kommission angeführte Bündel von Indizien bei einer Gesamtwürdigung dieser Anforderung genügt (vgl. Urteil vom 12. April 2013, CISAC/Kommission, [T-442/08](#), [ECLI:EU:T:2013:188](#), Rn. 97 und die dort angeführte Rechtsprechung).

**795** Das Vorliegen einer wettbewerbswidrigen Verhaltensweise oder Vereinbarung kann folglich aus einer Reihe von Koinzidenzen und Indizien abgeleitet werden, die bei einer Gesamtbetrachtung mangels einer anderen schlüssigen Erklärung den Beweis für eine Verletzung der Wettbewerbsregeln darstellen können (Urteil des Gerichtshofs vom [7. Januar 2004](#), Aalborg Portland u. a./Kommission, [C-204/00 P](#), [C-205/00 P](#), [C-211/00 P](#), [C-213/00 P](#), [C-217/00 P](#) und [C-219/00 P](#), [ECLI:EU:C:2004:6](#), Rn. 57).

**796** Zum Beispiel ist zwar ein Parallelverhalten für sich allein noch nicht einer abgestimmten Verhaltensweise gleichzusetzen, doch kann es ein wichtiges Indiz für eine solche darstellen, wenn es zu Wettbewerbsbedingungen führt, die nicht den normalen

Marktbedingungen entsprechen (Urteil vom 14. Juli 1972, Farbenfabriken Bayer/Kommission, 51/69, [ECLI:EU:C:1972:72](#), Rn. 25).

**797**So kann auch das Bestehen einer akzessorischen Vereinbarung, nach dem von der Kommission in Rn. 1190 des angefochtenen Beschlusses verwendeten Begriff, im Fall der gütlichen Beilegung eines Patentrechtsstreits ein gewichtiges Indiz für einen Anreiz und damit für das Vorliegen einer bezweckten Wettbewerbsbeschränkung darstellen (siehe oben, Rn. 265 bis 273).

**798**Insoweit ist zu beachten, dass eine akzessorische Vereinbarung eine übliche geschäftliche Vereinbarung ist, die mit einer Vergleichsvereinbarung „verbunden“ ist, die Klauseln enthält, die als solche wettbewerbsbeschränkend sind (siehe oben, Rn. 257). Eine solche Verbindung besteht u. a. dann, wenn die beiden Vereinbarungen an demselben Tag geschlossen werden, wenn sie rechtlich miteinander in der Weise zusammenhängen, dass die Verbindlichkeit der einen Vereinbarung vom Abschluss der anderen abhängt, oder wenn die Kommission in Anbetracht des Kontexts, in dem sie geschlossen werden, nachweisen kann, dass sie voneinander untrennbar sind. Dem sei hinzugefügt, dass die Kommission die Untrennbarkeit der Vereinbarungen umso leichter beweisen kann, je näher die Zeitpunkte ihres Abschlusses beieinanderliegen.

**799**Der Umstand, dass die Vergleichsvereinbarung und die akzessorische Vereinbarung an demselben Tag geschlossen werden oder dass sie in einem vertraglichen Zusammenhang miteinander stehen, lässt zudem erkennen, dass sich diese Vereinbarungen in ein und dasselbe Vertragsganze einfügen. Denn würden diese Vereinbarungen nicht an demselben Tag geschlossen (und bestünde kein vertraglicher Zusammenhang zwischen ihnen), würde der eine Verhandlungspartner dem anderen alles gewähren, was dieser anstrebt, ohne jede Gewissheit, dass er letztlich die erwartete Gegenleistung erhalten würde. Dieser zeitliche oder rechtliche Zusammenhang zwischen den beiden Vereinbarungen ist ebenfalls ein Indiz dafür, dass sie Gegenstand einer gemeinsamen Verhandlung waren.

**800**Die akzessorische Vereinbarung ist aber eine übliche geschäftliche Vereinbarung, die selbständig, ohne die Vergleichsvereinbarung, bestehen könnte. Umgekehrt zwingt der Abschluss eines Vergleichs nicht zum gleichzeitigen Abschluss einer geschäftlichen Vereinbarung. Demnach ist die Verknüpfung der beiden Vereinbarungen nicht erforderlich. Zudem kann sie nicht durch den Vergleich gerechtfertigt sein, da Zweck der akzessorischen Vereinbarung nicht der Abschluss eines solchen Vergleichs ist, sondern die Durchführung einer geschäftlichen Transaktion.

**801**Ferner schließt die akzessorische Vereinbarung Wertübertragungen zwischen den Parteien ein, seien sie finanzieller oder anderer Natur. Sie kann u. a. Wertübertragungen durch den Inhaber des Patents an den Generikahersteller einschließen.

**802**Es besteht auch eine Gefahr, dass die Verknüpfung einer geschäftlichen Vereinbarung mit einer Vergleichsvereinbarung, die Vermarktungsverbots- und Nichtangriffsklauseln enthält, die als solche wettbewerbsbeschränkende Charakter haben (siehe oben, Rn. 257), unter dem Deckmantel einer geschäftlichen Transaktion, die gegebenenfalls als komplexes Vertragswerk gestaltet ist, in Wirklichkeit darauf abzielt, als Anreiz für den Generikahersteller zu wirken, sich aufgrund einer in der akzessorischen Vereinbarung vorgesehenen Wertübertragung diesen Klauseln zu unterwerfen.

**803**Folglich stellt der Umstand, dass eine geschäftliche Vereinbarung, die normalerweise nicht die gütliche Beilegung eines Rechtsstreits zum Gegenstand hat (siehe oben, Rn. 800) und mittels deren eine Wertübertragung durch den Hersteller des Originalpräparats an den Generikahersteller erfolgt, unter den oben in Rn. 798 angeführten Bedingungen mit einer Vereinbarung zur gütlichen Beilegung eines Rechtsstreits, die wettbewerbsbeschränkende Klauseln enthält, ein gewichtiges Indiz für das Vorliegen einer umgekehrten Zahlung dar (siehe oben, Rn. 264).

**804**Das in der vorstehenden Randnummer genannte gewichtige Indiz genügt jedoch nicht, so dass die Kommission es untermauern muss, indem sie weitere übereinstimmende Anhaltspunkte anführt, die den Schluss auf das Vorliegen einer umgekehrten Zahlung zulassen. Eine solche Zahlung entspricht im spezifischen Kontext der akzessorischen Vereinbarungen dem Teil der vom Hersteller des Originalpräparats bewirkten Zahlung, der den „normalen“ Wert des ausgetauschten Gutes übersteigt (oder gegebenenfalls dem Teil des „normalen“ Wertes des ausgetauschten Gutes, der die vom Hersteller des Originalpräparats geleistete Zahlung übersteigt).

**805**Die Kommission hat unter Bezugnahme auf mehrere Indizien, darunter den Umstand, dass Lupin nicht gewährleistet, dass ein Patent erteilt werden würde, dass es gültig sein würde oder dass die beanspruchten Erzeugnisse oder Verfahren nicht patentverletzend sein würden (Art. 2.2 Buchst. a der Lupin-Vereinbarung), im angefochtenen Beschluss zweimal festgestellt, dass der Erwerb der Technologie von Lupin nicht „zu Marktbedingungen“ ausgehandelt worden sei (Rn. 1950 und 1952).

**806**Der Begriff „normale Wettbewerbsbedingungen“, der dem Begriff „normale Marktbedingungen“ gleichkommt, auch wenn er im Kartellbereich nicht verwendet wird, ist im Wettbewerbsrecht nicht unbekannt, denn er wird im besonderen Bereich der staatlichen Beihilfen verwendet, um festzustellen, ob ein Staat sich wie ein privater Investor verhalten hat (Urteil vom 2. September 2010, Kommission/Scott, C-290/07 P, ECLI:EU:C:2010:480, Rn. 68), ob also der den betreffenden Unternehmen gewährte Vorteil die normale Vergütung einer vom Staat erhaltenen Gegenleistung darstellt. Dieser Begriff kann somit entsprechend ein relevanter Referenzparameter für die Feststellung sein, ob zwei Unternehmen, die eine geschäftliche Transaktion abgeschlossen haben, dies auf der Grundlage von Erwägungen, die auf den wirtschaftlichen Wert des ausgetauschten Gutes, z. B. seine Rentabilitätperspektiven, beschränkt sind, und somit zu normalen Marktbedingungen getan haben.

**807**Hat die Kommission Indizien oder Beweise vorgelegt, die ihr die Feststellung erlauben, dass die akzessorische Vereinbarung nicht zu normalen Marktbedingungen geschlossen wurde, können die Parteien der Vereinbarung ihre Version des Sachverhalts vortragen und ihr Vorbringen mit den ihnen verfügbaren Anhaltspunkten dafür untermauern, dass die geschäftliche Vereinbarung, obwohl sie eine zu einer Vergleichvereinbarung akzessorische Vereinbarung bildet, aus anderen Gründen als dem des Ausschlusses eines Wettbewerbers mittels einer umgekehrten Zahlung gerechtfertigt ist. Die Parteien der Vereinbarung können so geltend machen, dass die akzessorische Vereinbarung zu Marktbedingungen geschlossen worden sei, und dafür geeignete Anhaltspunkte vortragen, z. B. die gewerblichen und kommerziellen Usancen des Sektors oder die besonderen Umstände des konkreten Falles.

**808**In Anbetracht aller ihr vorliegenden Anhaltspunkte und gegebenenfalls des Fehlens einer Erklärung oder einer plausiblen Erklärung seitens der Parteien der Vereinbarung

kann die Kommission nach einer Gesamtwürdigung Grund zu der Feststellung haben, dass die akzessorische Vereinbarung nicht zu normalen Marktbedingungen geschlossen wurde, d. h., dass die von dem Hersteller des Originalpräparats geleistete Zahlung den Wert des ausgetauschten Gutes (oder dass der Wert des dem Hersteller des Originalpräparats verkauften Gutes die von diesem geleistete Zahlung) übersteigt. Die Kommission kann dann den Schluss ziehen, dass eine umgekehrte Zahlung vorliegt (siehe oben, Rn. 804).

**809**Eine umgekehrte Zahlung, durch die keine vergleichsinhärenten Kosten ausgeglichen werden sollen, stellt indes einen als Anreiz wirkenden Vorteil dar (siehe oben, Rn. 265 und 278 bis 280). Dies ist der Fall bei einer Zahlung aufgrund einer akzessorischen Vereinbarung, die nicht die gütliche Beilegung eines Rechtsstreits, sondern die Durchführung einer geschäftlichen Transaktion zum Gegenstand hat (siehe oben, Rn. 800).

**810**Die Parteien der Vereinbarung können jedoch noch geltend machen, dass der betreffende Vorteil unbedeutend sei, weil der Betrag zu gering sei, um ihn als einen signifikanten Anreiz dafür anzusehen, die in der Vergleichsvereinbarung vorgesehenen wettbewerbsbeschränkenden Klauseln zu akzeptieren (siehe oben, Rn. 280).

**811**Anhand der vorstehenden Erwägungen sind die besonderen Umstände des vorliegenden Falles zu prüfen.

**812**Servier und Lupin schlossen am selben Tag eine Vereinbarung zur gütlichen Beilegung eines Rechtsstreits, die Vermarktungsverbots- und Nichtangriffsklauseln enthielt, und eine Vereinbarung über die Übertragung von Technologie, mit der Servier Lupin drei von dieser eingereichte Patentanmeldungen abkaufte. Zudem wurden diese beiden Vereinbarungen in der Form einer einzigen Vereinbarung geschlossen. Der Zusammenhang zwischen den beiden Vereinbarungen ist somit offenkundig.

**813**Des Weiteren erfolgte mit der Übertragungsvereinbarung eine Wertübertragung durch Servier an Lupin.

**814**Aus den vorstehenden Rn. 812 und 813 ergibt sich, dass die Übertragungsvereinbarung eine akzessorische Vereinbarung darstellt, mit der eine Wertübertragung durch den Hersteller des Originalpräparats an den Generikahersteller erfolgt. Dies ist ein gewichtiges Indiz dafür, dass diese Wertübertragung nicht nur die Gegenleistung für das im Rahmen der akzessorischen Vereinbarung ausgetauschte Gut ist, sondern auch eine umgekehrte Zahlung (in der Bedeutung dieses Begriffs im Bereich der akzessorischen Vereinbarungen) umfasst.

**815**Zudem steht fest, dass Servier an Lupin im Rahmen der Übertragungsvereinbarung 40 Mio. Euro zahlte, was einen seinem absoluten Wert nach bedeutenden Betrag darstellt, wie die Kommission in den Rn. 1871 und 1947 des angefochtenen Beschlusses zu Recht hervorgehoben hat.

**816**Ein solcher Betrag überstieg aber die Gewinne, mit denen Lupin nach ihrem unabhängigen Markteintritt in den ersten zwei oder drei Vermarktungsjahren rechnen konnte, wie die Kommission in Rn. 1974 des angefochtenen Beschlusses zu Recht festgestellt hat.

**817**Es steht ebenfalls fest, dass der fragliche Betrag höher war als die Investitionen, die ein anderer vergleichbarer Generikahersteller zur Entwicklung seines eigenen Perindopriils getätigt hatte, wie die Kommission in Rn. 1962 des angefochtenen Beschlusses

hervorgehoben hat. Ein solches von der Kommission herangezogenes Indiz ist entgegen dem Vorbringen der Klägerinnen besonders relevant.

**818**Hinzu kommt, dass Lupin keine Patente übertrug, sondern bloße Patentanmeldungen. Überdies war in der Vereinbarung ausdrücklich vorgesehen, dass Lupin nicht gewährleistete, dass ein Patent erteilt werden würde, dass es gültig sein würde oder dass die beanspruchten Erzeugnisse oder Verfahren nicht patentverletzend sein würden (Art. 2.2 Buchst. a der Lupin-Vereinbarung).

**819**Schließlich steht fest, dass Lupin, auch wenn Servier und Lupin in ihren Antworten auf die Mitteilung der Beschwerdepunkte bestritten haben, dass der Vergleich von den Bedingungen der Übertragung der Patentanmeldungen abgehangen habe, zuvor angegeben hatte, dass die Übertragung der Patentanmeldungen integraler Bestandteil der Vergleichsverhandlungen gewesen sei. Sie hatte die erhaltenen Zahlungen auch als „Vergleichszahlungen“ oder „Vergleichsbeträge“ bezeichnet (Rn. 1937 des angefochtenen Beschlusses).

**820**Dagegen legen die Klägerinnen nichts Konkretes zum Beweis dessen vor, dass der Erwerb der Patentanmeldungen von Lupin für einen Betrag von 40 Mio. Euro bei vernünftiger Betrachtung als eine rentable Investition gelten konnte (vgl. in Fortführung der oben in Rn. 806 eingeführten Analogie zum Begriff des marktwirtschaftlich handelnden privaten Investors Rn. 84 des Urteils vom 12. Dezember 2000, Alitalia/Kommission, T-296/97, [ECLI:EU:T:2000:289](#), wonach das Verhalten eines marktwirtschaftlich handelnden privaten Kapitalgebers von Rentabilitätsaussichten geleitet wird) oder zumindest als geeignet angesehen werden konnte, dem Erwerber dieser Anmeldungen Einkünfte zu verschaffen, die ihren hohen Preis würden ausgleichen können.

**821**Die Klägerinnen verweisen zwar, wenn auch wenig substantiiert, auf Transaktionen, die der mit Lupin geschlossenen Übertragungsvereinbarung vergleichbar sein sollen. Dabei handelt es sich jedoch um Vereinbarungen, an denen die Klägerinnen als Partei beteiligt waren und die daher nur bedingt als Nachweis herangezogen werden können, dass eine Transaktion zu normalen Marktbedingungen erfolgt ist. Im Übrigen hat die Kommission einige dieser Transaktionen als Zuwiderhandlungen gegen das Wettbewerbsrecht eingestuft. Schließlich weisen die Klägerinnen auch nicht nach, dass die im Rahmen dieser verschiedenen Transaktionen übertragene Technologie der von der Übertragungsvereinbarung betroffenen gleichwertig war.

**822**Die Klägerinnen verweisen zwar insoweit auch auf das Gutachten einer Person, die sich als Berater in Fragen des geistigen Eigentums bezeichnet. Diese Person gibt jedoch selbst an, dass sie ihr Gutachten für Rechnung von Servier erstellt habe. Dies beschränkt zwangsläufig den Beweiswert eines solchen Gutachtens. Vor allem sind die in diesem Gutachten gezogene Schlussfolgerung („Ich würde daher die Käufe als im Rahmen der normalen Praxis eines Unternehmens liegend ansehen“) und die sie stützenden Gesichtspunkte zu allgemein für den Nachweis, dass die in Rede stehende Wertübertragung einer zu normalen Marktbedingungen erfolgten Transaktion entsprach. Zudem sind die als Referenz herangezogenen Transaktionen wiederum solche, an denen Servier beteiligt war und von denen die Kommission einige als Zuwiderhandlungen gegen das Wettbewerbsrecht eingestuft hat.

**823**Auch wenn ferner die Patent- und die Produktionsabteilung oder andere Abteilungen von Servier, wie die Klägerinnen geltend machen, die Technologie von Lupin als

„interessant“ eingestuft haben sollten, ließe sich damit nicht beweisen, dass die in Rede stehende Wertübertragung einer zu normalen Marktbedingungen erfolgten Transaktion entsprach.

**824** Ebenso würde sich mit einem Beweis des Vortrags, dass über den „Preis ausgehend von den ursprünglichen Forderungen bis zu einem für beide Parteien akzeptablen Niveau verhandelt“ worden sei, nicht nachweisen lassen, dass die in Rede stehende Wertübertragung einer zu normalen Marktbedingungen erfolgten Transaktion entsprach.

**825** Somit lassen die von den Klägerinnen angeführten Gesichtspunkte, selbst wenn sie als Ganzes berücksichtigt werden, nicht den Schluss zu, dass die in Rede stehende Wertübertragung einer zu normalen Marktbedingungen erfolgten Transaktion entsprach.

**826** In dieser Hinsicht ist darauf hinzuweisen, dass die Kommission, u. a. gestützt auf die in Rn. 795 des vorliegenden Urteils angeführte Rechtsprechung (Rn. 1940 des angefochtenen Beschlusses), befunden hat, dass „weder Servier noch Lupin eine glaubwürdige Beschreibung der Faktoren geben konnten, die für die Festsetzung des Endbetrags von 40 Mio. Euro bestimmend waren“ (Rn. 1955). In Rn. 1944 des angefochtenen Beschlusses hat sie ausgeführt, dass sie „bestimmte Schlüsse aus einer Situation ziehen [durfte], in der mögliche Entlastungsbeweise nur von den Parteien selbst kommen konnten und die Parteien trotz mehrerer Auskunftsverlangen solche Entlastungsbeweise nicht vorlegen konnten“. Dem hat sie in Rn. 1964 des angefochtenen Beschlusses hinzugefügt, dass „Servier nicht in der Lage [war], Unterlagen aus der betreffenden Zeit vorzulegen, anhand deren sich der Betrag der infolge des Erwerbs der Technologie von Lupin erwarteten Einsparungen hätte erläutern lassen“. Sie ist schließlich u. a. angesichts des „Fehlens von Beweisen“ für das geschäftliche Interesse von Servier an der von Lupin übertragenen Technologie zu dem Ergebnis gelangt, dass die sich aus der Übertragungsvereinbarung ergebende Wertübertragung einen als Anreiz wirkenden Vorteil darstellte (Rn. 1978 des angefochtenen Beschlusses).

**827** In Anbetracht aller vor dem Gericht erörterten Gesichtspunkte ist festzustellen, dass die Kommission das Vorliegen einer umgekehrten Zahlung, die dem in Rede stehenden Vergleich nicht inhärent war (siehe oben, Rn. 809), und damit eines Anreizes nachgewiesen hat.

**828** Schließlich ist in Anbetracht der Erwägungen in den vorstehenden Rn. 815 bis 827 festzustellen, dass nicht nachgewiesen ist, dass der betreffende Vorteil unbedeutend ist, weil der Betrag zu gering ist, um ihn als einen signifikanten Anreiz dafür anzusehen, die in der Vergleichsvereinbarung vorgesehenen wettbewerbsbeschränkenden Klauseln zu akzeptieren (siehe oben, Rn. 810).

ii) Zum Fehlen einer Beschränkung der Bemühungen des Generikaherstellers, in Wettbewerb mit dem Hersteller des Originalpräparats zu treten

**829** Die Lupin-Vereinbarung enthält Vermarktungsverbots- und Nichtangriffsklauseln, die als solche wettbewerbsbeschränkend sind, wie oben in Rn. 257 dargelegt worden ist.

**830** Die Klägerinnen machen jedoch geltend, die in der Lupin-Vereinbarung enthaltenen Vermarktungsverbots- und Nichtangriffsklauseln seien nicht wettbewerbsbeschränkend, weil ihr wettbewerbsbeschränkender Charakter durch andere Klauseln der Vereinbarung begrenzt werde. Dieses Vorbringen ist auf seine Stichhaltigkeit zu prüfen.

**831** Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass die von der Vereinbarung erfassten Erzeugnisse in deren Erwägungsgrund A definiert sind, der sich auf „Arzneimittel, die als Wirkstoff

Perindopril tert-Butylamin (auch als Perindopril-Erbumin bezeichnet) und alle seine Salze enthalten (im Folgenden: die Erzeugnisse [Products])“ bezieht.

**832**Obwohl im Erwägungsgrund A der Lupin-Vereinbarung auf laufende Rechtsstreitigkeiten verwiesen wird, die auf europäischer Ebene, wie sich aus den Erwägungsgründen B und D dieser Vereinbarung ergibt, nur das Patent 947 betreffen, bezieht sich eine solche Klausel angesichts ihres Wortlauts anscheinend nicht nur auf Erzeugnisse, die die Alpha-Form von Perindopril-Erbumin enthalten, also diejenigen, die unter das Patent 947 fallen, sondern alle Erzeugnisse, die Erbumin, in welcher Form auch immer, enthalten.

**833**Zudem ist der Ausdruck „alle seine Salze“ nicht eindeutig. Einerseits scheint sich das Wort „seine“ grammatikalisch eher auf Perindopril tert-Butylamin, d. h. Erbumin, zu beziehen, als auf Perindopril insgesamt, da Letzteres als solches in diesem Satzteil nicht erwähnt wird. Andererseits ist Erbumin unstreitig ein Salz, so dass das Wort „seine“ sich nicht auf Erbumin, sondern allgemeiner auf Perindopril insgesamt beziehen müsste.

**834**Folglich lässt sich aufgrund des Wortlauts der Klauseln der Vereinbarung schwer feststellen, ob diese Vereinbarung nur die Alpha-Form von Erbumin erfasst oder ob sie auch andere Formen von Erbumin oder sogar andere Perindopril-Salze einschließt.

**835**Angesichts dieser Ungewissheit ist zu prüfen, ob die Tragweite der Vermarktungsverbots- und Nichtangriffsklauseln nicht derart begrenzt ist, dass diese Klauseln ihren wettbewerbsbeschränkenden Charakter verlieren.

**836**Als Erstes ist der wettbewerbsbeschränkende Charakter der Nichtangriffsklausel offensichtlich, da Art. 1.3 der Lupin-Vereinbarung Folgendes vorsieht:

„Nach dem Datum der vorliegenden Vereinbarung wird Lupin nicht versuchen, sei es unmittelbar oder mittelbar, und keinen Dritten dabei unterstützen oder damit beauftragen, das Patent 947 oder irgendein von Servier oder deren Tochtergesellschaften gehaltenes Patent zum Schutz von Perindopril in irgendeinem Land mit Ausnahme eines nicht dem EWR angehörenden Staates zu widerrufen oder für ungültig erklären zu lassen oder sonst anzufechten.“

**837**Zudem ergibt sich aus den unterschiedlichen Schreibkonventionen „die Patente“ und „die Patente von Servier“, die jeweils im Erwägungsgrund D und in Art. 1.3 der Lupin-Vereinbarung festgelegt sind, dass sich dieser Artikel nicht nur auf die in den Erwägungsgründen B bis D genannten Patente (darunter das Patent 947), bezüglich deren von Rechtsstreitigkeiten zwischen Servier und Lupin die Rede ist, bezieht, sondern auch zumindest potenziell auf eine Gesamtheit von Patenten, die nicht einzeln genannt sind und die die von der Vereinbarung erfassten Erzeugnisse schützen.

**838**Was als Zweites die Tragweite der Vermarktungsverbotsklausel angeht, erlegt Art. 1.6 der Lupin-Vereinbarung Lupin ein Vermarktungsverbot auf, das für die von der Vereinbarung erfassten Erzeugnisse gilt.

**839**Nach Art. 1.6 der Lupin-Vereinbarung kann Lupin jedoch, wenn die Voraussetzungen nach Art. 4.1 dieser Vereinbarung erfüllt sind, von Servier gelieferte Erzeugnisse oder ihre eigenen Erzeugnisse verkaufen oder zum Verkauf anbieten. Art. 4.1 regelt, unter welchen Voraussetzungen Servier ihre Erzeugnisse an Lupin verkaufen muss. Diese Bestimmung sieht drei Fälle vor.

**840**Im ersten Fall kann Lupin in einen der von der Vereinbarung erfassten nationalen Märkte eintreten, wenn bestimmte Erzeugnisse von Servier von einem Dritten auf diesem



Markt vertrieben werden. Im zweiten Fall kann Lupin in einen solchen Markt eintreten, wenn die Patentanmeldung von Servier zurückgewiesen wird oder wenn ihr Patent abläuft oder für ungültig oder für nichtig erklärt wird. Im dritten Fall schließlich kann Lupin in einen solchen Markt eintreten, wenn ein nicht von Servier hergestelltes Generikum auf diesem Markt verkauft wird - es sei denn, Servier hat einen Antrag auf einstweilige Verfügung gestellt, der nicht zurückgewiesen worden ist - und wenn dieses Generikum nicht unter Verletzung einer für diesen Markt geltenden einstweiligen Verfügung verkauft wird.

**841**Somit ist der Markteintritt von Lupin, insbesondere mit ihren eigenen Erzeugnissen (siehe oben, Rn. 839), in zwei Fällen möglich.

**842**Erstens ist der Markteintritt von Lupin möglich, wenn Servier den Verkauf ihrer Erzeugnisse durch einen Dritten erlaubt, keine Patentanmeldung einreicht oder keine einstweilige Verfügung beantragt, d. h. unter Umständen, deren Eintritt in das Ermessen von Servier gestellt ist, auf das Lupin keinerlei Einfluss hat. In diesem ersten Fall kann keine Rede davon sein, dass die Anwendung der Voraussetzungen nach Art. 4.1 der Lupin-Vereinbarung den wettbewerbsbeschränkenden Charakter der Vermarktungsverbotsklausel als solchen (siehe oben, Rn. 257) in Frage stellt oder gar den Markteintritt von Lupin fördert.

**843**Zweitens ist der Markteintritt von Lupin möglich, wenn die Patente von Servier es dieser nicht erlauben, sich dem zu widersetzen. In diesem Fall erlaubt Art. 4.1 der Lupin-Vereinbarung keinen im Verhältnis zu den Wirkungen eines noch gültigen oder einem Dritten gegenüber wirksamen Patents vorgezogenen Markteintritt von Lupin. Mit dieser Bestimmung werden nur die Konsequenzen aus dem Fehlen eines gültigen oder einem Dritten gegenüber wirksamen Patents gezogen, indem so vermieden wird, dass die Vermarktungsverbotsklausel keinen Bezug zu einem solchen Patent hat und somit offenkundig das gute Funktionieren des normalen Wettbewerbs so hinreichend beeinträchtigt, dass ihre Aufnahme in die Vereinbarung als bezweckte Wettbewerbsbeschränkung eingestuft wird (siehe unten, Rn. 877). In diesem zweiten Fall kann daher keine Rede davon sein, dass die Anwendung der Voraussetzungen nach Art. 4.1 der Lupin-Vereinbarung den wettbewerbsbeschränkenden Charakter der Vermarktungsverbotsklausel als solchen (siehe oben, Rn. 257) in Frage stellt oder gar den Markteintritt von Lupin fördert.

**844**Demgemäß ist festzustellen, dass die Vermarktungsverbotsklausel ungeachtet der Bestimmungen des Art. 4.1 der Lupin-Vereinbarung wettbewerbsbeschränkend ist.

**845**Dieses Ergebnis wird durch das übrige Vorbringen der Klägerinnen nicht in Frage gestellt.

**846**Erstens machen die Klägerinnen geltend, die Vereinbarung erlaube einen vorgezogenen Markteintritt von Lupin, d. h. vor dem voraussichtlichen Ende der Gültigkeit des Patents 947. Ein solcher vorgezogener Markteintritt neutralisiere aber den wettbewerbsbeschränkenden Charakter einer Vermarktungsverbotsklausel.

**847**Auch wenn wegen des komplexen Wortlauts von Art. 1.6 der Lupin-Vereinbarung eine solche Auslegung nicht auf der Hand liegt, ließe sich sagen, dass dieser Artikel in Verbindung mit Art. 4.1 Buchst. c dieser Vereinbarung einen Markteintritt von Lupin mit ihren eigenen Erzeugnissen erlaubt, wenn ein nicht von Servier hergestelltes generisches „Erzeugnis“ ohne Verletzung einer einstweiligen Verfügung (und ohne dass zudem ein

von Servier gestellter Antrag auf einstweilige Verfügung anhängig ist) auf den Markt gelangt ist.

**848**Der Begriff „Product“ (Erzeugnis) im Sinne von Art. 4.1 Buchst. c der Lupin-Vereinbarung ist wegen seiner Großschreibung im Sinne der im Erwägungsgrund A dieser Vereinbarung getroffenen Schreibkonvention zu verstehen, da dieser Begriff dort mit einem Großbuchstaben beginnt (siehe oben, Rn. 831).

**849**In Anbetracht des Erwägungsgrundes A der Lupin-Vereinbarung, der sich auf Erzeugnisse bezieht, die Erbumin in welcher Form auch immer enthalten (siehe oben, Rn. 832), könnte Art. 4.1 Buchst. c dieser Vereinbarung wegen der Bezugnahme auf Erzeugnisse, die nicht unter Verletzung einer einstweiligen Verfügung verkauft werden, dahin ausgelegt werden, dass er Erzeugnisse betrifft, die andere Formen von Erbumin als die Alpha-Form enthalten. Damit könnte die Vereinbarung so ausgelegt werden, dass sie Lupin erlaubt, in den Markt einzutreten, wenn ein Dritter ein generisches Perindopril, das Erbumin einer Non-Alpha-Form enthält, in den Verkehr gebracht hat.

**850**Der nicht eindeutige Wortlaut des Erwägungsgrundes A der Lupin-Vereinbarung schafft zudem eine Ungewissheit hinsichtlich des Umstands, dass Art. 4.1 Buchst. c dieser Vereinbarung mit der Bezugnahme auf Erzeugnisse, die nicht unter Verletzung einer einstweiligen Verfügung verkauft werden, dahin ausgelegt werden könnte, dass er sich auch auf Erzeugnisse bezieht, die kein Erbumin enthalten (siehe oben, Rn. 833). Dies könnte zu dem Schluss führen, dass die Vereinbarung Lupin erlaubt, in den Markt einzutreten, wenn ein Dritter generisches Perindopril in Form eines Salzes, einschließlich eines anderen Salzes als Erbumin, in den Verkehr gebracht hat.

**851**Daraus könnte geschlossen werden, dass die Vereinbarung einen im Verhältnis zur voraussichtlichen Gültigkeitsdauer des Patents 947 vorgezogenen Markteintritt von Lupin mit ihren eigenen Erzeugnissen vorsah, da ein Inverkehrbringen durch einen Dritten von Erzeugnissen, die kein Erbumin in der Alpha-Form enthalten, eine zum Schutz dieses Patents ergangene einstweilige Verfügung nicht verletzen könnte und Lupin erlauben würde, ihrerseits mit ihren eigenen Erzeugnissen in den Markt einzutreten.

**852**Jedoch hatte Lupin wegen der oben in den Rn. 846 bis 850 dargelegten Ungewissheiten über die Tragweite der Art. 1.6 und 4.1 der Lupin-Vereinbarung Anlass zu der Befürchtung, dass die Vermarktungsverbotsklausel fortgelten würde, nachdem ein Dritter ein generisches Perindopril, das aus Erbumin einer Non-Alpha-Form bestand, oder ein nicht aus Erbumin bestehendes generisches Perindopril in den Verkehr gebracht hätte. Ein solcher Zweifel war geeignet, sie von einem Markteintritt abzuhalten. Hinzu kommt eine weitere Ungewissheit, die dadurch bedingt war, dass auch bei weiter Auslegung des Begriffs „Erzeugnis“ (der alle Salze von Perindopril einschließt) Servier dennoch eine einstweilige Verfügung beantragen könnte, und zwar auch für ein Erzeugnis, das offensichtlich keines ihrer Patente verletzt, insbesondere nicht das Patent 947, was zur Folge hätte, dass Art. 4.1 Buchst. c der Lupin-Vereinbarung bis zur Zurückweisung eines solchen Antrags nicht angewandt werden könnte.

**853**Hierzu sei ferner darauf hingewiesen, dass die Parteien bezüglich des französischen Marktes mehrere Schreiben zu der Frage gewechselt haben, ob der Markteintritt von Sandoz Lupin erlaubte, ihrerseits in den Markt einzutreten. So fragte Lupin Servier in einem Schreiben vom 17. März 2009, ob diese ihrem Eintritt in den französischen Markt entgegenetrete. In einem Schreiben vom 31. März 2009 beschränkte sich Servier auf den Hinweis, dass das Erzeugnis von Sandoz keines ihrer Patente verletze. Auf diese Antwort

hin fühlte sich Lupin genötigt, Servier mit Schreiben vom 3. April 2009 um Erläuterungen zu bitten. Sie schrieb u. a. Folgendes:

„Lupin sieht keinerlei triftigen Grund für Servier, dem Verkauf ihres Erzeugnisses auf der Basis von Perindopril-Erbumin in Frankreich an ihre/n lokalen Partner oder dem Weiterverkauf durch diese/n französische/n Partner entgegenzutreten. Aus Ihrem Schreiben vom 31. März 2009 geht nicht klar hervor, ob Servier in einem dieser Punkte anderer Auffassung ist. Sollte dies der Fall sein, werden Sie um eine umfassende Erläuterung der Position von Servier bis zum 9. April 2009 zum Geschäftsschluss gebeten.“

**854**Schon diese Schreiben von Lupin und der Inhalt des letztgenannten Schreibens lassen die bei ihr bestehenden Ungewissheiten hinsichtlich ihrer Möglichkeit erkennen, ohne Verletzung der Vereinbarung in den französischen Markt einzutreten.

**855**Folglich ist der wettbewerbsbeschränkende Charakter der Vermarktungsverbotsklausel unabhängig von der Auslegung des Erwägungsgrundes A der Lupin-Vereinbarung festzustellen, zumal die sich aus der Komplexität oder dem nicht eindeutigen Wortlaut einer Vereinbarung ergebenden Ungewissheiten es den Parteien nicht erlauben dürfen, sich ihrer wettbewerbsrechtlichen Verantwortung zu entziehen.

**856**Wird der oben in Rn. 851 dargelegten Auslegung der Vereinbarung gefolgt, steht die hypothetische Natur der am Ende der Rn. 849 und 850 des vorliegenden Urteils genannten Ereignisse, d. h. des Inverkehrbringens eines Generikums durch einen Dritten, der Annahme entgegen, dass der wettbewerbsbeschränkende Charakter der Vermarktungsverbotsklausel neutralisiert wird und demnach insoweit keine Zuwiderhandlung vorliegt. Es ist nämlich zu unterscheiden zwischen der Frage des Vorliegens der Zuwiderhandlung selbst, das nicht durch die bloße Möglichkeit des Eintritts zukünftiger Ereignisse in Frage gestellt werden kann, auf der einen Seite und der Frage der Dauer der Zuwiderhandlung, die vom tatsächlichen Eintritt solcher Ereignisse abhängen kann, auf der anderen.

**857**Zudem hängt der vorgezogene Markteintritt von Lupin jedenfalls davon ab, dass ein Dritter ein Generikum in den Verkehr bringt, also von einem Umstand, der sowohl außerhalb der Sphäre der Vertragsparteien liegt als auch ungewiss ist. Dieser Markteintritt ergibt sich demnach nicht aus einer klaren Entscheidung dieser Parteien, auf die sie sich zum Beweis dafür berufen könnten, dass die sie bindende Vereinbarung und insbesondere die in ihr enthaltene Vermarktungsverbotsklausel nicht wettbewerbsbeschränkend sind.

**858**Zweitens sieht die Lupin-Vereinbarung zwar in Art. 4.2 den künftigen Abschluss einer Belieferungsvereinbarung zwischen den Parteien vor. Die Durchführung einer solchen Vereinbarung hängt jedoch vom Vorliegen einer der in Art. 4.1 der Lupin-Vereinbarung genannten Voraussetzungen ab. Da, wie bereits dargelegt, die Durchführung dieser Bestimmung nicht den Schluss zulässt, dass die Vermarktungsverbotsklausel nicht wettbewerbsbeschränkend ist, gilt dies auch für die in Art. 4.2 erwähnte Belieferungsvereinbarung.

**859**Zudem sei darauf hingewiesen, dass zwischen den Parteien keine Belieferungsvereinbarung geschlossen wurde. Des Weiteren sah die Lupin-Vereinbarung nicht vor, dass der Nichtabschluss einer Belieferungsvereinbarung erhebliche Rechtsfolgen für die Parteien haben würde, wie etwa die Kündigung der Lupin-

Vereinbarung als Ganzes oder der in ihr enthaltenen Vermarktungsverbots- und Nichtangriffsklauseln. Selbst wenn also eine Belieferungsvereinbarung als geeignet angesehen werden könnte, den Markteintritt eines Generikaherstellers, der ein potenzieller Wettbewerber des Herstellers des Originalpräparats wäre, zu fördern, könnte im vorliegenden Fall die Lupin-Vereinbarung, die eine Belieferungsvereinbarung nur im Grundsatz vorsah, ohne im Hinblick auf die Verwirklichung dieses Grundsatzes Maßnahmen oder Sanktionen vorzusehen, nicht als dem Markteintritt von Lupin förderlich angesehen werden.

**860**Nach Art. 4.2 der Lupin-Vereinbarung sollte die Belieferungsvereinbarung zwar die Anwendung ihres Art. 4.1 ermöglichen, der eine „feste“ Verpflichtung von Servier zur Lieferung der „Erzeugnisse“ im Sinne der Vereinbarung an Lupin vorsah. Aufgrund der in der vorstehenden Rn. 859 dargelegten Erwägungen ist jedoch der zwingende Charakter dieser von Servier eingegangenen Verpflichtung zu relativieren

**861**Drittens ist das Vorbringen der Klägerinnen, eine Auslegung von Art. 1.3 der Lupin-Vereinbarung dahin, dass die Nichtangriffsklausel über das Patent 947 hinaus gelte, müsse gemäß Art. 1.7 dieser Vereinbarung zu der Annahme führen, dass Lupin über eine Gratislizenz für alle diese Patente verfügt habe, ist angesichts des Wortlauts der letztgenannten Bestimmung irrig, die in der von den Klägerinnen besorgten Übersetzung in die Verfahrenssprache wie folgt lautet:

„Zur Vermeidung jeder Unklarheit: Diese Vereinbarung gewährt Lupin keinerlei Recht oder Lizenz an den Patenten von Servier im Bereich irgendeiner Gerichtsbarkeit, wobei weder Servier noch ihre Tochtergesellschaften, Lizenznehmer und/oder Rechtsnachfolger für die Patente von Servier ihre Rechte an den Patenten von Servier hinsichtlich des Lupin durch Art. 1.6 eingeräumten Rechts, die von Lupin/Lupin (Europe) Limited hergestellten Erzeugnisse zu verkaufen, ausüben werden.“

**862**Der Wortlaut dieser Bestimmung ist nämlich wegen des zumindest dem Anschein nach bestehenden Gegensatzes zwischen dem ersten Teil des Satzes (Diese Vereinbarung gewährt Lupin keinerlei Recht oder Lizenz an den Patenten von Servier im Bereich irgendeiner Gerichtsbarkeit) und dem folgenden Teil (wobei weder Servier noch ihre Tochtergesellschaften, Lizenznehmer und/oder Rechtsnachfolger für die Patente von Servier ihre Rechte an den Patenten von Servier hinsichtlich des Lupin durch Art. 1.6 eingeräumten Rechts, die von Lupin/Lupin [Europe] Limited hergestellten Erzeugnisse zu verkaufen, ausüben werden) wenig klar. Zudem ist die Notwendigkeit des ersten Satzteils nicht offensichtlich, denn keine Bestimmung der Vereinbarung legt den Gedanken nahe, dass Lupin über eine Lizenz für andere Rechte als die Rechte an der an Servier übertragenen Technologie verfügte. Das Verständnis dieses Artikels wird noch weiter erschwert durch den Verweis auf Art. 1.6 der Lupin-Vereinbarung, der wiederum auf Art. 4.1 dieser Vereinbarung verweist, der festlegt, unter welchen Voraussetzungen Lupin mit ihrem eigenen Erzeugnis in den Markt eintreten kann. Somit konnte Art. 1.7 wegen seines Wortlauts Zweifel aufkommen lassen, die geeignet waren, Lupin von einem Markteintritt abzuhalten.

**863**Vor allem hängt der Verzicht von Servier darauf, ihre Patentrechte gegenüber Lupin geltend zu machen, davon ab, dass eine der Voraussetzungen nach Art. 4.1 der Lupin-Vereinbarung (auf den ihr Art. 1.6 verweist) erfüllt ist. Da, wie oben in den Rn. 844 und 855 ausgeführt worden ist, die Durchführung von Art. 4.1 nicht den Schluss zulässt, dass die Vermarktungsverbotsklausel nicht wettbewerbsbeschränkend ist, gilt Gleiches auch

für die Durchführung von Art. 1.7 dieser Vereinbarung, und zwar auch dann, wenn der Ausdruck „Patente von Servier“ in einem weiten Sinn dahin verstanden wird, dass er die Patente einschließt, die sich über die Alpha-Form von Erbumin hinaus auch auf andere Formen von Erbumin oder andere Perindopril-Salze beziehen.

**864**Nach alledem ist die Kommission zu Recht zu dem Ergebnis gelangt, dass eine Beschränkung der Bemühungen von Lupin vorliegt, mit Servier in Wettbewerb zu treten.

iii) Zum Fehlen einer Zuwiderhandlung

**865**Aus den Erwägungen in den vorstehenden Rn. 789 bis 864 ergibt sich, dass die Kommission zu Recht sowohl das Bestehen eines als Anreiz wirkenden Vorteils als auch eine entsprechende Beschränkung der Bemühungen von Lupin, mit Servier in Wettbewerb zu treten, festgestellt hat.

**866**Wie oben in Rn. 272 dargelegt, setzt im Kontext von Vereinbarungen zur gütlichen Beilegung von Patentrechtsstreitigkeiten die Einstufung als bezweckte Wettbewerbsbeschränkung voraus, dass die Vergleichsvereinbarung sowohl einen für den Generikahersteller als Anreiz wirkenden Vorteil als auch eine entsprechende Beschränkung seiner Bemühungen, mit dem Hersteller des Originalpräparats in Wettbewerb zu treten, umfasst. Sind diese beiden Voraussetzungen erfüllt, ist die Feststellung eines Anreizes zwingend.

**867**Im Fall einer Patentvergleichsvereinbarung, die Vermarktungsverbots- und Nichtangriffsklauseln enthält, deren per se wettbewerbsbeschränkender Charakter nicht stichhaltig in Frage gestellt worden ist, erlaubt das Bestehen eines Anreizes für den Generikahersteller, sich diesen Klauseln zu unterwerfen, die Feststellung einer bezweckten Wettbewerbsbeschränkung (siehe oben, Rn. 273).

**868**Im vorliegenden Fall erlaubte die Feststellung eines signifikanten Anreizes (siehe oben, Rn. 828) der Kommission den Schluss auf das Vorliegen einer bezweckten Wettbewerbsbeschränkung.

**869**Folglich hat die Kommission entgegen dem Vorbringen der Klägerinnen im angefochtenen Beschluss zu Recht das Vorliegen einer bezweckten Wettbewerbsbeschränkung festgestellt.

**870**Die Klägerinnen beanstanden jedoch unter Berufung auf die Vermarktungsverbots- und Nichtangriffsklauseln im Wesentlichen die von der Kommission im angefochtenen Beschluss vorgenommene sachliche Abgrenzung der Zuwiderhandlung.

**871**Wie oben in Rn. 834 dargelegt, lässt sich aufgrund des Wortlauts der Klauseln der Vereinbarung schwer feststellen, ob diese Vereinbarung nur die Alpha-Form von Erbumin erfasste oder ob sie auch andere Formen von Erbumin oder sogar andere Perindopril-Salze einschloss.

**872**Die Tragweite der Vermarktungsverbotsklausel hängt indes von der zugrunde gelegten Definition des Begriffs „Erzeugnisse“ ab, da auf diesen Begriff sowohl in Art. 1.6 der Lupin-Vereinbarung als auch in deren Art. 4.1, auf den Art. 1.6 verweist, Bezug genommen wird.

**873**Was zudem die Tragweite der Nichtangriffsklausel angeht, so galt diese nicht nur für die in den Erwägungsgründen B bis D genannten Patente (einschließlich des Patents 947), sondern auch für eine Gesamtheit von Patenten, die nicht einzeln genannt waren und deren Abgrenzung vom Begriff „Erzeugnisse“ abhing, wie er in der Vereinbarung vorgesehen war (siehe oben, Rn. 836).

**874**Wie die Kommission im angefochtenen Beschluss (Rn. 1912) zu Recht ausgeführt hat, schuf der Wortlaut der Vereinbarung eine Ungewissheit hinsichtlich des Geltungsbereichs der Vermarktungsverbots- und Nichtangriffsklauseln.

**875**So war aufgrund des Wortlauts der Lupin-Vereinbarung zweifelhaft, ob die Vermarktungsverbotsklausel für alle Formen von Erbumin oder sogar für andere Perindopril-Salze als Erbumin galt und ob die Nichtangriffsklausel für andere Patente als das Patent 947, insbesondere solche, die Erzeugnisse ohne Erbumin betreffen, galt. Dieser Zweifel war geeignet, Lupin zum einen davon abzuhalten, in den Markt einzutreten, und zwar auch mit Erzeugnissen, die andere Formen von Erbumin als die Alpha-Form oder sogar andere Perindopril-Salze als Erbumin enthielten, und zum anderen davon, Patente anzufechten, die andere Formen von Erbumin als die Alpha-Form oder sogar andere Perindopril-Salze als Erbumin schützten.

**876**Zu berücksichtigen ist auch, dass die in Rede stehenden redaktionellen Mehrdeutigkeiten in einer Vereinbarung enthalten sind, die die Kommission zu Recht hinsichtlich der Vermarktungsverbotsklausel und der Nichtangriffsklausel in Bezug auf das Patent 947 und die durch dieses geschützten Erzeugnisse als wettbewerbsrechtliche Zuwiderhandlung eingestuft hat (siehe oben, Rn. 869). Schließlich steht fest, dass die Parteien der Vereinbarung über genügend Mittel verfügten, um sich der Hilfe von Fachleuten zu bedienen, die in der Lage waren, solche Mehrdeutigen auch in der kurzen dafür zur Verfügung stehenden Zeit auszuräumen. In Anbetracht der vorstehenden Erwägungen hat die Kommission zu Recht festgestellt, dass sich der Geltungsbereich der Vermarktungsverbotsklausel auf Erzeugnisse erstreckte, die kein Erbumin enthielten, und erst recht auf solche, die eine andere als dessen Alpha-Form enthielten, und dass sich der Geltungsbereich der Nichtangriffsklausel über das Patent 947 hinaus auf alle Patente erstreckte, die sich auf diese Erzeugnisse bezogen (Rn. 1912 und 1918 des angefochtenen Beschlusses).

**877**Das Vorliegen von Vermarktungsverbots- und Nichtangriffsklauseln, deren Tragweite über den Geltungsbereich eines genau bezeichneten Patents und den Bereich der durch dieses geschützten Erzeugnisse hinausgeht, ist hinreichend schädlich für das gute Funktionieren des normalen Wettbewerbs, um die Aufnahme solcher Klauseln in eine Vergleichsvereinbarung als bezweckte Wettbewerbsbeschränkung einzustufen, ohne dass darüber hinaus das Bestehen eines Anreizes dargetan zu werden braucht. Denn diese Klauseln finden keinerlei Rechtfertigung in der gütlichen Beilegung eines Patentrechtsstreits, und ihre wettbewerbsbeschränkenden Wirkungen decken sich nicht mit den Wirkungen dieses Patents (siehe oben, Rn. 257 bis 261).

**878**Selbst wenn die Kommission zu Unrecht festgestellt haben sollte, dass die in Rede stehende Zuwiderhandlung andere Formen von Erbumin als die durch das Patent 947 geschützte Alpha-Form oder sogar andere Salze als Erbumin betraf, könnte ein solcher Fehler wegen der begrenzten und sekundären Rolle dieser Feststellung in den Erwägungen der Kommission deren Schlussfolgerung hinsichtlich des Vorliegens einer sich aus der Lupin-Vereinbarung ergebenden bezweckten Wettbewerbsbeschränkung nicht in Frage stellen. Denn die Erwägungen der Kommission stützen sich im Wesentlichen auf das Bestehen eines Anreizes, das, obwohl sich die Tragweite der wettbewerbsbeschränkenden Klauseln der Vergleichsvereinbarung auf den Geltungsbereich dieses Patents beschränkt, den Schluss auf einen anormalen Gebrauch des Patents zulässt (siehe oben, Rn. 253 bis 274).

**879**Nach alledem ist der Klagegrund, der das Vorliegen einer bezweckten Wettbewerbsbeschränkung und die von der Kommission vorgenommene Abgrenzung einer solchen Wettbewerbsbeschränkung betrifft, zurückzuweisen.

**880**Das vorstehende Ergebnis kann durch das übrige Vorbringen der Klägerinnen nicht in Frage gestellt werden.

**881**Was als Erstes die Gesichtspunkte angeht, mit denen dargetan werden soll, dass die Absichten der Klägerinnen und die von Lupin legitim gewesen seien, so ist zum einen zu beachten, dass im Kontext von Vereinbarungen zur gütlichen Beilegung von Patentrechtsstreitigkeiten die Einstufung als bezweckte Wettbewerbsbeschränkung voraussetzt, dass die Vergleichsvereinbarung sowohl einen für den Generikahersteller als Anreiz wirkenden Vorteil als auch eine entsprechende Beschränkung seiner Bemühungen, mit dem Hersteller des Originalpräparats in Wettbewerb zu treten, enthält. Sind diese beiden Voraussetzungen erfüllt, ist die Feststellung einer bezweckten Wettbewerbsbeschränkung zwingend (siehe oben, Rn. 272). Zum anderen hindert der Umstand allein, dass eine Vereinbarung auch zulässige Zwecke verfolgt, nicht an ihrer Einstufung als bezweckte Wettbewerbsbeschränkung (siehe oben, Rn. 222).

**882**Folglich ist das Vorbringen der Klägerinnen im Rahmen des vorliegenden Klagegrundes, sie und Lupin hätten für den Abschluss der Lupin-Vereinbarung legitime Motive gehabt, nicht geeignet, die Einstufung dieser Vereinbarung als bezweckte Wettbewerbsbeschränkung zu Fall zu bringen, die die Kommission zu Recht vorgenommen hat und die vorstehend bestätigt worden ist (siehe oben, Rn. 869 und 879). Dieses Vorbringen ist daher zurückzuweisen.

**883**Gleiches gilt erstens für das Vorbringen, Lupin habe kein Interesse mehr an der Fortsetzung des Rechtsstreits gehabt, zweitens für das auf den Umstand gestützte Vorbringen, dass die Initiative für den Vergleich von Lupin ausgegangen sei, und drittens für das auf den Umstand gestützte Vorbringen, dass Servier kein Interesse daran gehabt habe, ihre Wettbewerbsposition gegenüber Lupin zu schützen, wenn sie dies nicht auch gegenüber Apotex getan hätte.

**884**Als Zweites ist darauf hinzuweisen, dass die Klägerinnen zwar geltend machen, die Nichtangriffsklausel habe u. a. deshalb keine wettbewerbsbeschränkenden Wirkungen haben können, weil es parallele Rechtsstreitigkeiten gegeben und Lupin nicht beabsichtigt habe, einen neuen Rechtsstreit einzuleiten, dass aber gleichwohl die Prüfung der konkreten Wirkungen der Lupin-Vereinbarung und insbesondere der in ihr enthaltenen Nichtangriffsklausel nicht erforderlich ist, da diese Vereinbarung hinreichend schädlich ist, um als bezweckte Wettbewerbsbeschränkung eingestuft zu werden (siehe oben, Rn. 219).

**885**Aus denselben Gründen ist das Vorbringen der Klägerinnen zurückzuweisen, die Vermarktungsverbotsklausel habe, auch soweit ihre Tragweite über den Geltungsbereich des Patents 947 hinausgegangen sei, u. a. deshalb keine wettbewerbsbeschränkenden Wirkungen haben können, weil es keine tatsächlichen und konkreten Möglichkeiten für Lupin gegeben habe, als Erste mit einem nicht patentverletzenden Erzeugnis in den Markt einzutreten.

**886**Als Drittes lässt sich das Vorbringen der Klägerinnen, die wettbewerbsbeschränkenden Wirkungen der Vermarktungsverbotsklausel seien hypothetisch gewesen, so verstehen, dass sie in Wirklichkeit das Bestehen eines

potenziellen Wettbewerbs in Abrede stellen. Es ist jedoch bereits festgestellt worden, dass Lupin ein potenzieller Wettbewerber von Servier war.

**887**Als Viertes ist darauf hinzuweisen, dass die Parteien, wenn das Bestehen eines Anreizes einmal festgestellt worden ist, nicht mehr geltend machen können, sie hätten im Rahmen des Vergleichs die Gültigkeit des Patents anerkannt. Der Umstand, dass die Gültigkeit des Patents von einem Gericht oder einer Verwaltungsstelle bestätigt worden ist, ist insoweit nicht von Belang (siehe oben, Rn. 269). Die Klägerinnen können sich daher nicht mit Erfolg auf ein - im Übrigen hypothetisches - Szenario berufen, nach dem die Gültigkeit des Patents 947 von den Gerichten im Vereinigten Königreich wie vom EPA bestätigt würde.

**888**Nach alledem ist der vorliegende Klagegrund zurückzuweisen.

iv) Zu dem von Servier hilfsweise geltend gemachten Klagegrund einer fehlerhaften Bestimmung der Dauer der Zuwiderhandlung

**889**Als Erstes machen die Klägerinnen geltend, die Kommission habe den Beginn der Zuwiderhandlung nicht auf einen Zeitpunkt vor demjenigen festlegen können, zu dem Lupin ihre Genehmigung für das Inverkehrbringen erlangt habe.

**890**Damit stellen die Klägerinnen in Wirklichkeit das Bestehen eines potenziellen Wettbewerbs in Abrede. Es ist jedoch oben in Rn. 751 festgestellt worden, dass Lupin zum Zeitpunkt des Abschlusses der Lupin-Vereinbarung ein potenzieller Wettbewerber von Servier war.

**891**Als Zweites machen die Klägerinnen geltend, die Kommission hätte, wie sie es für den französischen Markt getan habe, feststellen müssen, dass die Zuwiderhandlung in Belgien, in der Tschechischen Republik, in Irland und in Ungarn geendet habe, als Sandoz mit einem das Patent 947 nicht verletzenden Generikum von Perindopril in den Markt dieser Staaten eingetreten sei, d. h. jeweils im Juni 2008, im Juli 2008, im Dezember 2008 und im Januar 2009.

**892**Daher ist zu prüfen, ob die Kommission zu Unrecht befunden hat, dass die Zuwiderhandlung in den betreffenden Mitgliedstaaten über die in der vorstehenden Rn. 891 genannten Zeitpunkte hinaus angedauert hat.

**893**Zunächst ist festzustellen, dass das Generikum, mit dem Sandoz in den Markt eingetreten ist, eine Form von Perindopril-Erbumin ist, bestehend aus einem „amorphen (nicht kristallinen) Salz, das demnach keine der durch das Patent 947 geschützten Alpha-Kristalle enthält“ (Rn. 212 des angefochtenen Beschlusses).

**894**Wie oben in Rn. 847 ausgeführt, ließe sich sagen, auch wenn wegen des komplexen Wortlauts von Art. 1.6 der Lupin-Vereinbarung eine solche Auslegung nicht auf der Hand liegt, dass dieser Artikel in Verbindung mit Art. 4.1 Buchst. c dieser Vereinbarung einen Markteintritt von Lupin mit ihren eigenen Erzeugnissen erlaubt, wenn ein nicht von Servier hergestelltes generisches „Erzeugnis“, ohne dass eine einstweilige Verfügung verletzt und ein von Servier gestellter Antrag auf einstweilige Verfügung zurückgewiesen worden ist, auf den Markt gelangt ist.

**895**Der Begriff „Product“ (Erzeugnis), wie er in Art. 4.1 Buchst. c der Lupin-Vereinbarung gebraucht wird, ist wegen seiner Großschreibung im Sinne der im Erwägungsgrund A dieser Vereinbarung getroffenen Schreibkonvention zu verstehen.

**896**Die Bestimmung der vom Erwägungsgrund A der Lupin-Vereinbarung erfassten Erzeugnisse ist jedoch besonders schwierig (siehe oben, Rn. 832 und 833), was die



Anwendung von Art. 4.1 Buchst. c dieser Vereinbarung erschwert (siehe oben, Rn. 849 und 850).

**897**Sonach bestand eine Ungewissheit hinsichtlich der Abgrenzung des Geltungsbereichs von Art. 4.1 Buchst. c der Lupin-Vereinbarung und damit auch der Möglichkeit, die Vermarktungsverbotsklausel in Art. 1.6 dieser Vereinbarung anzuwenden (siehe oben, Rn. 852), insbesondere im Fall des Markteintritts eines Erzeugnisses, das wie dasjenige von Sandoz Erbumin einer Non-Alpha-Form enthielt.

**898**Wegen der oben in den Rn. 894 bis 897 dargelegten Ungewissheiten über die Bedeutung der Art. 1.6 und 4.1 der Lupin-Vereinbarung hatte Lupin Anlass zu der Befürchtung, dass die Vermarktungsverbotsklausel fortgelten würde, nachdem ein Dritter Perindopril, das aus einem Erbumin einer Non-Alpha-Form bestand, oder ein nicht aus Erbumin bestehendes generisches Perindopril in den Verkehr gebracht hätte. Ein solcher Zweifel war geeignet, sie von einem Markteintritt abzuhalten.

**899**Diese Befürchtung konnte dadurch verstärkt werden, dass Servier eventuell dennoch eine einstweilige Verfügung beantragen könnte, und zwar auch für ein Erzeugnis, das offensichtlich keines ihrer Patente verletzt, insbesondere nicht das Patent 947, was zur Folge hätte, dass Art. 4.1 Buchst. c der Lupin-Vereinbarung bis zur Zurückweisung eines solchen Antrags nicht angewandt werden könnte (siehe oben, Rn. 852).

**900**Die Schreiben von Lupin lassen deren Unsicherheit hinsichtlich ihrer Möglichkeit eines Eintritts in den französischen Markt ohne Verletzung der Vereinbarung erkennen und zeigen, dass sie die Vermarktungsverbotsklausel auf diesem Markt bis zu diesem Briefwechsel weiter beachtet hat, der frühestens Anfang April 2009 beendet gewesen zu sein scheint, d. h. etwas weniger als einen Monat vor dem 6. Mai 2009, den die Kommission als Ende der Zuwiderhandlung für Belgien, die Tschechische Republik, Irland und Ungarn festgelegt hat. Auch aus einem oben in Rn. 853 erwähnten Schreiben von Servier kann nicht geschlossen werden, dass diese klar und erkennbar der Ansicht war, dass Lupin in den Markt eintreten könne.

**901**Was die vier in der vorstehenden Rn. 900 erwähnten Märkte angeht, haben die Klägerinnen erst recht nichts zum Beweis dessen vorgelegt, dass Servier und Lupin vor dem 6. Mai 2009 die sukzessiven Eintritte von Sandoz in diese Märkte berücksichtigt hätten und dass sie trotz der mit der Mehrdeutigkeit der Vereinbarung zusammenhängenden Ungewissheiten der Ansicht waren, dass die Vermarktungsverbotsklausel nicht mehr in Kraft sei.

**902**Der Umstand, dass die Vermarktungsverbotsklausel wegen der mit der Mehrdeutigkeit der Vereinbarung zusammenhängenden Ungewissheiten in Kraft blieb, was den Fortbestand einer Willensübereinstimmung der Parteien zeigt - möglicherweise im Widerspruch zu der Auslegung der Voraussetzungen für die Anwendung dieser Klausel, die etwa ein über den Vertrag entscheidendes Gericht später vornehmen könnte -, genügt zur Rechtfertigung der Feststellung der Kommission, dass die Willensübereinstimmung zwischen Servier und Lupin und damit die Zuwiderhandlung trotz der Markteintritte von Sandoz fortbestand.

**903**Selbst wenn die Vereinbarung mit den Markteintritten von Sandoz formell außer Kraft getreten sein sollte, ist jedenfalls in Anbetracht der vorstehenden Erwägungen (siehe oben, Rn. 900 und 901) festzustellen, dass Servier und Lupin die

Vermarktungsverbotsklausel nach den sukzessiven Eintritten von Sandoz in die vier in Rede stehenden Märkte weiter angewandt haben.

**904**Es trifft zwar zu, dass im Fall bezweckter Wettbewerbsbeschränkungen, wie sie hier vorliegen, deren konkrete Wirkungen nicht berücksichtigt zu werden brauchen, um das Vorliegen der Zuwiderhandlung (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 8. Juli 1999, Kommission/Anic Partecipazioni, C-49/92 P, ECLI:EU:C:1999:356, Rn. 98 und 99) und somit ihre Dauer festzustellen (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 19. März 2009, Archer Daniels Midland/Kommission, C-510/06 P, ECLI:EU:C:2009:166, Rn. 113, 114 und 140). Gleiches gilt für die Berücksichtigung der Durchführung der Vereinbarung (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 29. Juni 2012, E.ON Ruhrgas und E.ON/Kommission, T-360/09, ECLI:EU:T:2012:332, Rn. 252).

**905**Die Fortsetzung der Zuwiderhandlung kann jedoch über den Zeitraum hinaus, in dem eine Vereinbarung formal in Kraft ist, festgestellt werden, wenn die betreffenden Unternehmen weiter ein verbotenes Verhalten an den Tag gelegt haben (Urteile vom 16. Juni 2011, Solvay Solexis/Kommission, T-195/06, nicht veröffentlicht, ECLI:EU:T:2011:280, Rn. 124, und vom 29. Juni 2012, E.ON Ruhrgas und E.ON/Kommission, T-360/09, ECLI:EU:T:2012:332, Rn. 251).

**906**Dies ist hier der Fall (siehe oben, Rn. 903).

**907**Nach alledem ist der vorliegende, von Servier hilfsweise geltend gemachte Klagegrund zurückzuweisen.

c) Zu den Rechts- und Beurteilungsfehlern betreffend die Einstufung der Lupin-Vereinbarung als bewirkte Wettbewerbsbeschränkung

**908**Die Klägerinnen machen geltend, die Kommission habe mehrere Rechts- und Beurteilungsfehler betreffend die Einstufung der Lupin-Vereinbarung als bewirkte Wettbewerbsbeschränkung begangen.

**909**Der vorliegende Klagegrund ist unter entsprechender Heranziehung der oben in den Rn. 566 bis 570 dargelegten Erwägungen als ins Leere gehend zurückzuweisen.

9. Zu den mit Krka geschlossenen Vereinbarungen

a) Zu den Rechts- und Beurteilungsfehlern betreffend die Einstufung der Krka-Vereinbarungen als bezweckte Wettbewerbsbeschränkung

**910**Die Klägerinnen treten der Einstufung erstens der Vergleichs- und der Lizenzvereinbarung und zweitens der Übertragungsvereinbarung als bezweckte Wettbewerbsbeschränkung entgegen.

1) Zu der Vergleichs- und der Lizenzvereinbarung

i) Vorbringen der Parteien (nicht wiedergegeben)

ii) Würdigung durch das Gericht

**943**Als Ausnahme von den oben in den Rn. 797 bis 803 dargelegten Erwägungen zu akzessorischen Vereinbarungen stellt die Verknüpfung einer üblichen geschäftlichen Vereinbarung mit einer Vergleichsvereinbarung, die Vermarktungsverbots- und Nichtangriffsklauseln enthält, kein gewichtiges Indiz für das Vorliegen einer umgekehrten Zahlung dar, wenn es sich bei dieser geschäftlichen Vereinbarung um eine Lizenzvereinbarung über das streitige Patent handelt.

**944**Diese Ausnahme erklärt sich damit, dass eine Lizenzvereinbarung über ein Patent zwar nicht die gütliche Beilegung eines Rechtsstreits, sondern die Gewährung der

Erlaubnis zur Nutzung dieses Patents zum Gegenstand hat, dass es aber, anders als bei anderen geschäftlichen Vereinbarungen (siehe oben, Rn. 800), dennoch gerechtfertigt sein kann, diese Lizenzvereinbarung mit einer Vereinbarung zur gütlichen Beilegung eines Rechtsstreits über das den Gegenstand der Lizenz bildende Patent zu verknüpfen.

**945**Ein Patentrechtsstreit geht nämlich grundsätzlich auf den Markteintrittswunsch des Generikaherstellers zurück, dem der Wunsch des Patentinhabers entgegensteht, die ihm aufgrund dieses Patents zustehenden Rechte zu wahren. Einen solchen Markteintritt durch den Abschluss einer Lizenzvereinbarung zu erlauben, erscheint somit als ein besonders geeignetes Mittel, um den Rechtsstreit zu beenden, da damit den Ansprüchen beider Parteien dieses Rechtsstreits entsprochen werden kann.

**946**Im Übrigen ist anerkannt, dass der Abschluss einer Lizenzvereinbarung ein geeignetes Mittel zur Beendigung eines Rechtsstreits ist. Dies ergibt sich aus Rn. 204 der Leitlinien von 2004 für Technologietransfer-Vereinbarungen, wonach „Lizenzvereinbarungen ... dazu dienen [können], Streitigkeiten beizulegen“. Diese Randnummer ist als Rn. 205 in die Leitlinien von 2014 für Technologietransfer-Vereinbarungen übernommen worden.

**947**Die Verknüpfung einer Lizenzvereinbarung mit einer Vergleichsvereinbarung ist umso mehr gerechtfertigt, als die Aufnahme von Vermarktungsverbots- und Nichtangriffsklauseln in eine Vergleichsvereinbarung nur legitim ist, wenn dieser Vereinbarung die Anerkennung der Gültigkeit des Patents durch die Parteien zugrunde liegt (siehe oben, Rn. 258 bis 261). Dem Abschluss einer Lizenzvereinbarung, der für einen Lizenznehmer nur sinnvoll ist, wenn die Lizenz tatsächlich genutzt wird, liegt aber ebenfalls die Anerkennung der Gültigkeit des Patents durch die Parteien zugrunde. Insofern bestätigt die Lizenzvereinbarung somit die Legitimität der Vergleichsvereinbarung, was ihre Verknüpfung mit dieser vollauf rechtfertigt.

**948**Da es gerechtfertigt erscheint, eine Vereinbarung zur gütlichen Beilegung eines Patentrechtsstreits mit einer Lizenzvereinbarung über dasselbe Patent zu verknüpfen, kann eine solche Verknüpfung anders als bei anderen akzessorischen Vereinbarungen kein gewichtiges Indiz für das Vorliegen einer umgekehrten Zahlung (im Sinne dieses Ausdrucks im Bereich der akzessorischen Vereinbarungen, siehe oben, Rn. 804) darstellen.

**949**Daher muss sich die Kommission auf andere Indizien als die bloße Verknüpfung der Lizenzvereinbarung mit der Vergleichsvereinbarung für den Nachweis stützen, dass die Lizenzvereinbarung nicht zu normalen Marktbedingungen geschlossen wurde und in Wirklichkeit eine umgekehrte Zahlung als Anreiz für den Generikahersteller verschleiert, sich den Vermarktungsverbots- und Nichtangriffsklauseln zu unterwerfen (siehe oben, Rn. 803 bis 808).

**950**Die Feststellung des Vorliegens einer umgekehrten Zahlung ist im Fall einer Lizenzvereinbarung umso weniger offensichtlich, als eine solche Vereinbarung nicht zu einem Finanztransfer vom Hersteller des Originalpräparats an den Generikahersteller, sondern vom Generikahersteller an den Hersteller des Originalpräparats führt. Denn im Rahmen einer Lizenzvereinbarung zahlt der Lizenznehmer eine Gebühr an den Patentinhaber.

**951**Es liegt jedoch eine Wertübertragung durch den Hersteller des Originalpräparats an den Generikahersteller vor, da die dem Patentinhaber gezahlte Gebühr die Gegenleistung

für den Nutzen bildet, den der Generikahersteller aus der Lizenzvereinbarung zieht, nämlich die Erlaubnis zur Nutzung des Patents, um risikolos in den Markt einzutreten.

**952**Die Kommission muss demnach dartun, dass diese Gegenleistung anormal niedrig ist, d. h. derart gering, dass sie sich nicht mit Erwägungen erklären lässt, die sich auf den wirtschaftlichen Wert des den Gegenstand des Vertrags bildenden Gutes beschränken (siehe oben, Rn. 806), und dass die Lizenzvereinbarung somit eine umgekehrte Zahlung zugunsten des Generikaherstellers darstellt.

**953**Für den Nachweis einer so hinreichenden Wettbewerbschädlichkeit, dass die Vergleichsvereinbarung als bezweckte Wettbewerbsbeschränkung eingestuft werden kann, muss das Fehlen normaler Marktbedingungen beim Abschluss der in Rede stehenden Transaktion umso offenkundiger sein, als der wettbewerbsbeschränkende Charakter der in dieser Vereinbarung enthaltenen Vermarktungsverbots- und Nichtangriffsklauseln durch die Lizenzvereinbarung abgemildert wird.

**954**Der Vermarktungsverbotsklausel werden nämlich zumindest teilweise ihre Wirkungen genommen. Die Lizenzvereinbarung geht sogar über eine bloße teilweise Neutralisierung der Wirkungen dieser Klausel hinaus, da sie den Markteintritt des Generikums fördert, indem sie das Risiko eines Rechtsstreits über das Patent ausräumt.

**955**Was die Nichtangriffsklausel angeht, bleiben deren wettbewerbsbeschränkende Wirkungen zwar bestehen, sie werden jedoch dadurch begrenzt, dass die Lizenz einen Markteintritt ohne das Risiko eines Rechtsstreits erlaubt. Während es für den Generikahersteller bei einem Risikomarkteintritt wesentlich ist, die Gültigkeit des Patents bestreiten zu können, ist dies weniger wichtig, wenn ihm der Markteintritt dank einer Lizenzvereinbarung mit dem Hersteller des Originalpräparats erlaubt ist.

**956**An dieser Stelle der Untersuchung ist erneut darauf hinzuweisen, dass im Kontext von Patentvergleichsvereinbarungen die Einstufung als bezweckte Wettbewerbsbeschränkung voraussetzt, dass die Vergleichsvereinbarung sowohl einen als Anreiz wirkenden Vorteil für den Generikahersteller als auch eine entsprechende Beschränkung der Anstrengungen dieses Herstellers enthält, mit dem Hersteller des Originalpräparats in Wettbewerb zu treten (siehe oben, Rn. 272). Aus den vorstehenden Darlegungen ergibt sich jedoch, dass im Fall einer Lizenzvereinbarung diese beiden Merkmale abgemildert sind oder sogar fehlen, so dass eine hinreichende Beeinträchtigung des guten Funktionierens des normalen Wettbewerbs (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 11. September 2014, CB/Kommission, C-67/13 P, ECLI:EU:C:2014:2204, Rn. 49 und 50 sowie die dort angeführte Rechtsprechung) nicht leicht festzustellen ist.

**957**Dem ist hinzuzufügen, dass die oben in Rn. 943 angesprochene Ausnahme weder dem Umstand zuwiderläuft, dass die Verknüpfung einer Lizenzvereinbarung mit einer Nichtangriffsklausel zu den Beschränkungen gehört, die von der Freistellung nach Art. 2 der Verordnung (EG) Nr. 772/2004 der Kommission vom 27. April 2004 über die Anwendung von [Art. 101 Abs. 3 AEUV] auf Gruppen von Technologietransfervereinbarungen (ABl. 2004, L 123, S. 11) ausgenommen sind, noch der Rechtsprechung des Gerichtshofs, wie sie mit dem Urteil vom 25. Februar 1986, Windsurfing International/Kommission (193/83, ECLI:EU:C:1986:75, Rn. 89 und 92), eingeleitet und im Urteil vom 27. September 1988, Bayer und Maschinenfabrik Hennecke (65/86, ECLI:EU:C:1988:448), weiterentwickelt worden ist.

**958**Erstens gehört nämlich nach Art. 5 der Verordnung Nr. 772/2004 die Verknüpfung einer Lizenzvereinbarung mit einer Nichtangriffsklausel zu den Beschränkungen, die von der Freistellung nach Art. 2 dieser Verordnung ausgenommen sind. Diese Freistellung wie auch diese Ausnahme gelten aber nach den Art. 2 und 5 dieser Verordnung nur insoweit, als die betreffenden Vereinbarungen Wettbewerbsbeschränkungen enthalten, die unter Art. 101 Abs. 1 AEUV fallen. Folglich erlaubt der Umstand, dass die Verknüpfung einer Lizenzvereinbarung mit einer Nichtangriffsklausel zu den Beschränkungen gehört, die von der Freistellung nach Art. 2 der Verordnung Nr. 772/2004 ausgenommen sind, nicht den Schluss, dass eine solche Verknüpfung in jedem Fall eine Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Art. 101 Abs. 1 AEUV und insbesondere eine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung darstellt.

**959**In dieser Hinsicht hat der Gerichtshof entschieden, dass zwar eine einzelne Vereinbarung nur dann nach Art. 101 Abs. 3 AEUV freigestellt werden kann, wenn feststeht, dass sie unter das Verbot des Art. 101 Abs. 1 AEUV fällt, dass aber im Fall der nach Abs. 3 zulässigen Gruppenfreistellung eine Vereinbarung, die zu der betroffenen Gruppe gehört, deswegen nicht notwendigerweise den Tatbestand von Art. 101 Abs. 1 AEUV erfüllen muss. Somit enthält eine Gruppenfreistellung auch nicht mittelbar ein Urteil darüber, ob eine bestimmte einzelne Vereinbarung unter das Verbot fällt oder nicht (Urteil vom 13. Juli 1966, Italien/Rat und Kommission, 32/65, [ECLI:EU:C:1966:42](#), S. 483).

**960**Zweitens hat der Gerichtshof zwar entschieden, dass eine Klausel einer Lizenzvereinbarung, die die Verpflichtung enthält, die Gültigkeit des Patents nicht in Frage zu stellen, mit Art. 101 Abs. 1 AEUV unvereinbar ist. Eine solche Klausel gehört offenkundig nicht zum spezifischen Gegenstand des Patents, der sich nicht in dem Sinne auslegen lässt, dass er auch gegen Angriffe auf das Patent Schutz gewährt, denn es liegt im öffentlichen Interesse, alle Hindernisse für die Wirtschaftstätigkeit auszuräumen, die sich aus einem zu Unrecht erteilten Patent ergeben könnten (Urteil vom 25. Februar 1986, Windsurfing International/Kommission, 193/83, [ECLI:EU:C:1986:75](#), Rn. 89 und 92).

**961**In einem zwei Jahre später erlassenen Urteil in einer Rechtssache, die eine Vereinbarung zur gütlichen Beilegung eines Rechtsstreits betraf, hat der Gerichtshof jedoch die im Urteil vom 25. Februar 1986, Windsurfing International/Kommission (193/83, [ECLI:EU:C:1986:75](#)), vertretene Auffassung nuanciert und lediglich entschieden, dass eine in einem Patentlizenzvertrag enthaltene Nichtangriffsabrede aufgrund des rechtlichen und wirtschaftlichen Zusammenhangs, in dem sie steht, den Wettbewerb im Sinne von Art. 101 Abs. 1 AEUV beschränken kann (Urteil vom 27. September 1988, Bayer und Maschinenfabrik Hennecke, 65/86, [ECLI:EU:C:1988:448](#), Rn. 16). Er hat zwar in diesem Urteil ferner die Auffassung der Kommission zurückgewiesen, dass die Aufnahme einer Nichtangriffsklausel in eine Lizenzvereinbarung dann nicht mehr gegen das Verbot des Art. 101 Abs. 1 AEUV verstoße, wenn durch diese Vereinbarung ein vor Gericht anhängiger Rechtsstreit beendet werden solle, er hat aber nicht entschieden, dass jede Vergleichsvereinbarung mit einer solchen Klausel unter das Verbot des Art. 101 Abs. 1 AEUV fällt.

**962**Die Lizenznehmer können, wie es in Rn. 112 der Leitlinien von 2004 für Technologietransfer-Vereinbarungen heißt, zwar „in der Regel am besten beurteilen ...“, ob ein Schutzrecht gültig ist oder nicht“, ob sie es also angreifen sollen. Aus diesem Grund ist die Verknüpfung einer Lizenzvereinbarung mit einer Nichtangriffsklausel grundsätzlich untersagt (Schlussanträge von Generalanwalt Darmon in der Rechtssache Bayer und

Maschinenfabrik Hennecke, 65/86, [ECLI:EU:C:1987:336](#), Nr. 8). Wird jedoch eine Lizenzvereinbarung im Rahmen der gütlichen Beilegung eines wirklichen Rechtsstreits zwischen den betreffenden Parteien geschlossen, hatte der Lizenznehmer bereits Gelegenheit, die Gültigkeit des Patents in Frage zu stellen; wenn er sich letztlich, ohne dass er dafür einen Anreiz hatte, einer Nichtangriffsklausel (wie auch einer Vermarktungsverbotsklausel) unterwirft, tut er dies, weil er das Patent für gültig hält. In diesem besonderen Kontext eines Vergleichs, mit dem die Parteien übereinstimmend feststellen, dass sie das Patent für gültig erachten, entfällt der Grund für das Verbot der Verknüpfung einer Lizenzvereinbarung mit einer Nichtangriffsklausel, vorausgesetzt, die Vergleichsvereinbarung beruht auf der Anerkennung der Gültigkeit des in Rede stehenden Patents durch die Parteien und nicht auf einem Anreiz für den Lizenznehmer, sich der Nichtangriffsklausel (und der Vermarktungsverbotsklausel) zu unterwerfen.

**963**Nach alledem stellt im Fall eines wirklichen Rechtsstreits zwischen den betreffenden Prozessparteien und einer Lizenzvereinbarung, die in direktem Zusammenhang mit der gütlichen Beilegung dieses Rechtsstreits steht, die Verknüpfung dieser Vereinbarung mit der Vergleichsvereinbarung kein gewichtiges Indiz für das Vorliegen einer umgekehrten Zahlung dar. In einem solchen Fall kann die Kommission anhand anderer Indizien dartun, dass die Lizenzvereinbarung keine zu normalen Marktbedingungen abgeschlossene Transaktion darstellt und daher eine umgekehrte Zahlung (im Sinne dieses Ausdrucks im Bereich der akzessorischen Vereinbarungen, siehe oben, Rn. 804) verschleiert.

**964**Anhand der vorstehenden Erwägungen ist zu prüfen, ob die Kommission im vorliegenden Fall die Vergleichs- und die Lizenzvereinbarung zwischen Servier und Krka zu Recht als bezweckte Wettbewerbsbeschränkung eingestuft hat.

**965**In einem ersten Schritt ist zu prüfen, ob wirkliche Rechtsstreitigkeiten bestanden und ob die Lizenzvereinbarung einen hinreichend direkten Zusammenhang mit der gütlichen Beilegung dieser Rechtsstreitigkeiten aufwies, um ihre Verknüpfung mit der Vergleichsvereinbarung zu rechtfertigen.

**966**Hierzu ist erstens darauf hinzuweisen, dass zum Zeitpunkt der Unterzeichnung der Vereinbarung wirkliche Rechtsstreitigkeiten zwischen Servier und Krka anhängig waren und dass diese durch die Vergleichsvereinbarung beendet wurden, nach deren Art. 1 Ziff. i und ii sich beide Parteien aus den zwischen ihnen anhängigen Rechtsstreitigkeiten zurückziehen mussten.

**967**Zehn Generikahersteller, unter ihnen Krka, hatten nämlich 2004 beim EPA Einspruch gegen das Patent 947 eingelegt, um dessen vollständigen Widerruf zu erwirken, wobei sie das Fehlen von Neuheit und erfinderischer Tätigkeit sowie unzureichende Offenbarung der Erfindung geltend machten. Am 27. Juli 2006 bestätigte die Einspruchsabteilung des EPA nach kleineren Änderungen der ursprünglichen Patentansprüche von Servier die Gültigkeit dieses Patents. Sieben Gesellschaften legten Beschwerde gegen die Entscheidung des EPA vom 27. Juli 2006 ein. Krka zog sich gemäß der mit Servier geschlossenen Vergleichsvereinbarung am 11. Januar 2007 vom Einspruchsverfahren zurück.

**968**Servier erhob im Vereinigten Königreich am 28. Juli 2006 beim High Court of Justice (England & Wales), Chancery Division (patents court) (Hoher Gerichtshof [England und Wales], Chancery-Abteilung [Patentkammer]) gegen Krka eine Klage wegen Verletzung des Patents 340. Am 2. August 2006 erhob sie gegen Krka zudem eine Klage wegen Verletzung des Patents 947 und beantragte den Erlass einer einstweiligen Verfügung. Am

1. September 2006 erhob Krka eine Widerklage auf Nichtigerklärung des Patents 947 und am 8. September 2006 eine weitere Widerklage auf Nichtigerklärung des Patents 340. Am 3. Oktober 2006 gab das angerufene Gericht dem Antrag von Servier auf einstweilige Verfügung statt und wies den von Krka am 1. September 2006 gestellten Antrag auf Durchführung eines summarischen Verfahrens zurück. Nachdem die Parteien einen Vergleich geschlossen hatten, wurde das laufende Verfahren am 1. Dezember 2006 für erledigt erklärt, und die einstweilige Verfügung wurde aufgehoben.

**969**Zweitens standen sowohl die Vergleichs- als auch die Lizenzvereinbarung im Zusammenhang mit diesen Rechtsstreitigkeiten. Die Vergleichsvereinbarung, insbesondere die in ihr enthaltenen Vermarktungsverbots- und Nichtangriffsklauseln waren nämlich auf den Geltungsbereich der Patente beschränkt, die Gegenstand der Rechtsstreitigkeiten zwischen Servier und Krka waren. Die Lizenzvereinbarung bezog sich auf das Patent 947 und stand daher ebenfalls in direktem Zusammenhang mit diesen Rechtsstreitigkeiten.

**970**Drittens lagen zum Zeitpunkt des Abschlusses der Vergleichs- und der Lizenzvereinbarung übereinstimmende Indizien vor, aufgrund deren die Parteien annehmen konnten, dass das Patent 947 gültig war (siehe oben, Rn. 967 und 968).

**971**Viertens hatte es zwar bereits vor dem Erlass der Entscheidung des EPA vom 27. Juli 2006 zur Bestätigung der Gültigkeit des Patents 947 Kontakte zwischen Servier und Krka gegeben (vgl. u. a. Rn. 837 des angefochtenen Beschlusses), doch hatten diese nicht zu einer Vereinbarung geführt (Rn. 856 bis 859 des angefochtenen Beschlusses), und erst nach dieser Entscheidung wurden neue Verhandlungen aufgenommen (Rn. 898 des angefochtenen Beschlusses). Die Entscheidung des EPA vom 27. Juli 2006 zur Bestätigung der Gültigkeit des Patents 947 war somit zumindest einer der Faktoren, die zu der Vergleichs- und der Lizenzvereinbarung geführt haben.

**972**Daher ist in Anbetracht der Tragweite der Vergleichs- und der Lizenzvereinbarung sowie des Kontexts, in dem diese Vereinbarungen geschlossen wurden, festzustellen, dass die Verknüpfung dieser beiden Vereinbarungen gerechtfertigt und somit kein gewichtiges Indiz für das Vorliegen einer aus der Lizenzvereinbarung folgenden umgekehrten Zahlung durch Servier an Krka war (siehe oben, Rn. 948).

**973**Unter diesen Umständen ist in einem zweiten Schritt zu prüfen, ob der Kommission im vorliegenden Fall anhand anderer Indizien oder Beweise als der bloßen Verknüpfung der Lizenzvereinbarung mit der Vergleichsvereinbarung der Nachweis gelungen ist, dass die Lizenzvereinbarung nicht zu normalen Marktbedingungen geschlossen wurde (siehe oben, Rn. 949 und 963).

**974**Es steht fest, dass im Gegensatz zu den anderen Vereinbarungen, die Gegenstand des angefochtenen Beschlusses waren, weder die Vergleichs- noch die Lizenzvereinbarung zu einem Finanztransfer von Servier an Krka geführt haben.

**975**Die Lizenzvereinbarung sah sogar vor, dass Krka an Servier eine Gebühr in Höhe von 3% des Nettoerlöses aus ihren Verkäufen zahlen sollte.

**976**Gewiss stellt die Gebühr die Gegenleistung für den Nutzen dar, den der Generikahersteller aus der Lizenzvereinbarung zieht, nämlich die Erlaubnis zur Nutzung des Patents, um risikolos in den Markt einzutreten. Die Kommission musste jedoch dartun, dass diese Gegenleistung anormal niedrig war und dass die Lizenzvereinbarung somit eine umgekehrte Zahlung zugunsten von Krka bewirkte.

**977**Nun hat die Kommission zwar im angefochtenen Beschluss eine Reihe von Indizien angeführt, die den Schluss zulassen, dass die Lizenzvereinbarung günstig für die Geschäftsinteressen von Krka war (Rn. 1738 bis 1744, insbesondere Rn. 1739), sie hat jedoch nicht dargetan, dass der Satz von 3% anormal, d. h. derart niedrig war, dass er sich nicht mit Erwägungen erklären lässt, die sich auf den wirtschaftlichen Wert des den Gegenstand des Vertrags bildenden Gutes beschränken (siehe oben, Rn. 952).

**978**Was das Vorbringen der Kommission angeht, der Satz der Gebühr habe weit unter dem Betriebsergebnis von Servier für 2007 in der Tschechischen Republik, in Ungarn und in Polen gelegen, so ist es nicht unbedingt anormal, dass der Satz eines Betriebsüberschusses, der die Bruttogewinne aus einer Tätigkeit widerspiegelt, weit über dem Satz der Gebühr im Rahmen einer Lizenzvereinbarung liegt, der nur den Preis des Rechts zur Nutzung eines Patents widerspiegelt.

**979**Aus demselben Grund ist auch das Vorbringen der Kommission zurückzuweisen, die Gebühr habe einem geringen Teil der Gewinnspanne von Krka entsprochen. Als Generikahersteller hätte diese vielmehr keinerlei Interesse am Abschluss einer Lizenzvereinbarung, die es ihr nicht erlauben würde, eine ausreichende Gewinnspanne zu erzielen.

**980**Schließlich erscheint es nicht anormal, dass der Satz der Gebühr für die Nutzung eines Patents durch Krka auf der Grundlage des Verkaufspreises des Erzeugnisses von Krka und nicht des Erzeugnisses von Servier berechnet wurde.

**981**Mit allen diesen Faktoren, auch zusammengenommen, kann allenfalls dargetan werden, dass der Preis der Krka erteilten Lizenz für deren Geschäftsinteressen günstig war, sie genügen aber nicht für den Nachweis, dass die in Rede stehende Transaktion nicht zu normalen Marktbedingungen abgeschlossen wurde, zumal die Lizenzvereinbarung vorsah, dass Servier ihr Erzeugnis in den sieben Mitgliedstaaten, für die die Lizenz galt, weiter vermarkten konnte, sei es direkt oder über eine der ihr angeschlossenen Gesellschaften oder auch über einen einzigen Dritten je Mitgliedstaat. Die erteilte Lizenz war somit nicht exklusiv, was ihre Vorteilhaftigkeit für Krka einschränkte, da für sie ein Risiko bestand, dass ihr Erzeugnis dem Wettbewerb durch ein anderes Generikum, ob von Servier oder einem Dritten vermarktet oder hergestellt, ausgesetzt sein würde.

**982**Dem ist hinzuzufügen, dass die Kommission selbst in der Sitzung ausgeführt hat, sie stelle nicht in Abrede, dass die Gebühr den Gepflogenheiten des Marktes entsprochen habe. Mit der, wenn auch nur ergänzenden, Aussage im angefochtenen Beschluss, dass „weniger als das niedrige Niveau der Gebühren für die Analyse der Umstand zentral [ist], dass eine Einzellizenz gegen eine Verpflichtung erteilt wurde, nicht in eine Reihe anderer beschränkter Märkte einzutreten oder dort die Patente von Servier anzugreifen“ (Fn. 2354), hat die Kommission bereits gezeigt, dass sie dem Umstand, dass die Transaktion zu normalen Marktbedingungen abgeschlossen worden sein konnte, zu Unrecht nur untergeordnete Bedeutung beimaß.

**983**Aus den in den vorstehenden Rn. 977 bis 982 dargelegten Erwägungen geht hervor, dass die Kommission nicht nachgewiesen hat, dass der Satz von 3% anormal, d. h. derart niedrig war, dass er sich nicht mit Erwägungen erklären lässt, die sich auf den wirtschaftlichen Wert des den Gegenstand des Vertrags bildenden Gutes beschränken. Die Kommission hat somit nicht nachgewiesen, dass die Lizenzvereinbarung keine zu normalen Marktbedingungen abgeschlossene Transaktion war.



**984**Folglich hat die Kommission nicht das Vorliegen einer umgekehrten Zahlung nachgewiesen, die sich aus der Erteilung einer Lizenz zu einem anormal niedrigen Preis ergeben würde (siehe oben, Rn. 803) und die, weil sie nicht den Ausgleich der vergleichsinhärenten Kosten zum Gegenstand hätte (siehe oben, Rn. 809), einen Anreiz darstellen würde.

**985**Folglich konnte die Kommission im vorliegenden Fall nicht zu Recht das Vorliegen einer Wettbewerbsbeschränkung feststellen, die hinreichend schädlich ist, um als bezweckte Wettbewerbsbeschränkung eingestuft werden zu können.

**986**Dieses Ergebnis kann durch die übrigen von der Kommission im angefochtenen Beschluss herangezogenen Gesichtspunkte nicht in Frage gestellt werden.

**987**Erstens ergab sich, selbst wenn die Lizenzvereinbarung einen Anreiz dargestellt haben sollte, weil sie in den betreffenden sieben Mitgliedstaaten - d. h. einem Teil des Marktes, für den die Kommission nicht das Vorliegen einer Zuwiderhandlung festgestellt hat - die Errichtung eines für Servier und Krka günstigen Duopols erlaubte, wie die Kommission im angefochtenen Beschluss (vgl. u. a. Rn. 1728, 1734 und 1742) ausführt, ein solches Duopol nicht aus der Vereinbarung selbst, sondern aus nach deren Abschluss von Servier und Krka getroffenen Entscheidungen, nämlich der Entscheidung von Servier, keinem anderen Generikahersteller eine Lizenz zu erteilen oder nicht selbst eine generische Version ihres eigenen Perindopriils zu einem niedrigen Preis zu vermarkten (Rn. 1727 des angefochtenen Beschlusses), und der Entscheidung von Krka, nicht in einen aggressiven Preiskampf einzutreten (Rn. 1744 des angefochtenen Beschlusses).

**988**Die von der Kommission festgestellte bezweckte Wettbewerbsbeschränkung, insbesondere der Anreiz, der eines der Tatbestandsmerkmale einer solchen Wettbewerbsbeschränkung ist (siehe oben, Rn. 272), betrifft indes die Vergleichs- und die Lizenzvereinbarung zwischen Servier und Krka und nicht zeitlich nach diesen Vereinbarungen liegende und von diesen nicht bestimmte Verhaltensweisen.

**989**Sollte das Duopol als eine Durchführung der Vereinbarungen angesehen werden können, wäre darauf hinzuweisen, dass die Kommission und der Richter bei der Prüfung des wettbewerbsbeschränkenden Zwecks einer Vereinbarung und insbesondere im Rahmen der Berücksichtigung ihres wirtschaftlichen und rechtlichen Kontexts die potenziellen Wirkungen dieser Vereinbarung nicht völlig außer Betracht lassen dürfen (vgl. die oben in Rn. 304 angeführte Rechtsprechung). Aus der Rechtsprechung ergibt sich aber auch, dass die Feststellung des Vorliegens einer bezweckten Wettbewerbsbeschränkung nicht unter dem Vorwand u. a. der Prüfung des wirtschaftlichen und rechtlichen Kontexts der jeweiligen Vereinbarung dazu führen darf, deren Wirkungen zu beurteilen, soll nicht der in Art. 101 Abs. 1 AEUV vorgesehenen Unterscheidung zwischen bezweckter und bewirkter Wettbewerbsbeschränkung die praktische Wirksamkeit genommen werden (siehe oben, Rn. 221). Für die Prüfung, ob eine Vereinbarung besonders geeignet ist, wettbewerbsbeschränkende Wirkungen zu entfalten, die für Vereinbarungen mit wettbewerbswidrigem Zweck kennzeichnend sind, muss somit die Untersuchung der potenziellen Wirkungen einer Vereinbarung auf diejenigen Wirkungen beschränkt werden, die zum Zeitpunkt des Abschlusses dieser Vereinbarung objektiv vorhersehbar waren (vgl. in diesem Sinne Schlussanträge von Generalanwalt Wahl in der Rechtssache ING Pensii, C-172/14, ECLI:EU:C:2015:272, Nr. 84; vgl. in diesem Sinne auch Urteil vom 11. September 2014, CB/Kommission, C-67/13 P, ECLI:EU:C:2014:2204, Rn. 80 bis 82).

**990**Im vorliegenden Fall beruhen aber die vermeintlichen potenziellen Wirkungen, d. h. das von der Kommission angeführte Duopol, auf hypothetischen und somit bei Abschluss der Vereinbarung nicht objektiv vorhersehbaren Umständen.

**991**Jedenfalls hat die Kommission unter Verweis auf Überbevorratungspraktiken der Apotheken und eine Beschwerde bei den polnischen Behörden in Rn. 1725 des angefochtenen Beschlusses ausgeführt, dass „die Haltung von Servier und Krka auf den sieben von der Lizenz erfassten Märkten kaum als kooperativ beschrieben werden konnte“. Wie sich aus Rn. 1728 des angefochtenen Beschlusses ergibt, schloss das von der Kommission beschriebene Duopol zwischen Servier und Krka einen gewissen Grad an Wettbewerb zwischen diesen Unternehmen nicht aus.

**992**Zweitens hatte die Lizenzvereinbarung der Kommission zufolge im vorliegenden Fall Anreizcharakter, weil sie Krka einen risikofreien Markteintritt im Gegenzug für ihren Ausschluss von anderen Märkten erlaubt habe. Wenn der Geltungsbereich der Vermarktungsverbots- oder der Nichtangriffsklausel weiter sei als derjenige der Lizenzvereinbarung und so zwischen diesen beiden Vereinbarungen ein Gefälle oder - nach der Wortwahl der Kommission in den Rn. 1706 und 1736 des angefochtenen Beschlusses - eine „Asymmetrie“ bestehe, sei der Schluss auf das Bestehen eines Anreizes möglich, da die Lizenzvereinbarung dadurch, dass sie dem Generikahersteller einen risikofreien Eintritt in bestimmte Teile des Marktes erlaube, in Wirklichkeit als Anreiz für diesen dienen solle, seinen Rückzug aus anderen Teilen des Marktes zugunsten des Herstellers des Originalpräparats zu akzeptieren.

**993**Diesem Vorbringen ist nicht zu folgen.

**994**Zunächst würde nämlich der von der Kommission befürwortete Ansatz, wonach schon der bloße Abschluss, auch zu normalen Marktbedingungen, einer Lizenzvereinbarung mit wettbewerbsbeschränkenden Klauseln einen Anreiz darstellen könnte, zu einem paradoxen Ergebnis führen, da in diesem Fall der Anreiz umso größer und der Schluss auf das Vorliegen einer bezweckten Wettbewerbsbeschränkung umso leichter wäre, je weiter der Geltungsbereich der Lizenzvereinbarung wäre, es sei denn, der Geltungsbereich der Lizenzvereinbarung deckte sich genau mit dem der Vergleichsvereinbarung.

**995**Je weiter aber der Geltungsbereich einer Lizenzvereinbarung ist, insbesondere im Verhältnis zu dem der Vergleichsvereinbarung, zu der sie gehört, umso wettbewerbsförderlicher ist diese Vereinbarung wegen der positiven Wirkungen der Lizenz auf den Wettbewerb, die einen Generikahersteller zum Markteintritt ermutigt und den wettbewerbsbeschränkenden Charakter der Vermarktungsverbots- und der Nichtangriffsklausel beschränkt, die in der Vergleichsvereinbarung enthalten sind (siehe oben, Rn. 954 und 955).

**996**Hierzu hat Generalanwalt Wahl in seinen Schlussanträgen in der Rechtssache CB/Kommission ([C-67/13 P](#), [ECLI:EU:C:2014:1958](#), Nr. 55) ausgeführt, dass der formalistische Ansatz der Ermittlung eines wettbewerbswidrigen Zwecks nur bei Verhaltensweisen in Betracht kommen könne, die den Schluss zuließen, dass ihre wettbewerbschädlichen Wirkungen die wettbewerbsfördernden Wirkungen überwiegen.

**997**Zudem lässt die These der Kommission, die dazu führt, den Patentinhaber zum Abschluss einer Lizenzvereinbarung für das gesamte Gebiet zu zwingen, in dem die wettbewerbsbeschränkenden Klauseln der Vergleichsvereinbarung gelten, die Rechte des geistigen Eigentums des Patentinhabers und insbesondere dessen Ermessensspielraum

bei der Lizenzerteilung außer Acht (vgl. zu einem Fall, in dem sich der Patentinhaber in einer beherrschenden Stellung befand, Urteil vom 17. September 2007, Microsoft/Kommission, T-201/04, [ECLI:EU:T:2007:289](#), Rn. 331). Diese These lässt auch den Ermessensspielraum außer Acht, über den die Parteien eines Rechtsstreits für dessen gutgläubige gütliche Beilegung verfügen müssen.

**998**Des Weiteren stellt der Abschluss einer „asymmetrischen“ Lizenzvereinbarung für einen Generikahersteller, der nicht weiß, ob das in Rede stehende Patent gültig ist, nicht unbedingt einen hinreichenden Vorteil dar, um sich den Vermarktungsverbots- und Nichtangriffsklauseln zu unterwerfen. Der sich aus dem Abschluss einer solchen Vereinbarung ergebende Vorteil kann nur dann als Anreiz angesehen werden, wenn er diesem Unternehmen einen Ausgleich für den sicheren Verlust der erwarteten Gewinne bietet, der sich aus der Einwilligung in einen Vergleich ergibt, der Klauseln enthält, die ihm den Eintritt in bestimmte räumliche Teile des Marktes verbieten. Denn für ein Unternehmen, das nicht ernsthaft von der Gültigkeit des Patents überzeugt und in der Lage ist, in den gesamten von den Vermarktungsverbots- und Nichtangriffsklauseln erfassten Markt einzutreten, ist eine Lizenz, deren räumliche Geltung begrenzter ist als der Geltungsbereich dieser Klauseln, keine wirtschaftlich zufriedenstellende Lösung, die es veranlassen könnte, sich ihr zu unterwerfen. Die Lizenz öffnet diesem Unternehmen zwar einen Teil des von dem Patent erfassten Marktes, indem sie ihm die Möglichkeit bietet, auf diesem Teil des Marktes die erwarteten Gewinne zu erzielen, doch gewährt die Lizenz, wenn die Lizenzgebühr für diesen Teil des Marktes nicht erwiesenermaßen anormal niedrig ist, diesem Unternehmen keinerlei Ausgleich für die übrigen Teile des Marktes, auf denen es im Fall der Nichtigerklärung des Patents einen Gewinn erzielen könnte und die ihm nunmehr verschlossen sind.

**999**Im vorliegenden Fall waren die Gewinne, die Krka auf den 18 bis 20 Märkten erhoffte, für die die Lizenzvereinbarung nicht galt, keineswegs zu vernachlässigen. Die Kommission führt im angefochtenen Beschluss aus, dass die Gewinne auf den westeuropäischen Märkten annähernd denen auf den drei wichtigsten der sieben Märkte entsprachen, für die die Lizenzvereinbarung galt (Fn. 2348). Zwar ist zu berücksichtigen, dass die Lizenz jedes Risiko einer Verfolgung wegen Patentverletzung ausräumt und dass die Gewinne, die Krka dank der Lizenzvereinbarung erzielen konnte, somit gesicherter waren, doch hing die Bedeutung, die sie einem solchen Risiko beimaß, weitgehend davon ab, wie überzeugt sie von der Gültigkeit des Patents war. Der Umstand, dass Krka die Gültigkeit des Patents 947 anerkannte, war demnach ein ausschlaggebender Gesichtspunkt für die Entscheidung, einem begrenzten, aber durch die Lizenz geschützten Eintritt in die sieben genannten Märkte den Vorzug zu geben vor einem erweiterten, aber mit einem wegen der Stärke dieses Patents aus der Sicht von Krka erheblichen Patentverletzungsrisiko verbundenen Eintritt in die Märkte aller Mitgliedstaaten.

**1000**Drittens ist zu den übrigen Faktoren, die den Anreizcharakter der Lizenzvereinbarung für Krka belegen sollen, zunächst darauf hinzuweisen, dass die Tatsache, dass Krka die Opportunitätskosten einer Entscheidung gegen den Abschluss einer Vereinbarung auf über 10 Mio. Euro entgangener Gewinne in drei Jahren geschätzt hat (Rn. 1738 des angefochtenen Beschlusses), eher ein zusätzliches Indiz dafür, dass sie das Patent 947 für gültig hielt. Denn diese Gewinne entsprächen denen, die sie aus einem Eintritt in die von der Lizenzvereinbarung erfassten Märkte oder einem Verbleib in diesen zu erzielen erhoffte. Krka war demnach anscheinend der Ansicht, dass ohne eine Vereinbarung mit

Servier ein Risikoeintritt in diese Märkte oder ein Verbleib in ihnen wenig wahrscheinlich oder gar ausgeschlossen war, was bestätigt, dass sie die Gültigkeit des Patents 947 anerkannte.

**1001**Sodann geht aus Rn. 1740 des angefochtenen Beschlusses, in der auf dessen Rn. 913 verwiesen wird, zwar hervor, dass die 18 bis 20 anderen Märkte „aus der Sicht von Krka traditionell weniger wichtig“ waren, doch waren die auf diesen Märkten erwarteten Gewinne keineswegs zu vernachlässigen (siehe oben, Rn. 999).

**1002**Somit lässt sich anhand der in den vorstehenden Rn. 1000 und 1001 dargelegten Faktoren nicht der Nachweis erbringen, dass die Lizenzvereinbarung für Krka Anreizcharakter hatte.

**1003**Viertens ist die von der Kommission getroffene Feststellung, dass die Vergleichs- und die Lizenzvereinbarung eine Marktaufteilung zwischen Servier und Krka dargestellt hätten (vgl. die Überschrift von Abschnitt 5.5.3 des angefochtenen Beschlusses und u. a. dessen Rn. 1745), unbegründet.

**1004**Was nämlich die sieben von der Lizenzvereinbarung erfassten Märkte angeht, stellt die Kommission zwar nicht das Vorliegen einer Zuwiderhandlung für diesen Teil des Binnenmarkts fest, sie berücksichtigt aber das Verhalten von Servier und Krka auf diesen sieben Märkten, u. a. den Abschluss der von der Kommission als Anreiz eingestuften Lizenzvereinbarung, um das Vorliegen einer Marktaufteilung nachzuweisen, die auf einer Unterscheidung zwischen den 18 bis 20 anderen Mitgliedstaaten auf der einen und diesen sieben Mitgliedstaaten auf der anderen Seite beruht.

**1005**Servier war indes nicht vom Markt der sieben Mitgliedstaaten ausgeschlossen, auf denen sie und Krka im Wettbewerb miteinander standen (siehe oben, Rn. 991).

**1006**Somit war Krka aufgrund der Vereinbarungen kein Teil des Marktes vorbehalten. Daher kann nicht auf das Vorliegen einer Marktaufteilung im Sinne einer undurchlässigen Aufteilung dieses Teils des Marktes zwischen den Parteien der Vereinbarung geschlossen werden.

**1007**Außerdem trug die Lizenzvereinbarung in diesen sieben Mitgliedstaaten zum Eintritt eines Generikaherstellers und Wettbewerbers des Herstellers des Originalpräparats in den Markt oder zu seinem Verbleib auf diesem bei. Sie hatte daher eine den Wettbewerb fördernde Wirkung gegenüber der zuvor bestehenden Situation, in der der Generikahersteller nur unter Risiko auf dem Markt verbleiben oder in ihn eintreten konnte, zumal die Gültigkeit des in Rede stehenden Patents, des Patents 947, gerade von den zuständigen Behörden bestätigt worden war (siehe oben, Rn. 970) und ein von Krka als hoch eingeschätztes Risiko bestand, dass ihr Erzeugnis das Patent verletzte.

**1008**Dem ist hinzuzufügen, dass der Umstand, dass zum Zeitpunkt des Abschlusses der Vereinbarungen die dem Patent 947 entsprechenden nationalen Patente Servier auf einigen dieser sieben Märkte noch nicht erteilt worden waren, während Krka sein Erzeugnis bereits vermarktete (Rn. 1755 des angefochtenen Beschlusses), nicht den Schluss auf das Fehlen einer wettbewerbsfördernden Wirkung der Lizenzvereinbarung erlaubt. Es trifft zwar zu, dass Krka schon vor der Lizenzvereinbarung in diese Märkte hätte eintreten können, ohne sich der unmittelbaren Gefahr einer Patentverletzungsklage auszusetzen, und dass die Lizenz folglich keine entscheidende Rolle für den Eintritt in diese Märkte gespielt hat, doch erlaubte diese Lizenz Krka, auf diesen Märkten zu verbleiben, ohne sich der Gefahr einer solchen Klage auszusetzen.

**1009**Die in den vorstehenden Rn. 1007 und 1008 festgestellte wettbewerbsfördernde Wirkung der Lizenzvereinbarung bestätigt die Feststellung, dass keine Marktaufteilung hinsichtlich der sieben von der Lizenzvereinbarung erfassten Mitgliedstaaten vorlag.

**1010**Die wettbewerbsfördernde Wirkung der Lizenzvereinbarung wird weiter bestätigt durch den folgenden Auszug aus der Antwort von Krka auf ein Auskunftsverlangen, der in Rn. 913 des angefochtenen Beschlusses wiedergegeben ist:

„Die Erlangung einer Lizenz und die Rücknahme der Einsprüche erschienen Krka zu diesem Zeitpunkt als die beste Option - Perindopril sofort, d. h. ab 2006, auf den Hauptmärkten in Mittel- und Osteuropa zu verkaufen.

Nach allen anderen Szenarien konnte eine Markteinführung erst frühestens zwei Jahre nach dem Juli 2006 erfolgen, und selbst nach diesem Zeitraum war eine Markteinführung nicht garantiert (Risiko der Aufrechterhaltung des Patents 947, Risiken der Entwicklung der Non-Alpha-Form).“

**1011**Der in der vorstehenden Rn. 1010 wiedergegebene Auszug bestätigt die Feststellung, dass Krka ein Verbleiben auf den Märkten der sieben von der Lizenzvereinbarung erfassten Mitgliedstaaten oder einen Eintritt in diese ohne diese Lizenzvereinbarung wegen des Patents 947 für unmöglich hielt (siehe oben, Rn. 999 und 1000).

**1012**Hinsichtlich der 18 bis 20 anderen Märkte, d. h. des einzigen Teils des Marktes, für den die Kommission das Vorliegen einer Zuwiderhandlung festgestellt hat, ist festzustellen, dass sich, da das Bestehen eines Anreizes nicht dargetan ist (siehe oben, Rn. 984), die Vermarktungsverbots- und die Nichtangriffsklausel aus einer legitimen Vereinbarung zur gütlichen Beilegung eines Patentrechtsstreits ergeben, mit der eine Lizenzvereinbarung verbunden ist (siehe oben, Rn. 963). Ein solches Vertragswerk, dem die Anerkennung der Gültigkeit des Patents zugrunde liegt, kann somit nicht als Marktausschlussvereinbarung eingestuft werden.

**1013**Es gab demnach keinen Teil des Marktes, der widerrechtlich Servier vorbehalten gewesen wäre.

**1014**Die Marktaufteilung, auf die die Kommission ihre Feststellung einer bezweckten Wettbewerbsbeschränkung ebenfalls gestützt hat, ist daher nicht nachgewiesen.

**1015**Fünftens hat die Kommission nicht dargetan, dass Servier oder Krka die Absicht hatten, eine Marktausschluss- oder eine Marktaufteilungsvereinbarung zu schließen, oder dass Servier Krka dazu anreizen wollte, nicht mit ihr in Wettbewerb zu treten, oder dass Krka beabsichtigte, im Gegenzug zu einem als Anreiz wirkenden Vorteil davon abzusehen, Wettbewerbsdruck auf Servier auszuüben.

**1016**Vorab ist darauf hinzuweisen, dass es üblich ist, dass die Tätigkeiten, mit denen wettbewerbswidrige Verhaltensweisen und Vereinbarungen verbunden sind, insgeheim ablaufen, dass die Zusammenkünfte heimlich stattfinden und dass die Unterlagen darüber auf ein Minimum reduziert werden. Selbst wenn also die Kommission Schriftstücke findet, die eine unzulässige Kontaktaufnahme zwischen Wirtschaftsteilnehmern explizit bestätigen, handelt es sich normalerweise nur um lückenhafte und vereinzelt Belege, so dass es häufig erforderlich ist, bestimmte Einzelheiten durch Schlussfolgerungen zu rekonstruieren (Urteil vom 25. Januar 2007, Sumitomo Metal Industries und Nippon Steel/Kommission, [C-403/04 P](#) und [C-405/04 P](#), [ECLI:EU:C:2007:52](#), Rn. 51). Die im vorliegenden Fall in Rede stehenden Vereinbarungen sind jedoch echte Verträge, die

zudem weithin bekannt gemacht worden sind (Rn. 915 des angefochtenen Beschlusses). Da die Kommission problemlos über den vollständigen Inhalt dieser Vereinbarungen verfügen konnte, ist die Übertragbarkeit der vorstehend angeführten Rechtsprechung weniger offensichtlich. Daher können zum Nachweis der Absichten der Parteien Ableitungen aus Auszügen aus Schreiben oder anderen Dokumenten nicht ohne Weiteres eine Schlussfolgerung in Frage stellen, die auf den Inhalt dieser Vereinbarungen selbst gestützt ist, d. h. auf die rechtlichen Bindungen, die die Parteien zueinander begründen wollten.

**1017**Zu beachten ist ferner, dass sich im vorliegenden Fall die Absichten der Parteien beim Abschluss der Vergleichs- und der Lizenzvereinbarung am besten anhand von Dokumenten aus der Zeit nach der Entscheidung des EPA vom 27. Juli 2006 oder sogar nach der im Vereinigten Königreich gegen Krka ergangenen einstweiligen Verfügung erkennen lassen. Diese beiden Ereignisse veränderten nämlich erheblich den Kontext, in dem die Vereinbarungen geschlossen wurden, insbesondere hinsichtlich der Wahrnehmung, die Krka, aber auch Servier in der Frage der Gültigkeit des Patents 947 haben konnten.

**1018**Was Krka angeht, betreffen die Dokumente, auf die sich die Kommission zur Bestimmung von deren Absichten stützt (vgl. u. a. Rn. 849 bis 854 und 1758 bis 1760 des angefochtenen Beschlusses sowie die Randnummern, auf die dort verwiesen wird), vor diesen beiden Ereignissen liegende Zeiträume.

**1019**Die angeführten Auszüge sind jedenfalls zu fragmentarisch oder zu wenig eindeutig, als dass damit entgegen der mehrfach getroffenen Feststellung (siehe u. a. oben, Rn. 999, 1000 und 1011) der Nachweis erbracht werden kann, dass Krka die Gültigkeit des Patents 947 nicht anerkannte oder dass sie gar zum Zeitpunkt des Abschlusses der Vergleichs- und der Lizenzvereinbarung die Absicht hatte, Marktaufteilungs- oder -ausschlussvereinbarungen zu schließen.

**1020**In Bezug auf Servier besagt der einzige Dokumentenauszug aus der Zeit nach den beiden vorgenannten Ereignissen, der ihre wettbewerbswidrigen Absichten zeigen soll und auf den in dem diesen Absichten gewidmeten Teil des angefochtenen Beschlusses Bezug genommen wird (Rn. 1761 und 1762), Folgendes: „vier Jahre gewonnen = großer Erfolg“.

**1021**Dieser Auszug ist im Protokoll einer Sitzung des hohen Managements von Servier enthalten, in dem auf das Urteil des High Court of Justice (England & Wales), Chancery Division (patents court) (Hoher Gerichtshof [England und Wales], Chancery-Abteilung [Patentkammer]) vom 6. Juli 2007 Bezug genommen wird, wonach das Patent 947 wegen Fehlens von Neuheit und erfinderischer Tätigkeit im Verhältnis zum Patent 341 ungültig war.

**1022**Selbst wenn aus diesem Auszug abgeleitet werden könnte, dass die Unternehmensleitung von Servier infolge dieses Urteils der Ansicht war, dass das Patent 947 Servier dazu diene, vier zusätzliche Schutzjahre zu gewinnen, erlaubt dies nicht den Schluss, dass Servier am 27. Oktober 2006, dem Tag der Unterzeichnung der Vergleichs- und der Lizenzvereinbarung, die Absicht hatte, Marktaufteilungs- oder -ausschlussvereinbarungen zu erreichen, und erst recht nicht den Nachweis, dass die Vergleichs- und die Lizenzvereinbarung eine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung waren.

**1023** Ferner lässt die Bemerkung eines anderen Generikaherstellers, wonach die „Rechtfertigung dieses Vergleichs ... aus der Sicht von Servier anscheinend der Schutz der Hauptmärkte [ist], auf denen ein anhaltend hohes Niveau von Substitution und/oder [Freinamen-]Verschreibung festzustellen ist“ (Rn. 1730 des angefochtenen Beschlusses), auch unter Berücksichtigung zusammen mit allen übrigen von der Kommission angeführten Indizien, nicht den Schluss zu, dass Servier beabsichtigte, Marktaufteilungs- oder -ausschlussvereinbarungen mit Krka zu schließen.

**1024** Schließlich überzeugt auch die mehrfache Bezugnahme der Kommission im angefochtenen Beschluss auf ein Dokument mit dem Titel „Coversyl: Verteidigung gegen Generika“ nicht. Dieses Dokument stammt aus der Zeit vor der Entscheidung des EPA vom 27. Juli 2006 und der am 3. Oktober 2006 im Vereinigten Königreich gegen Krka ergangenen einstweiligen Verfügung, was seine Relevanz erheblich einschränkt (siehe oben, Rn. 1017). Zudem geht aus dem angefochtenen Beschluss selbst hervor, dass dieses Dokument nicht ausdrücklich die Strategie gegenüber Krka beschreibt, sondern allenfalls, dass sich „aus der Natur und der Struktur des Dokuments“ und aus dem „Kontext, in dem auf Krka Bezug genommen wird“, ergebe, dass eine Verteidigung gegen diese „ins Auge gefasst“ worden sei (Fn. 2386). Auch aus den im angefochtenen Beschluss wiedergegebenen Auszügen aus diesem Dokument geht nicht hervor, dass Servier Zweifel an der Gültigkeit des Patents 947 zum Ausdruck gebracht hätte.

**1025** Jedenfalls müsste die Kommission, um das Ergebnis, zu dem das Gericht oben in Rn. 985 gelangt ist, in Frage zu stellen und nachzuweisen, dass die in Rede stehenden Vereinbarungen entgegen dem Befund, zu dem die Untersuchung ihres Inhalts und des Kontexts ihres Abschlusses geführt hat, darauf abzielten, einen Wettbewerber zu kaufen, um ihn vom Markt auszuschließen, unter Berücksichtigung u. a. der Ausführungen in Rn. 1016 des vorliegenden Urteils ein Bündel von relevanten und übereinstimmenden Indizien vorlegen. Dies hat die Kommission nicht getan.

**1026** Sechstens ist der Umstand, dass Krka weiter die Patente von Servier angegriffen und ihr Erzeugnis vermarktet hat, obwohl die Gültigkeit des Patents 947 von der Einspruchsabteilung des EPA bestätigt worden war, kein entscheidender Gesichtspunkt für den Schluss auf das Vorliegen einer bezweckten Wettbewerbsbeschränkung, da sich eine solche Aufrechterhaltung des Wettbewerbsdrucks auf Servier mit dem Wunsch von Krka erklären lässt, trotz der von ihr vorhergesehenen Prozessrisiken ihre Position in den Verhandlungen zu stärken, in die sie mit Servier treten könnte, um zu einer Vergleichsvereinbarung zu gelangen.

**1027** Außerdem setzte die Fortsetzung des Patentrechtsstreits mit Servier Krka keinen neuen Risiken des Vorwurfs einer Patentverletzung aus. Dies erhöhte lediglich ihre Rechtsverfolgungskosten. Die Fortsetzung der Vermarktung ihres Erzeugnisses beschränkte sich auf fünf mittel- und osteuropäische Märkte, da die Kommission im angefochtenen Beschluss angegeben hat, dass Krka „nach der Entscheidung [der Einspruchsabteilung] letztlich den Gedanken eines Risikomarkteintritts in Frankreich, im Vereinigten Königreich und in andere westeuropäische Märkte auf[gab]“ (Rn. 1693). Zudem waren in fünf der sieben von der Lizenz erfassten Märkte die dem Patent 947 entsprechenden Patente noch nicht erteilt worden (Rn. 1755 des angefochtenen Beschlusses). Somit waren die Risiken für Krka zumindest auf einigen Märkten, auf denen sie verblieben war, begrenzt.

**1028**In Anbetracht der in den vorstehenden Rn. 1026 und 1027 dargelegten Gesichtspunkte erlaubt der Umstand, dass Krka weiter die Patente von Servier angegriffen und ihr Erzeugnis vermarktet hat, obwohl die Gültigkeit des Patents 947 von der Einspruchsabteilung des EPA bestätigt worden war, entgegen dem Vorbringen der Kommission nicht den Schluss, dass die Entscheidung des EPA vom 27. Juli 2006 keinen entscheidenden Einfluss auf die Wahrnehmung des Patents 947 durch Krka und folglich auf deren Entscheidung hatte, in den Abschluss eines Vergleichs mit Servier einzuwilligen.

**1029**Siebtens hat die Kommission zwar eine Reihe von Anhaltspunkten dafür vorgetragen, dass die Vergleichs- und die Lizenzvereinbarung Gegenstand von geschäftlichen Verhandlungen zwischen Servier und Krka waren, in denen Krka versuchte, größtmögliche Vorteile aus den Vereinbarungen zu ziehen, und sogar den Abschluss der Lizenzvereinbarung zur Bedingung für ihre Einwilligung in die Vermarktungsverbots- und die Nichtangriffsklausel machte (vgl. u. a. Rn. 913 und 1746 bis 1748 des angefochtenen Beschlusses), doch erlauben diese Anhaltspunkte, auch zusammen mit allen anderen von der Kommission geltend gemachten Faktoren berücksichtigt, nicht den Nachweis, dass die Lizenzvereinbarung keine zu normalen Marktbedingungen abgeschlossene Transaktion war, d. h., dass der in der Lizenzvereinbarung vorgesehene Gebührensatz von 3% nicht aufgrund geschäftlicher Erwägungen gewählt wurde, sondern als Anreiz für Krka, die in der Vergleichsvereinbarung enthaltenen Vermarktungsverbots- und Nichtangriffsklauseln zu akzeptieren.

**1030**Zudem liegt dem Abschluss einer Lizenzvereinbarung, der für einen Lizenznehmer nur sinnvoll ist, wenn die Lizenz tatsächlich genutzt wird, die Anerkennung der Gültigkeit des Patents durch die Parteien zugrunde (siehe oben, Rn. 947). Somit genügt der Umstand, dass der Generikahersteller versucht, eine für seine Geschäftsinteressen möglichst günstige Lizenzvereinbarung zu erreichen, nicht, um darzutun, dass dieses Unternehmen die Vereinbarung nicht auf der Grundlage seiner Anerkennung der Gültigkeit des Patents abgeschlossen hat.

**1031**Dem ist noch hinzuzufügen, dass eine für Krka günstige Vereinbarung dieser erlaubte, in die Teile des Marktes einzutreten, in denen ihre Position am stärksten war und wo sie ihr Erzeugnis am schnellsten vermarkten oder es weiter vermarkten konnte, was den Wettbewerb fördert. Somit decken sich die Interessen eines Generikaherstellers wie Krka, der versucht, vom Hersteller des Originalpräparats eine für seine Geschäftsinteressen möglichst günstige Lizenz zu erhalten, mit denen des Verbrauchers, da dank der Lizenzvereinbarung ein Generikahersteller rasch in den Markt eintritt oder auf diesem verbleibt.

**1032**Nach alledem ist das oben in Rn. 985 dargelegte Ergebnis zu bestätigen, da die in Rede stehenden Vermarktungsverbots- und Nichtangriffsklauseln keine so hinreichende Beeinträchtigung des Wettbewerbs erkennen lassen, dass die Kommission sie zu Recht als bezweckte Wettbewerbsbeschränkung einstufen konnte. Dieser Klagegrund greift folglich durch.

2) Zu der Übertragungsvereinbarung

i) Vorbringen der Parteien (nicht wiedergegeben)

ii) Würdigung durch das Gericht



**1041** Vorab ist darzulegen, auf welche entscheidenden Gründe die Kommission im angefochtenen Beschluss ihre Schlussfolgerung gestützt hat, dass die Übertragungsvereinbarung als bezweckte Wettbewerbsbeschränkung eingestuft werden konnte.

**1042** Die Kommission hat zunächst fest festgestellt, dass Krka im Rahmen der Übertragungsvereinbarung zwei Patentanmeldungen an Servier übertragen habe, die eine betreffend ein Verfahren zur Synthese von Perindopril (WO 2005 113500) und die andere betreffend die Zubereitung der Formulierung von Perindopril (WO 2005 094793), und zum anderen, dass die durch diese Patente geschützte Technologie zur Herstellung des Perindopriils von Krka genutzt werde (Rn. 1770 des angefochtenen Beschlusses).

**1043** Auf der Grundlage dieser Feststellung war die Analyse der Kommission darauf gerichtet, darzutun, dass die Übertragungsvereinbarung die Wettbewerbsposition von Servier und von Krka gestärkt habe, die sich aus der Marktaufteilung ergeben habe, die mit der Vergleichs- und der Lizenzvereinbarung erfolgt sei (Rn. 1766 und 1804 des angefochtenen Beschlusses).

**1044** Was als Erstes Servier angeht, hat die Kommission darauf hingewiesen, dass die Übertragung der Technologie von Krka unter spezifischen Marktbedingungen erfolgt sei, da es nur noch sehr wenige alternative Quellen für die Technologie von pharmazeutischen Wirkstoffen gegeben habe, die potenziell lebensfähig und von Servier unabhängig gewesen seien (Rn. 1766 und 1772 des angefochtenen Beschlusses). Der Kommission zufolge war die Technologie von Krka, die den Anforderungen des Europäischen Arzneibuchs genüge (Rn. 1766, 1770 und 1793 des angefochtenen Beschlusses), „ein Schlüsselement für den Markteintritt“ (Rn. 1803 des angefochtenen Beschlusses).

**1045** In Rn. 1772 des angefochtenen Beschlusses hat die Kommission Folgendes ausgeführt:

„Servier hat dadurch, dass sie Krka die Möglichkeit genommen hat, unbeschränkt Lizenzen zu erteilen oder ihre Technologie an Dritte, d. h. an andere Generikahersteller, zu übertragen, Dritten effektiv den Zugang zu einer möglichen Quelle von Wettbewerb auf der Grundlage der Technologie von Krka versperrt. Diese Technologie hätte z. B. als Plattform für neue Patentanfechtungen dienen können. In Verbindung mit der Krka-Vergleichsvereinbarung bot die Übertragungs- und Lizenzvereinbarung Servier so einen absoluten Schutz gegen jeden verbleibenden, von der Technologie von Krka ausgehenden potenziellen Wettbewerb.“

**1046** Somit war nach Ansicht der Kommission Servier mit dem Erwerb der Technologie von Krka sicher, dass diese eine Technologie, die sich für andere Generikahersteller als nützlich hätte erweisen können, nicht mehr übertragen konnte. Daraus hat die Kommission abgeleitet, dass die Übertragungsvereinbarung Servier ermöglichte, den Schutz, den sie bereits durch die in der Vergleichsvereinbarung enthaltenen Vermarktungsverbots- und Nichtangriffsklauseln genoss, zu verstärken (Rn. 1805 und 1806 des angefochtenen Beschlusses).

**1047** Was als Zweites Krka betrifft, befand die Kommission, dass dieser nicht nur „bewusst war, dass der Erwerb der Perindopril-Technologie durch Servier zu einer Ausschaltung der konkurrierenden Generikahersteller führen konnte“ (Rn. 1800 des angefochtenen Beschlusses), sondern dass sie vor allem Nutzen aus der ihr im Rahmen der Lizenzvereinbarung gewährten Lizenz ziehe.

**1048**Zum letztgenannten Aspekt hat die Kommission darauf hingewiesen, dass Krka ihre Technologie auf den Märkten der sieben Mitgliedstaaten weiter verwenden könne, in denen sie ihr Erzeugnis dank der Lizenzvereinbarung vermarkten könne (Rn. 1806 des angefochtenen Beschlusses). Der Kommission zufolge war die Technologie von Krka aber nützlich für die Herstellung des pharmazeutischen Wirkstoffs von Perindopril in einem Reinheitsgrad, der den Anforderungen des Europäischen Arzneibuchs genügte. Krka habe damit die günstige Position, die sie auf diesen sieben Märkten bereits dank der Lizenzvereinbarung innegehabt habe, durch die Übertragungsvereinbarung beibehalten können.

**1049**Die Kommission schloss daraus, dass die Übertragungsvereinbarung die Stärkung der mit der Vergleichs- und der Lizenzvereinbarung erfolgten Marktaufteilung zum Ziel gehabt habe (Rn. 1803 und 1810 des angefochtenen Beschlusses).

**1050**Zudem seien der Abschluss der Vergleichs- und der Lizenzvereinbarung sowie der Übertragungsvereinbarung Teil einer einzigen und fortgesetzten Zuwiderhandlung, die den Wettbewerb durch eine Aufteilung des Perindopril-Markts in der Union durch Servier und Krka beschränke (Rn. 1811 des angefochtenen Beschlusses).

**1051**Zum Abschluss des Teils des angefochtenen Beschlusses, der der Analyse der bezweckten Wettbewerbsbeschränkung durch die verschiedenen Vereinbarungen zwischen Servier und Krka gewidmet ist, hat die Kommission festgestellt, dass die Vereinbarungen „das Ziel verfolgten, die Märkte durch Vermeidung oder Beschränkung des Wettbewerbs durch Generika zwischen und gegenüber Krka und Servier aufzuteilen“ (Rn. 1812).

**1052**Die Kommission hat schließlich befunden, dass mit der Übertragungsvereinbarung nur eine „zusätzliche“ Verzerrung eingeführt worden sei, wie es in der Überschrift von Abschnitt 5.5.3.4 des angefochtenen Beschlusses heißt.

**1053**Aus den vorstehenden Ausführungen ergibt sich, dass die von der Kommission getroffene Feststellung einer bezweckten Wettbewerbsbeschränkung durch die Übertragungsvereinbarung, wie die Klägerinnen zu Recht geltend machen, auf der zuvor getroffenen Feststellung des Vorliegens einer Marktaufteilung durch die Vergleichs- und die Lizenzvereinbarung beruht.

**1054**Wie oben in Rn. 1014 dargelegt, ist diese zuvor getroffenen Feststellung indes unrichtig.

**1055**Folglich kann auch die von der Kommission getroffene Feststellung einer bezweckten Wettbewerbsbeschränkung durch die Übertragungsvereinbarung nur verworfen werden.

**1056**Dem ist hinzuzufügen, dass die Übertragungsvereinbarung keine zu der Vergleichsvereinbarung akzessorische Vereinbarung im Sinne der Ausführungen oben in den Rn. 797 bis 803 ist.

**1057**Diese Übertragungsvereinbarung wurde nämlich nicht an demselben Tag geschlossen wie die Vergleichsvereinbarung, es besteht kein Zusammenhang zwischen diesen beiden Vereinbarungen, und die Kommission hat nicht nachgewiesen, dass sie untrennbar voneinander sind (siehe oben, Rn. 798).

**1058**Die Kommission hat sogar ausgeführt, dass keinerlei Zusammenhang zwischen der Zahlung von 30 Mio. Euro durch Servier an Krka im Rahmen der Übertragungsvereinbarung einerseits und der Vergleichsvereinbarung andererseits in dem Sinne bestehe, dass diese Zahlung keinen Anreiz für Krka dargestellt habe, sich den

Vermarktungsverbots- und Nichtangriffsklauseln in der Vergleichsvereinbarung zu unterwerfen. Dies geht u. a. aus folgenden Auszügen aus dem angefochtenen Beschluss hervor:

„(1678) Zwei Monate später erwarb Servier von Krka für 30 Mio. Euro Anmeldungen von Patenten für konkurrierende Technologien für die Herstellung von Perindopril. Nach Ansicht von Krka befürchtete Servier, dass diese Technologie an andere Wettbewerber übertragen oder in Lizenz vergeben werden könnte. Zwar gibt es bestimmte Anhaltspunkte dafür, dass ein Zusammenhang zwischen der Vergleichsvereinbarung und der Zahlung von 30 Mio. [Euro] durch Servier besteht, doch wird im vorliegenden Beschluss insoweit kein Schluss gezogen und die Analyse dieser Vereinbarungen beruht nicht auf dem Bestehen eines solchen Zusammenhangs.

...

(Fn. 2419) Servier bestreitet einen Zusammenhang zwischen der Zahlung für die Patentanmeldungen und der Vergleichsvereinbarung (Antwort von Servier auf die Mitteilung der Beschwerdepunkte, Rn. 1084, ID 10114, S. 363). Wie sich offenkundig aus Abschnitt 5.5.3.3.3 ergibt, wird im Rahmen der Beurteilung der Krka-Vergleichsvereinbarung die Zahlung von 30 Mio. [Euro] nicht als Anreiz für Krka angesehen, die restriktiven Bestimmungen der Vergleichsvereinbarung zu akzeptieren, und die Frage eines Zusammenhang zwischen der Vergleichsvereinbarung sowie der Übertragungsvereinbarung und der Lizenzvereinbarung wird als nicht entscheidend offengelassen. ...“

**1059**Somit lässt sich der Übertragungsvereinbarung nicht das Bestehen eines Anreizes entnehmen, der sich nach Ansicht der Kommission aus der Lizenzvereinbarung ergeben und den Schluss darauf rechtfertigen soll, dass die Vergleichsvereinbarung in Wirklichkeit auf den Ausschluss eines Wettbewerbers von Servier gezielt habe.

**1060**Nach alledem hat die Kommission in Bezug auf die Übertragungsvereinbarung zu Unrecht auf das Vorliegen einer bezweckten Wettbewerbsbeschränkung geschlossen. Der vorliegende Klagegrund greift daher durch.

b) Zu den Rechts- und Beurteilungsfehlern betreffend die Einstufung der Krka-Vereinbarung als bewirkte Wettbewerbsbeschränkung

1) Vorbringen der Parteien (nicht wiedergegeben)

2) Würdigung durch das Gericht

**1075**Der Beurteilungs- und der Rechtsfehler betreffend die Feststellung des Vorliegens einer bewirkten Wettbewerbsbeschränkung sind zusammen zu prüfen.

**1076**Hierzu hat der Gerichtshof wiederholt entschieden, dass für die Beurteilung der Frage, ob eine Vereinbarung wegen der Wettbewerbsstörungen, die sie bewirkt, als verboten anzusehen ist, der Wettbewerb zu betrachten ist, wie er ohne die fragliche Vereinbarung bestehen würde (Urteile vom 30. Juni 1966, LTM, 56/65, [ECLI:EU:C:1966:38](#), S. 303, und vom 6. April 2006, General Motors/Kommission, [C-551/03 P](#), [ECLI:EU:C:2006:229](#), Rn. 72; vgl. auch Urteil vom 11. September 2014, MasterCard u. a./Kommission, [C-382/12 P](#), [ECLI:EU:C:2014:2201](#), Rn. 161 und die dort angeführte Rechtsprechung). Somit muss ein Vergleich zwischen dem Wettbewerb, wie er bei Vorliegen der Vereinbarung bestand, und dem Wettbewerb, wie er ohne diese Vereinbarung bestanden hätte, ergeben, dass die Anwendung dieser Vereinbarung zu einer Wettbewerbsstörung geführt hat.

**1077**Einleitend ist zu klären, nach welchem Ansatz die Kommission im angefochtenen Beschluss die bewirkte Wettbewerbsbeschränkung insbesondere im Hinblick auf den in der vorstehenden Rn. 1076 angesprochenen Vergleichsabschnitt geprüft hat.

i) Zum Ansatz der Kommission

**1078**Zunächst ist auf einige der allgemeinen, für sämtliche Vereinbarungen zwischen Servier und den von dem angefochtenen Beschluss betroffenen Generikaherstellern geltenden Ausführungen der Kommission in Abschnitt 5.1.7 des angefochtenen Beschlusses mit der Überschrift „Beurteilung der Patentvergleichsvereinbarungen gegen umgekehrte Zahlung als bewirkte Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Art. 101 Abs. 1 AEUV“ einzugehen.

**1079**Die Kommission hat u. a. dargelegt, dass die Prüfung der Wettbewerbsbedingungen auf einem bestimmten Markt „nicht nur auf den bestehenden Wettbewerb zwischen den auf dem relevanten Markt bereits tätigen Unternehmen, sondern auch auf den potenziellen Wettbewerb gestützt werden“ müsse (Rn. 1215 des angefochtenen Beschlusses).

**1080**In Rn. 1219 des angefochtenen Beschlusses hat die Kommission darauf hingewiesen, dass nach den Leitlinien zur Anwendung von Artikel [101] Absatz 3 [AEUV] (ABl. 2004, C 101, S. 97) die „tatsächlichen wie auch die potenziellen Auswirkungen“ einer Vereinbarung zu berücksichtigen seien, wobei es ausreiche, dass „wettbewerbswidrige Wirkungen ... zu erwarten“ seien. Hierfür verweist sie auf Ziff. 24 dieser Leitlinien, die auf das Urteil vom 28. Mai 1998, Deere/Kommission (C-7/95 P, [ECLI:EU:C:1998:256](#), Rn. 77), gestützt ist.

**1081**Die Kommission hat sodann ihre Methode dargelegt. Sie werde die wettbewerbsbeschränkenden Wirkungen der Vereinbarung dartun, indem sie in einem ersten Schritt nachweise, dass jede von ihnen zur Ausschaltung eines potenziellen Wettbewerbers geführt habe, und in einem zweiten Schritt, dass die Ausschaltung eines einzigen Wettbewerbers „Auswirkungen auf die Struktur des Wettbewerbs haben konnte“ (Rn. 1219 des angefochtenen Beschlusses).

**1082**Nach Ansicht der Kommission brauchte sie somit nach der Feststellung der Ausschaltung eines potenziellen Wettbewerbers nur noch wettbewerbswidrige Wirkungen nachzuweisen, die eintreten „konnten“, d. h. „potenzielle“ Auswirkungen auf den Wettbewerb (siehe oben, Rn. 1080).

**1083**In Rn. 1220 des angefochtenen Beschlusses die Kommission Folgendes ausgeführt: „Die Beurteilung der wettbewerbsbeschränkenden Wirkungen muss auf der Grundlage der bei Abschluss des Vergleichs vorliegenden Tatsachen erfolgen, wobei zu berücksichtigen ist, wie die Vereinbarung tatsächlich angewandt worden ist. Einige Parteien sind anderer Ansicht und machen geltend, die Beurteilung müsse alle späteren tatsächlichen Entwicklungen berücksichtigen und dürfe sich nicht hauptsächlich auf die bei Abschluss der Vereinbarungen bestehende Lage stützen. ... [W]enn es um die Ausschaltung des potenziellen Wettbewerbs geht, [hat] die tatsächliche spätere Entwicklung möglicherweise wenig mit dem zu tun, was ohne die Vereinbarung wahrscheinlich eingetreten wäre, eine Schlüsselfrage für die wettbewerbliche Beurteilung. Dies gilt umso mehr, wenn die Vereinbarung deutlich den Anreiz für eine oder für beide Parteien verändert, weiter miteinander zu konkurrieren.“

**1084**In den ersten beiden Sätzen dieser Randnummer, deren Formulierung wenig eindeutig ist, hat die Kommission anerkannt, dass sie sich nicht für jede Vereinbarung auf alle späteren tatsächlichen Entwicklungen nach deren Abschluss, sondern zumindest im Wesentlichen auf die zum Zeitpunkt des Abschlusses bestehenden Tatsachen stützen werde. Zur Rechtfertigung dieses Ansatzes hat sie sodann auf den Begriff „potenzieller Wettbewerb“ verwiesen und ausgeführt, wenn es um die Ausschaltung eines potenziellen Wettbewerbers gehe, sei die Berücksichtigung bestimmter tatsächlicher Vorgänge, insbesondere solcher aus der Zeit nach dem Abschluss der Vereinbarung, weniger relevant im Hinblick auf eine der Größen des oben in Rn. 1076 angesprochenen Vergleichs, nämlich den Wettbewerb, wie er ohne die fragliche Vereinbarung bestehen würde.

**1085**Ein solcher Ansatz ergibt sich auch aus einem Auszug aus Rn. 1264 des angefochtenen Beschlusses, in dem die Kommission ausgeführt hat, wenn es um die Ausschaltung eines potenziellen Wettbewerbers gehe, seien die „künftigen potenziellen Wirkungen“ der Vereinbarungen zu untersuchen.

**1086**Die in der vorstehenden Rn. 1085 zitierte Randnummer des angefochtenen Beschlusses steht in dem mit „Vorherrschende Marktstruktur bei Abschluss der Vergleichsvereinbarungen“ überschriebenen Abschnitt dieses Beschlusses, der hauptsächlich der Beschreibung der schrittweisen Ausschaltung der potenziellen Wettbewerber von Servier durch den Abschluss der streitigen Vereinbarungen gewidmet ist (Rn. 1244 bis 1269 des angefochtenen Beschlusses).

**1087**Die Kommission hat zwar in diesem Abschnitt bestimmte Ereignisse angeführt, die tatsächlich während der Durchführung der Vereinbarungen eingetreten seien und den Schluss zuließen, dass weiter ein Wettbewerbsdruck von zwei Generikaherstellern ausgegangen sei, die keine Vereinbarung mit Servier geschlossen hätten. So hat die Kommission festgestellt, dass das Patent 947 im Vereinigten Königreich für ungültig erklärt worden sei, weil eines dieser beiden Unternehmen, Apotex, den Rechtsstreit, den es dort angestrengt habe, weiterverfolgt habe.

**1088**Die Kommission hat jedoch ausgeführt, nach dem Abschluss der streitigen Vereinbarungen zwischen Servier und verschiedenen Generikaherstellern habe noch eine sehr reale „Möglichkeit“ bestanden, dass Servier den Abschluss einer Vereinbarung mit Apotex und mit dem anderen Unternehmen, das eine Bedrohung für sie darstellen könne, suchen werde (Rn. 1268), obwohl der Kommission zum Zeitpunkt des Erlasses des angefochtenen Beschlusses bekannt war, dass solche Vereinbarungen nicht geschlossen worden waren.

**1089**Das in der vorstehenden Rn. 1088 erwähnte Vorbringen der Kommission bestätigt, dass diese sich zur Darstellung des Wettbewerbs, wie er ohne Vereinbarung bestanden hätte (eine der Größen des oben in Rn. 1076 genannten Vergleichs), auf einen hypothetischen Ansatz gestützt hat, der zum Teil den späteren tatsächlichen Geschehensablauf, insbesondere nach dem Abschluss der Vereinbarung, außer Betracht lässt.

**1090**Die Prämisse, sie brauche im Fall einer Vereinbarung, durch die ein potenzieller Wettbewerber ausgeschaltet werde, nur die potenziellen Wirkungen dieser Vereinbarung darzutun, also solche, die die Vereinbarung haben „kann“, erlaubt es der Kommission, die Beschreibung des Wettbewerbs, wie er ohne die Vereinbarung bestanden hätte, auf

Hypothesen oder „Möglichkeiten“ zu stützen statt auf den tatsächlichen Geschehensablauf, wie er sich zum Zeitpunkt des Erlasses ihres Beschlusses darstellte.

**1091**Hierzu hat die Kommission in Rn. 152 ihrer Klagebeantwortung ausgeführt:

„... Servier macht geltend, die Kommission habe die richtige kontrafaktische Situation nicht berücksichtigt. Die Kommission weist diese Kritik zurück. Die Ereignisse, die zeigen, ob ein potenzieller Wettbewerber schließlich zu einem wirklichen wird oder ob ihm der Markteintritt nicht gelingt, sind nur von begrenzter Bedeutung, denn der Ausschluss eines potenziellen Wettbewerbers zum Zeitpunkt des Abschlusses der Vereinbarung in einem Kontext, in dem es keine tatsächlichen Wettbewerber gibt und die Zahl potenzieller Wettbewerber sehr gering ist, hat als solcher eine wettbewerbsbeschränkende Wirkung, die in den Anwendungsbereich von Art. 101 AEUV fällt. Die wesentliche Frage ist, ob der Generikahersteller die Voraussetzungen dafür erfüllt, als potenzieller Wettbewerber angesehen zu werden. Das Unternehmen kann aus allen möglichen Gründen vom Markt verschwinden oder nie in diesen eintreten, die nichts daran ändern, dass es zum Zeitpunkt des Abschlusses der Vereinbarung eine hinreichend ernsthafte Bedrohung dargestellt hat.“

**1092**Wie sich aus dem Vorstehenden ergibt, war die Kommission der Ansicht, dass sie sich nach dem Nachweis, dass eine Vereinbarung einen potenziellen Wettbewerber ausschloss, für die Feststellung, welcher Wettbewerb ohne diese Vereinbarung bestanden hätte, nicht mehr auf die tatsächlich, insbesondere nach Abschluss der Vereinbarung eingetretenen Ereignisse zu stützen brauchte. Im Gegenteil meinte die Kommission unter Berufung auf ihre gewöhnliche Praxis bei der Berücksichtigung der potenziellen Wirkungen einer Vereinbarung, wonach es genügt, darzutun, dass diese Vereinbarung wettbewerbswidrige Wirkungen haben „kann“ (siehe oben, Rn. 1080 und 1085), dass sie ihre Beschreibung des Wettbewerbs ohne Vereinbarung auf Hypothesen oder „Möglichkeiten“ stützen könne.

**1093**Nach dieser Darstellung des allgemeinen Ansatzes der Kommission ist zu prüfen, ob sie im besonderen Rahmen der Analyse der Auswirkungen der zwischen Servier und Krka geschlossenen Vereinbarungen auf den Wettbewerb in einer diesem allgemeinen Ansatz entsprechenden Weise vorgegangen ist.

**1094**In den Rn. 1813 und 1814 des angefochtenen Beschlusses, d. h. in den ersten Randnummern des Abschnitts über die Einstufung der mit Krka geschlossenen Vereinbarungen als bewirkte Wettbewerbsbeschränkung, hat die Kommission dargelegt, Gegenstand ihrer Ausführungen in diesem Abschnitt sei die Frage, ob die in Rede stehenden Vereinbarungen „wettbewerbsbeschränkende Wirkungen haben konnten“. Auch in der Überschrift der Schlussfolgerung des Abschnitts über die Einstufung der mit Krka geschlossenen Vereinbarungen als bewirkte Wettbewerbsbeschränkung heißt es, dass diese Vereinbarungen „wettbewerbswidrige Wirkungen haben [können]“. In ihrer Klagebeantwortung schließlich hat die Kommission bekräftigt, dass in dem „Beschluss geprüft worden [ist], ob die Vereinbarungen wettbewerbswidrige Wirkungen haben konnten“ (Rn. 135).

**1095**Aus den von der Kommission gebrauchten, in der vorstehenden Rn. 1094 wiedergegebenen Worten ergibt sich, dass ihr Ansatz auf der Feststellung potenzieller Wirkungen der Vereinbarungen beruht (siehe oben, Rn. 1080).

**1096**Ferner hat sich die Kommission für den oben in Rn. 1076 angesprochenen Vergleich darauf gestützt, dass Krka ohne Vereinbarung weiter eine „wettbewerbliche Bedrohung“ für Servier dargestellt hätte (Rn. 1828 und 1830 des angefochtenen Beschlusses).

**1097**Auf den ersten Blick verweist diese „wettbewerbliche Bedrohung“, die mit den Vereinbarungen beseitigt worden sein soll, durch ihren hypothetischen Charakter eher auf potenzielle denn auf tatsächliche Auswirkungen auf den Wettbewerb.

**1098**Die Beseitigung der in den vorstehenden Rn. 1096 und 1097 erwähnten „wettbewerblichen Bedrohung“ ist aber für die Kommission ein wesentliches Element ihrer Darlegung, mit der sie nachweisen will, dass die Wettbewerbssituation auf dem Markt sich wegen der Vergleichsvereinbarung verschlechtert habe (siehe oben, Rn. 1076).

**1099**In der Folge widmet die Kommission zwar im Zusammenhang mit der von ihr zuvor festgestellten Marktmacht von Servier (Rn. 1817 bis 1819 des angefochtenen Beschlusses) einen Teil des angefochtenen Beschlusses der Struktur des betreffenden Marktes, der durch das Fehlen oder die Knappheit von Quellen von Wettbewerb gekennzeichnet sei (Rn. 1835 bis 1846).

**1100**Der notwendige Ausgangspunkt für die Analyse der Struktur des Marktes ist jedoch die zuvor im vorhergehenden Abschnitt getroffene Feststellung, dass ohne eine Vereinbarung eine „wettbewerbliche Bedrohung“ (Rn. 1825 bis 1834) bestehe.

**1101**Die Kommission schließt die Analyse der Struktur des betreffenden Marktes mit dem Hinweis auf das Bestehen einer sehr realen Möglichkeit ab, dass die bei Unterzeichnung der mit Krka geschlossenen Vereinbarungen noch verbleibenden Quellen von Wettbewerb durch eine künftige Vereinbarung oder ein anderes Mittel vom Wettbewerb ausgeschlossen würden, ohne jedoch anzugeben, ob dies während der Zeit der Anwendung der mit Krka geschlossenen Vereinbarungen der Fall war (Rn. 1846 des angefochtenen Beschlusses).

**1102**Der in der vorstehenden Rn. 1101 erwähnte Umstand bestätigt die bereits oben in Rn. 1092 enthaltene Darlegung. Die Kommission war demnach der Ansicht, dass sie, wenn sie nachgewiesen habe, dass die Vergleichsvereinbarung Krka ausgeschlossen habe und dass diese zumindest ein potenzieller Wettbewerber von Servier gewesen sei, zur Darstellung des Wettbewerbs, wie er ohne Vereinbarung bestanden hätte (eine der Größen des oben in Rn. 1076 genannten Vergleichs), nicht gehalten gewesen sei, den tatsächlichen Geschehensablauf zu berücksichtigen, wie er sich zum Zeitpunkt des Erlasses ihres Beschlusses dargestellt habe. Im Gegenteil meinte die Kommission unter Berufung auf ihre gewöhnliche Praxis bei der Berücksichtigung der potenziellen Wirkungen einer Vereinbarung, wonach es genügt, darzutun, dass diese Vereinbarung wettbewerbswidrige Wirkungen haben „kann“, dass sie ihre Beschreibung des Wettbewerbs ohne Vereinbarung auf Hypothesen oder „Möglichkeiten“ stützen könne.

**1103**Die von der Kommission vorgenommene Analyse der Vereinbarungen zwischen Servier und Krka entsprach daher der allgemeinen Orientierung, die sich die Kommission für die Prüfung der verschiedenen im angefochtenen Beschluss als Zuwiderhandlungen angesehenen Vergleichsvereinbarungen gegeben hatte.

**1104**Nach der Darstellung des Ansatzes der Kommission hinsichtlich des oben in Rn. 1076 erwähnten Vergleichsabschnitts der Untersuchung der bewirkten Wettbewerbsbeschränkung ist zu prüfen, ob die Kommission in Bezug auf die

Vereinbarungen zwischen Servier und Krka zu Recht auf das Vorliegen einer bewirkten Wettbewerbsbeschränkung geschlossen hat.

**1105**Diese Prüfung erfordert zunächst eine Darstellung der einschlägigen Rechtsprechung.

**1106**Insbesondere ist in Anbetracht des von der Kommission verfolgten Ansatzes und des zentralen Platzes, den in ihren Erwägungen die zahlreichen Bezugnahmen auf die „potenziellen Wirkungen“ der Vereinbarungen und darauf einnehmen, dass diese „wettbewerbsbeschränkende Wirkungen habe konnten“, auf die zum Teil bereits oben in Rn. 1080 und in der Sitzung angeführte Rechtsprechung hinzuweisen, wonach die potenziellen Wirkungen einer Vereinbarung, einer abgestimmten Verhaltensweise oder eines Beschlusses einer Unternehmensvereinigung zu berücksichtigen sind, um zu bestimmen, ob solche Maßnahmen in den Anwendungsbereich von Art. 101 Abs. 1 AEUV fallen.

ii) Die im vorliegenden Fall einschlägige Rechtsprechung

**1107**Der Gerichtshof hat zwar in Vorabentscheidungsverfahren häufig den Grundsatz bekräftigt, dass Art. 101 Abs. 1 AEUV die Beurteilung einer Vereinbarung oder einer abgestimmten Verhaltensweise nicht auf die tatsächlichen Auswirkungen der Vereinbarung auf den Wettbewerb im Gemeinsamen Markt beschränkt, sondern dass auch potenzielle Auswirkungen zu berücksichtigen sind (Urteile vom 21. Januar 1999, Bagnasco u. a., C-215/96 und C-216/96, ECLI:EU:C:1999:12, Rn. 34, vom 23. November 2006, Asnef-Equifax und Administración del Estado, C-238/05, ECLI:EU:C:2006:734, Rn. 50, vom 28. Februar 2013, Ordem dos Técnicos Oficiais de Contas, C-1/12, ECLI:EU:C:2013:127, Rn. 71, und vom 26. November 2015, Maxima Latvija, C-345/14, ECLI:EU:C:2015:784, Rn. 30), er hatte jedoch nur selten Gelegenheit, selbst zu prüfen, ob eine Verhaltensweise oder eine Vereinbarung potenzielle Wirkungen entfaltet, die den Schluss auf das Vorliegen einer Wettbewerbsbeschränkung zuließen.

**1108**Erstmals hat der Gerichtshof die potenziellen Wirkungen einer Vereinbarung im Urteil vom 17. November 1987, British American Tobacco und Reynolds Industries/Kommission (142/84 und 156/84, ECLI:EU:C:1987:490), berücksichtigt. In der mit diesem Urteil entschiedenen Rechtssache hatte die Kommission eine Beschwerde zurückgewiesen und festgestellt, dass die mit dieser Beschwerde beanstandeten Vereinbarungen nicht gegen die Wettbewerbsregeln des Vertrags verstießen (Urteil vom 17. November 1987, British American Tobacco und Reynolds Industries/Kommission, 142/84 und 156/84, ECLI:EU:C:1987:490, Rn. 1). Der Gerichtshof hat ausgeführt, dass die Kommission, wenn sie feststellt, dass eine Vereinbarung nicht gegen das Wettbewerbsrecht verstößt, nicht nur die Wirkungen zu berücksichtigen hat, die die Klauseln dieser Vereinbarung zum Zeitpunkt ihrer Prüfung durch die Kommission hatten, sondern auch die Wirkungen, die sie in Zukunft in Anbetracht der noch nicht verwirklichten Möglichkeiten haben könnten, die sie den Parteien eröffneten. In jener Rechtssache räumte eine Vereinbarung über den Erwerb von Beteiligungen am Kapital eines konkurrierenden Unternehmens dem investierenden Unternehmen die Möglichkeit ein, seine Position später durch die Erlangung der effektiven Kontrolle über das andere Unternehmen zu stärken, was Auswirkungen auf die untersuchte Wettbewerbslage haben konnte (Urteil vom 17. November 1987, British American Tobacco und Reynolds Industries/Kommission, 142/84 und 156/84, ECLI:EU:C:1987:490, Rn. 37, 39, 54, 57 und 58).



**1109**Somit muss die Kommission nach dem in der vorstehenden Rn. 1108 genannten Urteil bei der Prüfung der Wirkungen einer Vereinbarung nicht nur die tatsächlichen Wirkungen der Klauseln berücksichtigen, die bereits zum Zeitpunkt des Erlasses ihres Beschlusses durchgeführt werden, sondern auch die potenziellen Wirkungen der noch nicht durchgeführten Klauseln.

**1110**Der Gerichtshof hat die Berücksichtigung der potenziellen Wirkungen einer Vereinbarung später im Urteil vom 28. Mai 1998, Deere/Kommission (C-7/95 P, ECLI:EU:C:1998:256), gebilligt. In der mit diesem Urteil entschiedenen Rechtssache ging es um eine Entscheidung der Kommission über einen Antrag nach Art. 2 der Verordnung Nr. 17 auf Erteilung eines Negativattests für eine bei ihr angemeldete Entscheidung, mit dem die Kommission auf Antrag der beteiligten Unternehmen feststellen konnte, dass für sie kein Anlass zum Eingreifen bezüglich einer Vereinbarung bestand. In ihrer Entscheidung hatte die Kommission festgestellt, dass die ihr vorgelegte Vereinbarung eine bewirkte Wettbewerbsbeschränkung darstellte.

**1111**In dieser Rechtssache haben das Gericht und danach der Gerichtshof diese Feststellung bestätigt, die auf dem Vorliegen potenzieller Wirkungen beruhte.

**1112**Die Klägerin berief sich darauf, dass das in der Vereinbarung vorgesehene System des Informationsaustauschs während mehrerer Jahre vor der Anmeldung und der Stellung des Antrags auf ein Negativattest angewandt worden sei, und machte geltend, die Beurteilung durch die Kommission müsse sich auf die Berücksichtigung der tatsächlichen Auswirkungen dieses Informationsaustauschs beschränken. Das Gericht hat dieses Vorbringen jedoch als unbeachtlich zurückgewiesen, da nach dem Vertrag sowohl tatsächliche als auch potenzielle wettbewerbswidrige Wirkungen verboten sind (Urteil vom 27. Oktober 1994, Deere/Kommission, T-35/92, ECLI:EU:T:1994:259, Rn. 59 und 61).

**1113**Der Befund, dass das Vorbringen, die in Rede stehenden Vereinbarungen oder Verhaltensweisen seien bereits angewandt worden, ins Leere geht, ist jedoch zu nuancieren.

**1114**Erstens lagen nämlich in jener Rechtssache besondere Umstände vor, da die Vereinbarung, für die das Negativattest beantragt worden war, an die Stelle einer früheren Vereinbarung getreten war, die nicht bei der Kommission angemeldet worden war. Die Kommission hatte demnach darüber zu entscheiden, ob diese neue Vereinbarung und nicht die vorangegangene mit den Wettbewerbsregeln im Einklang stand. Es ist somit nicht sicher, ob die Kommission trotz der Ähnlichkeit der beiden Vereinbarungen aus der Anwendung der vorangegangenen Vereinbarung endgültige Schlüsse für diese neue Vereinbarung hätte ziehen können. Die neue Vereinbarung war nur wenige Monate lang angewandt worden, bevor die Beteiligten ihre Aussetzung beschlossen. Die Kommission verfügte daher nicht über den nötigen Abstand für die Prüfung ihrer tatsächlichen Auswirkungen auf den Wettbewerb (Urteil vom 27. Oktober 1994, Deere/Kommission, T-35/92, ECLI:EU:T:1994:259, Rn. 2 und 4).

**1115**Zweitens hat das Gericht im Rahmen der Prüfung der potenziellen Wirkungen einer Vereinbarung auf den Wettbewerb im Urteil vom 27. September 2006, GlaxoSmithKline Services/Kommission (T-168/01, ECLI:EU:T:2006:265, Rn. 163), aus der Tatsache, dass die Anwendung der betreffenden Vereinbarung nur einige Monate nach ihrem Inkrafttreten bis zum Erlass der in jener Rechtssache angefochtenen Entscheidung der Kommission ausgesetzt worden war, geschlossen, dass die von der Kommission

vorgenommene Prüfung so zu verstehen war, dass sie sich hauptsächlich mit den potenziellen Auswirkungen dieser Bedingungen auf den Wettbewerb befasste.

**1116**Das Gericht hat in diesem Urteil somit einen ausdrücklichen Zusammenhang zwischen der fehlenden Anwendung der in Rede stehenden Vereinbarung und der von der Kommission vorgenommenen Prüfung ihrer potenziellen Wirkungen hergestellt.

**1117**Drittens hat das Gericht im Urteil vom 30. Juni 2016, CB/Kommission (T-491/07 RENV, nicht veröffentlicht, ECLI:EU:T:2016:379, Rn. 243, 247, 248 und 250), die potenziellen Wirkungen eines Beschlusses einer Unternehmensvereinigung auf den Wettbewerb geprüft, indem es die Auswirkungen berücksichtigt hat, die die fraglichen Maßnahmen hätten, wenn sie angewandt würden, womit wiederum ein Zusammenhang zwischen der Prüfung der potenziellen Wirkungen des Beschlusses der Vereinigung und dem Umstand hergestellt wurde, dass er noch nicht angewandt worden war. Die Kommission hatte in der angefochtenen Entscheidung (Entscheidung K[2007] 5060 endg. vom 17. Oktober 2007 in einem Verfahren nach Artikel [101 AEUV] [COMP/D1/38.606 - Groupement des cartes bancaires „CB“]) die Analyse der potenziellen Wirkungen, d. h. der Wirkungen, die die Maßnahmen entfalten würden, wenn ihre Aussetzung aufgehoben würde (Rn. 261 ff.), von der Analyse der Wirkungen unterschieden, die im Zeitraum der Anwendung der in Rede stehenden Maßnahmen eingetreten waren (Rn. 310 ff.).

**1118**In den Rechtssachen, in denen die Urteile vom 27. September 2006, GlaxoSmithKline Services/Kommission (T-168/01, ECLI:EU:T:2006:265), und vom 30. Juni 2016, CB/Kommission (T-491/07 RENV, nicht veröffentlicht, ECLI:EU:T:2016:379), ergangen sind, hatte die Kommission keine Sanktion gegen die betroffenen Unternehmen verhängt, sondern ihnen aufgegeben, die in Rede stehende Zuwiderhandlung unverzüglich zu beenden.

**1119**Zudem ging in den in der vorstehenden Rn. 1118 genannten Rechtssachen die Befassung der Kommission auf die betroffenen Unternehmen zurück (vgl. in diesem Sinne Urteile vom 27. September 2006, GlaxoSmithKline Services/Kommission, T-168/01, ECLI:EU:T:2006:265, Rn. 10, und vom 30. Juni 2016, CB/Kommission, T-491/07 RENV, nicht veröffentlicht, ECLI:EU:T:2016:379, Rn. 8).

**1120**Somit ging es in den meisten Fällen, in denen die Unionsgerichte zur Beurteilung einer Vereinbarung, einer abgestimmten Verhaltensweise oder eines Beschlusses einer Unternehmensvereinigung die Rechtsprechung herangezogen haben, wonach eine bewirkte Wettbewerbsbeschränkung aufgrund der potenziellen Wirkungen dieser Maßnahmen festgestellt werden kann, nicht um einen Beschluss der Kommission, mit dem ein in der Vergangenheit liegendes Verhalten als bewirkte Wettbewerbsbeschränkung geahndet wurde, sondern um einen Kommissionsbeschluss, mit dem ein solches Verhalten in Anbetracht der Wirkungen, die die in Rede stehenden Maßnahmen im Fall ihrer Anwendung haben könnten, verhindert werden sollte. So lag der Fall auch in der Rechtssache, in der das Urteil vom 17. November 1987, British American Tobacco und Reynolds Industries/Kommission (142/84 und 156/84, ECLI:EU:C:1987:490), ergangen ist und in der die Kommission eine Beschwerde nach der Prüfung der Wirkungen zurückgewiesen hatte, die eine Klausel der Vereinbarung hätte haben können, wenn die in ihr vorgesehene Möglichkeit umgesetzt worden wäre.

**1121**Somit gibt es im Kartellbereich keinen Präzedenzfall, in dem der Gerichtshof oder das Gericht entschieden hätte, dass sich die Kommission allein auf die potenziellen Wirkungen der betreffenden Maßnahme stützen kann, um festzustellen, dass eine

Zu widerhandlung begangen worden sei, und auf der Grundlage einer solchen Feststellung eine Geldbuße gegen die Urheber dieser Zu widerhandlung verhängen kann.

**1122** Wenn die Klauseln einer Vereinbarung durchgeführt worden sind und ihre Auswirkungen auf den Wettbewerb anhand der relevanten tatsächlichen Entwicklungen, insbesondere nach Abschluss der Vereinbarung, die vor dem Beschluss der Kommission eingetreten sind, gemessen werden können, erscheint es aber paradox, der Kommission zu erlauben, sich damit zu begnügen, die wettbewerbswidrigen Wirkungen darzutun, die diese Klauseln haben könnten, und zu diesem Zweck den oben in Rn. 1076 angesprochenen Vergleich vorzunehmen, ohne diese Entwicklungen zu berücksichtigen (siehe oben, Rn. 1084, 1092 und 1102).

**1123** Es erscheint ebenfalls paradox, der Kommission zu erlauben, sich für die Feststellung, dass eine Zu widerhandlung in der Form einer bewirkten Wettbewerbsbeschränkung begangen worden ist (und demgemäß mit einer Geldbuße geahndet werden kann), nur darauf zu stützen, dass die durchgeführten Klauseln einer Vereinbarung wettbewerbswidrige Wirkungen haben könnten, und nicht darauf, dass sie solche Wirkungen hatten, obwohl der Gerichtshof entschieden hat, dass eine Entbindung von der Beweispflicht für die wettbewerbswidrigen Wirkungen einer Vereinbarung nur aus deren Einstufung als bezweckte Wettbewerbsbeschränkung folgen kann, die nur Vereinbarungen erfassen sollte, die als derart geeignet angesehen werden können, negative Auswirkungen auf insbesondere den Preis, die Menge oder die Qualität der Waren und Dienstleistungen zu haben, dass für die Anwendung von Art. 101 Abs. 1 AEUV der Nachweis, dass sie konkrete Auswirkungen auf den Markt haben, als überflüssig erachtet werden kann (Urteil vom 11. September 2014, CB/Kommission, C-67/13 P, ECLI:EU:C:2014:2204, Rn. 51). Könnte sich die Kommission bei durchgeführten Vereinbarungen allein auf deren mögliche Wirkungen stützen, um darzutun, dass sie eine wettbewerbswidrige Wirkung hatten, verlöre die in Art. 101 Abs. 1 AEUV geschaffene Unterscheidung zwischen bezweckten und bewirkten Wettbewerbsbeschränkungen ihre Bedeutung.

**1124** Aus dem Vorstehenden ergibt sich, dass die oben in den Rn. 1107 bis 1120 angeführte Rechtsprechung zur Berücksichtigung der potenziellen Wirkungen von Vereinbarungen im Bereich der bewirkten Wettbewerbsbeschränkungen nicht herangezogen werden kann, wenn die in Rede stehenden Vereinbarungen durchgeführt worden sind und die Kommission die Begehung einer Zu widerhandlung festgestellt und deshalb eine Geldbuße gegen die Parteien der Vereinbarungen verhängt hat.

**1125** Zudem ist die in der vorstehenden Rn. 1124 erwähnte Rechtsprechung von der Rechtsprechung zur Berücksichtigung der Auswirkungen einer Begrenzung des Wettbewerbs, einschließlich einer nur potenziellen, zu unterscheiden.

**1126** Im Urteil vom 12. Juni 1997, Tiercé Ladbrooke/Kommission (T-504/93), ECLI:EU:T:1997:84, Rn. 157 bis 160), das in Rn. 1217 des angefochtenen Beschlusses angeführt wird, hat das Gericht die Rechtmäßigkeit einer Entscheidung der Kommission geprüft, mit der diese eine Beschwerde u. a. mit der Begründung zurückgewiesen hatte, dass mangels eines tatsächlichen Wettbewerbs auf dem relevanten Markt die streitige Vereinbarung nicht unter Art. 85 Abs. 1 des Vertrags, nunmehr Art. 101 Abs. 1 AEUV, falle. Das Gericht hat entschieden, dass die Kommission nicht alle ihr von der Klägerin mitgeteilten tatsächlichen und rechtlichen Gesichtspunkte mit der erforderlichen Sorgfalt

geprüft hat, da die Vereinbarung den potenziellen Wettbewerb beschränken konnte. Es hat daher die angefochtene Entscheidung insoweit aufgehoben.

**1127**Aus einem solchen Präzedenzfall, der die Zurückweisung einer Beschwerde betraf, kann nicht abgeleitet werden, dass der bloße Umstand, dass eine Vereinbarung den potenziellen Wettbewerb beschränken „kann“, notwendig zur Feststellung einer bewirkten Wettbewerbsbeschränkung führt, sondern eher, dass die Kommission die Möglichkeit einer bewirkten Wettbewerbsbeschränkung nicht von vornherein ausschließen kann, wenn eine Vereinbarung nur einen potenziellen und nicht einen tatsächlichen Wettbewerb beschränken kann.

**1128**Wenn die Kommission einen Beschluss erlässt, mit dem sie die Begehung einer Zuwiderhandlung gegen Art. 101 Abs. 1 AEUV feststellt, was ihr die Verhängung einer Geldbuße gegen die Urheber dieser Zuwiderhandlung auf der Grundlage dieser Feststellung erlaubt, entbindet sie der bloße Nachweis des Bestehens eines potenziellen Wettbewerbs und einer Begrenzung der Handlungsfreiheit eines potenziellen Wettbewerbers nicht von einer Analyse der tatsächlichen Auswirkungen der in Rede stehenden Maßnahme auf den Wettbewerb, wenn die oben in den Rn. 1107 bis 1120 angeführte Rechtsprechung nicht übertragbar ist.

**1129**In dieser Hinsicht ist zu beachten, dass für die Feststellung des Vorliegens wettbewerbswidriger Wirkungen einer Vereinbarung Voraussetzungen erfüllt sein müssen, aus denen sich ergibt, dass der Wettbewerb „tatsächlich“ verhindert, eingeschränkt oder verfälscht worden ist (Urteil vom 30. Juni 1966, LTM, 56/65, ECLI:EU:C:1966:38, S. 303).

**1130**Somit muss die Kommission nach dem sich aus der Rechtsprechung des Gerichtshofs ergebenden Realismusgebot zum Nachweis des Vorliegens der wettbewerbswidrigen Wirkungen einer Vereinbarung im Rahmen des oben in Rn. 1076 angesprochenen Vergleichs die relevanten tatsächlichen Entwicklungen, insbesondere nach Abschluss der Vereinbarung, die vor dem Beschluss der Kommission eingetreten sind, berücksichtigen.

**1131**Dem Gerichtshof zufolge erfordert die Beurteilung der Wirkungen einer Vereinbarung zwischen Unternehmen nach Art. 101 AEUV eine Berücksichtigung des jeweiligen konkreten Rahmens, nämlich des wirtschaftlichen und rechtlichen Kontexts, in dem die betreffenden Unternehmen tätig sind, der Natur der betroffenen Waren und Dienstleistungen, der auf dem betreffenden Markt oder den betreffenden Märkten bestehenden tatsächlichen Bedingungen und der Struktur dieses Marktes oder dieser Märkte (Urteil vom 11. September 2014, MasterCard u. a./Kommission, C-382/12 P, ECLI:EU:C:2014:2201, Rn. 165).

**1132**Folglich muss das Szenario, das sich ohne die fragliche Vereinbarung ergeben würde, „realistisch sein“ (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 11. September 2014, MasterCard u. a./Kommission, C-382/12 P, ECLI:EU:C:2014:2201, Rn. 166).

**1133**Nach Ansicht des Gerichtshofs war die Berücksichtigung der Marktentwicklungen, die ohne diese Maßnahme wahrscheinlich eintreten würden, im Rahmen der Prüfung der wettbewerbsbeschränkenden Wirkungen der Vereinbarung geboten (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 11. September 2014, MasterCard u. a./Kommission, C-382/12 P, ECLI:EU:C:2014:2201, Rn. 167 bis 169).

**1134**Das für die Beschreibung des Wettbewerbs, wie er ohne die Vereinbarung bestanden hätte (eine der Größen des oben in Rn. 1076 genannten Vergleichs), geltende

Wahrscheinlichkeits- und Realismusgebot steht im Einklang mit dem Ansatz der Kommission in verschiedenen Leitlinien, wonach sie zu beweisen hat, dass die wettbewerbswidrigen Wirkungen der geprüften Maßnahmen hinreichend wahrscheinlich sind.

**1135** So müssen erstens nach Ziff. 24 der Leitlinien zur Anwendung von Artikel [101] Absatz 3 [AEUV], auf die die Kommission in Rn. 1219 des angefochtenen Beschlusses verweist, „Vereinbarungen, die eine wettbewerbsbeschränkende Auswirkung haben, ... den gegenwärtigen oder potenziellen Wettbewerb in einem solchen Ausmaß beeinträchtigen können, dass mit hinreichender Wahrscheinlichkeit negative Auswirkungen auf Preise, Produktionsmengen, Innovationen oder Vielfalt bzw. Qualität von Waren und Dienstleistungen erwartet werden können“.

**1136** Zweitens heißt es in Ziff. 19 der Leitlinien zu Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit von 2001, dass viele horizontale Kooperationsvereinbarungen keine Wettbewerbsbeschränkung bezweckten, weshalb deren Wirkungen untersucht werden müssten. Für eine solche Analyse reiche es nicht aus, dass eine Vereinbarung den Wettbewerb zwischen den Beteiligten einschränke. Sie müsse auch den Wettbewerb im betroffenen Markt in einem Maße beeinträchtigen können, dass negative Auswirkungen hinsichtlich Preisen, Produktion, Innovation oder Vielfalt und Qualität der Waren und Dienstleistungen zu erwarten seien.

**1137** Drittens hat die Kommission bestätigt, dass sie diesen Ansatz in den Leitlinien zu Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit von 2011 beibehalten habe. Nach Ziff. 28 dieser Leitlinien, auf die sie in Fn. 1733 des angefochtenen Beschlusses verweist, sind wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen auf dem relevanten Markt dann wahrscheinlich, wenn in hinreichendem Maße davon auszugehen ist, dass die Parteien aufgrund der Vereinbarung in der Lage wären, gewinnbringend den Preis zu erhöhen oder Produktionsmenge, Produktqualität, Produktvielfalt oder Innovation zu reduzieren.

**1138** Im Übrigen weist die Kommission im angefochtenen Beschluss selbst (Rn. 1218) darauf hin, dass die wettbewerbsbeschränkenden Wirkungen mit hinreichender Wahrscheinlichkeit nachgewiesen sein müssten.

**1139** In Anbetracht der vorstehenden Ausführungen ist zu prüfen, ob die Kommission im vorliegenden Fall trotz ihres hypothetischen Ansatzes hinsichtlich des Vergleichsabschnitts der Prüfung der bewirkten Wettbewerbsbeschränkung (siehe oben, Rn. 1076 bis 1102) nachgewiesen hat, dass die wettbewerbsbeschränkenden Wirkungen der Vereinbarungen zwischen Servier und Krka hinreichend real und wahrscheinlich waren.

iii) Zum Beurteilungsfehler

**1140** Die Kommission hat die Wirkungen der in der Vergleichsvereinbarung zwischen Servier und Krka enthaltenen Vermarktungsverbots- und Nichtangriffsklauseln sowie der Übertragung der Lizenz für die Technologie von Krka an Servier analysiert, indem sie für jede dieser drei Maßnahmen geprüft hat, wie der Wettbewerb ohne sie beschaffen gewesen wäre (vgl. u. a. Rn. 1825 bis 1829 des angefochtenen Beschlusses).

**1141** Es ist für jede dieser drei Maßnahmen zu prüfen, ob die Kommission zu Recht auf das Vorliegen einer bewirkten Wettbewerbsbeschränkung geschlossen hat.

- Zu der in der Vergleichsvereinbarung enthaltenen Vermarktungsverbotsklausel

**1142**Für die Beurteilung der Frage, ob eine Vereinbarung wegen der Wettbewerbsstörungen, die sie bewirkt, als verboten anzusehen ist, ist der Wettbewerb zu betrachten, wie er ohne die fragliche Vereinbarung bestehen würde (siehe oben, Rn. 1076).

**1143**Im vorliegenden Fall ist der Geltungsbereich der Vermarktungsverbotsklausel auf den des Patents 947 begrenzt, das Gegenstand des Rechtsstreits zwischen Servier und Krka ist.

**1144**Den tatsächlichen Rahmen des Wettbewerbs ohne die Vergleichsvereinbarung bildeten die Versuche der Generikahersteller, unter ihnen Krka, trotz der aufgrund der Patente von Servier, insbesondere des Patents 947, bestehenden Hindernisse in den Markt einzutreten, und die Patentrechtsstreitigkeiten zwischen diesen Unternehmen und Servier.

**1145**Wie oben in Rn. 234 dargelegt, ist der spezifische Gegenstand des gewerblichen Eigentums, dass der Inhaber zum Ausgleich für seine schöpferische Erfindertätigkeit das ausschließliche Recht erlangt, gewerbliche Erzeugnisse herzustellen und in den Verkehr zu bringen, mithin die Erfindung entweder selbst oder im Wege der Lizenzvergabe an Dritte zu verwerten, und dass er ferner das Recht erlangt, sich gegen jegliche Zuwiderhandlung zur Wehr zu setzen (Urteil vom 31. Oktober 1974, Centrafarm und de Peijper, 15/74, [ECLI:EU:C:1974:114](#), Rn. 9). Wird ein Recht des geistigen Eigentums von einer öffentlichen Stelle eingeräumt, besteht normalerweise die Vermutung, dass das Recht gültig ist und einem Unternehmen rechtmäßig zusteht. Ist ein Unternehmen Inhaber eines ausschließlichen Rechts, hat schon dies allein normalerweise zur Folge, dass die Wettbewerber ferngehalten werden, da sie aufgrund staatlicher Vorschriften zur Beachtung dieses Rechts verpflichtet sind (Urteil vom 1. Juli 2010, AstraZeneca/Kommission, [T-321/05](#), [ECLI:EU:T:2010:266](#), Rn. 362).

**1146**Ein Risikomarkteintritt eines Generikaherstellers ist zwar als solcher nicht rechtswidrig (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 8. September 2016, Lundbeck/Kommission, [T-472/13](#), mit Rechtsmittel angefochten, [ECLI:EU:T:2016:449](#), Rn. 122). Er ist aber wenig wahrscheinlich, wenn der Generikahersteller die Gültigkeit des Patents anerkennt oder seine Chancen, dass dessen Ungültigkeit anerkannt würde, als gering einschätzt.

**1147**Entscheidend für die Bestimmung des wahrscheinlichen Verhaltens eines Generikaherstellers im Hinblick auf einen Risikomarkteintritt ist demnach, ob er die Gültigkeit des in Rede stehenden Patents anerkennt oder nicht oder wie er die Stärke dieses Patents wahrnimmt.

**1148**Die Kommission hat aber die Wirkungen, die das Patent 947 und die Anerkennung seiner Gültigkeit durch Krka auf die Beurteilung des wahrscheinlichen Verhaltens von Krka ohne Vereinbarung zum Zweck des oben in Rn. 1076 genannten Vergleichs hätten haben können, in dem der Prüfung dieses Verhaltens gewidmeten Teil des angefochtenen Beschlusses (Rn. 1825 bis 1834) nicht gebührend berücksichtigt.

**1149**Die entscheidenden Ereignisse für die Beurteilung der Frage, ob Krka das Patent 947 als gültig anerkennen konnte oder wie sie ihre Chancen einschätzte, es für ungültig erklären zu lassen, wie die Entscheidung des EPA vom 27. Juli 2006 zur Bestätigung der Gültigkeit des Patents 947 und die gegen Krka im Vereinigten Königreich ergangene einstweilige Verfügung, werden in diesem Teil des angefochtenen Beschlusses nicht

erwähnt, obwohl sie vor dem Abschluss der Vergleichsvereinbarung zwischen Servier und Krka eingetreten sind.

**1150**Zudem geht die Kommission in den Rn. 1828 bis 1834 des angefochtenen Beschlusses bei der Analyse des wahrscheinlichen Verhaltens von Krka ohne die Vereinbarungen nicht auf den in diesem Zusammenhang wichtigen Umstand ein, dass mehrere Anhaltspunkte in den Akten dafür sprachen, dass das Erzeugnis von Krka das Patent 947 verletzen konnte.

**1151**Dies bestätigt, dass ihr hypothetischer Ansatz (siehe oben, Rn. 1077 bis 1103) die Kommission dazu geführt hat, nicht nur die nach Abschluss der Vereinbarungen eingetretenen Ereignisse, sondern allgemeiner den tatsächlichen Geschehensablauf, wie er sich zum Zeitpunkt des Erlasses ihres Beschlusses darstellte, außer Betracht zu lassen.

**1152**Die fehlende Bereitschaft der Kommission, insbesondere die Wirkungen des Patents 947 zu berücksichtigen, erklärt sich damit, dass sie im Rahmen ihrer Untersuchung der bezweckten Wettbewerbsbeschränkung der Ansicht war, dass der zwischen Servier und Krka geschlossenen Vergleichsvereinbarung in Wirklichkeit der Anreiz für Letztere zugrunde lag, sich den wettbewerbsbeschränkenden Klauseln dieser Vereinbarung zu unterwerfen, und nicht eine aufrichtige Anerkennung der Gültigkeit des Patents 947. Aus dieser Sicht konnte sich Krka nach Auffassung der Kommission keinesfalls auf die Anerkennung der Gültigkeit des Patents 947 berufen, da diese Anerkennung mit einem grundsätzlichen Makel behaftet war.

**1153**Das Gericht hat jedoch die Feststellung des Bestehens eines Anreizes und einer bezweckten Wettbewerbsbeschränkung in Bezug auf die Vergleichs- und die Lizenzvereinbarung zwischen Servier und Krka verworfen, so dass die Frage der Wahrnehmung der Stärke des Patents 947 durch Krka oder ihrer Anerkennung der Gültigkeit desselben ihre volle Bedeutung wiedererlangt.

**1154**Wie dargelegt, gab es zum Zeitpunkt des Abschlusses der Vergleichs- und der Lizenzvereinbarung für deren Parteien gewichtige Indizien dafür, dass das Patent 947 gültig war (siehe oben, Rn. 967 und 968). Im Vereinigten Königreich, einem der drei Länder (neben Frankreich und den Niederlanden), in denen die Kommission das Vorliegen einer bewirkten Wettbewerbsbeschränkung untersucht und festgestellt hat, war gegen Krka und Apotex sogar eine einstweilige Verfügung ergangen.

**1155**Der von Servier in Ungarn gestellte Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung zum Verbot der Vermarktung einer von Krka auf den Markt gebrachten generischen Version von Perindopril wegen Verletzung des Patents 947 wurde zwar im September 2006 zurückgewiesen, doch handelte es sich um ein Verfahren, das anders als die in der vorstehenden Rn. 1154 erwähnten Verfahren keines der Länder betraf, in denen die Kommission das Vorliegen einer bewirkten Wettbewerbsbeschränkung festgestellt hat.

**1156**Zudem hatte es zwischen Servier und Krka bereits vor der die Gültigkeit des Patents 947 bestätigenden Entscheidung des EPA vom 27. Juli 2006 Kontakte gegeben (vgl. u. a. Rn. 837 des angefochtenen Beschlusses), doch hatten diese nicht zu einer Vereinbarung geführt (Rn. 856 bis 859 des angefochtenen Beschlusses), und erst nach dieser Entscheidung wurden neue Verhandlungen aufgenommen (Rn. 898 des angefochtenen Beschlusses). Die Entscheidung des EPA vom 27. Juli 2006 zur Bestätigung der Gültigkeit des Patents 947 war somit zumindest einer der Faktoren, die zu der Vergleichs- und der Lizenzvereinbarung geführt haben, was ein zusätzliches Indiz dafür ist, dass diesen

Vereinbarungen die Anerkennung der Gültigkeit des Patents zugrunde lag (siehe oben, Rn. 971).

**1157**Dem ist noch hinzuzufügen, dass, wie bereits dargelegt (siehe oben, Rn. 947), dem Abschluss einer Lizenzvereinbarung, der für einen Lizenznehmer nur sinnvoll ist, wenn die Lizenz tatsächlich genutzt wird, die Anerkennung der Gültigkeit des Patents durch die Parteien zugrunde liegt. Somit bestätigt der Abschluss der Lizenzvereinbarung selbst angesichts einer Reihe von Indizien (siehe oben, Rn. 999 und 1001), dass Krka letztlich die Gültigkeit des Patents 947 anerkannte.

**1158**Aus den Akten ergibt sich sogar, dass Krka ohne den Abschluss einer Lizenzvereinbarung mit Servier anscheinend einen Risikoeintritt in die fraglichen 18 bis 20 Märkte für wenig wahrscheinlich, wenn nicht gar ausgeschlossen hielt (siehe oben, Rn. 1001 und 1012).

**1159**Schließlich weist die Kommission im angefochtenen Beschluss (Rn. 1693) darauf hin, dass Krka „nach der Entscheidung [der Einspruchsabteilung] letztlich den Gedanken eines Risikomarkteintritts in Frankreich, im Vereinigten Königreich und in andere westeuropäische Märkte auf[gab]“.

**1160**In Anbetracht der vorstehenden Darlegungen ist zu schließen, dass nicht nachgewiesen ist, dass Krka ohne Vereinbarung wahrscheinlich einen Risikoeintritt in die Märkte der in Rede stehenden 18 bis 20 Mitgliedstaaten, insbesondere die Märkte Frankreichs, der Niederlande und des Vereinigten Königreichs, unternommen hätte.

**1161**Dieses Ergebnis wird nicht durch die übrigen Anhaltspunkte in den Akten in Frage gestellt, die für den Nachweis relevant sein sollen, dass Krka ohne Vereinbarung mit Servier in den Markt eingetreten wäre. Diese Anhaltspunkte sind im Wesentlichen in dem Teil des angefochtenen Beschlusses enthalten, in dem die Kommission darzutun versucht, dass Krka ein potenzieller Wettbewerber von Servier war.

**1162**Erstens lässt sich, wie dargelegt (siehe oben, Rn. 1026), der Umstand, dass Krka weiter die Patente von Servier angegriffen und ihr Erzeugnis vermarktet hat, obwohl die Gültigkeit des Patents 947 von der Einspruchsabteilung des EPA bestätigt worden war, offensichtlich mit dem Wunsch von Krka erklären, ihre Position in etwaigen Verhandlungen mit Servier zu stärken, um zu einer Vergleichsvereinbarung zu gelangen.

**1163**Außerdem setzte die Fortsetzung des Patentrechtsstreits mit Servier Krka keinen neuen Risiken des Vorwurfs einer Patentverletzung aus. Dies erhöhte lediglich ihre Rechtsverfolgungskosten. Die Fortsetzung der Vermarktung ihres Erzeugnisses beschränkte sich auf fünf mittel- und osteuropäische Märkte, für die die Kommission nicht das Vorliegen einer bewirkten Wettbewerbsbeschränkung festgestellt hat. Zudem waren in fünf der sieben von der Lizenz erfassten Märkte die dem Patent 947 entsprechenden Patente noch nicht erteilt worden (Rn. 1755 des angefochtenen Beschlusses). Somit waren die Risiken für Krka zumindest auf einigen Märkten, auf denen sie verblieben war, begrenzt.

**1164**Die Fortsetzung des Rechtsstreits über das Patent von Servier und die Fortsetzung der Vermarktung ihres Erzeugnisses lassen daher nicht den Schluss zu, dass Krka die Gültigkeit des Patents 947 nicht anerkannte und deshalb wahrscheinlich einen Risikoeintritt in die Märkte der in Rede stehenden 18 bis 20 Mitgliedstaaten oder zumindest in die drei Märkte, für die die Kommission eine bewirkte Wettbewerbsbeschränkung festgestellt hat, unternommen hätte.



**1165**Zweitens ließen zwar Kommentare von Vertretern von Krka deren Überraschung und Verärgerung über die Entscheidung des EPA vom 27. Juli 2006 erkennen (Rn. 1688 des angefochtenen Beschlusses), doch erlaubten diese Kommentare nicht den Nachweis, dass Krka trotz dieser Entscheidung wahrscheinlich in die drei nationalen Märkte, für die die Kommission eine bewirkte Wettbewerbsbeschränkung festgestellt hat, eingetreten wäre.

**1166**Drittens widmet die Kommission einen Abschnitt des angefochtenen Beschlusses der „Markteintrittsabsicht“ von Krka. Dieser sehr kurze Abschnitt besteht nur aus der ebenfalls ziemlich kurzen Rn. 1699. Die Kommission führt dort aus, „selbst“ nach der Entscheidung des EPA vom 27. Juli 2006 sei Krka „anscheinend“ bereit gewesen, eine Risikomarkteinführung durch ihre Partner zu unterstützen, und habe sich verpflichtet, ihr Erzeugnis weiter zu liefern, „falls die patentrechtlichen Hürden überwunden würden“. Weiter heißt es in dieser Randnummer, einer der Geschäftspartner von Krka habe darauf bestanden, dass sie ihr Erzeugnis liefere, „wenn das Patent 947 für nichtig erklärt würde“, und bestimmte Partner von Krka seien mit diesem Erzeugnis in den Markt eingetreten, „nachdem das Patent 947 für die betreffenden Märkte für nichtig erklärt wurde“.

**1167**Die in der vorstehenden Rn. 1166 wiedergegebenen Auszüge belegen weniger die Absicht von Krka, in die drei nationalen Märkte einzutreten, für die die Kommission eine bewirkte Wettbewerbsbeschränkung festgestellt hat, als die Bedeutung, die die vom Patent 947 gebildete „patentrechtliche Hürde“ nach der Entscheidung des EPA vom 27. Juli 2006 für Krka wie für ihre Geschäftspartner erlangt hatte.

**1168**In Anbetracht sämtlicher vorstehenden Darlegungen ist nicht bewiesen, dass Krka ohne die Vergleichs- und die Lizenzvereinbarung wahrscheinlich in die drei nationalen Märkte eingetreten wäre, für die die Kommission eine bewirkte Wettbewerbsbeschränkung festgestellt hat.

**1169**Die Kommission hat im angefochtenen Beschluss auch nicht nachgewiesen, dass Krka ohne diese Vereinbarungen wahrscheinlich vor dem Ende der Zuwiderhandlung, und zwar dem 6. Juli 2007 für das Vereinigte Königreich, dem 12. Dezember 2007 für die Niederlande und dem 16. September 2009 für Frankreich, in die betreffenden Märkte eingetreten wäre.

**1170**Aufgrund ihres hypothetischen Ansatzes (siehe oben, Rn. 1079 bis 1103) hat die Kommission nämlich dem tatsächlichen Geschehensablauf - insbesondere in der Zeit nach dem Abschluss der Vereinbarungen - und somit der möglichen Entwicklung der Wahrnehmung der Gültigkeit des Patents 947 durch Krka, die sich aus diesen Ereignissen ergeben konnte, wenig Beachtung geschenkt.

**1171**Es ist nicht Sache des Gerichts, bei der Beurteilung der Tatbestandsmerkmale einer Zuwiderhandlung, die nicht in seine Befugnis zu unbeschränkter Nachprüfung, sondern in die zur Rechtmäßigkeitskontrolle fällt, die von der Kommission gegebene Begründung durch seine eigene zu ersetzen (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 21. Januar 2016, Galp Energía España u. a./Kommission, C-603/13 P, ECLI:EU:C:2016:38, Rn. 73 und 75 bis 77).

**1172**Demnach ist es nicht Sache des Gerichts, erstmals anhand der Akten zu prüfen, ob eine bewirkte Wettbewerbsbeschränkung in der Zeit nach dem Abschluss der Vereinbarungen wegen einer Abschwächung der Anerkennung der Gültigkeit des Patents 947 durch Krka hätte eintreten können.

**1173**Jedenfalls lässt der Inhalt der Akten nicht den Schluss zu, dass Krka in der Zeit zwischen dem Abschluss der Vereinbarungen und dem Ende der Zuwiderhandlung ohne die Vereinbarungen wahrscheinlich in die drei betreffenden nationalen Märkte eingetreten wäre.

**1174**Außerdem wird die Wahrscheinlichkeit eines Markteintritts von Krka ohne Vereinbarung von der Kommission nicht einmal behauptet. Im Abschnitt „Wahrscheinliches Verhalten ohne die Krka-Vereinbarungen“ des angefochtenen Beschlusses stützt sich die Kommission nicht, zumindest nicht ausdrücklich, auf die Hypothese eines vorgezogenen Eintritts von Krka in die betreffenden Märkte ohne Vereinbarung, sondern nur auf die Hypothese des Fortbestands einer „wettbewerblichen Bedrohung“ auf diesen Märkten (siehe oben, Rn. 1096).

**1175**Somit hätte Krka der Kommission zufolge „als potenzieller neuer Marktteilnehmer mit generischem Perindopril im Vereinigten Königreich, in Frankreich und in den Niederlanden weiter eine wettbewerbliche Bedrohung dargestellt“ (Rn. 1825 des angefochtenen Beschlusses). Krka hätte u. a., so die Kommission, als Versorger lokaler Vertriebspartner weiter eine Bedrohung dargestellt (Rn. 1828 des angefochtenen Beschlusses).

**1176**Die Kommission weist auch darauf hin, dass die Parteien der Vereinbarung ohne Anreiz eine weniger beschränkende Vereinbarung hätten schließen können, die Krka einen vorgezogenen Markteintritt erlaubt oder ihr eine Lizenz für das gesamte Unionsgebiet gewährt hätte (Rn. 1831 des angefochtenen Beschlusses).

**1177**Abschließend stellt die Kommission fest, dass „Krka ... ohne die in den [Vereinbarungen] enthaltenen Beschränkungen weiter ein bedeutender potenzieller Wettbewerber von Servier [war]“ (Rn. 1834 des angefochtenen Beschlusses).

**1178**Es ist festzustellen, dass die Kommission mit der bloßen Berufung auf die „wettbewerbliche Bedrohung“, die Krka weiter für Servier dargestellt hätte, obwohl zum einen die wettbewerbsfördernden Wirkungen einer einfachen „Bedrohung“ im Gegensatz zu denen des Markteintritts eines Generikaherstellers nicht auf der Hand liegen und zum anderen die Wirkungen dieser „Bedrohung“ im vorliegenden Fall durch das Bestehen des Patents 947 und die Bestätigung seiner Gültigkeit durch die zuständigen Stellen (siehe oben, Rn. 1142 bis 1169) weitgehend abgemildert wurden, nicht nachgewiesen hat, dass der Wettbewerb, wie er sich ohne die Vergleichsvereinbarung entwickelt hätte, wahrscheinlich offener gewesen wäre.

**1179**Hierzu sei darauf hingewiesen, dass die Kommission hätte erläutern müssen, welche Auswirkungen die „wettbewerbliche Bedrohung“, die Krka ohne die Vergleichsvereinbarung für Servier dargestellt hätte, wahrscheinlich insbesondere auf Preise, Produktionsmengen, Vielfalt bzw. Qualität von Waren und Dienstleistungen oder Innovationen gehabt hätte (siehe oben, Rn. 1135 bis 1137), wozu sie z. B. hätte dartun können, dass Servier wegen des Fehlens einer Bedrohung ihre Ausgaben für Forschung und Entwicklung gesenkt hat.

**1180**Die von der Kommission durchgeführte Analyse der Marktmacht von Servier und der Struktur des relevanten Marktes, der durch das Fehlen oder die Knappheit von Quellen von Wettbewerb gekennzeichnet war, könnte zwar das Vorliegen wettbewerbsbeschränkender Wirkungen einer Vereinbarung bestätigen, die den Markteintritt eines potenziellen Wettbewerbers verhindert, sie genügt jedoch nicht, um

die wettbewerbsbeschränkenden Wirkungen einer Vereinbarung wahrscheinlich zu machen und zu konkretisieren, durch die eine „wettbewerbliche Bedrohung“ beseitigt wird.

**1181**Unabhängig von der Struktur des Marktes sind nämlich die wettbewerbswidrigen Wirkungen der Vermarktungsverbotsklausel weitgehend hypothetisch, wenn angesichts des tatsächlichen Geschehensablaufs, wie er sich zum Zeitpunkt des Erlasses des Beschlusses der Kommission darstellte, wahrscheinlich ist, dass sich der potenzielle Wettbewerber auch ohne diese Klausel ähnlich hätte verhalten können, wie er sich bei Geltung der Klausel verhalten hat, wenn also Krka den drei Märkten ferngeblieben wäre, für die die Kommission eine bewirkte Wettbewerbsbeschränkung festgestellt hat.

**1182**Was ferner die Hypothese angeht, ohne die Vergleichs- und die Lizenzvereinbarung zwischen Servier und Krka und insbesondere den Anreiz, den sie der Kommission zufolge enthielten, wäre eine andere Vereinbarung geschlossen worden, die Krka einen vorgezogenen Markteintritt erlaubt oder ihr eine Lizenz für das gesamte Unionsgebiet eingeräumt hätte (siehe oben, Rn. 1176, und Rn. 1142 des angefochtenen Beschlusses), so ist ihre Wahrscheinlichkeit in keiner Weise dargetan, zumal die Kommission das Bestehen eines Anreizes, wie sich aus der Prüfung des Klagegrundes des Fehlens einer bezweckten Wettbewerbsbeschränkung ergibt, nicht nachgewiesen hat.

**1183**Schließlich ist zu beachten, dass sich der konkrete Rahmen der Vergleichs- und der Lizenzvereinbarung zwischen Servier und Krka, der durch das Bestehen eines Patents gekennzeichnet ist, dessen Gültigkeit vom EPA bestätigt worden war (siehe oben, Rn. 1144), von dem der Rechtssache unterscheidet, in der das Urteil vom 14. April 2011, Visa Europe und Visa International Service/Kommission (T-461/07, ECLI:EU:T:2011:181, Rn. 187 und 191), ergangen ist, das die Kommission u. a. in Rn. 1219 des angefochtenen Beschlusses angeführt hat. In Ermangelung von Anhaltspunkten, die den vorstehend angeführten (u. a. oben in Rn. 1145 bis 1159) mit dem Bestehen eines Patents und der Anerkennung seiner Gültigkeit zusammenhängenden und im vorliegenden Rechtsstreit entscheidenden Anhaltspunkten vergleichbar sind, hat das Gericht allein aufgrund des Umstands, dass ein durch die streitige Maßnahme von einer Ausschlussklausel betroffenes Unternehmen ein potenzieller Wettbewerber war, entschieden, dass die Kommission zu Recht befunden hatte, dass dieses Unternehmen ohne die Ausschlussklausel in den Markt eingetreten wäre.

**1184**Zudem hat das Gericht im Urteil vom 14. April 2011, Visa Europe und Visa International Service/Kommission (T-461/07, ECLI:EU:T:2011:181), nicht eine Entscheidungspraxis der Kommission gebilligt, wonach diese bei einem Ausschluss eines potenziellen Wettbewerbers den tatsächlichen Geschehensablauf, wie er sich zum Zeitpunkt des Erlasses ihres Beschlusses darstellte, außer Betracht lassen könnte.

**1185**Im Übrigen könnte eine solche Praxis, würde sie gebilligt, in bestimmten Fällen zu einem inkohärenten Ergebnis führen, z. B., wenn der einzige existierende potenzielle Wettbewerber, der durch eine Vereinbarung ausgeschaltet wird, schon zu Beginn ihrer Durchführung verschwände, etwa durch eine gerichtliche Liquidation, ein Umstand, der offensichtlich die Ausschlusswirkungen der Vereinbarung neutralisieren würde, es sei denn, diese würden als hypothetische und nicht, wie von der Rechtsprechung gefordert, als tatsächliche Wirkungen verstanden (siehe oben, Rn. 1129 und 1132).

**1186**Daher kann im vorliegenden Fall nicht unter Bezugnahme auf das Urteil vom 14. April 2011, Visa Europe und Visa International Service/Kommission (T-461/07,

ECLI:EU:T:2011:181), auf das Vorliegen einer bewirkten Wettbewerbsbeschränkung geschlossen werden.

**1187**Nach alledem sind die wettbewerbsbeschränkenden Wirkungen der in der Vergleichsvereinbarung enthaltenen Vermarktungsverbotsklausel von der Kommission nicht nachgewiesen worden.

- Zu der in der Vergleichsvereinbarung enthaltenen Nichtangriffsklausel

**1188**Vorab ist darauf hinzuweisen, dass die Kommission in dem Abschnitt „Wahrscheinliches Verhalten ohne die Krka-Vereinbarungen“ des angefochtenen Beschlusses nicht auf das wahrscheinliche Verhalten von Krka in Bezug auf das Patent 340 eingeht, für das die Vergleichsvereinbarung ebenfalls eine Nichtangriffsklausel enthält.

**1189**Folglich hat die Kommission auf der Stufe der Analyse der bewirkten Wettbewerbsbeschränkung, auf der der Wettbewerb bei Bestehen der Vereinbarungen mit dem Wettbewerb ohne diese verglichen wird (siehe oben, Rn. 1076), ihre Untersuchung auf das Patent 947 beschränkt.

**1190**Die Nichtberücksichtigung des Patents 340 kann sich damit erklären, dass dieses Patent der Kommission zufolge für Servier nur geringe Bedeutung für ihren Schutz gegen den Markteintritt von Generikaherstellern hatte (Rn. 114 des angefochtenen Beschlusses).

**1191**Des Weiteren bezeichnet es die Kommission in dem Abschnitt „Wahrscheinliches Verhalten ohne die Krka-Vereinbarungen“ als „plausibel, dass Krka ohne die Nichtangriffsverpflichtung weiter die Gültigkeit des Patents 947 vor den Gerichten im Vereinigten Königreich und vor dem EPA in Frage stellen würde“ (Rn. 1827 des angefochtenen Beschlusses).

**1192**Die Kommission hat somit ihre Feststellung einer bewirkten Wettbewerbsbeschränkung darauf gestützt, dass Krka ohne die Nichtangriffsklausel die Verfahren vor den Gerichten im Vereinigten Königreich und vor dem EPA, an denen sie beteiligt war, weiterbetrieben hätte.

**1193**Wie bereits dargelegt, ist eine Nichtangriffsklausel als solche wettbewerbsbeschränkend, da sie dem öffentlichen Interesse zuwiderläuft, alle Hindernisse für die Wirtschaftstätigkeit auszuräumen, die sich aus einem zu Unrecht erteilten Patent ergeben könnten (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 25. Februar 1986, Windsurfing International/Kommission, 193/83, ECLI:EU:C:1986:75, Rn. 92).

**1194**Daher ist zu prüfen, ob sich die Anwendung der Nichtangriffsklausel und insbesondere der Rückzug von Krka aus den Verfahren, an denen sie beteiligt war, auf die Beseitigung des Patents 947 ausgewirkt hat.

**1195**Zum Zeitpunkt des Abschlusses der Vereinbarungen standen Servier und Krka einander in zwei Verfahren gegenüber, und durch die Vergleichsvereinbarung wurde Krka veranlasst, diese Verfahren nicht weiterzubetreiben.

**1196**Im Vereinigten Königreich hatte Servier am 2. August 2006 beim High Court of Justice (England & Wales), Chancery Division (patents court) (Hoher Gerichtshof [England und Wales], Chancery-Abteilung [Patentkammer]) gegen Krka eine Klage wegen Verletzung des Patents 947 erhoben. Zudem hatte sie auch den Erlass einer einstweiligen Verfügung beantragt. Am 1. September 2006 hatte Krka eine Widerklage auf Nichtigerklärung des Patents 947 erhoben. Am 3. Oktober 2006 hatte das angerufene

Gericht dem Antrag von Servier auf einstweilige Verfügung stattgegeben und den von Krka am 1. September 2006 gestellten Antrag auf Durchführung eines summarischen Verfahrens (motion of summary judgment) zur Ungültigerklärung des Patents 947 zurückgewiesen. Nachdem die Parteien einen Vergleich geschlossen hatten, wurde das anhängige Verfahren am 1. Dezember 2006 für erledigt erklärt und die einstweilige Verfügung wurde aufgehoben.

**1197**Beim EPA hatten 2004 zehn Generikahersteller, darunter Krka, Einspruch gegen das Patent 947 eingelegt, um dessen vollständigen Widerruf zu erwirken, wobei sie das Fehlen von Neuheit und erfinderischer Tätigkeit sowie unzureichende Offenbarung der Erfindung geltend machten. Am 27. Juli 2006 hatte die Einspruchsabteilung des EPA nach kleineren Änderungen der ursprünglichen Patentansprüche von Servier die Gültigkeit des Patents 947 bestätigt. Sieben Gesellschaften hatten Beschwerde gegen diese Entscheidung eingelegt. Krka hatte sich am 11. Januar 2007 gemäß der zwischen den Parteien geschlossenen Vergleichsvereinbarung vom Einspruchsverfahren zurückgezogen.

**1198**Servier hatte aber im Vereinigten Königreich beim High Court of Justice (England & Wales), Chancery Division (patents court) (Hoher Gerichtshof [England und Wales], Chancery-Abteilung [Patentkammer]) am 1. August 2006 auch gegen Apotex, die am 28. Juli 2006 eine generische Version von Perindopril auf den Markt gebracht hatte, eine Klage wegen Verletzung des Patents 947 erhoben. Apotex hatte eine Widerklage auf Nichtigerklärung dieses Patents erhoben. Am 8. August 2006 war eine einstweilige Verfügung ergangen, mit der Apotex untersagt wurde, Perindopril einzuführen, zum Verkauf anzubieten oder zu verkaufen.

**1199**Auf die Widerklage von Apotex hatte der High Court of Justice (England & Wales), Chancery Division (patents court) (Hoher Gerichtshof [England und Wales], Chancery-Abteilung [Patentkammer]) am 6. Juli 2007 entschieden, dass das Patent 947 wegen Fehlens von Neuheit und erfinderischer Tätigkeit gegenüber dem Patent 341 ungültig sei. Die einstweilige Verfügung war demgemäß mit sofortiger Wirkung aufgehoben worden, und Apotex konnte den Verkauf ihrer generischen Version von Perindopril auf dem Markt des Vereinigten Königreichs wieder aufnehmen.

**1200**Nach Ansicht der Kommission war die Zuwiderhandlung hinsichtlich der zwischen Servier und Krka geschlossenen Vereinbarungen mit diesem Tag im Vereinigten Königreich beendet.

**1201**Im Verfahren vor dem EPA hatte die Technische Beschwerdekammer des EPA mit Entscheidung vom 6. Mai 2009 die Entscheidung des EPA vom 27. Juli 2006 aufgehoben und das Patent 947 widerrufen.

**1202**Nach Ansicht der Kommission war die Zuwiderhandlung hinsichtlich der zwischen Servier und Krka geschlossenen Vereinbarungen, soweit sie in bestimmten Mitgliedstaaten noch fortbestand, mit diesem Tag beendet.

**1203**In Anbetracht des Verlaufs der Verfahren betreffend das Patent 947, die nach dem vorstehend beschriebenen Rückzug von Krka aus den Verfahren, an denen sie beteiligt war, fortgesetzt wurden, kann nicht angenommen werden, dass ohne die zwischen den Parteien geschlossene Vergleichsvereinbarung die Fortsetzung der Verfahren durch Krka es wahrscheinlich oder gar in plausibler Weise erlaubt hätte, dieses Patent schneller oder umfassender für ungültig erklären zu lassen.

**1204**Die Kommission hat aber im angefochtenen Beschluss nicht nachgewiesen oder auch nur behauptet, dass das Patent 947 schneller oder umfassender für ungültig erklärt worden wäre, wenn Krka sich nicht der in der Vergleichsvereinbarung enthaltenen Nichtangriffsklausel unterworfen hätte.

**1205**Die Umstände, dass „Krka ... zuvor der Ansicht [war], dass ihre Argumente in dem Patentrechtsstreit zu den überzeugendsten gehörten und eine besondere Bedrohung für das Patent 947 darstellten“, oder dass die Gerichte im Vereinigten Königreich trotz der Zurückweisung des Antrags von Krka auf Durchführung eines summarischen Verfahrens der Ansicht waren, dass diese eine „solide Grundlage“ für die Anfechtung des Patents 947 hatte (Rn. 1827 des angefochtenen Beschlusses), lassen nicht den Schluss zu, dass die Beteiligung von Krka an den betreffenden Verfahren dazu geführt hätte, dass dieses Patent schneller oder umfassender für ungültig erklärt worden wäre.

**1206**Auch die von der Kommission in Rn. 1712 des angefochtenen Beschlusses getroffene Feststellung, dass „die Ausschaltung eines starken Herausforderers sich auf den des Rechtsstreits/des Einspruchsverfahrens auswirken [kann]“, erlaubt nicht den Schluss, dass die Wirkungen der für Krka geltenden Nichtangriffsklausel wahrscheinlich oder gar plausibel waren.

**1207**Es oblag nämlich der Kommission, hinreichend genau und konkret untermauert darzutun, in welcher Weise die Argumente von Krka oder deren besondere Stellung in den genannten Rechtsstreitigkeiten für den Fall, dass sie die Verfahren, an denen sie beteiligt war, fortgesetzt hätte, eine entscheidende Auswirkung nicht auf den Ausgang der Rechtsstreitigkeiten hätten haben können, denn zwei dieser Rechtsstreitigkeiten - der Rechtsstreit vor dem EPA, der nach dem Rückzug von Krka fortgesetzt wurde, und der zwischen Servier und Apotex vor dem High Court of Justice (England & Wales), Chancery Division (patents court) (Hoher Gerichtshof [England und Wales], Chancery-Abteilung [Patentkammer]) - haben jedenfalls dazu geführt, dass das Patent 947 für ungültig erklärt wurde, sondern darauf, in welcher Frist und in welchem Umfang dies geschah.

**1208**Zudem ist es nicht Sache des Gerichts, bei der Beurteilung der Tatbestandsmerkmale einer Zuwiderhandlung, die nicht in seine Befugnis zu unbeschränkter Nachprüfung, sondern in die zur Rechtmäßigkeitskontrolle fällt, die von der Kommission gegebene Begründung durch seine eigene zu ersetzen (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 21. Januar 2016, Galp Energía España u. a./Kommission, C-603/13 P, ECLI:EU:C:2016:38, Rn. 73 und 75 bis 77).

**1209**Demnach ist es nicht Sache des Gerichts, erstmals anhand anderer Bestandteile der Akten als derjenigen, die die Kommission für den Nachweis der wettbewerbsbeschränkenden Wirkungen der Nichtangriffsklausel herangezogen hat, zu prüfen, ob die weitere Beteiligung von Krka an den laufenden Rechtsstreitigkeiten dazu geführt hätte, dass das Patent 947 schneller und umfassender für ungültig erklärt worden wäre.

**1210**Dem ist noch hinzuzufügen, dass unabhängig von der Struktur des betreffenden Marktes, und zwar auch dann, wenn diese wie im vorliegenden Fall der Kommission zufolge durch das Fehlen oder die Knappheit von Quellen von Wettbewerb gekennzeichnet ist, die wettbewerbswidrigen Wirkungen der Vermarktungsverbotsklausel weitgehend hypothetisch sind, wenn angesichts des tatsächlichen Geschehensablaufs, wie er sich zum Zeitpunkt des Erlasses des Beschlusses der Kommission darstellte, wahrscheinlich ist, dass das in Rede stehende Patent, im vorliegenden Fall das Patent 947, zu demselben

Zeitpunkt und in demselben Umfang für ungültig erklärt worden wäre (siehe oben, Rn. 1181).

**1211** Ferner hat die Kommission entgegen dem, was sich aus Rn. 1712 des angefochtenen Beschlusses zu ergeben scheint, nicht dargetan, dass das Verfahren zwischen Servier und Krka vor den Gerichten im Vereinigten Königreich zu der Feststellung hätte führen können, dass die Technologie von Krka nicht patentverletzend war. Den Krka und Apotex betreffenden Verfahren lagen nämlich Klagen von Servier wegen Patentverletzung und Widerklagen dieser beiden Generikahersteller auf Nichtigerklärung des Patents 947 zugrunde. Es handelte sich somit um ähnliche Verfahren. Das gesamte Apotex betreffende Verfahren wurde jedoch durch die Ungültigerklärung des Patents 947 beendet, d. h., ohne dass darüber entschieden wurde, ob deren Technologie patentverletzend war. In Anbetracht der Ähnlichkeit der Verfahren und in Ermangelung von der Kommission vorgetragener gegenteiliger Anhaltspunkte ist es plausibel, dass Gleiches für Krka gegolten hätte.

**1212** Erst recht ist nicht dargetan, dass das Verfahren vor dem EPA zu der Feststellung hätte führen können, dass die Technologie von Krka nicht patentverletzend war, da dieses Verfahren nur die Gültigkeit des Patents 947 betraf.

**1213** Aus dem Vorstehenden ergibt sich, dass die Kommission die wettbewerbsbeschränkenden Wirkungen der in der Vergleichsvereinbarung enthaltenen Nichtangriffsklausel nicht nachgewiesen hat.

- Zur Übertragung der Lizenz für die Technologie von Krka

**1214** Bezüglich der Übertragungsvereinbarung, mit der Krka ihre Technologie an Servier verkauft hat, hat sich die Kommission auf die Feststellung beschränkt, dass Krka ohne diese Vereinbarung „weiter über die Freiheit verfügt [hätte], ihre Rechte an der Perindopril-Technologie zu übertragen oder in Lizenz zu vergeben“ (Rn. 1829 des angefochtenen Beschlusses), was, da es sich um eine einfache Übertragung eines Gutes verbunden mit einer Übertragungsvereinbarung handelt und nicht um eine Ausschlussmaßnahme, wie es eine Vermarktungsverbotsklausel sein kann, nicht ausreicht, um das Vorliegen wahrscheinlicher Auswirkungen insbesondere auf Preise, Produktionsmenge, Produktqualität, Produktvielfalt oder Innovation nachzuweisen (siehe oben, Rn. 1135 bis 1137). Das Vorliegen wettbewerbswidriger Wirkungen ist umso weniger nachgewiesen, als es die Technologie von Krka nicht erlaubte, das Patent 947 zu umgehen, was angesichts der gewichtigen Indizien für die Gültigkeit dieses Patents die Hypothese wenig plausibel erscheinen lässt, die mit Servier im Wettbewerb stehenden Generikahersteller hätten ohne die Lizenzvereinbarung versucht, die Technologie von Krka zu erwerben.

**1215** Aus dem Vorstehenden ergibt sich, dass die wettbewerbsbeschränkenden Wirkungen der Übertragung der Lizenz für die Technologie von Krka von der Kommission nicht nachgewiesen worden sind.

**1216** Nach alledem hat die Kommission das Vorliegen einer wettbewerbsbeschränkenden Wirkung der Vergleichs- oder der Lizenzvereinbarung nicht nachgewiesen, die hinreichend realistisch und wahrscheinlich war, um ihr die Feststellung des Vorliegens einer bewirkten Wettbewerbsbeschränkung zu erlauben. Dem ist hinzuzufügen, dass eine solche wettbewerbsbeschränkende Wirkung auch dann nicht festgestellt werden kann, wenn die beiden Vereinbarungen zusammen betrachtet werden.

**1217**Mithin greift die Rüge eines Beurteilungsfehlers durch, der allein ausreicht, um den von den Klägerinnen geltend gemachten Klagegrund, die Kommission habe zu Unrecht das Vorliegen einer sich aus den Vereinbarungen zwischen Servier und Krka ergebenden bewirkten Wettbewerbsbeschränkung festgestellt, für begründet zu erklären.

**1218**Zu prüfen ist noch, ob die Kommission im angefochtenen Beschluss darüber hinaus Rechtsfehler begangen hat.

iv) Zum Rechtsfehler

**1219**Wie dargelegt (siehe oben, Rn. 1092 und 1102), war die Kommission der Ansicht, dass sie, wenn sie nachgewiesen habe, dass die Vergleichsvereinbarung einen potenziellen Wettbewerber von Servier ausgeschlossen habe, zur Darstellung des Wettbewerbs, wie er ohne Vereinbarung bestanden hätte (eine der Größen des oben in Rn. 1076 genannten Vergleichs), nicht gehalten gewesen sei, den tatsächlichen Geschehensablauf zu berücksichtigen, wie er sich zum Zeitpunkt des Erlasses ihres Beschlusses darstellte. Im Gegenteil meinte die Kommission unter Berufung auf ihre gewöhnliche Praxis bei der Berücksichtigung der potenziellen Wirkungen einer Vereinbarung, wonach es genügt, darzutun, dass diese Vereinbarung wettbewerbswidrige Wirkungen haben „kann“ (siehe oben, Rn. 1080 und 1085), dass sie ihre Beschreibung des Wettbewerbs ohne Vereinbarung auf Hypothesen oder Möglichkeiten stützen könne.

**1220**Wie die vorstehende Prüfung der Rüge eines Beurteilungsfehlers ergeben hat, waren einige der von der Kommission nicht berücksichtigten Geschehnisse nicht nur relevant, sondern auch entscheidend für den oben in Rn. 1076 genannten Vergleich.

**1221**So hat die Kommission, was die Vermarktungsverbotsklausel angeht, zwar die Entscheidung des EPA vom 27. Juli 2006 und die von den Gerichten im Vereinigten Königreich gegen Krka und Apotex erlassenen einstweiligen Verfügungen für den Nachweis berücksichtigt, dass Krka ein potenzieller Wettbewerber war, sie hat diesen Geschehnissen aber nicht gebührend Rechnung getragen für die Feststellung, ob Krka ohne Vereinbarung wahrscheinlich in den Markt eingetreten wäre, und sich insoweit mit dem Hinweis begnügt, dass die von Krka ausgehende „wettbewerbliche Bedrohung“ ohne Vereinbarung fortbestanden hätte.

**1222**Was die Nichtangriffsklausel betrifft, hat die Kommission nicht den Ausgang der Verfahren berücksichtigt, die von anderen Generikaherstellern gegen das Patent 947 angestrengt worden waren und fortgesetzt wurden, obwohl Krka ihr Vorgehen gegen dieses Patent eingestellt hatte.

**1223**Was schließlich die Struktur des Marktes angeht, eine Querschnittsfrage, die sowohl die Vermarktungsverbots- als auch die Nichtangriffsklausel betrifft, hat sich die Kommission damit begnügt, die Quellen von Wettbewerb zu bestimmen, die es zum Zeitpunkt des Abschlusses der letzten der im angefochtenen Beschluss untersuchten Vereinbarungen gegeben habe, und anzugeben, dass eine „sehr reale Möglichkeit“ bestanden habe, dass diese Quellen durch eine Vereinbarung oder ein anderes Mittel vom Wettbewerb ausgeschlossen würden, ohne zu berücksichtigen, dass sich diese Möglichkeit während der Dauer der Zuwiderhandlung nicht verwirklicht hatte (Rn. 1846 des angefochtenen Beschlusses).

**1224**Eine solche Sichtweise geht ausdrücklich aus Fn. 2445 des angefochtenen Beschlusses hervor, in der die Kommission sich für den Nachweis des Vorliegens wettbewerbsbeschränkender Wirkungen der Nichtangriffsklausel darauf stützt, dass es



nur noch wenige Generikahersteller gegeben habe, die die anhängigen Verfahren hätten fortsetzen oder neue Verfahren hätten einleiten können, und dass es „plausibel [war], dass Servier einen Vergleich mit diesen Unternehmen ins Auge fasste“, was jede Möglichkeit der Fortsetzung oder Einleitung eines Verfahrens gegen das Patent 947 beseitigt hätte. Indes ist Servier zwar an diese Unternehmen herangetreten, sie hat jedoch keinen Vergleich mit ihnen erzielt, insbesondere nicht mit einem dieser Unternehmen, das letztlich erreicht hat, dass das Patent 947 zu eben dem Zeitpunkt für ungültig erklärt wurde, da die Nichtangriffs Klausel von Krka angewandt wurde.

**1225** Diese Beschränkung der von der Kommission durchgeführten Prüfung ließ sich jedoch angesichts der Rechtsprechung der Unionsgerichte nicht rechtfertigen. Denn die oben in den Rn. 1107 bis 1120 untersuchte Rechtsprechung zur Berücksichtigung der potenziellen Wirkungen von Vereinbarungen konnte im vorliegenden Fall nicht herangezogen werden (siehe oben, Rn. 1124).

**1226** Gleiches galt aus den oben in den Rn. 1183 bis 1186 angeführten Gründen für die Übertragbarkeit des zu Vereinbarungen zur Ausschaltung des potenziellen Wettbewerbs ergangenen Urteils vom 14. April 2011, *Visa Europe und Visa International Service/Kommission* (T-461/07, ECLI:EU:T:2011:181) (siehe oben, Rn. 1183 bis 1186).

**1227** Mithin hat die Kommission eine unvollständige Prüfung der Situation vorgenommen, die sie zu beurteilen hatte, um festzustellen, ob die zwischen Servier und Krka geschlossenen Vereinbarungen eine bewirkte Wettbewerbsbeschränkung waren, wobei die Unvollständigkeit der von der Kommission durchgeführten Prüfung eine irri-ge Heranziehung der Rechtsprechung der Unionsgerichte und damit, wie die Klägerinnen zu Recht geltend machen, einen Rechtsfehler erkennen lässt.

**1228** Zudem brauchte die Kommission nach dem von ihr verfolgten Ansatz nur die Ausschaltung eines potenziellen Wettbewerbers festzustellen, um daraus im Kontext einer Marktstruktur, die durch das Fehlen oder die Knappheit von Quellen von Wettbewerb und eine Marktmacht des Herstellers des Originalpräparats gekennzeichnet war, auf eine bewirkte Wettbewerbsbeschränkung schließen zu können.

**1229** Würde ein solcher Ansatz gebilligt, könnte die Kommission in Sachen wie den vorliegenden, die mit einer Vereinbarung zur gütlichen Beilegung eines Rechtsstreits über Arzneimittelpatente verbundene wettbewerbsbeschränkende Klauseln betreffen, eine bewirkte Wettbewerbsbeschränkung feststellen und brauchte sich dafür im Wesentlichen nur zu vergewissern, dass zwei der drei der Voraussetzungen für die Feststellung einer bezweckten Wettbewerbsbeschränkung erfüllt sind, nämlich das Bestehen eines potenziellen Wettbewerbs und das Vorliegen wettbewerbsbeschränkender Klauseln.

**1230** Da es, wie sich aus der Prüfung der bezweckten Wettbewerbsbeschränkung betreffenden Klagegrundes ergibt, besonders schwierig ist, die dritte Voraussetzung, nämlich das Bestehen eines Anreizes, darzutun, würde dies die Aufgabe der Kommission spürbar erleichtern.

**1231** In Anbetracht der verschärften Beweisanforderungen für den Nachweis einer bewirkten Wettbewerbsbeschränkung (siehe oben, Rn. 1123 und 1128 bis 1139) kommt eine solche Lösung, die dem Geist der im Vertrag geschaffenen Unterscheidung zwischen bezweckten und bewirkten Wettbewerbsbeschränkungen zuwiderläuft, nicht in Betracht.

**1232** Nach alledem greift die Rüge eines Rechtsfehlers durch, der allein ausreicht, um den von den Klägerinnen geltend gemachten Klagegrund, die Kommission habe zu Unrecht

das Vorliegen einer sich aus den Vereinbarungen zwischen Servier und Krka ergebenden bewirkten Wettbewerbsbeschränkung festgestellt, in seiner Gesamtheit für begründet zu erklären.

**1233** Da der Klagegrund, mit dem das Fehlen einer bezweckten Wettbewerbsbeschränkung beanstandet wird, ebenfalls für begründet erklärt worden ist, ist festzustellen, dass die Kommission hinsichtlich der zwischen Servier und Krka geschlossenen Vereinbarungen zu Unrecht das Vorliegen einer Zuwiderhandlung gegen Art. 101 Abs. 1 AEUV festgestellt hat.

**1234** Folglich ist, ohne dass die übrigen von den Klägerinnen im Rahmen des vorliegenden Klagegrundes erhobenen Rügen und der Klagegrund betreffend die Eigenschaft von Krka als potenzieller Wettbewerber geprüft zu werden brauchen, Art. 4 des angefochtenen Beschlusses insoweit für nichtig zu erklären, als die Kommission mit diesem Artikel hinsichtlich der zwischen Servier und Krka geschlossenen Vereinbarungen die Beteiligung von Servier an einer Zuwiderhandlung gegen Art. 101 Abs. 1 AEUV festgestellt hat.

10. Zu dem Klagegrund betreffend die Definition des Begriffs der bewirkten Wettbewerbsbeschränkung

a) Vorbringen der Parteien (nicht wiedergegeben)

b) Würdigung durch das Gericht

**1247** Aus den Gründen, die bereits oben in den Rn. 566 bis 570, 743 und 909 zu anderen Klagegründen dargelegt worden sind, die sich gegen die Feststellung des Vorliegens einer bewirkten Wettbewerbsbeschränkung aufgrund der von Servier mit Niche und Unichem, Matrix, Teva und Lupin geschlossenen Vereinbarungen richten, ist dieser Klagegrund als ins Leere gehend zurückzuweisen.

11. Zu den Rechts- und Beurteilungsfehlern betreffend die Einstufung als gesonderte Zuwiderhandlungen

a) Zur Einstufung der fünf Vereinbarungen als gesonderte Zuwiderhandlungen

1) Vorbringen der Parteien (nicht wiedergegeben)

2) Würdigung durch das Gericht

**1254** Wie sich aus dem angefochtenen Beschluss ergibt und von den Klägerinnen nicht bestritten wird, haben diese gesonderte, an unterschiedlichen Tagen (mit Ausnahme der mit Niche und mit Matrix geschlossenen Vereinbarungen) unterzeichnete Vereinbarungen mit unterschiedlichen Parteien, in unterschiedlichen wirtschaftlichen und rechtlichen Kontexten und mit unterschiedlichen Geltungsbereichen geschlossen. Die Klägerinnen machen gleichwohl geltend, der Abschluss dieser Vereinbarungen stelle wegen der Identität des betroffenen Erzeugnisses, einer gewissen räumlichen und zeitlichen Identität der Vereinbarungen, der Identität der Methode und der Durchführungsmodalitäten der Vereinbarungen sowie der Identität der auf ihrer Seite am Abschluss der Vereinbarungen beteiligten natürlichen Person eine einheitliche Zuwiderhandlung dar.

**1255** Vorab ist darauf hinzuweisen, dass dieser Klagegrund, mit dem beanstandet wird, dass im vorliegenden Fall keine einheitliche Zuwiderhandlung angenommen wurde, hilfsweise geltend gemacht wird (siehe oben, Rn. 1248) für den Fall, dass die gegen die Einstufung der streitigen Vereinbarungen als bezweckte und bewirkte Wettbewerbsbeschränkungen gerichteten Klagegründe zurückgewiesen würden. Somit

wird in Anbetracht des Erfolgs der gegen die Einstufung der Vereinbarungen zwischen den Klägerinnen und Krka als Wettbewerbsbeschränkung gerichteten Klagegründe der vorliegende Klagegrund nur insoweit geprüft, als mit ihm die Einstufung der von den Klägerinnen mit Niche, Matrix, Teva und Lupin geschlossenen Vereinbarungen als gesonderte Zuwiderhandlungen beanstandet wird.

**1256**Die Kommission macht im Wesentlichen geltend, der Klagegrund sei als ins Leere gehend zurückzuweisen, weil die Klägerinnen jedenfalls nicht nachgewiesen hätten, dass die Geldbuße zwingend niedriger gewesen wäre, wenn sie die betreffenden Vereinbarungen als eine einheitliche Zuwiderhandlung angesehen hätte.

**1257**Zunächst ist zu beachten, dass die Frage, ob ein Klagegrund ins Leere geht oder nicht, auf seine Eignung verweist, die vom Kläger angestrebte Nichtigerklärung herbeizuführen, sofern das entsprechende Vorbringen zutrifft, nicht aber auf das Interesse, das der Kläger an der Erhebung einer derartigen Klage oder aber am Vortrag eines bestimmten Klagegrundes haben könnte, da diese Fragen zur Zulässigkeit der Klage und des Klagegrundes gehören (Urteil vom 21. September 2000, EFMA/Rat, C-46/98 P, ECLI:EU:C:2000:474, Rn. 38).

**1258**Da die Kommission unter der Voraussetzung, dass sie ein legitimes Interesse an einer solchen Feststellung hat, befugt ist, einen Beschluss zu erlassen, mit dem eine Zuwiderhandlung festgestellt wird, ohne zugleich eine Geldbuße zu verhängen (vgl. in diesem Sinne Urteile vom 6. Oktober 2005, Sumitomo Chemical und Sumika Fine Chemicals/Kommission, T-22/02 und T-23/02, ECLI:EU:T:2005:349, Rn. 31, und vom 16. November 2006, Peróxidos Orgánicos/Kommission, T-120/04, ECLI:EU:T:2006:350, Rn. 18), kann die Rechtmäßigkeit eines Beschlusses, mit dem die Beteiligung eines Unternehmens an einer Zuwiderhandlung festgestellt wird, nicht von der Rechtmäßigkeit der gegen dieses Unternehmen verhängten Geldbuße abhängen. Deshalb können Klagegründe, die sich auf die Verhängung der Sanktionen beziehen, ihrer Natur nach nur die Verhängung der Geldbuße und nicht die Feststellung der Zuwiderhandlung selbst betreffen (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 27. Juni 2012, Bolloré/Kommission, T-372/10, ECLI:EU:T:2012:325, Rn. 81). Dagegen können die gegen die Feststellung der Zuwiderhandlung selbst gerichteten Klagegründe grundsätzlich zur Nichtigerklärung nicht nur des Beschlusses, mit dem die Beteiligung eines Unternehmens festgestellt wird, sondern folglich auch der gegen dieses Unternehmen verhängten Geldbuße führen.

**1259**Daraus folgt im vorliegenden Fall, dass, falls das Gericht befinden sollte, dass die Kommission in den streitigen Vereinbarungen zu Unrecht jeweils gesonderte Zuwiderhandlungen statt eine einheitliche Zuwiderhandlung gesehen hat, der angefochtene Beschluss für nichtig erklärt werden müsste, soweit mit ihm gegenüber den Klägerinnen das Vorliegen gesonderter Zuwiderhandlungen festgestellt wird und folglich soweit mit ihm wegen dieser Zuwiderhandlungen Geldbußen verhängt werden, und zwar unabhängig davon, ob sich diese Nichtigerklärung für die Klägerinnen günstig auf den Gesamtbetrag der gesonderten Geldbußen auswirken würde, die gegen sie verhängt worden sind, und der gegebenenfalls neu berechnet werden müsste, wenn im Rahmen eines neuen Beschlusses eine einheitliche Geldbuße gegen sie verhängt würde. Die Befugnis zu unbeschränkter Nachprüfung, über die das Gericht auf der Grundlage von Art. 31 der Verordnung Nr. 1/2003 verfügt, betrifft nämlich allein die Beurteilung der von der Kommission verhängten Geldbuße durch das Gericht, unter Ausschluss jeder Änderung der Tatbestandsmerkmale der Zuwiderhandlung, die die Kommission in dem

Beschluss, über den das Gericht zu befinden hat, rechtmäßig festgestellt hat (Urteil vom 21. Januar 2016, Galp Energía España u. a./Kommission, C-603/13 P, ECLI:EU:C:2016:38, Rn. 77).

**1260**Nur ergänzend ist jedenfalls darauf hinzuweisen, dass sich eine Feststellung des Gerichts, dass die Kommission zu Unrecht gesonderte Zuwiderhandlungen statt einer einheitlichen Zuwiderhandlung angenommen hat, auf den Betrag der Geldbuße auswirken würde.

**1261**Die Einstufung bestimmter rechtswidriger Handlungen als eine einheitliche Zuwiderhandlung oder als mehrere gesonderte Zuwiderhandlungen bleibt nämlich grundsätzlich nicht ohne Auswirkungen auf die mögliche Sanktion, da die Feststellung mehrerer gesonderter Zuwiderhandlungen zur Verhängung mehrerer gesonderter Geldbußen führen kann, die jeweils nach Maßgabe von Art. 23 Abs. 2 der Verordnung Nr. 1/2003 festgesetzt werden, d. h. unter Beachtung der Obergrenze von 10% des Umsatzes im letzten Geschäftsjahr vor Erlass des Beschlusses. Die Kommission kann somit in einem einzigen Beschluss zwei gesonderte Zuwiderhandlungen feststellen und zwei Geldbußen verhängen, deren Gesamthöhe die in Art. 23 Abs. 2 der Verordnung Nr. 1/2003 festgelegte Obergrenze von 10% überschreitet, sofern die Höhe jeder einzelnen Geldbuße diese Obergrenze nicht überschreitet. Es macht nämlich für die Anwendung dieser Obergrenze keinen Unterschied, ob verschiedene Wettbewerbsverstöße in einem einheitlichen Verfahren oder in getrennten, zeitlich versetzten Verfahren geahndet werden, da die Obergrenze von 10% für jede einzelne von der Kommission geahndete Zuwiderhandlung gegen Art. 101 AEUV gesondert gilt (vgl. Urteil vom 6. Februar 2014, AC-Treuhand/Kommission, T-27/10, ECLI:EU:T:2014:59, Rn. 230 bis 232 und die dort angeführte Rechtsprechung). Im vorliegenden Fall ist jedoch, wie die Klägerinnen in der Klageschrift einräumen, festzustellen, dass der Gesamtbetrag der wegen der Zuwiderhandlungen gegen die Art. 101 und 102 AEUV gegen sie verhängten Geldbußen unter der in Art. 23 Abs. 2 der Verordnung Nr. 1/2003 festgelegten Obergrenze von 10% des Umsatzes liegt, den sie im Geschäftsjahr vor dem Jahr des Erlasses des angefochtenen Beschlusses erzielt haben. Folglich können die Klägerinnen der Kommission nicht vorwerfen, ihnen gesonderte Geldbußen auferlegt zu haben, um diese Obergrenze von 10% überschreiten zu können.

**1262**Wie sich jedoch aus den Rn. 3120, 3121 und 3128 des angefochtenen Beschlusses ergibt, hat die Kommission bei der Verhängung gesonderter Geldbußen gegen die Klägerinnen wegen jeder Zuwiderhandlung gegen Art. 101 AEUV auf diese Beträge einen reduzierend wirkenden Berichtigungsfaktor angewandt, um ein wegen der parallelen Verhängung mehrerer Geldbußen möglicherweise unverhältnismäßiges Ergebnis zu verhindern. Die Kommission hat nämlich wegen ihrer Entscheidung, gegen die Klägerinnen mehrere gesonderte Geldbußen zu verhängen, auf den Betrag des Umsatzes der Klägerinnen, der zur Bestimmung des Betrags jeder einzelnen Geldbuße berücksichtigt worden ist, eine durchschnittliche Kürzung um 54,5% angewandt, die der zeitlichen und räumlichen Überschneidung der entsprechenden Zuwiderhandlungen Rechnung tragen soll. Um darzutun, dass der Klagegrund ins Leere geht, wäre es folglich jedenfalls Sache der Kommission, nachzuweisen, dass die gegen die Klägerinnen verhängte Geldbuße bei Annahme einer einzigen Zuwiderhandlung ebenso hoch gewesen wäre, was wenig wahrscheinlich ist.

**1263**Daher ist die Begründetheit des Klagegrundes zu prüfen.

**1264**Nach ständiger Rechtsprechung kann sich ein Verstoß gegen Art. 101 Abs. 1 AEUV nicht nur aus einer isolierten Handlung, sondern auch aus einer Reihe von Handlungen oder einem fortgesetzten Verhalten ergeben, selbst wenn ein oder mehrere Teile dieser Reihe von Handlungen oder dieses fortgesetzten Verhaltens auch für sich genommen und isoliert betrachtet einen Verstoß gegen die genannte Vorschrift darstellen könnten. Somit ist, wenn sich die verschiedenen Handlungen wegen ihres identischen Zwecks der Verfälschung des Wettbewerbs im Binnenmarkt in einen „Gesamtplan“ einfügen, die Kommission berechtigt, den Beteiligten die Verantwortung für diese Handlungen anhand ihrer Beteiligung an der Zuwiderhandlung als Ganzes aufzuerlegen (Urteile vom 6. Dezember 2012, Kommission/Verhuizingen Coppens, C-441/11 P, ECLI:EU:C:2012:778, Rn. 41, sowie vom 24. Juni 2015, Fresh Del Monte Produce/Kommission und Kommission/Fresh Del Monte Produce, C-293/13 P und C-294/13 P, ECLI:EU:C:2015:416, Rn. 156).

**1265**Ein Unternehmen, das sich durch eigene Handlungen, die den Begriff der Vereinbarung oder aufeinander abgestimmten Verhaltensweise mit wettbewerbswidrigem Ziel im Sinne von Art. 101 Abs. 1 AEUV erfüllten und zur Verwirklichung der Zuwiderhandlung in ihrer Gesamtheit beitragen sollten, an einer solchen einheitlichen und komplexen Zuwiderhandlung beteiligt hat, kann somit für die gesamte Zeit seiner Beteiligung an der Zuwiderhandlung auch für das Verhalten anderer Unternehmen im Rahmen der Zuwiderhandlung verantwortlich sein. Dies ist dann der Fall, wenn das Unternehmen nachweislich durch sein eigenes Verhalten zur Erreichung der von allen Beteiligten verfolgten gemeinsamen Ziele beitragen wollte und von dem von anderen Unternehmen in Verfolgung dieser Ziele beabsichtigten oder an den Tag gelegten rechtswidrigen Verhalten wusste oder es vernünftigerweise vorhersehen konnte und bereit war, die daraus erwachsende Gefahr auf sich zu nehmen (Urteile vom 6. Dezember 2012, Kommission/Verhuizingen Coppens, C-441/11 P, ECLI:EU:C:2012:778, Rn. 42 und 60, sowie vom 24. Juni 2015, Fresh Del Monte Produce/Kommission und Kommission/Fresh Del Monte Produce, C-293/13 P und C-294/13 P, ECLI:EU:C:2015:416, Rn. 157).

**1266**Somit erlaubt es der Begriff der einheitlichen Zuwiderhandlung nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs, die Verantwortung für eine Gesamtheit von rechtswidrigen Handlungen unter bestimmten Voraussetzungen allen an einer der Handlungen, die diese Gesamtheit bilden, Beteiligten aufzuerlegen. Diese Möglichkeit kommt allerdings nur in Betracht, wenn sich u. a. ein allen Beteiligten gemeinsames Ziel feststellen lässt.

**1267**Die Notwendigkeit eines gemeinsamen Ziels oder Zwecks ergibt sich nicht nur aus den oben in den Rn. 1264 und 1265 angeführten Urteilen, sondern auch aus der früheren Rechtsprechung.

**1268**So hat der Gerichtshof im Urteil vom 8. Juli 1999, Kommission/Anic Partecipazioni (C-49/92 P, ECLI:EU:C:1999:356, Rn. 82 und 83), die Sicht des Gerichts bestätigt, wonach erstens die festgestellten Vereinbarungen und abgestimmten Verhaltensweisen wegen ihres übereinstimmenden Zwecks Teil von Systemen regelmäßiger Sitzungen zur Festsetzung von Preiszielen und Quoten waren, die wiederum Teil einer Reihe von Bemühungen der betroffenen Unternehmen waren, mit denen ein einziges wirtschaftliches Ziel, die Verfälschung der Entwicklung der Preise, verfolgt worden ist, und wonach es zweitens gekünstelt wäre, dieses durch ein einziges Ziel gekennzeichnete

kontinuierliche Verhalten zu zerlegen und darin mehrere selbständige Zuwiderhandlungen zu sehen, während es sich im Gegenteil um eine einheitliche Zuwiderhandlung handelt, die sich nach und nach sowohl in rechtswidrigen Vereinbarungen als auch in rechtswidrigen abgestimmten Verhaltensweisen konkretisiert hat.

**1269**Im Urteil vom 7. Januar 2004, Aalborg Portland u. a./Kommission (C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P und C-219/00 P, ECLI:EU:C:2004:6, Rn. 258 und 259), hat der Gerichtshof entschieden, dass die Kommission, wenn sich die verschiedenen Handlungen wegen ihres identischen Zwecks der Verfälschung des Wettbewerbs innerhalb des Gemeinsamen Marktes in einen „Gesamtplan“ einfügen, berechtigt ist, die Verantwortung für diese Handlungen anhand der Beteiligung an der Zuwiderhandlung als Ganzes zu bestimmen. Es wäre gekünstelt, eine durch eine Reihe von Bemühungen mit der gleichen wirtschaftlichen Zielsetzung -Respektierung der Inlandsmärkte - gekennzeichnete Vereinbarung in mehrere gesonderte Verhaltensweisen aufzuspalten.

**1270**Zudem ist das Bestehen eines gemeinsamen Ziels dem in der Rechtsprechung des Gerichtshofs herangezogenen Begriff „Gesamtplan“ inhärent, denn einen solchen Plan könnte es ohne ein von allen Beteiligten geteiltes, gemeinsames Ziel nicht geben.

**1271**Schließlich können zwischen Vereinbarungen oder aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen bestehende Komplementaritätszusammenhänge objektive Indizien für das Vorliegen eines Gesamtplans zur Erreichung eines einheitlichen wettbewerbswidrigen Ziels darstellen. Solche Zusammenhänge bestehen, wenn diese Vereinbarungen oder Verhaltensweisen eine oder mehrere Folgen des normalen Wettbewerbs beseitigen sollen und durch Interaktion zur Verwirklichung eines einzigen wettbewerbswidrigen Ziels beitragen (vgl. in diesem Sinne Urteile vom 28. April 2010, Amann & Söhne und Cousin Filterie/Kommission, T-446/05, ECLI:EU:T:2010:165, Rn. 92 und die dort angeführte Rechtsprechung, und vom 16. September 2013, Masco u. a./Kommission, T-378/10, ECLI:EU:T:2013:469, Rn. 22, 23 und 32 und die dort angeführte Rechtsprechung). Der vorliegende konkrete Sachverhalt ist auf der Grundlage der vorstehenden allgemeinen Erwägungen zu prüfen.

**1272**Dazu ist zunächst darauf hinzuweisen, dass die Klägerinnen gesonderte Vergleichsvereinbarungen mit - je nach Vereinbarung - einem oder mehreren Generikaherstellern geschlossen hatten und dass diese, wie die Prüfung der jede dieser Vereinbarungen betreffenden Klagegründe ergeben hat, je für sich einen Verstoß gegen Art. 101 AEUV darstellen.

**1273**In einem solchen Kontext hätte die Kommission nach der vorstehend angeführten Rechtsprechung die in Rede stehenden Vergleichsvereinbarungen nur dann als eine einheitliche und fortgesetzte Zuwiderhandlung gegen Art. 101 AEUV ansehen können, wenn sie in der Lage gewesen wäre, u. a. nachzuweisen, dass sich diese Vereinbarungen in einen Gesamtplan einfügten.

**1274**Mithin setzte die Feststellung einer einheitlichen Zuwiderhandlung voraus, dass Servier und alle betroffenen Generikahersteller die streitigen Vereinbarungen zumindest in Verfolgung eines gemeinsamen Ziels abgeschlossen hatten.

**1275**Die Klägerinnen machen aber nicht oder zumindest nicht ausdrücklich das Bestehen eines solchen, von ihnen auch nicht genau bezeichneten Ziels geltend.

**1276**Das Bestehen eines solchen Ziels geht auch nicht aus den Akten hervor.

**1277**Der Begriff des gemeinsamen oder einheitlichen Ziels kann nicht durch einen allgemeinen Verweis auf die Verzerrung des Wettbewerbs auf dem von der Zuwiderhandlung betroffenen Markt bestimmt werden, da die Beeinträchtigung des Wettbewerbs als Ziel oder Wirkung jedem von Art. 101 Abs. 1 AEUV erfassten Verhalten eigen ist. Eine solche Definition des Begriffs des einheitlichen Ziels könnte dem Begriff der einheitlichen und fortgesetzten Zuwiderhandlung teilweise seinen Sinn nehmen, da sie zur Folge hätte, dass mehrere einen Wirtschaftssektor betreffende Verhaltensweisen, die nach Art. 101 Abs. 1 AEUV verboten sind, systematisch als Bestandteile einer einheitlichen Zuwiderhandlung eingestuft werden müssten (vgl. Urteil vom 28. April 2010, Amann & Söhne und Cousin Filterie/Kommission, T-446/05, ECLI:EU:T:2010:165, Rn. 92 und die dort angeführte Rechtsprechung).

**1278**Aus den Akten geht jedoch nicht hervor, dass es ein einheitliches Ziel von Servier und den Generikaherstellern gab, das sich genauer als durch einen bloßen allgemeinen Hinweis auf die Wettbewerbsverzerrung auf dem von der Zuwiderhandlung betroffenen Markt definieren ließe.

**1279**Des Weiteren hatten die Generikahersteller keine sie im Verhältnis zueinander bindenden Vergleichsvereinbarungen geschlossen, sondern nur Vereinbarungen, die jede von ihnen an Servier banden. Zudem folgten diese Vereinbarungen, mit Ausnahme der Matrix-Vereinbarung, u. a. auf nationale Rechtsstreitigkeiten, in denen die einzelnen Generikahersteller jeweils allein Servier gegenüberstanden, ohne dass die anderen betroffenen Generikahersteller von diesen Rechtsstreitigkeiten betroffen waren. Schließlich hatten diese zu unterschiedlichen Zeitpunkten geschlossenen Vereinbarungen unterschiedliche Inhalte, wobei die Niche- und die Matrix-Vereinbarung nur eine umgekehrte Zahlung vorsahen, die Teva-Vereinbarung eine Alleinbezugs Klausel enthielt und die Lupin-Vereinbarung mit einer Vereinbarung über die Übertragung von Patentanmeldungen durch Lupin an Servier verbunden war.

**1280**Dem ist hinzuzufügen, dass das Inkrafttreten jeder Vereinbarung nicht von dem der anderen Vereinbarungen abhing und keine Vereinbarung eine Klausel enthielt, die eine Koordinierung des Verhaltens der einzelnen Generikahersteller vorsah oder schuf. Aus den Akten geht auch nicht hervor, dass diese Unternehmen auf die eine oder die andere Weise ihre Bemühungen zur Beschränkung des Wettbewerbs koordiniert hätten. In Ermangelung solcher Verbindungen zwischen den Vereinbarungen oder von Anhaltspunkten dafür, dass es zum Zeitpunkt des Abschlusses der Vereinbarungen eine Abstimmung zwischen den Generikaherstellern gab, ist die einzige Koordinierung, die den Akten zu entnehmen ist, diejenige, die Servier für den Abschluss der verschiedenen Vereinbarungen vorgenommen hat.

**1281**Angesichts der vorstehenden Erwägungen kann nicht geschlossen werden, dass die in Rede stehenden Generikahersteller an einem Gesamtplan beteiligt waren. Im Gegenteil ist festzustellen, dass sie, wie die Kommission in ihrer Klageschrift zu Recht hervorhebt, lediglich die Chance genutzt haben, die sich jedem von ihnen mit der von Servier angestrebten Vereinbarung bot. Jeder einzelne Generikahersteller hat sich somit an einer selbständigen Marktausschlussvereinbarung beteiligt, ohne zu einer Gesamtheit von Vereinbarungen mit einem gemeinsamen Ziel beizutragen.

**1282**Da es an einem Servier und jedem der Generikahersteller gemeinsamen Ziel und somit an einem Gesamtplan fehlt, hat die Kommission zu Recht nicht befunden, dass die

in Rede stehenden Vergleichsvereinbarungen eine einheitliche Zuwiderhandlung darstellten.

**1283**Dieses Ergebnis wird durch das übrige Vorbringen der Klägerinnen nicht in Frage gestellt.

**1284**Als Erstes waren zwar die Klägerinnen an allen in Rede stehenden Vergleichsvereinbarungen beteiligt, und die Kommission konnte feststellen, dass einige Generikahersteller darüber informiert worden waren, dass die Klägerinnen weitere Vergleichsvereinbarungen mit Generikaherstellern geschlossen hatten, doch genügt die bloße Kenntnis von anderen wettbewerbswidrigen Praktiken nicht für die Feststellung einer einheitlichen Zuwiderhandlung. Auch wenn eine solche Kenntnis eine Voraussetzung dafür ist, ein Unternehmen für das Verhalten anderer Unternehmen im Rahmen einer einheitlichen Zuwiderhandlung verantwortlich zu machen (siehe oben, Rn. 1265), beweist sie als solche nicht das Vorliegen eines gemeinsamen subjektiven Elements und insbesondere die Verfolgung eines allen an ihr Beteiligten gemeinsamen Zwecks oder Ziels, was für den Nachweis des Vorliegens einer einheitlichen Zuwiderhandlung unerlässlich ist (vgl. in diesem Sinne Urteile vom 12. Dezember 2007, BASF und UCB/Kommission, [T-101/05](#) und [T-111/05](#), [ECLI:EU:T:2007:380](#), Rn. 205, und vom 28. April 2010, Amann & Söhne und Cousin Filterie/Kommission, [T-446/05](#), [ECLI:EU:T:2010:165](#), Rn. 108).

**1285**Als Zweites werfen die Klägerinnen der Kommission vor, in Rn. 3120 des angefochtenen Beschlusses drei nicht relevante oder nicht zu berücksichtigende Entscheidungen bzw. Beschlüsse angeführt zu haben, denn einige davon seien nicht veröffentlicht worden. Jedenfalls ist aber zu beachten, dass die Kommission aus objektiven Gründen gesonderte Verfahren einleiten, mehrere gesonderte Zuwiderhandlungen feststellen und mehrere gesonderte Geldbußen verhängen kann (vgl. Urteil vom 28. April 2010, Amann & Söhne und Cousin Filterie/Kommission, [T-446/05](#), [ECLI:EU:T:2010:165](#), Rn. 93 und die dort angeführte Rechtsprechung). Folglich ist es für die Frage der Rechtmäßigkeit des angefochtenen Beschlusses ohne Belang, ob die Kommission relevante oder nicht relevante, veröffentlichte oder nicht veröffentlichte Präzedenzfälle angeführt hat, da sie in jeder Sache zu prüfen hat, ob objektive Gründe die Feststellung erlauben, dass eine einheitliche Zuwiderhandlung vorliegt. Nur ergänzend sei hinzugefügt, dass die Kommission im vorliegenden Fall die beanstandeten Präzedenzfälle nur als Beispiele für Fälle angeführt hat, in denen wegen gesonderter Zuwiderhandlungen getrennte Geldbußen verhängt worden sind, nachdem sie darauf hingewiesen hatte, dass nach Art. 23 Abs. 2 der Verordnung Nr. 1/2003 und im Einklang mit den Leitlinien für das Verfahren zur Festsetzung von Geldbußen für jede Zuwiderhandlung getrennte Geldbußen zu verhängen seien.

**1286**Als Drittes werfen die Klägerinnen der Kommission vor, ihre Analyse sei widersprüchlich begründet. Die Kommission könne die Einstufung der Vergleichsvereinbarungen als einheitliche Zuwiderhandlung gegen Art. 101 AEUV nicht ablehnen, da sie in dem Teil des angefochtenen Beschlusses, der den Missbrauch einer beherrschenden Stellung betreffe, dieselben Vereinbarungen als eine einzige Zuwiderhandlung gegen Art. 102 AEUV angesehen habe.

**1287**Dem ist nicht zu folgen.

**1288**Der Begriff der einheitlichen Zuwiderhandlung im Sinne von Art. 101 AEUV bezieht sich auf zwei- oder mehrseitige Verhaltensweisen mehrerer Unternehmen, während der



Begriff des Missbrauchs einer beherrschenden Stellung durch ein Unternehmen ein einseitiges Verhalten dieses Unternehmens erfasst, wie es die Kommission in dem der Anwendung von Art. 102 AEUV gewidmeten Teil des angefochtenen Beschlusses festgestellt hat. Da sich diese beiden Begriffe voneinander unterscheiden und auf unterschiedlichen Kriterien beruhen, kann sich die Feststellung des Vorliegens einer einheitlichen Zuwiderhandlung im Sinne von Art. 101 AEUV nicht daraus ergeben, dass das Verhalten eines der an dieser Zuwiderhandlung beteiligten Unternehmens ferner als Missbrauch einer beherrschenden Stellung eingestuft wird. Dies gilt umso mehr, wenn wie im vorliegenden Fall die Einstufung als Missbrauch einer beherrschenden Stellung zum Teil auf der Berücksichtigung eines Verhaltens beruht, das nicht im Rahmen von Art. 101 AEUV geprüft worden ist, nämlich des Erwerbs der Technologie von Azad durch die Klägerinnen.

**1289**Zudem hat die Kommission in dem die Anwendung von Art. 102 AEUV betreffenden Teil des angefochtenen Beschlusses nicht festgestellt, dass die Klägerinnen bei der Umsetzung ihrer Strategie des Ausschlusses ihrer Wettbewerber mittels des Abschlusses von Vergleichsvereinbarungen und des Erwerbs der Technologie von Azad ein mit den Generikaherstellern gemeinsames Ziel verfolgt hätten, was eine notwendige Voraussetzung für die Feststellung einer einheitlichen Zuwiderhandlung im Sinne von Art. 101 AEUV ist. Die Klägerinnen machen im Übrigen nicht geltend, dass die Kommission eine solche Feststellung getroffen habe. Folglich können sie sich dafür, dass die Kommission die Vergleichsvereinbarungen als eine einheitliche Zuwiderhandlung hätte ansehen müssen, nicht mit Erfolg auf diesen Teil des angefochtenen Beschlusses berufen.

**1290**Nach alledem ist der vorliegende Klagegrund zurückzuweisen.

b) Zur Einstufung der mit Niche und mit Matrix geschlossenen Vereinbarungen als gesonderte Zuwiderhandlungen

1) Vorbringen der Parteien (nicht wiedergegeben)

2) Würdigung durch das Gericht

**1293**Aus Abschnitt 5 und Rn. 3120 des angefochtenen Beschlusses geht hervor, dass die Kommission die beiden von den Klägerinnen (und Biogaran) mit Niche geschlossenen Vereinbarungen (Vergleichsvereinbarung sowie Lizenz- und Liefervereinbarung) und die mit Matrix geschlossene Vergleichsvereinbarung als zwei gesonderte Zuwiderhandlungen gegen Art. 101 AEUV angesehen hat. Nach Auffassung der Klägerinnen stellen diese Vereinbarungen eine einheitliche Zuwiderhandlung dar.

**1294**Die Kommission macht geltend, dieser Klagegrund sei als ins Leere gehend zurückzuweisen, weil die Klägerinnen jedenfalls nicht nachgewiesen hätten, dass die Geldbuße zwangsläufig niedriger gewesen wäre, wenn sie die mit Niche und mit Matrix geschlossenen Vereinbarungen als eine einheitliche Zuwiderhandlung eingestuft hätte. Aus den Rn. 1256 bis 1263 des vorliegenden Urteils ergibt sich jedoch, dass der angefochtene Beschluss für nichtig erklärt und die Geldbuße neu berechnet werden müsste, wenn dieser Klagegrund begründet wäre. Folglich geht der vorliegende Klagegrund - wie derjenige, mit dem allgemein die Einstufung der verschiedenen von den Klägerinnen geschlossenen Vereinbarungen als gesonderte Zuwiderhandlungen beanstandet wird - nicht ins Leere.

**1295**Zur Begründetheit dieses Klagegrundes ist darauf hinzuweisen, dass die Kommission zur Feststellung des Vorliegens einer einheitlichen Zuwiderhandlung nachzuweisen hat,

dass sich die fraglichen Vereinbarungen in einen Gesamtplan einfügen, der von den betroffenen Unternehmen bewusst ausgeführt wird, um ein einziges wettbewerbswidriges Ziel zu erreichen, und dass sie insoweit alle tatsächlichen Umstände zu prüfen hat, die den genannten Gesamtplan belegen oder in Frage stellen können (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 16. September 2013, Masco u. a./Kommission, [T-378/10](#), [ECLI:EU:T:2013:469](#), Rn. 22 und 23; siehe auch oben, Rn. 1264 bis 1269).

**1296**Im vorliegenden Fall lässt sich zwar aus dem Vorbringen der Klägerinnen ableiten, dass sie beim Abschluss der in Rede stehenden Vereinbarungen von „denselben Motiven“ geleitet waren, wie die Kommission zutreffend in Rn. 1472 des angefochtenen Beschlusses ausgeführt hat, und dass sie insoweit dasselbe Ziel verfolgten, nämlich den anhängigen Rechtsstreit endgültig beizulegen und jeden künftigen Rechtsstreit über das Erzeugnis von Niche/Matrix zu vermeiden sowie dieses Erzeugnis gegen Bezahlung als potenzielle Quelle von Wettbewerb auszuschalten. Dass die Klägerinnen beim Abschluss der Vereinbarungen mit Niche und mit Matrix dieses identische Ziel verfolgten, wird belegt durch die Tatsache, dass diese Vereinbarungen am selben Tag und am selben Ort von demselben Vertreter der Klägerinnen unterzeichnet wurden, die Tatsache, dass ihr zeitlicher und räumlicher Geltungsbereich identisch war, die Tatsache, dass die Vereinbarungen u. a. dasselbe Erzeugnis betrafen, wobei Niche und Matrix ähnliche Verpflichtungen auferlegt wurden, und schließlich die nicht bestrittene Tatsache, dass es im Interesse der Klägerinnen lag, Vereinbarungen mit den beiden am betreffenden gemeinsamen Perindopril-Projekt Beteiligten zu schließen (vgl. hierzu Rn. 2940 des angefochtenen Beschlusses).

**1297**Derartige Tatsachen beweisen jedoch nicht, dass Niche und Matrix mit dem Abschluss der in Rede stehenden Vereinbarungen zusammen ein und dasselbe Ziel und damit einen gemeinsamen Plan verfolgten, und schon gar nicht, dass sie einen solchen gemeinsamen Plan mit den Klägerinnen teilten.

**1298**Der Abschluss der Vereinbarungen am selben Tag und am selben Ort belegt zwar den Zusammenhang zwischen ihnen und das von Servier, Unterzeichnerin beider Vereinbarungen, verfolgte gemeinsame Ziel, er beweist jedoch allein keinen gemeinsamen Plan von Niche und Matrix, den anderen Unterzeichnern. Ebenso zeigt die Vertretung von Niche und von Matrix durch denselben Rechtsanwalt - die auch die Leistung der beiden Wertübertragungen auf ein und dasselbe Konto, das ihres gemeinsamen Vertreters, erklärt - das Fehlen eines Interessenkonflikts zwischen ihnen, beweist aber als solche keine Interessengemeinschaft, zumal der betreffende Vertreter der von Niche war und Matrix nur bei der Unterzeichnung der Matrix-Vereinbarung vertreten hat (Rn. 575 und 576 des angefochtenen Beschlusses). Zudem untersagten zwar die beiden Vereinbarungen tatsächlich die Vermarktung des Erzeugnisses von Niche/Matrix, doch ist zu beachten, dass sich die Niche-Vereinbarung allgemein auf alle potenziell patentverletzenden Erzeugnisse bezieht, die von Niche, allein oder mit anderen Partnern, entwickelt werden könnten, und die Matrix-Vereinbarung allgemein auf alle potenziell patentverletzenden Erzeugnisse, die von Matrix, allein oder mit anderen Partnern, entwickelt werden könnten (gemäß der in beiden Vereinbarungen enthaltenen Definition von „Verfahren“), was überdies die Ähnlichkeit zwischen den Klauseln der Vereinbarungen relativiert. Hinzu kommt, dass die Klauseln der Niche- und der Matrix-Vereinbarung nicht völlig identisch sind, u. a. wegen der unterschiedlichen Rechtsstreitigkeiten zwischen Servier und Niche auf der einen Seite und zwischen Servier

und Matrix auf der anderen. So enthält nur die Niche-Vereinbarung Klauseln, in denen das Ende der bei den Gerichten im Vereinigten Königreich und beim EPA anhängigen Rechtsstreitigkeiten vorgesehen ist (Art. 2 und 7 der Niche-Vereinbarung), während Matrix an keiner dieser Rechtsstreitigkeiten direkt beteiligt war (vgl. auch Art. 9 der Niche-Vereinbarung, für den es in der Matrix-Vereinbarung ebenfalls keine Entsprechung gibt).

**1299**Auch die vermeintliche Absprache zwischen Niche und Matrix über die Durchführung der mit den Klägerinnen geschlossenen Vereinbarungen beweist nicht das Bestehen eines beiden gemeinsamen Plans. Eine solche Absprache kann nämlich durch die bloße Erwähnung einer mündlichen Vereinbarung über die Teilung der Entschädigung der Kunden von Niche und einer Bitte von Niche um schriftliche Bestätigung dieser Vereinbarung durch Matrix nicht als hinreichend bewiesen erachtet werden. Gegen sie spricht sogar die konkrete Durchführung der Vereinbarungen, die sich u. a. in der einseitigen Aussetzung der Niche-Matrix-Vereinbarung durch Niche niedergeschlagen hat.

**1300**Auch aus dem Verlauf der Verhandlungen über die in Rede stehenden Vereinbarungen ergibt sich nicht, dass Niche und Matrix mit dem Abschluss dieser Vereinbarungen ein und dasselbe Ziel verfolgt hätten. Vielmehr zeigen mehrere nicht bestrittene Angaben in den Akten und im angefochtenen Beschluss (Rn. 574 und 577 des angefochtenen Beschlusses), dass der Abschluss der Matrix-Vereinbarung durch Matrix eher auf deren Willen zurückzuführen ist, eine von den Klägerinnen gebotene Chance zu ergreifen (siehe auch oben, Rn. 1281), als auf einen gemeinsamen Plan mit ihrem Partner Niche, ihr gemeinsames Perindopril-Projekt zu beenden. Insbesondere wurde Matrix zum einen erst zwei Tage vor dem Abschluss ihrer eigenen Vereinbarung mit den Klägerinnen vom Bestehen von Verhandlungen zwischen Niche und den Klägerinnen informiert, und vom Stand dieser Verhandlungen wurde sie erst am Vorabend kurz informiert. Zum anderen kann aus Rn. 577 des angefochtenen Beschlusses abgeleitet werden, dass die Beteiligung von Matrix an den Verhandlungen hauptsächlich den Betrag der Wertübertragung betraf.

**1301**Schließlich sei darauf hingewiesen, dass die Einstufung der Niche- und der Matrix-Vereinbarung als einheitliche Zuwiderhandlung dazu führen würde, in diese Zuwiderhandlung die zwischen Niche und Biogaran geschlossene Vereinbarung einzubeziehen, die die Kommission, von den Klägerinnen unwidersprochen, als Teil der ihnen wegen der Niche-Vereinbarung vorgeworfenen Zuwiderhandlung angesehen hat (vgl. Rn. 3006 des angefochtenen Beschlusses). Diese zwischen Biogaran und Niche ohne Wissen von Matrix ausgehandelte Vereinbarung, die nichts mit dem Erzeugnis von Niche/Matrix zu tun hat und einen anderen Gegenstand hat als die Matrix-Vereinbarung (Lizenz- und Liefervereinbarung betreffend andere Arzneimittel), kann jedoch nicht als Teil eines Niche und Matrix oder gar diesen beiden Unternehmen und den Klägerinnen gemeinsamen Plans angesehen werden.

**1302**Somit hat die Kommission keinen Rechts- oder Beurteilungsfehler begangen, indem sie die von den Klägerinnen (und Biogaran) jeweils mit Niche und mit Matrix geschlossenen Vereinbarungen als gesonderte Zuwiderhandlungen eingestuft hat. Folglich geht auch die Rüge der Klägerinnen fehl, die Kommission habe denselben Sachverhalt zweimal geahndet. Denn nachdem die Kommission zwei gesonderte Zuwiderhandlungen festgestellt hatte, war sie berechtigt, zwei gesonderte Geldbußen zu verhängen. Dagegen erfordern, wie unten in den Rn. 1692 bis 1699 darzulegen sein wird,

die besonderen Bedingungen des Abschlusses der Matrix-Vereinbarung und deren spezifische Reichweite eine gebührende Berücksichtigung dieser Merkmale bei der Beurteilung der Verhältnismäßigkeit der wegen dieser Vereinbarung verhängten Geldbuße gegenüber derjenigen, mit der die Niche-Vereinbarung geahndet worden ist.

**1303**Nach alledem sind der vorliegende Klagegrund und die Klagegründe, mit denen Rechts- und Beurteilungsfehler betreffend die Einstufung als gesonderte Zuwiderhandlungen geltend gemacht werden, insgesamt zurückzuweisen.

12. Zu den Rechts- und Beurteilungsfehlern betreffend die Definition des relevanten Marktes für die Endprodukte

a) Vorbringen der Parteien (nicht wiedergegeben)

b) Würdigung durch das Gericht

**1367**Die Klägerinnen bringen, unterstützt von der Streithelferin, im Wesentlichen drei Rügen vor.

**1368**Mit ihrer ersten Rüge werfen sie der Kommission vor, die Besonderheiten des Arzneimittelmarkts verkannt zu haben, indem sie ihre Analyse des relevanten Marktes hauptsächlich auf den Preis der Arzneimittel und nicht auf die therapeutische Substituierbarkeit gestützt habe. Diese Rüge besteht aus zwei Teilen: Erstens habe die Kommission nicht den gesamten wirtschaftlichen Kontext berücksichtigt, und zweitens habe sie dem Faktor Preis eine zu große Bedeutung beigemessen.

**1369**Mit ihrer zweiten Rüge treten die Klägerinnen der These der Kommission entgegen, dass die ACE-Hemmer aus therapeutischer Sicht nicht hinreichend substituierbar seien. Sie stellen die Unterscheidung zwischen Perindopril und den anderen ACE-Hemmern hinsichtlich Wirksamkeit und Nebenwirkungen, das Phänomen der „Unbeweglichkeit“ der Ärzte bei Neupatienten, die geringe Neigung der Patienten in Langzeitbehandlung zu Veränderungen und die von der Kommission vorgenommene Analyse der Werbeaktivitäten in Frage.

**1370**Mit ihrer dritten Rüge beanstanden die Klägerinnen hilfsweise die methodischen Mängel der ökonomischen Analyse des natürlichen Geschehens, mit der die Kommission dartun wolle, dass von den ACE-Hemmern kein signifikanter Wettbewerbsdruck auf Perindopril ausgehe.

**1371**Vor der Prüfung jeder dieser drei Rügen ist in einer Reihe von Vorbemerkungen zum einen auf den Umfang der Kontrolle des Unionsrichters im Wettbewerbsrecht und zum anderen auf die von der Rechtsprechung herausgearbeiteten Prüfungsgesichtspunkte bezüglich der Abgrenzung des relevanten Produktmarkts insbesondere im Arzneimittelsektor, auch im Licht der Antworten der Parteien auf die Fragen des Gerichts zur jeweiligen Bedeutung der therapeutischen Substituierbarkeit und der die Preise betreffenden Faktoren für diese Analyse, einzugehen.

1) Vorbemerkungen

i) Zum Umfang der Kontrolle durch den Unionsrichter

**1372**Das Unionsrecht sieht für Beschlüsse der Kommission in Verfahren nach Art. 102 AEUV ein System der gerichtlichen Kontrolle vor (vgl. Urteil vom 10. Juli 2014, Telefónica und Telefónica de España/Kommission, C-295/12 P, ECLI:EU:C:2014:2062, Rn. 42 und die dort angeführte Rechtsprechung). Dieses System der gerichtlichen Kontrolle besteht in einer Kontrolle der Rechtmäßigkeit der Handlungen der Organe auf der Grundlage von

Art. 263 AEUV, die gemäß Art. 261 AEUV um die Ausübung der Befugnis zu unbeschränkter Nachprüfung hinsichtlich der in diesem Bereich von der Kommission verhängten Zwangsmaßnahmen ergänzt werden kann (Urteil vom 21. Januar 2016, Galp Energía España u. a./Kommission, C-603/13 P, ECLI:EU:C:2016:38, Rn. 71).

**1373**Wie der Gerichtshof bereits dargelegt hat, erstreckt sich die in Art. 263 AEUV vorgesehene Rechtmäßigkeitskontrolle insoweit auf sämtliche Bestandteile der Beschlüsse der Kommission in Verfahren nach den Art. 101 und 102 AEUV, deren eingehende rechtliche und tatsächliche Kontrolle das Gericht sicherstellt, und zwar auf der Grundlage der von den Klägern geltend gemachten Klagegründe und unter Berücksichtigung aller von diesen vorgebrachten Umstände - aus der Zeit vor oder nach dem Erlass des Beschlusses -, unabhängig davon, ob sie vorab im Rahmen des Verwaltungsverfahrens geltend gemacht oder erstmals im Rahmen der Klage, mit der das Gericht befasst ist, vorgebracht wurden, soweit diese Umstände für die Kontrolle der Rechtmäßigkeit des Beschlusses der Kommission maßgeblich sind (Urteil vom 21. Januar 2016, Galp Energía España u. a./Kommission, C-603/13 P, ECLI:EU:C:2016:38, Rn. 72).

**1374**Nach ständiger Rechtsprechung nimmt der Unionsrichter zwar grundsätzlich eine umfassende Prüfung der Frage vor, ob die Tatbestandsmerkmale der Wettbewerbsvorschriften erfüllt sind, seine Überprüfung der Würdigung komplexer wirtschaftlicher Gegebenheiten durch die Kommission ist aber notwendigerweise darauf beschränkt, ob die Verfahrensvorschriften eingehalten worden sind, ob die Begründung ausreichend ist, ob der Sachverhalt zutreffend festgestellt worden ist und ob keine offensichtlich fehlerhafte Würdigung des Sachverhalts und kein Ermessensmissbrauch vorliegen (Urteile vom 11. Juli 1985, Remia u. a./Kommission, 42/84, ECLI:EU:C:1985:327, Rn. 34, vom 17. November 1987, British American Tobacco und Reynolds Industries/Kommission, 142/84 und 156/84, ECLI:EU:C:1987:490, Rn. 62, und vom 10. April 2008, Deutsche Telekom/Kommission, T-271/03, ECLI:EU:T:2008:101, Rn. 185).

**1375**Auch wenn nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Kommission in Bereichen, in denen komplexe wirtschaftliche Beurteilungen erforderlich sind, in Wirtschaftsfragen ein Wertungsspielraum zusteht, bedeutet dies nicht, dass der Unionsrichter eine Kontrolle der Auslegung von Wirtschaftsdaten durch die Kommission zu unterlassen hat. Der Unionsrichter muss nämlich nicht nur die sachliche Richtigkeit der angeführten Beweise, ihre Zuverlässigkeit und ihre Kohärenz prüfen, sondern auch kontrollieren, ob diese Beweise alle relevanten Daten darstellen, die bei der Beurteilung einer komplexen Situation heranzuziehen waren, und ob sie die aus ihnen gezogenen Schlüsse zu stützen vermögen (Urteile vom 15. Februar 2005, Kommission/Tetra Laval, C-12/03 P, ECLI:EU:C:2005:87, Rn. 39, vom 8. Dezember 2011, Chalkor/Kommission, C-386/10 P, ECLI:EU:C:2011:815, Rn. 54, und vom 10. Juli 2014, Telefónica und Telefónica de España/Kommission, C-295/12 P, ECLI:EU:C:2014:2062, Rn. 54). Wenn die Kommission zur Einstufung einer Praxis nach Art. 102 AEUV einer ökonomischen Analyse der Frage, ob die Rabatte einen ebenso effizienten Wettbewerber vom Markt hätten verdrängen können („as efficient competitor test“, im Folgenden: AEC-Test), tatsächliche Bedeutung beimisst, hat der Unionsrichter das gesamte Vorbringen des mit einer Sanktion belegten Unternehmens zu diesem Test zu prüfen (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 6. September 2017, Intel/Kommission, C-413/14 P, ECLI:EU:C:2017:632, Rn. 141 bis 144).

**1376**Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs muss die Kommission im Bereich des Wettbewerbsrechts bei einem Streit über das Vorliegen einer Zuwiderhandlung die von ihr festgestellten Zuwiderhandlungen beweisen und die Beweismittel beibringen, durch die das Vorliegen der eine Zuwiderhandlung darstellenden Tatsachen rechtlich hinreichend bewiesen wird (Urteile vom 22. November 2012, E.ON Energie/Kommission, C-89/11 P, ECLI:EU:C:2012:738, Rn. 71 und 72, und vom 16. Februar 2017, Hansen & Rosenthal und H& R Wax Company Vertrieb/Kommission, C-90/15 P, nicht veröffentlicht, ECLI:EU:C:2017:123, Rn. 17 und 18).

**1377**Es obliegt zwar der Behörde, die den Vorwurf der Verletzung der Wettbewerbsregeln erhebt, dafür den Beweis zu erbringen, doch ist es Sache des Unternehmens, das sich gegenüber der Feststellung einer Zuwiderhandlung gegen diese Regeln auf eine Rechtfertigung beruft, den Nachweis zu erbringen, dass die Voraussetzungen für diese Rechtfertigung erfüllt sind, so dass die genannte Behörde dann auf andere Beweismittel zurückgreifen muss. Auch wenn die Beweislast nach diesen Grundsätzen entweder der Kommission oder dem betreffenden Unternehmen obliegt, können die tatsächlichen Gesichtspunkte, auf die sich eine Partei beruft, die andere Partei zu einer Erläuterung oder Rechtfertigung zwingen, da sonst der Schluss zulässig ist, dass den Anforderungen an die Beweislast genügt wurde (vgl. Urteil vom 17. Juni 2010, Lafarge/Kommission, C-413/08 P, ECLI:EU:C:2010:346, Rn. 29 und 30 sowie die dort angeführte Rechtsprechung).

**1378**Stützt sich also die Kommission auf Beweise, die grundsätzlich genügen, um das Vorliegen einer Zuwiderhandlung darzutun, kann der bloße Hinweis des betroffenen Unternehmens auf die Möglichkeit des Eintritts eines Umstands, der den Beweiswert dieser Beweise erschüttern könnte, nicht dazu führen, dass die Kommission die Last des Gegenbeweises trägt, dass dieser Umstand den Beweiswert dieser Beweise nicht erschüttern konnte. Vielmehr muss das betreffende Unternehmen - es sei denn, dies wäre ihm wegen des Verhaltens der Kommission nicht möglich - rechtlich hinreichend nachweisen, dass zum einen der von ihm angeführte Umstand vorliegt und zum anderen dieser Umstand den Beweiswert der Beweise, auf die sich die Kommission stützt, in Frage stellt (Urteil vom 22. November 2012, E.ON Energie/Kommission, C-89/11 P, ECLI:EU:C:2012:738, Rn. 76).

**1379**Schließlich ist zu beachten, dass der Gerichtshof und das Gericht jedenfalls im Rahmen der Rechtmäßigkeitskontrolle nach Art. 263 AEUV die vom Urheber der in Rede stehenden Handlung gegebene Begründung nicht durch ihre eigene ersetzen können (Urteile vom 27. Januar 2000, DIR International Film u. a./Kommission, C-164/98 P, ECLI:EU:C:2000:48, Rn. 38, vom 24. Januar 2013, Frucona Košice/Kommission, C-73/11 P, ECLI:EU:C:2013:32, Rn. 89, und vom 21. Januar 2016, Galp Energía España u. a./Kommission, C-603/13 P, ECLI:EU:C:2016:38, Rn. 73). Da sich die Kontrolle der Rechtmäßigkeit des angefochtenen Beschlusses auf die in diesem Beschluss enthaltenen Gründe bezieht, kann der Richter den von der Verwaltung in diesem Beschluss herangezogenen Gründen weder aus eigenen Stücken noch auf Antrag der Verwaltung weitere Gründe hinzufügen.

ii) Zur Abgrenzung des relevanten Produktmarkts im Arzneimittelsektor

**1380**Als Erstes ist darauf hinzuweisen, dass die Definition des relevanten Marktes der Abgrenzung des Gebiets dient, innerhalb dessen die Frage zu beurteilen ist, ob das betreffende Unternehmen in der Lage ist, sich seinen Wettbewerbern, seinen Abnehmern

und den Verbrauchern gegenüber in nennenswertem Umfang unabhängig zu verhalten (Urteil vom 9. November 1983, *Niederlandsche Banden-Industrie Michelin/Kommission*, 322/81, [ECLI:EU:C:1983:313](#), Rn. 37).

**1381**Nach ständiger Rechtsprechung sind bei der Prüfung der Frage, ob ein Unternehmen möglicherweise eine beherrschende Stellung einnimmt, die Wettbewerbsmöglichkeiten im Rahmen eines Marktes zu beurteilen, in dem sämtliche Erzeugnisse zusammengefasst sind, die sich aufgrund ihrer Merkmale zur Befriedigung eines gleichbleibenden Bedarfs besonders eignen und die mit anderen Erzeugnissen nur in geringem Maße austauschbar sind (Urteile vom 9. November 1983, *Niederlandsche Banden-Industrie Michelin/Kommission*, 322/81, [ECLI:EU:C:1983:313](#), Rn. 37, und vom 21. Oktober 1997, *Deutsche Bahn/Kommission*, [T-229/94](#), [ECLI:EU:T:1997:155](#), Rn. 54). Die Kommission kann ihre Prüfung nicht auf die objektiven Merkmale der in Rede stehenden Erzeugnisse und Dienstleistungen beschränken. Vielmehr müssen auch die Wettbewerbsbedingungen sowie die Struktur der Nachfrage und des Angebots auf dem Markt in Betracht gezogen werden, um zu beurteilen, ob das betreffende Unternehmen in der Lage ist, die Aufrechterhaltung eines wirksamen Wettbewerbs zu verhindern und sich seinen Wettbewerbern, seinen Abnehmern und den Verbrauchern gegenüber in nennenswertem Umfang unabhängig zu verhalten (Urteile vom 9. November 1983, *Niederlandsche Banden-Industrie Michelin/Kommission*, 322/81, [ECLI:EU:C:1983:313](#), Rn. 37, und vom 17. Dezember 2003, *British Airways/Kommission*, [T-219/99](#), [ECLI:EU:T:2003:343](#), Rn. 91).

**1382**Wie im Übrigen aus Rn. 7 der Bekanntmachung über die Definition des relevanten Marktes hervorgeht, umfasst der sachlich relevante Produktmarkt sämtliche Erzeugnisse oder Dienstleistungen, die von den Verbrauchern hinsichtlich ihrer Eigenschaften, ihrer Preise und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks als substituierbar angesehen werden.

**1383**Nach Rn. 25 der Bekanntmachung über die Definition des relevanten Marktes ergibt sich diese Definition aus einer ganzen Reihe von Nachweisen, anhand deren sich beurteilen lässt, in welchem Maß Substitution stattfinden würde. Die Abgrenzung des Marktes ist unter Prüfung empirischer Nachweise und anhand aller verfügbaren Angaben vorzunehmen, die im Einzelfall von Bedeutung sein können.

**1384**Den Rn. 15 bis 19 der Bekanntmachung über die Definition des relevanten Marktes zufolge beurteilt die Kommission die Substituierbarkeit der Nachfrage anhand eines theoretischen Ansatzes, aufgrund dessen eine leichte, aber bleibende Erhöhung um 5% bis 10% des relativen Preises für das Produkt, von dem aus der relevante Markt definiert wird, angenommen und geprüft wird, ob diese hypothetische Erhöhung dem hypothetischen Monopolisten, der das fragliche Produkt verkauft, einen Gewinn einbringen kann. Ist nach dieser wirtschaftlichen Prüfung, wie sie in Rn. 17 der Bekanntmachung über die Definition des relevanten Marktes dargestellt wird, die Substitution so groß, dass durch den damit einhergehenden Absatzrückgang eine Preiserhöhung nicht mehr einträglich wäre, ist davon auszugehen, dass die Substitute einen erheblichen Wettbewerbsdruck auf das betreffende Produkt ausüben.

**1385**Als Zweites ist zu beachten, dass die Wettbewerbsbeziehungen im Arzneimittelsektor Mechanismen folgen, die sich von denen unterscheiden, die die normalerweise auf den weniger stark reglementierten Märkten anzutreffenden wettbewerblichen Interaktionen bestimmen (Urteil vom 1. Juli 2010, *AstraZeneca/Kommission*, [T-321/05](#), [ECLI:EU:T:2010:266](#), Rn. 183). Wie es nämlich im

Übrigen in der Mitteilung der Kommission „Zusammenfassung des Berichts über die Untersuchung des Arzneimittelsektors“ vom 8. Juli 2009 heißt, ist der Arzneimittelsektor „ungewöhnlich“, weil bei verschreibungspflichtigen Arzneien die Nachfrage vom verschreibenden Arzt und nicht vom Endverbraucher (dem Patienten) gesteuert wird. Die Ärzte lassen sich bei ihrer Wahl des zu verschreibenden Mittels hauptsächlich von der therapeutischen Wirkung der Arzneimittel leiten. Soweit die außerpreislichen Faktoren wie z. B. die therapeutische Verwendung die Entscheidung der Ärzte bestimmen, sind sie somit neben den preislichen Indikatoren ein relevanter Gesichtspunkt bei der Definition des Marktes (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 1. Juli 2010, AstraZeneca/Kommission, T-321/05, ECLI:EU:T:2010:266, Rn. 187).

**1386**Die preisrelevanten Faktoren verlieren durch die Besonderheiten, die die Wettbewerbsmechanismen im Arzneimittelsektor kennzeichnen, nicht ihre Relevanz für die Beurteilung des Wettbewerbsdrucks, sie sind jedoch in ihrem eigenen Kontext zu bewerten (Urteil vom 1. Juli 2010, AstraZeneca/Kommission, T-321/05, ECLI:EU:T:2010:266, Rn. 183).

**1387**In einem Verfahren wegen Missbrauchs einer beherrschenden Stellung im Arzneimittelsektor kann die Kommission zur Definition des relevanten Marktes ihre Beurteilung u. a. auf die größere therapeutische Wirksamkeit des betreffenden Arzneimittels, seine andere therapeutische Verwendung als die anderer Arzneimittel, die asymmetrische Substitution, die die Steigerung des Absatzes dieses Erzeugnisses und den entsprechenden Rückgang oder die Stagnation des Absatzes der anderen Erzeugnisse kennzeichnet, und die Preisindikatoren, wie sie sich aus dem bestehenden rechtlichen Rahmen ergeben, stützen (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 1. Juli 2010, AstraZeneca/Kommission, T-321/05, ECLI:EU:T:2010:266, Rn. 61, 153, 182, 183, 203 und 219 bis 222).

**1388**Was die therapeutische Verwendung angeht, sind zur Abgrenzung des relevanten Marktes die zwischen Erzeugnissen oder Arzneimittelkategorien bestehenden Unterschiede und Ähnlichkeiten zu beurteilen. Die Kommission kann die unterschiedliche therapeutische Verwendung zweier Arzneimittel, die zur Behandlung derselben Krankheit bestimmt sind, als einen Anhaltspunkt dafür ansehen, dass der relevante Markt nur eines dieser Erzeugnisse umfasst (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 1. Juli 2010, AstraZeneca/Kommission, T-321/05, ECLI:EU:T:2010:266, Rn. 153).

**1389**Das Gericht hat die Parteien aufgefordert, sich in der Sitzung zur jeweiligen Bedeutung der Faktoren therapeutische Substituierbarkeit und Preis für die Definition des relevanten Marktes im Arzneimittelsektor im vorliegenden Fall, u. a. unter Berücksichtigung des Urteils vom 1. Juli 2010, AstraZeneca/Kommission (T-321/05, ECLI:EU:T:2010:266), zu äußern.

**1390**Wie die Kommission in der Sitzung ausgeführt hat, ist der Umstand, dass der von den Preisen ausgehende Wettbewerbsdruck im Arzneimittelsektor stark abgemildert wird durch die Bedeutung, die die verschreibenden Ärzte den therapeutischen Aspekten der zur Behandlung derselben Krankheit bestimmten Arzneimitteln beimessen, und durch den Regelungsrahmen, der den Preis und die Einzelheiten der Erstattung der Arzneimittel durch das System der sozialen Sicherheit bestimmt, ein wichtiger Gesichtspunkt bei der Analyse des relevanten Marktes, der eine enge Marktabgrenzung rechtfertigen kann.

**1391**Es ändert nichts an dieser Feststellung, dass sich diese Abmilderung zum Teil aus dem Regelungsrahmen ergibt. Der Umstand, dass das Fehlen oder die Unerheblichkeit



des Wettbewerbsdrucks auf den Regelungsrahmen zurückgeht, der die Modalitäten und das Ausmaß der wettbewerblichen Interaktionen zwischen den Erzeugnissen bestimmt, wirkt sich nicht auf die Relevanz aus, die im Rahmen einer Definition des relevanten Marktes der Feststellung zukommt, dass es keinen oder keinen signifikanten Wettbewerbsdruck gibt. Steht nämlich fest, dass eine Gruppe von Erzeugnissen keinem erheblichen Wettbewerbsdruck durch andere Erzeugnisse ausgesetzt ist, so dass davon ausgegangen werden kann, dass diese Gruppe einen relevanten Produktmarkt bildet, so kommt der Art oder dem Wesen der Faktoren, die diese Produktgruppe vor jedem erheblichen Wettbewerbsdruck schützen, nur begrenzte Relevanz zu, weil die Feststellung, dass kein solcher Wettbewerbsdruck vorliegt, den Schluss zulässt, dass ein beherrschendes Unternehmen auf dem so definierten Markt die Verbraucherinteressen auf diesem Markt dadurch beeinträchtigen kann, dass es durch missbräuchliches Verhalten die Aufrechterhaltung eines wirksamen Wettbewerbs verhindert (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 1. Juli 2010, AstraZeneca/Kommission, T-321/05, [ECLI:EU:T:2010:266](#), Rn. 97, 174 und 175).

**1392** Der Regelungsrahmen des Arzneimittelsektors mildert zwar häufig den von den Preisen ausgehenden Wettbewerbsdruck zwischen substituierbaren Arzneimitteln, er enthält jedoch auch Mechanismen, die diesen Druck verstärken, indem die Erteilung von Genehmigungen für das Inverkehrbringen von Generika erleichtert wird, die Festsetzung von Preisen für diese Arzneimittel erlaubt wird, die weit unter den Preisen der Referenz-Originalpräparate liegen, und den verschreibenden Ärzten ein starker Anreiz gegeben wird oder sie sogar dazu gezwungen werden, das Originalpräparat durch dessen generische Version zu substituieren. Somit lässt sich der Wettbewerbsdruck auf den Preis und den Absatz eines Originalpräparats, der vom Markt seiner generischen Version ausgeht, leicht feststellen. In der vorliegenden Rechtssache z. B. steht fest, dass der Markteintritt des Generikums von Perindopril im Vereinigten Königreich zu einem Rückgang des Preises von Perindopril um 90% geführt hat. Diese Substitution ist jedoch, wenn sie von der anwendbaren Regelung vorgesehen ist, nur zwischen dem Referenz-Originalpräparat und seinen generischen Versionen möglich und zwischen unterschiedlichen Molekülen ausgeschlossen, einschließlich des Falles, dass die betreffenden Arzneimittel zu derselben therapeutischen Klasse gehören und dieselbe Wirkungsweise haben.

**1393** Auch wenn aber die Definition des relevanten Marktes im Arzneimittelsektor der relativen Schwäche des vom Preis ausgehenden Wettbewerbsdrucks, die u. a. mit dem Regelungsrahmen zusammenhängt, gebührend Rechnung tragen muss, muss sie doch auch einen anderen wesentlichen und für diesen Sektor spezifischen Faktor der Analyse der wettbewerblichen Interaktion berücksichtigen, der in der Wahl der Behandlung durch die verschreibenden Ärzte besteht, die hierüber nicht in erster Linie und nicht einmal aufgrund einer klassischen Beurteilung des von diesen Arzneimitteln gebotenen Verhältnisses zwischen Qualität und Preis der verfügbaren Arzneimittel, sondern auf der Grundlage ihrer Sicht der therapeutischen Vor- und Nachteile dieser Arzneimittel entscheiden (vgl. in diesem Sinne entsprechend zur Definition des relevanten Marktes im Hinblick auf die Anwendung von Art. 101 Abs. 1 AEUV Urteil vom 23. Januar 2018, F. Hoffmann-La Roche u. a., [C-179/16](#), [ECLI:EU:C:2018:25](#), Rn. 65).

**1394** Verschreibungspflichtige Arzneimittel sind nämlich keine Erzeugnisse, die frei auf einem Markt zwischen Verkäufern und Verbrauchern ausgetauscht werden und deren Preis am Schnittpunkt der Angebots- und der Nachfragekurve gebildet wird, sondern

Erzeugnisse, zu denen die Patienten durch die Vermittlung von Ärzten und Apothekern Zugang erhalten und die zu einem erheblichen Teil Gegenstand kollektiver Kostenübernahme sind. Die Bestimmungen über Arzneimittelpreise und deren Erstattung durch das System der sozialen Sicherheit spiegeln die besondere Natur dieser Erzeugnisse wider, wie auch die Bestimmungen, mit denen die Werbung für sie beschränkt oder ihr Verkauf in zugelassenen Apotheken unter der Verantwortung von Apothekern vorgeschrieben wird.

**1395**Die Freiheit der Ärzte, zwischen den auf dem Markt verfügbaren Originalpräparaten oder zwischen den Originalpräparaten und den generischen Versionen anderer Moleküle zu wählen, und das vorrangige Augenmerk der verschreibenden Ärzte auf die therapeutischen Aspekte können gegebenenfalls dazu führen, dass signifikanter Wettbewerbsdruck qualitativer und nicht preislicher Art außerhalb der gewöhnlichen Preisdruckmechanismen entsteht. Ein solcher Druck kann sowohl dann bestehen, wenn sich die therapeutischen Eigenschaften eines Arzneimittels als denen der anderen Arzneimittel, die für die Behandlung derselben Krankheit zur Verfügung stehen, klar überlegen erweisen, als auch dann, wenn die verfügbaren Arzneimittel von den verschreibenden Ärzten als gleichwertig anerkannt oder angesehen werden.

**1396**Erweist sich nämlich ein Arzneimittel als anderen in therapeutischer Hinsicht eindeutig überlegen oder stellt es die einzige von der Wissenschaftsgemeinde empfohlene Option dar, wird es möglicherweise von den verschreibenden Ärzten ungeachtet seines Preises gewählt, auch wenn dieser deutlich über dem der anderen verfügbaren Arzneimittel liegt. In diesem Fall wirkt sich der niedrige Preis der anderen Arzneimittel, von dem in einem klassischen Markt doch ein starker Wettbewerbsdruck ausgehen müsste, nicht entscheidend aus. Das Preisgefälle zwischen diesen Erzeugnissen hat umso geringere Bedeutung, als die Höhe der Erstattung die finanzielle Belastung für den Patienten erleichtert. Folglich hätte ein Arzneimittelhersteller, dessen Arzneimittel von den Ärzten nicht mehr anerkannt oder günstig beurteilt wird und der seinen Preis in der Hoffnung senken will, seine Marktanteile zu halten, kaum Aussicht auf Erfolg. Mit anderen Worten kann von einem Arzneimittel, dessen Überlegenheit anerkannt ist, ein signifikanter Wettbewerbsdruck auf andere für die Behandlung derselben Krankheit zur Verfügung stehende Arzneimittel ausgehen, selbst wenn es teuer ist. So haben in der Rechtssache, in der das Urteil vom 1. Juli 2010, AstraZeneca/Kommission (T-321/05, ECLI:EU:T:2010:266), ergangen ist, die Kommission und das Gericht festgestellt, dass die Protonenpumpen-Inhibitoren (PPI) dank ihrer therapeutischen Überlegenheit gegenüber den H<sub>2</sub>Blockern diese trotz ihres sehr viel höheren Preises allmählich vom Markt verdrängt hatten. Umgekehrt kann von Arzneimitteln, die in therapeutischer Hinsicht nicht oder nicht mehr mit dem „Top“-Arzneimittel rivalisieren können, kein Wettbewerbsdruck mehr auf dieses ausgehen. Solche Faktoren können es rechtfertigen, dass dieses Arzneimittel für sich allein einen - auf sein Molekül in der Originalwie in der generischen Version begrenzten - Markt darstellt.

**1397**Haben die verschreibenden Ärzte für die Behandlung derselben Krankheit die Wahl zwischen Arzneimitteln, von denen keines als den anderen überlegen anerkannt ist oder angesehen wird, u. a., weil ihre Wirkungsweise gleich ist oder weil sie sich anhand ihres therapeutischen Nutzens oder ihrer unerwünschten Nebenwirkungen nicht unterscheiden lassen, beruht die Analyse des Wettbewerbs zwischen diesen Arzneimitteln zu einem großen Teil auch auf einem Qualitätsvergleich. Die Wahl eines Arztes hängt im

Allgemeinen nicht zunächst von den jeweiligen Kosten dieser Behandlungen, sondern vom Grad ihrer therapeutischen Differenzierung, von ihrer Angemessenheit im Verhältnis zum Profil des Patienten, von der beim Arzt vorhandenen Kenntnis der verschiedenen Arzneimittel oder von dessen persönlicher Erfahrung und der seiner Patienten ab. Grundsätzlich besteht nämlich keine klare Korrelation zwischen der Höhe des Preises eines Arzneimittels und dessen therapeutischem Nutzen: Ein Arzneimittel ist nicht besser, weil es teurer ist als seine Konkurrenzprodukte, und nicht schlechter als diese, weil es billiger ist. Der höhere Preis eines neueren Arzneimittels ergibt sich zudem nicht notwendig aus therapeutischen Innovationen, die dieses Arzneimittel möglicherweise mit sich bringt, vor allem wenn es zu derselben therapeutischen Klasse wie andere Arzneimittel gehört und dieselbe Wirkungsweise hat wie diese, und kann sich u. a. durch die Amortisation höherer Forschungs- oder Herstellungskosten oder durch höhere Werbungsausgaben als für ein älteres Arzneimittel ergeben.

**1398**Wie die Kommission in der Sitzung ausgeführt hat, kann zwar bei Arzneimitteln, die als völlig gleichwertig anerkannt oder angesehen werden, die Variable Preis ihre Bedeutung haben. Ein signifikanter Rückgang des Preises eines Arzneimittels, u. a. durch die Markteinführung seiner generischen Version, kann es rechtfertigen, dass dieses Arzneimittel von der Ärzten bevorzugt und seine Verschreibung in der generischen Version von den Systemen der sozialen Sicherheit und den Regulierungsbehörden gefördert wird. Der Markteintritt der generischen Version eines anderen Arzneimittels, das als gleichwertig oder zur Substitution geeignet anerkannt ist oder angesehen wird, kann auch die Marktposition des betreffenden Originalpräparats schwächen. Der vom Preis ausgehende Wettbewerbsdruck kann dann zum Tragen kommen, und die Beibehaltung des Preises des betreffenden Arzneimittels kann ein Indiz für die Schwäche des Wettbewerbsdrucks sein, dem dieses Arzneimittel ausgesetzt ist.

**1399**Wie jedoch die Klägerinnen zu Recht in der Sitzung geltend gemacht haben, kann aus der bloßen Beibehaltung des Preises eines Arzneimittels auf dem Markt nicht abgeleitet werden, dass es keinem signifikanten Wettbewerbsdruck durch Arzneimittel ausgesetzt wäre, die in ihrer Originalversion wie in der generischen Version als gleichwertig oder zur Substitution geeignet anerkannt sind oder angesehen werden.

**1400**Da nämlich die Ärzte in der Lage sind, aus anderen als Kostengründen frei zwischen diesen Arzneimitteln zu entscheiden, können große Schwankungen in der Häufigkeit des Einsatzes dieser Erzeugnisse, im Grad der Verschreibungstreue, die ihnen die Ärzte entgegenbringen, und in der Wahrnehmung ihres Nutzens durch die Ärzte zu einem bestimmten Zeitpunkt ihrer Verschreibungsentscheidung auftreten. Die von den Ärzten getroffenen Entscheidungen können somit eine beträchtliche Entwicklung der jeweiligen Marktanteile der verschiedenen verfügbaren Arzneimittel bewirken und die Arzneimittelunternehmen von den Entscheidungen der verschreibenden Ärzte abhängig machen, wie es jeder Hersteller einer Ware gegenüber den Verbrauchern ist, wenn die Waren leicht substituierbar sind.

**1401**Aus diesem Grund entfalten die Hersteller dieser Arzneimittel, die im Übrigen in ihrer Verkaufsstrategie den Preis ihres Erzeugnisses kaum in den Vordergrund rücken, für dieses häufig erhebliche Werbeaktivitäten, um bei den verschreibenden Ärzte die Produktbindung zu erhöhen oder neue Interessenten zu gewinnen, sei es mittels der Durchführung von durch sie finanzierten wissenschaftlichen Studien mit dem Ziel, ihr Erzeugnis von denen ihrer Wettbewerber zu unterscheiden, sei es durch direkte

Werbemaßnahmen unterschiedlichster Art bei den verschreibenden Ärzten. Diese Werbeaktivitäten machen einen erheblichen Prozentsatz des Umsatzes mit diesen Erzeugnissen aus, der bei bis zu 30% liegen kann, wodurch sich der Arzneimittelsektor von anderen Sektoren unterscheidet, in denen die Werbeaktivitäten nicht so intensiv sind. Wie die Klägerinnen geltend gemacht haben, können solche Aktivitäten ein Indiz dafür sein, dass zwischen den betreffenden Unternehmen ein wirksamer Wettbewerb besteht.

**1402**Gibt es in einer solchen Situation auf dem Markt Arzneimittel, die als gleichwertig oder substituierbar anerkannt oder angesehen werden, müssen bei der Analyse des Marktes besonders sorgfältig die Faktoren berücksichtigt werden, anhand deren sich das Bestehen von qualitativem oder außerpreislichem Wettbewerbsdruck feststellen lässt, der u. a. in den Bemühungen um die Gewinnung von Ärzten, die das Erzeugnis zu Beginn einer Behandlung erstmals neu verschreiben, in der Umstellung von Patienten in Langzeitbehandlung auf andere, konkurrierende Arzneimittel und in der Intensität der Werbemaßnahmen für ein Arzneimittel bei Verfügbarkeit gleichwertiger oder preiswerterer Alternativen zum Ausdruck kommt.

**1403**Können keine Faktoren, die außerpreislichen Wettbewerbsdruck erkennen lassen, im Sinne der vorstehenden Rn. 1402 festgestellt werden, u. a. wegen einer ausgeprägten Unbeweglichkeit der Ärzte bei ihren Verschreibungsentscheidungen, auf die die Produktbindungswirkungen mit der Folge einer Marktabschottung zurückzuführen sind, kann das betreffende Arzneimittel so lange vor tatsächlichem Wettbewerbsdruck geschützt sein, wie seine generische Version nicht auf den Markt gelangt, zumal die Rolle der preislichen Wettbewerbsfaktoren durch den Regelungsrahmen abgeschwächt wird. Es kann dann gerechtfertigt sein, den relevanten Markt auf der Ebene des Moleküls eines solchen Arzneimittels - in seiner Originalwie in seiner generischen Version - zu definieren.

**1404**Aus dem Vorstehenden ergibt sich, dass in der vorliegenden Rechtssache in Beantwortung des Vorbringens der Klägerinnen und der Kommission zu prüfen ist, ob es im entscheidungserheblichen Zeitraum, wie die Klägerinnen geltend machen, Arzneimittel gab, die als Perindopril gleichwertig anerkannt waren oder angesehen wurden und durch die Perindopril daher leicht substituierbar war, oder ob sich Perindopril durch seine therapeutischen Vorzüge hinreichend von der Konkurrenz unterschied, und dass festzustellen ist, ob es Faktoren gab, die einen von anderen Arzneimitteln ausgehenden außerpreislichen Wettbewerbsdruck auf Perindopril erkennen lassen und die trotz der von der Kommission hervorgehobenen relativen Preiselastizität der Nachfrage nach Perindopril eine über dieses Erzeugnis hinausgehende, weitere Marktdefinition rechtfertigen können.

**1405**Im Licht der in den vorstehenden Rn. 1380 bis 1404 dargelegten Erwägungen sind die drei Hauptrügen zu prüfen, mit denen die Klägerinnen die von der Kommission im angefochtenen Beschluss vorgenommene Analyse des relevanten Produktmarkts beanstanden.

2) Zum ersten Teil der ersten Rüge: fehlende Berücksichtigung sämtlicher Elemente des wirtschaftlichen Kontexts

**1406**Im Rahmen der ersten Rüge machen die Klägerinnen im Wesentlichen geltend, die Kommission habe gegen den wesentlichen Grundsatz verstoßen, dass der Produktmarkt im Arzneimittelsektor unter Berücksichtigung des gesamten wirtschaftlichen Kontexts zu definieren sei. Die Kommission habe sich zu stark auf den Preis gestützt, ohne die

therapeutische Substituierbarkeit der in Rede stehenden Erzeugnisse hinreichend zu berücksichtigen.

**1407**Im Einzelnen werfen die Klägerinnen der Kommission mit dem ersten Teil dieser Rüge vor, im Rahmen der Marktdefinition nicht sämtliche Kontextelemente berücksichtigt zu haben. Mit dem zweiten Teil machen die Klägerinnen geltend, die Kommission habe dem Faktor Preis zu große Bedeutung beigemessen.

**1408**Der erste Teil der Rüge - die Kommission habe im Rahmen der Abgrenzung des relevanten Marktes nicht sämtliche Elemente des wirtschaftlichen Kontexts berücksichtigt - ist ohne Weiteres auf seine Begründetheit zu prüfen. Dagegen wird das Gericht zur Beurteilung der relativen Bedeutung, die die Kommission dem Faktor Preis beigemessen hat, vor der Prüfung des zweiten Teils der Rüge die Rechtmäßigkeit des angefochtenen Beschlusses im Hinblick auf sämtliche außerpreislichen Faktoren untersuchen, die eine Rolle für die Abgrenzung des relevanten Marktes spielen können.

**1409**Somit ist im vorliegenden Fall zu prüfen, ob die Kommission für die Abgrenzung des relevanten Produktmarkts den gesamten wirtschaftlichen Kontext, insbesondere die anderen Faktoren als den Preis, in Betracht gezogen hat.

**1410**Vorab ist darauf hinzuweisen, dass der Arzneimittelsektor, wie sich aus den oben in den Rn. 1380 bis 1404 dargelegten Erwägungen ergibt, ein „ungewöhnlicher“ Sektor ist, dessen Besonderheiten es erfordern, dass der Markt anhand einer Mehrzahl von Kriterien bestimmt wird, insbesondere der therapeutischen Verwendung der Erzeugnisse.

**1411**Was zunächst die Berücksichtigung der therapeutischen Verwendung der in Rede stehenden Erzeugnisse angeht, hat die Kommission in den Rn. 2432 bis 2459 des angefochtenen Beschlusses festgestellt, dass Perindopril zur Klasse der ACE-Hemmer der Ebene ATC 3 nach der WHO-Klassifikation gehöre. Sie war jedoch auf der Grundlage der ihr vorliegenden Beweise der Ansicht, dass die Arzneimittel der Klasse der ACE-Hemmer keine homogenen Erzeugnisse seien, da sich Perindopril wegen bestimmter, wissenschaftlich anerkannter Eigenschaften von anderen ACE-Hemmern unterscheide.

**1412**Die Kommission hat auch, wie sich u. a. aus den Rn. 2496 bis 2513 des angefochtenen Beschlusses betreffend die Umstellungsmuster ergibt, das Bestehen eines Mechanismus der „Unbeweglichkeit“ der Ärzte und einer wachsenden Gruppe verschreibender Ärzte, die Perindopril „treu“ seien, berücksichtigt, was den Wettbewerbsdruck in Bezug auf Neupatienten begrenze und zu einer geringen Neigung der mit Perindopril behandelten Patienten zu einem Wechsel des Arzneimittels führe.

**1413**Zudem hat die Kommission in ihrer Analyse des relevanten Marktes die Werbeaktivitäten von Servier erwähnt und u. a. die Stabilität der Ausgaben für Werbung auf das Fehlen eines starken Wettbewerbsdrucks zurückgeführt.

**1414**Schließlich hat die Kommission nach einer Analyse des natürlichen Preisgeschehens befunden, dass der von den Perindopril-Generika ausgehende Wettbewerbsdruck als entscheidend für die Analyse des relevanten Marktes anzusehen sei und dass der Umstand, dass der von den Generika ausgehende Wettbewerbsdruck jede andere potenzielle Quelle von Druck überwogen habe, naturgemäß zu einer Beschränkung des relevanten Marktes auf das Molekül von Perindopril führe (Rn. 2546 des angefochtenen Beschlusses). Zum Einfluss des Regelungsrahmens hat die Kommission überdies ausgeführt, dass Servier dank dieses Rahmens nur einem sehr beschränkten Preisdruck

ausgesetzt gewesen sei und daher frei von jedem Wettbewerbsdruck handeln können (Rn. 2527 des angefochtenen Beschlusses).

**1415**Folglich geht aus dem angefochtenen Beschluss hervor, dass die Kommission sich für die Definition des relevanten Marktes nicht auf den Faktor Preis beschränkt hat. Insbesondere hat sie die therapeutische Verwendung von Perindopril als einen für die Marktanalyse relevanten Faktor berücksichtigt. Daher weisen die Klägerinnen, wie sich aus den Ausführungen oben in den Rn. 1380 bis 1404 ergibt, zwar zu Recht darauf hin, dass für die Definition des relevanten Marktes die therapeutischen Merkmale der Arzneimittel zu berücksichtigen seien, sie können aber nicht mit Erfolg geltend machen, dass die Kommission im vorliegenden Fall nicht den gesamten wirtschaftlichen Kontext, insbesondere die therapeutische Verwendung der Arzneimittel, in Betracht gezogen habe.

**1416**Somit hat die Kommission den ihr von den Klägerinnen insoweit vorgeworfenen Rechtsfehler nicht begangen.

**1417**Der erste Teil der ersten Rüge ist daher zurückzuweisen.

3) Zur zweiten Rüge: Verkennung der therapeutischen Substituierbarkeit der ACE-Hemmer durch die Kommission

**1418**Mit der zweiten Rüge beanstanden die Klägerinnen im Wesentlichen, dass die Kommission die therapeutische Substituierbarkeit der ACE-Hemmer verkannt habe. Erstens habe sie zu Unrecht befunden, dass sich Perindopril durch besondere Eigenschaften von den anderen ACE-Hemmern unterscheide, zweitens habe in Bezug auf Neupatienten lebhafter Wettbewerb zwischen den ACE-Hemmern bestanden, drittens habe die Kommission die Neigung der mit Perindopril behandelten Patienten zu einem Wechsel des Arzneimittels unterschätzt, und viertens seien Werbemaßnahmen eine der wesentlichen Dimensionen des Wettbewerbs auf dem relevanten Markt.

i) Zur Unterscheidung zwischen Perindopril und den anderen ACE-Hemmern hinsichtlich Wirksamkeit und Nebenwirkungen

**1419**Im angefochtenen Beschluss, u. a. in den Rn. 2449, 2499 und 2519, hat die Kommission im Wesentlichen befunden, dass die ACE-Hemmer eine in therapeutischer Hinsicht heterogene Arzneimittelklasse seien, dass diese Heterogenität auf Unterschiede in der individuellen Wirksamkeit und Verträglichkeit zurückgeführt werden könne und dass sich die therapeutische Verwendung von Perindopril von der der anderen ACE-Hemmer unterscheide. Zwar bildeten die ACE-Hemmer eine Arzneimittelklasse im Sinne der dritten Ebene der von der WHO verwendeten ATC-Klassifikation, doch könnten sie nicht als eine einfache homogene Klasse angesehen werden. Perindopril unterscheide sich wegen bestimmter, wissenschaftlich anerkannter Eigenschaften von anderen ACE-Hemmern. Hierfür hat sich die Kommission u. a. auf ärztliche Empfehlungen, eine Reihe wissenschaftlicher Studien, interne Dokumente von Servier und eine Umfrage unter den Perindopril verschreibenden Ärzten gestützt.

**1420**Die Klägerinnen treten der Beurteilung der Kommission entgegen, dass Perindopril in therapeutischer Hinsicht u. a. wegen seiner besonderen Eigenschaften im Hinblick auf Wirksamkeit und Nebenwirkungen nicht durch die anderen ACE-Hemmer substituiert werden könne. Die ACE-Hemmer gehörten zu einer homogenen Klasse, innerhalb deren es keine signifikanten Unterschiede gebe, die es rechtfertigten, dass das Perindopril-Molekül einen gesonderten Markt bilde.

**1421**Für die Beurteilung der Frage, ob Perindopril von den verschreibenden Ärzten in therapeutischer Hinsicht als durch die anderen ACE-Hemmer substituierbar angesehen wurde, ist die Gesamtheit der insoweit relevanten Faktoren zu prüfen. Im vorliegenden Fall sind nacheinander die im angefochtenen Beschluss genannten grundlegenden Informationen zu diesem Arzneimittel, das System der ATC-Klassifikation, die ärztlichen Empfehlungen, die Politik bestimmter lokaler Stellen im Vereinigten Königreich, die internen Dokumente von Servier, die von der Kommission unter den verschreibenden Ärzten durchgeführte Umfrage und die Antworten anderer Generikahersteller auf die Fragen der Kommission zu berücksichtigen.

**1422**Als Erstes werden im angefochtenen Beschluss einleitend in den Rn. 2143 bis 2164 die grundlegenden Informationen zu Perindopril u. a. hinsichtlich Wirkungsweise, Hauptindikationen, Kontraindikationen und Nebenwirkungen dargelegt.

**1423**Aus dieser Beschreibung der grundlegenden Informationen zu Perindopril ergibt sich nichts für eine Unterscheidung zwischen Perindopril und den anderen ACE-Hemmern.

**1424**Zu den Nebenwirkungen wird zwar im angefochtenen Beschluss in Rn. 2149 darauf hingewiesen, dass Perindopril nach der medizinischen Literatur allgemein gut vertragen werde und hinsichtlich unerwünschter Wirkungen ein ähnliches Profil aufweise wie die anderen ACE-Hemmer und dass Servier in ihren internen Dokumenten sein hohes Verträglichkeits- und Compliancenniveau herausgestellt habe. Schon aus der von der Kommission in Rn. 2149 des angefochtenen Beschlusses angeführten medizinischen Literatur geht jedoch hervor, dass Perindopril hinsichtlich unerwünschter Wirkungen ein ähnliches Profil aufweist wie die anderen ACE-Hemmer. In der Klagebeantwortung räumt die Kommission nunmehr ausdrücklich ein, dass die anderen ACE-Hemmer ähnliche Nebenwirkungen haben, was im angefochtenen Beschluss nicht erwähnt wird.

**1425**Aus der Darstellung der grundlegenden Informationen zu Perindopril im angefochtenen Beschluss ergibt sich somit, dass Wirkungsweise, Hauptindikationen, Kontraindikationen und Nebenwirkungen der ACE-Hemmer ähnlich sind.

**1426**Als Zweites teilt das System der ATC-Klassifikation, das die Wettbewerbsbehörden für die Beurteilung der therapeutischen Substituierbarkeit zwischen Arzneimitteln und zur Definition des relevanten Marktes berücksichtigen, die Arzneimittel in fünf verschiedene Ebenen und stuft sie nach den Organen, auf die sie einwirken, und nach ihren chemischen, pharmakologischen und therapeutischen Eigenschaften ein. Die dritte Ebene der ATC-Klassifikation erfasst die Arzneimittel entsprechend ihren therapeutischen Indikationen, die vierte Ebene der ATC-Klassifikation berücksichtigt die Wirkungsweise, und die fünfte Ebene definiert die Klassen mit den engsten Voraussetzungen, zu denen die einzelnen Wirkstoffe als solche gehören.

**1427**Nach der Beschlusspraxis der Kommission im Arzneimittelsektor hinsichtlich der Marktdefinition beginnt die Analyse im Allgemeinen mit der dritten Ebene. Die übrigen Ebenen der ATC-Klassifikation werden jedoch ebenfalls berücksichtigt, wenn sich herausstellt, dass hinreichend starker Wettbewerbsdruck auf anderen Ebenen der ATC-Klassifikation ausgeübt wird und dass die dritte Ebene der ATC-Klassifikation infolgedessen eine zutreffende Definition des Marktes nicht zu ermöglichen scheint (Urteil vom 1. Juli 2010, AstraZeneca/Kommission, T-321/05, ECLI:EU:T:2010:266, Rn. 154).

**1428**Im vorliegenden Fall hat die Kommission ihre Untersuchung nicht auf der dritten Ebene der ATC-Klassifikation beendet, sondern sie hat den relevanten Markt auf der

fünften Ebene dieser Klassifikation definiert, d. h. auf der des Perindopril-Moleküls, des Wirkstoffs von Coversyl. Die Definition des relevanten Marktes auf der fünften Ebene der ATC-Klassifikation ist zwar als solche nicht zu beanstanden, doch ist festzustellen, dass alle ACE-Hemmer, deren Zahl sechzehn beträgt, auf der dritten Ebene der ATC-Klassifikation, die den therapeutischen Indikationen entspricht, und auf der vierten Ebene dieser Klassifikation, die der Wirkungsweise entspricht, in ein und derselben Gruppe der „ACE-Hemmer, rein“ zusammengefasst sind.

**1429**Somit erlaubt das System der ATC-Klassifikation keine wie auch immer geartete Unterscheidung zwischen Perindopril und den anderen ACE-Hemmern hinsichtlich der therapeutischen Verwendung. Es bestätigt, dass die ACE-Hemmer sich hinsichtlich Indikationen und Wirkungsweise nicht unterscheiden, was im Übrigen auch nicht bestritten ist.

**1430**Als Drittes berücksichtigt, wie die Kommission im Rn. 2172 des angefochtenen Beschlusses zu Recht ausgeführt hat, die Analyse des Verhältnisses zwischen den verschiedenen Antihypertensiva die einschlägigen ärztlichen Empfehlungen.

**1431**Die ärztlichen Empfehlungen sollen den Ärzten eine ausgewogene Information bieten, um ihnen bei der Entscheidungsfindung in ihrer täglichen Praxis zu helfen. Sie stützen sich auf alle verfügbaren Quellen wissenschaftlicher Beweise, einschließlich der großen klinischen Abhandlungen und ihrer Metaanalyse. Sie bieten Zusammenfassungen der während des Untersuchungszeitraums verfügbaren medizinischen Kenntnisse.

**1432**Im angefochtenen Beschluss hat die Kommission die Gemeinsamen Empfehlungen der WHO und der International Society of Hypertension von 1999, die Empfehlungen der European Society of Hypertension und der European Society of Cardiology von 2003 und von 2007, die Empfehlungen der British Society of Hypertension von 1999 und von 2004 sowie die Empfehlungen des National Institute for Health and Clinical Excellence (NICE) (Nationales Institut für Gesundheit und klinische Exzellenz, Vereinigtes Königreich) von 2004 und von 2006 analysiert.

**1433**In den Gemeinsamen Empfehlungen der WHO und der International Society of Hypertension von 1999 werden für die ACE-Hemmer dieselben Haupt- und Nebenindikationen sowie dieselben Haupt- und Nebenkontraindikationen genannt. Dem angefochtenen Beschluss ist nicht zu entnehmen, dass in diesen Empfehlungen zwischen den ACE-Hemmern unterschieden wird.

**1434**Die Empfehlungen der European Society of Hypertension und der European Society of Cardiology von 2003 und von 2007, die von den nationalen Gesellschaften für Kardiologie, u. a. in Frankreich, den Niederlanden und Polen, übernommen worden sind, untersuchen allgemein Eigenschaften, Wirkungen und Indikationen aller ACE-Hemmer und sprechen sich nicht speziell für eines der Moleküle dieser Arzneimittelklasse aus. Sie enthalten keine Unterteilung der Arzneimittel der Klasse der ACE-Hemmer, anders als z. B. bei der Klasse der Calciumantagonisten und der Diuretika. Nach diesen Empfehlungen sollte die Arzneimittelklasse gewechselt werden, wenn ein Arzneimittel nicht wirkt oder nicht vertragen wird.

**1435**In den Empfehlungen der European Society of Hypertension und der European Society of Cardiology heißt es zwar, dass sich selbst verschiedene Erzeugnisse derselben Arzneimittelklasse in Bezug auf Art und Häufigkeit von Nebenwirkungen unterscheiden. Diese Erwägung zielt jedoch nicht besonders auf die Klasse der ACE-Hemmer und geht



nicht mit einer Erläuterung hinsichtlich der betroffenen Arzneimittel und der Art der in Rede stehenden Nebenwirkungen einher. Demzufolge erlaubt die bloße Tatsache, dass in den Empfehlungen unterschiedliche Nebenwirkungen unterschiedlicher Erzeugnisse derselben Arzneimittelklasse erwähnt werden, nicht den Nachweis, dass zwischen Perindopril und den anderen ACE-Hemmern tatsächlich ein Unterschied in Bezug auf Nebenwirkungen besteht.

**1436**Ebenso führt die Kommission in Rn. 2181 des angefochtenen Beschlusses aus, nach den Empfehlungen der European Society of Hypertension und der European Society of Cardiology müsse bei der Wahl eines blutdrucksenkenden Arzneimittels auf den individuellen Patienten abgestellt werden, was für die Beurteilung des relevanten Marktes von erheblicher Bedeutung sei. Aus dem Umstand, dass sich diesen Empfehlungen zufolge die Individuen hinsichtlich ihrer Anfälligkeit für diese oder jene Nebenwirkung unterscheiden, lässt sich jedoch nicht ableiten, dass es zwischen den ACE-Hemmern einen Unterschied in Bezug auf Nebenwirkungen gibt. Daraus folgt, dass die europäischen Empfehlungen für die Behandlung von Bluthochdruck nichts enthalten, was eine Unterscheidung zwischen Perindopril und den anderen ACE-Hemmern in Bezug auf die therapeutische Verwendung erlaubt.

**1437**In den Empfehlungen der British Society of Hypertension von 1999 und von 2004 wird das Bestehen von Indikationen und Kontraindikationen sowie von Nebenwirkungen, u. a. Husten, erwähnt, die allen Arzneimitteln der Klasse der ACE-Hemmer gemein sind. Die Empfehlungen des NICE von 2004 und von 2006 enthalten Empfehlungen für die First-line- und die Second-line-Verschreibung von Arzneimitteln, unterscheiden in dieser Hinsicht aber nicht zwischen den einzelnen ACE-Hemmern.

**1438**Somit ergibt sich aus den im angefochtenen Beschluss analysierten ärztlichen Empfehlungen, die den Ärzten eine ausgewogene, auf alle verfügbaren Quellen wissenschaftlicher Beweise, einschließlich der großen klinischen Abhandlungen und ihrer Metaanalyse, gestützte Information bieten, kein Unterschied zwischen den Arzneimitteln der Klasse der ACE-Hemmer. Diese Empfehlungen bestätigen, wie die ATC-Klassifikation, die Homogenität der Klasse der ACE-Hemmer hinsichtlich ihrer therapeutischen Verwendung.

**1439**Als Viertes hat die Kommission im angefochtenen Beschluss die zu Beginn des Untersuchungszeitraums vorliegenden und die in den 2000er Jahren veröffentlichten medizinischen Studien zu Perindopril behandelt.

**1440**Was die zu Beginn der 2000er Jahre vorliegenden Studien zu Perindopril angeht, ist der angefochtene Beschluss auf zwei 2001 veröffentlichte Artikel gestützt.

**1441**Im ersten Artikel heißt es u. a., dass Perindopril ein gut verträglicher ACE-Hemmer sei, der für Patienten mit leichtem oder mittlerem Bluthochdruck hinsichtlich der klinischen Reaktion Captopril deutlich überlegen und ebenso wirksam wie die anderen ACE-Hemmer sei. Im zweiten Artikel wird dargelegt, dass die Fähigkeit von Perindopril zur Senkung des arteriellen Drucks der der anderen Antihypertensiva seiner Therapiekategorie vergleichbar oder überlegen sei und dass die durch eine drastische Senkung des arteriellen Drucks ausgelöste Hypotonie der ersten Dosis bei Perindopril seltener sei als bei den anderen ACE-Hemmern, was bei bestimmten Patientengruppen ein Vorteil sei.

**1442**Im angefochtenen Beschluss wird daraus abgeleitet, dass zum Zeitpunkt der Veröffentlichung dieser Artikel bereits umfangreiches wissenschaftliches Beweismaterial dafür vorgelegen habe, dass Perindopril als ein ACE-Hemmer ersten Ranges anzusehen sei. Es ist jedoch festzustellen, dass Perindopril in diesen beiden Artikeln hinsichtlich der Senkung des arteriellen Drucks zwar tatsächlich als wirksam oder den anderen Therapien überlegen angesehen wird, dass diese Überlegenheit von Perindopril aber in einem der beiden Artikel nur in Bezug auf einen einzigen der 16 ACE-Hemmer, Captopril, behauptet wird. Diese Artikel stützen nicht die Behauptung, dass sich Perindopril hinsichtlich der Senkung des arteriellen Drucks positiv von den anderen ACE-Hemmern unterscheidet, u. a. den Arzneimitteln wie Ramipril, Lisinopril oder Enalapril, die Servier als Konkurrenzerzeugnisse von Perindopril ansieht.

**1443**Zudem heißt es zwar im zweiten Artikel, Perindopril unterscheidet sich hinsichtlich der Hypotonie der ersten Dosis positiv von den anderen ACE-Hemmern, doch wird dort nichts dazu gesagt, welche Bedeutung dieser relativen Überlegenheit von Perindopril beizumessen ist, und nicht geprüft, welche therapeutischen Vorteile die anderen ACE-Hemmer möglicherweise gegenüber Perindopril aufweisen.

**1444**Was die in den 2000er Jahren, d. h. während des Untersuchungszeitraums, veröffentlichten medizinischen Studien angeht, führt die Kommission in Rn. 2208 des angefochtenen Beschlusses aus, sie habe die wichtigsten Studien analysiert, die die Verwendung von Perindopril einbezogen hätten und auf die sich die internen Strategiepapiere von Servier bezögen.

**1445**So zeigten die Studien Progress (2001 veröffentlicht), Europa (2003 veröffentlicht), ASCOT-BPLA (2005 veröffentlicht), Preami und CAFE (2006 veröffentlicht), Advance (2007 veröffentlicht) und HYVET (2008 veröffentlicht), dass es wissenschaftliche Beweise dafür gebe, dass Perindopril, in Verbindung mit anderen Arzneimitteln oder nicht, wirksam das Schlaganfallrisiko senke, Risiken schwerer kardiovaskulärer Vorfälle mit der Folge koronarer Herzkrankheiten vorbeuge und das linksventrikuläre Remodeling schrittweise reduziere.

**1446**In keiner der in der vorstehenden Rn. 1445 genannten medizinischen Studien wird jedoch die Wirksamkeit von Perindopril mit der der anderen ACE-Hemmer verglichen und behauptet, dass Perindopril wirksamer sei als diese. Unter diesen Umständen lassen die von der Kommission analysierten Studien nicht den Schluss zu, dass sich Perindopril hinsichtlich der Wirksamkeit von den anderen ACE-Hemmern unterscheidet.

**1447**Zudem sind im angefochtenen Beschluss nicht alle Studien, die den Einsatz von Perindopril in den 2000er Jahren einbeziehen, analysiert worden, darunter eine, die für dieses Arzneimittel nicht günstig erscheint. Die PEP-CHF-Studie (2006 veröffentlicht), die die Wirksamkeit von Perindopril bei der Behandlung der Herzinsuffizienz zeigen sollte, ist von der Kommission nicht analysiert worden. Dem Gutachten von Prof. V. zufolge, das im Auftrag von Servier erstellt und von dieser mit ihrer Antwort auf die Mitteilung der Beschwerdepunkte vorgelegt worden war, haben die Ergebnisse dieser Studie, die trotz deren Unterbrechung veröffentlicht wurden, keinerlei Wirksamkeit von Perindopril im Bereich der Herzinsuffizienz gezeigt. Aufgrund dieser medizinischen Studie sind die wissenschaftlichen Wirksamkeitsbeweise, die für Perindopril im Untersuchungszeitraum vorlagen, zu relativieren.

**1448**Ferner sind im angefochtenen Beschluss nicht die in den 2000er Jahren veröffentlichten medizinischen Studien, die die Verwendung der anderen ACE-Hemmer

einbeziehen, analysiert worden, obwohl diese Studien in den internen Strategiepapieren von Servier enthalten waren. Die Kommission hat nicht die medizinischen Studien zu Ramipril (ASCOT-BPLA, HOPE), Enalapril (SOLVD und ANBP2) und Trandolapril (TRACE) untersucht, die in Rn. 2234 des angefochtenen Beschlusses erwähnt werden. Die Cochrane-Studie, auf die Servier im Rahmen ihrer Antwort auf die Mitteilung der Beschwerdepunkte Bezug genommen hat und in der die relative Wirksamkeit von 14 ACE-Hemmern zur Blutdrucksenkung analysiert wird, ist im angefochtenen Beschluss nicht erwähnt.

**1449**Der Umstand, dass die Kommission die Studien, die die Verwendung der anderen ACE-Hemmer einbeziehen, nicht analysiert hat, ist ein zusätzlicher, ergänzender Grund dafür, dass die im angefochtenen Beschluss angeführten medizinischen Studien nicht als Beweis für eine besondere Wirksamkeit von Perindopril unter den ACE-Hemmern angesehen werden können.

**1450**Eine dieser Studien, die HOPE-Studie (2000 veröffentlicht), hat die Kommission nicht analysiert, obwohl sie vielfach in den internen Strategiepapieren von Servier angeführt wird und nach den Orientierungsplänen von Servier eine wichtige Studie war, aus der sich für Ramipril eine neue Indikation mit erheblichem wirtschaftlichem Erfolg ergab und die von Sanofi-Aventis im Rahmen einer Mitteilung verwendet wurde, in der herausgestellt wurde, dass Ramipril Leben retten könne. Entgegen dem Vorbringen der Kommission ist der Inhalt der HOPE-Studie im angefochtenen Beschluss nicht analysiert worden, in dessen Rn. 2493 es lediglich heißt, dass die Auslegung dieser Studie sehr weitgehend davon abhängt, wie die Studien den verschreibenden Ärzten im Rahmen der Werbeaktivitäten der Hersteller vermittelt würden, was keine Analyse des Inhalts dieser Studie darstellt.

**1451**Die Cochrane-Studie (im April 2009 veröffentlicht) ist eine Metaanalyse, in der die relative Wirksamkeit der ACE-Hemmer bei der Senkung des arteriellen Drucks auf der Grundlage von 92 früheren Studien, die 14 ACE-Hemmer einbeziehen, beurteilt wird. Es ist darauf hinzuweisen, dass die Fähigkeit zur Senkung des arteriellen Drucks offenkundig ein wesentlicher Faktor für die Beurteilung der relativen Wirksamkeit der ACE-Hemmer ist. Die Cochrane-Studie kommt aber, wie die Klägerinnen zu Recht ausführen, zu dem Schluss, dass hinsichtlich der blutdrucksenkenden Wirksamkeit kein ACE-Hemmer den anderen über- oder unterlegen ist. Die Cochrane-Studie ist zwar am Ende des Untersuchungszeitraums veröffentlicht worden, sie ist aber dennoch relevant für die Beurteilung der relativen Wirksamkeit der ACE-Hemmer, da sie sich auf eine große Zahl früherer Studien stützt, einschließlich derjenigen, die die Kommission im angefochtenen Beschluss nicht analysiert hat.

**1452**Die Kommission macht geltend, die Schlussfolgerung der Cochrane-Studie sei, dass Unterschiede zwischen den betreffenden Arzneimitteln hinsichtlich ihrer Fähigkeit zur Senkung des arteriellen Drucks nicht ausgeschlossen werden könnten und dass für die Feststellung, ob es solche Unterschiede gebe oder nicht, vergleichende Versuche mit den einzelnen ACE-Hemmern in gleichwertiger Dosierung zur Senkung des arteriellen Drucks erforderlich seien. Dieses Vorbringen ist zurückzuweisen, da die in der Studie gemachte Aussage zum Bestehen einer Unsicherheit hinsichtlich der Unterschiede in der Fähigkeit der ACE-Hemmer zur Senkung des arteriellen Drucks im Teil „Diskussion“ der Studie enthalten ist und keine ihrer Schlussfolgerungen bildet. Der betreffende Abschnitt des Teils „Diskussion“ der Studie endet mit der Feststellung, dass die nahezu maximale den

arteriellen Druck senkende Wirkung bei den verschiedenen ACE-Hemmern höchstwahrscheinlich gleich sei.

**1453**Die Kommission führt weiter aus, in der Cochrane-Studie habe die Frage der Nebenwirkungen auf der Grundlage der ihren Autoren zur Verfügung stehenden Daten nicht ordnungsgemäß untersucht werden können. Dieser Umstand wirkt sich jedoch jedenfalls nicht auf die Schlussfolgerung der Studie betreffend das Fehlen eines signifikanten Unterschieds zwischen den ACE-Hemmern hinsichtlich der Senkung des arteriellen Drucks aus. Zum Vorbringen der Kommission, die Studie zeige Unterschiede zwischen den ACE-Hemmern in Bezug auf das Dosis-Wirkungs-Verhältnis und die Zeit bis zum Wirkungseintritt auf, ist darauf hinzuweisen, dass die Studie nicht von signifikanten Unterschieden zwischen den ACE-Hemmern in therapeutischer Hinsicht spricht, sondern vielmehr zu der Schlussfolgerung kommt, dass die Verschreibung des billigsten ACE-Hemmers in geringster Dosierung erhebliche Einsparungen ermögliche.

**1454**Somit kann das Vorbringen der Kommission eines der wesentlichen Ergebnisse der Cochrane-Studie, die ausdrücklich in deren Schlussfolgerungen und die Zusammenfassung aufgenommen wurden und wonach hinsichtlich der blutdrucksenkenden Wirksamkeit kein ACE-Hemmer den anderen über- oder unterlegen sei, nicht in Frage stellen.

**1455**Das Fehlen eines Unterschieds zwischen Perindopril und den anderen ACE-Hemmern, u. a. hinsichtlich der Wirksamkeit, wird durch das im Auftrag von Servier erstellte Gutachten von Prof. V. bestätigt, dem die Kommission nicht entgegengetreten ist. In diesem Gutachten, in dem die Ergebnisse der medizinischen Studien, in denen der Einsatz von Perindopril untersucht wird, und die Ergebnisse der medizinischen Studien der 1980er, 1990er und 2000er Jahre, in denen der Einsatz anderer ACE-Hemmer untersucht wird, u. a. die Studien SAVE betreffend Captopril, AIRE und HOPE betreffend Ramipril sowie Consensus und SOLVD betreffend Enalapril, heißt es, dass mit Ausnahme von Captopril und in wesentlich geringerem Maße von Enalapril alle ACE-Hemmer für die Hauptindikationen dieser Klasse, d. h. Bluthochdruck und Herzinsuffizienz, in einer einzigen Tagesgabe verabreicht werden könnten. In dem Gutachten wird, wie in der Cochrane-Studie, betont, dass aus den medizinischen Studien kein Unterschied zwischen den ACE-Hemmern in der blutdrucksenkenden Wirksamkeit hervorgehe. Im Bereich der Herzinsuffizienz seien die positiven Wirkungen dieser therapeutischen Klasse nach allen verfügbaren Studien zu Captopril, Enalapril, Ramipril, Quinapril und Lisinopril sämtlichen ACE-Hemmern gemein. Zwar gebe es Beweise für die Wirksamkeit von Perindopril im Bereich der kardiovaskulären Prävention, doch fehlten solche Beweise für den Bereich der Herzinsuffizienz.

**1456**Das Gutachten von Prof. V. gelangt zu dem Schluss, dass die therapeutischen Wirkungen für jede der fünf zur Behandlung des Bluthochdrucks eingesetzten therapeutischen Klassen, insbesondere die ACE-Hemmer, auf klassenspezifische Wirkungen und nicht auf die individuellen Eigenschaften der verschriebenen Moleküle zurückzuführen seien. Dem Gutachten zufolge ist Ramipril der ACE-Hemmer der zweiten Generation, für den die meisten Daten zur Verfügung stünden, die auf wissenschaftlichen Beweisen aus randomisierten klinischen Versuchen beruhten, und der wegen seines ausgezeichneten pharmakologischen Profils und der hohen Qualität seiner beweiskräftigen Daten, insbesondere im Bereich der Herzinsuffizienz, zum unbestrittenen Marktführer bei den Antihypertensiva geworden sei. Perindopril sei ein ACE-Hemmer wie

die anderen, der weder der wirkungsvollste noch der mit dem besten pharmakologischen Profil sei. Für Perindopril lägen Daten vor, die auf beweiskräftigen Anhaltspunkten im Bereich der kardiovaskulären Prävention beruhten, auch wenn die gewonnenen Ergebnisse nicht unbedingt zeigten, dass die beobachtete Wirkung Perindopril zuzuschreiben sei. Dagegen lägen keine Daten vor, die auf beweiskräftige Anhaltspunkte in den Bereichen Herzinsuffizienz und diabetische Nephropathie gestützt seien.

**1457**Wie sich aus dem Vorstehenden ergibt, zeigen die veröffentlichten medizinischen Studien nicht, dass sich Perindopril in therapeutischer Hinsicht, u. a. in Bezug auf seine Wirksamkeit, von den anderen ACE-Hemmern unterscheidet. Die Analyse der medizinischen Studien zeigt zudem, dass zwar Wirksamkeitsbeweise für Perindopril vorliegen, dass dies aber auch für andere ACE-Hemmer wie Enalapril, Lisinopril oder Ramipril gilt, wobei für Letzteres mehr Wirksamkeitsbeweise im Bereich der Herzinsuffizienz vorliegen.

**1458**Als Fünftes machen die Klägerinnen geltend, die Politik lokaler Gesundheitsbehörden im Vereinigten Königreich bestätige, dass Perindopril aus therapeutischer Sicht durch andere ACE-Hemmer substituierbar sei. Sie stützen sich hierfür auf mehrere Anlagen betreffend die Politik der PCT (Primary Care Trusts).

**1459**Die Kommission führt hierzu aus, zum einen müsse die von den Klägerinnen vorgelegte Anlage C 29 betreffend die PCT von Schottland und von Nordirland als unzulässig zurückgewiesen werden und zum anderen verstoße die Verwendung der Anlagen A 286, A 287 und C 29 betreffend die Politik der lokalen Behörden im Vereinigten Königreich gegen Art. 21 der Satzung des Gerichtshofs der Europäischen Union und Art. 76 der Verfahrensordnung des Gerichts.

**1460**Gemäß Art. 85 Abs. 2 der Verfahrensordnung können die Hauptparteien für ihr Vorbringen noch in der Erwiderung oder in der Gegenerwiderung Beweise oder Beweisangebote vorlegen, sofern die Verspätung der Vorlage gerechtfertigt ist. Nach der Rechtsprechung sind jedoch der Gegenbeweis und die Erweiterung der Beweisangebote im Anschluss an einen Gegenbeweis der Gegenpartei in der Klagebeantwortung von dieser Präklusionsvorschrift nicht erfasst. Diese Vorschrift betrifft nämlich neue Beweismittel und ist im Zusammenhang mit Art. 92 Abs. 7 der Verfahrensordnung zu sehen, der ausdrücklich vorsieht, dass Gegenbeweis und Erweiterung des Beweisantritts vorbehalten bleiben (Urteile vom 17. Dezember 1998, Baustahlgewebe/Kommission, C-185/95 P, ECLI:EU:C:1998:608, Rn. 71 und 72, und vom 5. Dezember 2006, Westfalen Gassen Nederland/Kommission, T-303/02, ECLI:EU:T:2006:374, Rn. 189).

**1461**Im vorliegenden Fall können die den Klägerinnen als Anlage C 29 vorgelegten Beweisstücke betreffend die PCT von Schottland und von Nordirland nicht mit der Begründung für unzulässig erklärt werden, dass sie unter Missachtung von Art. 85 Abs. 2 der Verfahrensordnung in der Erwiderung vorgelegt worden seien. Wie die Klägerinnen nämlich in Rn. 417 der Erwiderung ausführen, wird mit den in Anlage C 29 vorgelegten Beweisstücken auf die von der Kommission in der Klagebeantwortung geäußerte Kritik eingegangen, dass es sich bei der Politik der PCT um individuelle Vorgehensweisen mit lediglich theoretischer Wirkung handle. Die Präklusionsvorschrift des Art. 85 Abs. 2 der Verfahrensordnung ist daher auf diese Beweisstücke nicht anzuwenden, so dass sie zulässig sind.

**1462**Zur Verwendung der Anlagen A 286 und A 287 zu der am 21. September 2014 eingereichten Klageschrift, die die Empfehlungen und die Politik der lokalen Behörden im

Vereinigten Königreich betreffen, ist sodann festzustellen, dass sie im Einklang mit Art. 21 der Satzung des Gerichtshofs der Europäischen Union und Art. 44 § 1 der damals geltenden Verfahrensordnung des Gerichts vom 2. Mai 1991 steht. Auch die Verwendung der Anlage C 29 zu der am 29. Juli 2015 eingereichten Erwiderung, die die von den PCT von Schottland und von Nordirland stammenden Dokumente betrifft, steht im Einklang mit Art. 21 der Satzung des Gerichtshofs der Europäischen Union und Art. 76 der Verfahrensordnung des Gerichts. Für die Zulässigkeit einer Klage ist es nach ständiger Rechtsprechung erforderlich, dass sich die wesentlichen tatsächlichen und rechtlichen Umstände, auf denen sie beruht, zumindest in gedrängter Form, aber zusammenhängend und verständlich, aus dem Wortlaut der Klageschrift selbst ergeben. Diese Auslegung von Art. 21 der Satzung des Gerichtshofs der Europäischen Union und Art. 44 § 1 der Verfahrensordnung des Gerichts vom 2. Mai 1991 gilt auch für die Voraussetzungen der Zulässigkeit der Erwiderung, die die Klageschrift ergänzen soll (Urteil vom 17. September 2007, Microsoft/Kommission, T-201/04, [ECLI:EU:T:2007:289](#), Rn. 94 und 95 sowie die dort angeführte Rechtsprechung). Im vorliegenden Fall sind die Anlagen A 286, A 287 und C 29 zwar umfangreich und enthalten eine Fülle von Dokumenten, doch benennen die Klägerinnen in der Klageschrift und sodann in der Erwiderung selbst die geltend gemachten Klagegründe und Argumente. Mit der Vorlage dieser Anlagen, die von den PCT im Vereinigten Königreich, einschließlich Schottlands und Nordirlands, stammende Dokumente enthalten, untermauern die Klägerinnen ihr Vorbringen, mit dem sie dartun wollen, dass die PCT sich für die therapeutische Gleichwertigkeit von Perindopril und den anderen ACE-Hemmern ausgesprochen und den Allgemeinärzten nahegelegt hätten, Perindopril durch andere ACE-Hemmer zu ersetzen, und dass sich diese Politik, bei der es sich nicht um individuelle Vorgehensweisen handle, tatsächlich auf die Nachfrage auf lokaler Ebene ausgewirkt habe.

**1463**Die Kommission kann daher nicht mit Erfolg geltend machen, dass die von den Klägerinnen vorgelegten Anlagen A 286, A 287 und C 29 im Verfahren nicht zu berücksichtigen seien.

**1464**Im Übrigen geht aus den Akten, u. a. aus Rn. 2280 des angefochtenen Beschlusses, hervor, dass einige PCT seit 2005 ausdrücklich die Ansicht vertraten, dass Perindopril nicht wirksamer sei als ein anderer ACE-Hemmer, und aus Kostengründen den Einsatz anderer ACE-Hemmer als Perindopril oder dessen Substitution durch einen anderen ACE-Hemmer, insbesondere Lisinopril oder Ramipril, empfahlen. Zu Unrecht macht die Kommission geltend, die von den Klägerinnen vorgelegten Dokumente betreffend die PCT ließen individuelle Erwägungen und Überlegungen erkennen. Diese Politik der zuständigen Stellen, bei denen es sich überdies um eine beträchtliche Anzahl von PCT mehrerer Regionen des Vereinigten Königreichs handelt, kann nämlich nicht als Ausdruck bloßer individueller Überlegungen angesehen werden. Unabhängig von den konkreten Auswirkungen der Initiativen der PCT widerspricht deren Beurteilung der Möglichkeit, Perindopril durch die anderen ACE-Hemmer zu substituieren, der von der Kommission vorgenommenen Analyse der Heterogenität der Klasse der ACE-Hemmer.

**1465**Folglich bestätigt die Politik der zuständigen Gesundheitsbehörden im Vereinigten Königreich, dass sich Perindopril in therapeutischer Hinsicht nicht von den anderen ACE-Hemmern unterscheidet.

**1466**Sechstens beruft sich die Kommission zu Unrecht auf die internen Dokumente von Servier als Beweis für besondere therapeutische Eigenschaften von Perindopril gegenüber den anderen ACE-Hemmern.

**1467**Vorab ist darauf hinzuweisen, dass die Glaubhaftigkeit eines Schriftstücks und damit sein Beweiswert nach den allgemeinen Beweisgrundsätzen von seiner Herkunft, den Umständen seiner Entstehung, seinem Adressaten und davon abhängt, ob es seinem Inhalt nach vernünftig und verlässlich wirkt (vgl. in diesem Sinne Urteile vom 24. Oktober 1991, Atochem/Kommission, T-3/89, ECLI:EU:T:1991:58, Rn. 31 bis 38, und vom 11. März 1999, Ensidesa/Kommission, T-157/94, ECLI:EU:T:1999:54, Rn. 312; Schlussanträge des zum Generalanwalt bestellten Richters Vesterdorf in der Rechtssache Rhône-Poulenc/Kommission, T-1/89, ECLI:EU:T:1991:38).

**1468**Im vorliegenden Fall stellen die internen Dokumente von Servier, da sie Beurteilungen über den therapeutischen Einsatz von ACE-Hemmern enthalten, die den Absatz von Perindopril fördern sollen, im Gegensatz zu den medizinischen Empfehlungen keine ausgewogene Zusammenfassung des wissenschaftlichen Kenntnisstands dar. Anders als die medizinischen Studien beruhen sie auch nicht auf einer Methode, die dazu bestimmt ist, die Zuverlässigkeit der gewonnenen Ergebnisse sicherzustellen. Bei der Analyse der Auszüge aus diesen Dokumenten ist daher zu berücksichtigen, dass mit manchen von ihnen ein Werbeziel verfolgt wird.

**1469**So ergibt sich aus den internen Strategiepapieren, dass Servier die Eigenschaften von Perindopril im Rahmen der für die Ärzte bestimmten Werbebotschaften günstig dargestellt hat. In den Dokumenten, in denen die Werbemaßnahmen von Servier zusammengefasst sind, wird auf die positiven Ergebnisse von Perindopril verwiesen und unter Berufung auf medizinische Studien sogar von einer einzigartigen Wirkungsweise, der Möglichkeit, Perindopril positiv von den Konkurrenzzeugnissen zu unterscheiden, oder gar einer Überlegenheit von Perindopril gegenüber anderen ACE-Hemmern in Bereichen wie denen des Variationsratio seiner Plasmakonzentration, der Wirksamkeit zur Senkung des arteriellen Drucks, der Synergie in Verbindung mit einem Diuretikum oder des kardiovaskulären Schutzes gesprochen.

**1470**Wie bereits dargelegt, ist der Inhalt dieser Botschaften unter Berücksichtigung ihres Werbeziels zu analysieren. Insoweit ist zunächst darauf hinzuweisen, dass die Kommission nicht das Vorbringen der Klägerinnen bestreitet, dass alle ACE-Hemmer im Rahmen ihrer jeweiligen Werbebotschaften als die Besten dargestellt wurden. Zudem zeigen die internen Strategiepapiere von Servier, aber auch die in den Akten enthaltenen Orientierungspläne, Markteinführungspläne und Werbebotschaften für andere ACE-Hemmer, dass in den Werbekampagnen für andere ACE-Hemmer, wie denen für Lisinopril oder für Trandolapril, deren therapeutische Eigenschaften ebenfalls sehr gepriesen werden. In den Werbekampagnen für die anderen ACE-Hemmer wird das Arzneimittel häufig als führendes Erzeugnis, als einzigartig unter den ACE-Hemmern beschrieben und als Referenzerzeugnis oder als die beste Wahl bezeichnet. In den Werbekampagnen werden die dem betreffenden Arzneimittel zugeschriebenen Vorzüge innerhalb der Klasse der ACE-Hemmer hinsichtlich Indikationen, Wirksamkeit oder Verträglichkeit herausgestellt. Sie enthalten manchmal direkte Vergleiche mit Perindopril, in einigen wird von einer Überlegenheit des Arzneimittels gegenüber Perindopril gesprochen. Unter diesen Umständen erlaubt der Inhalt der in den internen Strategiepapieren von Servier

enthaltenen Werbebotschaften für Perindopril nicht die Feststellung, dass sich dieses Arzneimittel in therapeutischer Hinsicht von den anderen ACE-Hemmern unterscheidet.

**1471** Ferner lassen die internen Strategiepapiere von Servier in ihrer Gesamtheit keine therapeutische Überlegenheit von Perindopril gegenüber den anderen ACE-Hemmern erkennen. Aus diesen Dokumenten geht hervor, dass dank der Studien wie TRACE, AIRE oder HOPE Beweise für Indikationen und Wirksamkeit zugunsten anderer ACE-Hemmer, wie etwa Ramipril, Lisinopril und Enalapril, vorliegen. Insbesondere Ramipril wird als ein Arzneimittel angeführt, für das Wirksamkeitsbeweise im Bereich der Herzinsuffizienz bei Patienten mit hohem kardiovaskulärem Risiko und bei Diabetikern vorliegen.

**1472** Schließlich legt die Kommission u. a. in den Rn. 2224 bis 2236 des angefochtenen Beschlusses dar, den internen Dokumenten von Servier zufolge zielten die Werbekampagnen namentlich darauf ab, Perindopril von den anderen ACE-Hemmern zu unterscheiden. Aus diesen Dokumenten geht jedoch hervor, dass die Werbekampagnen nicht genügten, um die Ärzte von dem Unterschied zwischen Perindopril und anderen ACE-Hemmern zu überzeugen. In diesen Dokumenten wird z. B. eine im Juli 2007 bei Allgemeinärzten und Kardiologen erstellte Qualitätsstudie erwähnt, wonach Perindopril und Ramipril als einander ähnlich angesehen wurden. Am Ende des Untersuchungszeitraums wird im Orientierungsplan für die Jahre 2009-2010 die mangelnde Differenzierung im Verhältnis zu Ramipril betont. Für die Niederlande heißt es in den Orientierungsplänen 2006-2007, 2007-2008 und 2008-2009, dass viele Allgemeinärzte Lisinopril als Perindopril gleichwertig ansähen.

**1473** Folglich zeigen die internen Dokumente von Servier nicht, dass Perindopril wegen besonderer therapeutischer Eigenschaften als von den anderen ACE-Hemmern verschieden anerkannt wurde. Wie andere ACE-Hemmer vertreibende Unternehmen versuchte Servier zwar, Perindopril mittels einer anpreisenden Botschaft zu fördern und positiv zu differenzieren, doch gelang es diesen Dokumenten zufolge mit dieser Strategie nicht, Perindopril hinreichend von den anderen ACE-Hemmern zu differenzieren.

**1474** Als Siebtes hat die Kommission ihre Beurteilung der therapeutischen Substituierbarkeit von Perindopril auf eine Umfrage unter den verschreibenden Ärzten gestützt.

**1475** Zur Bestimmung der Empfänger der Fragebögen hat sich die Kommission auf ein von Servier zur Verfügung gestelltes Verzeichnis von Perindopril verschreibenden Ärzten gestützt, das u. a. alle Kardiologen und Allgemeinärzte, zu denen Servier in beruflicher und geschäftlicher Beziehung stand, enthalten sollte. Während manche dieser Verzeichnisse fast alle verschreibenden Ärzte enthielten, war dies bei dem Verzeichnis der französischen Allgemeinärzte und derjenigen des Vereinigten Königreichs nicht der Fall. Unter diesen Umständen besteht, wie Servier geltend macht, hinsichtlich dieser beiden Empfängergruppen eine Auswahlverzerrung. Diese Verzerrung konnte sich für diese beiden Kategorien auf die Ergebnisse der Umfrage auswirken, da es möglich ist, dass die in beruflicher Beziehung zu Servier stehenden Ärzte im Rahmen ihrer Berufsausübung Perindopril in höherem Maße verschrieben als andere verschreibende Ärzte, die sich nicht in dieser Lage befanden.

**1476** Zudem entspricht die Darstellung bestimmter Ergebnisse der Umfrage nicht den Fragen, die den verschreibenden Ärzten gestellt worden waren. So hat die Kommission in Rn. 2392 des angefochtenen Beschlusses den Prozentsatz der Antwortenden angegeben, für die Perindopril die bevorzugte First-line- oder Second-line-Behandlung bei essenzieller



(primärer) Hypertonie, chronischen ischämischen Herzkrankheiten und Herzinsuffizienz war. Die Klägerinnen machen indes unwidersprochen geltend, dass in der Umfrage selbst nicht von einer „bevorzugten“ Behandlung gesprochen, sondern die Frage gestellt werde, für welche Herz-Kreislauf-Erkrankungen Perindopril als „First-/Second-line-Behandlung gegenüber anderen Behandlungen“ verschrieben werde. Eine Bejahung dieser Frage bedeutet nicht, dass Perindopril bevorzugt gegenüber anderen ACE-Hemmern verschrieben wird, und lässt nicht erkennen, zu welchem Anteil Perindopril zur First-line-Behandlung von Bluthochdruck verschrieben wird. Ebenso bedeutet eine Bejahung der Fragen nach der besonderen Wirksamkeit von Perindopril bei bestimmten Patientengruppen und nach selteneren Nebenwirkungen bei bestimmten Patientengruppen angesichts der Formulierung der Fragen nicht unbedingt, dass sich Perindopril aus der Sicht des verschreibenden Arztes von den anderen ACE-Hemmern unterscheidet.

**1477**Im Übrigen geht aus den Ergebnissen dieser Umfrage hervor, dass es für 51% der Antwortenden für 81% bis 100% der Patienten zu Beginn einer Behandlung mit Perindopril ein gleichwertiges Arzneimittel gab. Daraus ist abzuleiten, dass eine Mehrzahl der befragten Ärzte es aus therapeutischer Sicht für möglich hielt, Perindopril durch ein anderes Arzneimittel zu substituieren, und dies für den größten Teil der Patienten, die mit einer Behandlung begannen. Die Kommission räumt zudem in Rn. 2454 des angefochtenen Beschlusses ein, dass eine Mehrheit der Antwortenden andere Arzneimittel als gleichwertige therapeutische Alternativen zu Perindopril ansahen. Der Kommission zufolge nannten die Ärzte als Alternative in Frankreich, in Polen und im Vereinigten Königreich am häufigsten Ramipril und in den Niederlanden Enalapril.

**1478**Aus dem Vorstehenden ergibt sich, dass die von der Kommission durchgeführte Umfrage die These einer Differenzierung von Perindopril gegenüber den anderen ACE-Hemmern nicht bestätigt.

**1479**Als Aches geht aus den Antworten der Hersteller anderer ACE-Hemmer auf die ihnen von der Kommission gestellten Fragen, die in den Rn. 2255 ff. des angefochtenen Beschlusses analysiert werden, hervor, dass AstraZeneca, der Hersteller von Lisinopril, Perindopril unter fünf anderen ACE-Hemmern als ein Substitut für ihr Lisinopril bis zum Ablaufdatum ihres Patents ansah. Merck Sharp & Dohme (MSD), die Enalapril und Lisinopril herstellt, erklärte, dass Servier eines der Unternehmen sei, das mit ihr im Bereich Bluthochdruck konkurreiere, und dass deren Erzeugnis, Perindopril, eines der Arzneimittel sei, die alternativ zu ihrem Erzeugnis zur Behandlung von Bluthochdruck eingesetzt werden könnten. Ferner erwähnt die Kommission im angefochtenen Beschluss die Ansicht von Sanofi-Aventis, dass Perindopril und Ramipril keine „Substitute voneinander“ seien, weil Rampiril zum einen wegen seiner weiteren Indikationen im Bereich der Verringerung der kardiovaskulären Mortalität für eine deutlich größere Population und zum anderen zu Behandlungsbeginn in einer weiteren Dosierungsbandbreite eingesetzt werden könne. Sollte dies der Fall sein, könnten diese Faktoren zwar die Möglichkeiten einer Substitution von Ramipril durch Perindopril, aber jedenfalls nicht die einer Substitution von Perindopril durch Ramipril begrenzen. Sie verhindern demnach nicht, dass Ramipril als ein Erzeugnis angesehen werden kann, durch das Perindopril in therapeutischer Hinsicht substituierbar ist.

**1480**Aus dem Vorstehenden ergibt sich, dass die Antworten der Hersteller der Originalpräparate auf die Fragen der Kommission bestätigen, dass Perindopril in therapeutischer Hinsicht durch die anderen ACE-Hemmer substituiert werden kann.

**1481**Aufgrund des gesamten Akteninhalts ist festzustellen, dass in therapeutischer Hinsicht, einschließlich Wirksamkeit und Nebenwirkungen, kein signifikanter Unterschied zwischen Perindopril und den anderen ACE-Hemmern besteht. Die Akten enthalten keinen objektiven wissenschaftlichen Beweis für eine therapeutische Überlegenheit von Perindopril gegenüber den anderen ACE-Hemmern. Die ACE-Hemmer werden von den verschreibenden Ärzten sehr weitgehend als untereinander substituierbar angesehen, und viele Arzneimittel werden von den Ärzten als Perindopril therapeutisch gleichwertig betrachtet. Folglich hat die Kommission zu Unrecht befunden, dass die Klasse der ACE-Hemmer heterogen sei und dass Perindopril innerhalb dieser Arzneimittelklasse besondere therapeutische Eigenschaften aufweise.

**1482**Mithin ist dem Vorbringen der Klägerinnen zu folgen, dass die Kommission die therapeutische Substituierbarkeit der ACE-Hemmer fehlerhaft beurteilt habe.

ii) Zum Phänomen der „Unbeweglichkeit“ der Ärzte bei Neupatienten

**1483**Den Rn. 2388, 2511 ff. und 2539 ff. des angefochtenen Beschlusses zufolge hat die Kommission Perindopril als ein „Erfahrungsgut“ angesehen, das wegen des wohlbekannten Phänomens der „Unbeweglichkeit“ der Ärzte einem begrenzten Wettbewerbsdruck bei Neupatienten ausgesetzt sei. Auch wenn den Ärzten viele Therapien zur Verfügung stünden, hätten sie doch eine natürliche Tendenz, Neupatienten Arzneimittel zu verschreiben, die sich in der Vergangenheit als wirksam erwiesen hätten.

**1484**Der Kommission zufolge bestand für Perindopril schon vor dem Untersuchungszeitraum eine breite Basis von Patienten mit Langzeitgebrauch. Das Phänomen der „Unbeweglichkeit“ der Ärzte, das die Substituierbarkeit der verfügbaren Therapien untereinander beschränke, habe einen Mechanismus dargestellt, der die Konsolidierung der Kundenbasis für Perindopril erlaubt habe. Das Bestehen einer wachsenden Gruppe treuer verschreibender Ärzte sei die Erklärung für das ständige Anwachsen der Basis von mit Perindopril behandelten Patienten.

**1485**Die Klägerinnen treten diesem Vorbringen der Kommission entgegen und machen im Wesentlichen geltend, dass zwischen den Herstellern von ACE-Hemmern lebhafter Wettbewerb geherrscht habe und dass es keine signifikante „Unbeweglichkeit“, sondern nur ein fehlendes Preisbewusstsein der verschreibenden Ärzte gegeben habe.

**1486**Vorab ist darauf hinzuweisen, dass das Phänomen der „Unbeweglichkeit“ der Ärzte, das die Kommission als die „natürliche“ Tendenz definiert, Neupatienten Arzneimittel zu verschreiben, mit denen bei Altpatienten gute Ergebnisse erzielt worden seien, ist, wie die Kommission in Rn. 2540 des angefochtenen Beschlusses selbst einräumt, ein Faktor, der zeitlichen Veränderungen unterliegen kann und von der Art der Krankheit abhängt. Dies ist eine empirische Frage, die eine sorgfältige Einzelfallprüfung erfordert.

**1487**Wie das Gericht in der Rechtsache entschieden hat, in der das Urteil vom 1. Juli 2010, AstraZeneca/Kommission (T-321/05, [ECLI:EU:T:2010:266](https://eur-lex.europa.eu/eli/tj/2010/266)), ergangen ist, kann die „Unbeweglichkeit“ in der Verschreibungspraxis ihren Grund u. a. in der Zurückhaltung haben, mit der die Ärzte üblicherweise einem neuen Produkt begegnen, dessen Eigenschaften sie noch nicht genau kennen, insbesondere aber in ihren erheblichen Bedenken hinsichtlich etwaiger, z. B. karzinogener Nebenwirkungen (vgl. in diesem Sinne

Urteil vom 1. Juli 2010, AstraZeneca/Kommission, [T-321/05](#), [ECLI:EU:T:2010:266](#), Rn. 91, 92 und 98).

**1488**Somit ist anhand der Umstände des vorliegenden Falles zu prüfen, in welchem Maße ein Phänomen der „Unbeweglichkeit“ der Ärzte die wechselseitige Substituierbarkeit der verfügbaren Therapien beschränken und die Entwicklung der Basis der mit Perindopril behandelten Patienten, die von der Kommission als ständig wachsend beschrieben wird, erklären konnte.

**1489**Als Erstes geht, wie bereits dargelegt, aus den Akten nicht hervor, dass die ACE-Hemmer in therapeutischer Hinsicht heterogen waren. Es bestehen im Gegenteil keine signifikanten Unterschiede in therapeutischer Hinsicht, einschließlich Wirksamkeit und Nebenwirkungen, zwischen Perindopril und den anderen ACE-Hemmern. Da die Klasse der ACE-Hemmer nicht heterogen ist, war die Freiheit der Ärzte, andere ACE-Hemmer als Perindopril zu verschreiben, durch nichts beschränkt. Der Inhalt der Akten legt insbesondere nicht nahe, dass in Bezug auf die anderen ACE-Hemmer besondere Bedenken hinsichtlich etwaiger Nebenwirkungen bestanden. Unter diesen Umständen bestehen im vorliegenden Fall keine besonderen Bedenken bezüglich des therapeutischen Einsatzes oder etwaiger Nebenwirkungen der ACE-Hemmer, die ein hohes Maß an „Unbeweglichkeit“ der Ärzte, die Perindopril bereits verschrieben hatten, auslösen konnten, wenn diese Ärzte sich dafür entschieden, für Neupatienten den einen oder den anderen ACE-Hemmer zu verschreiben.

**1490**Es ist zu beachten, dass sich die Situation von Perindopril gegenüber den anderen ACE-Hemmern von der Situation der PPI gegenüber den H<sub>2</sub>Blockern in der Rechtssache, in der das Urteil vom 1. Juli 2010, AstraZeneca/Kommission ([T-321/05](#), [ECLI:EU:T:2010:266](#)), ergangen ist, unterscheidet. Die PPI und die H<sub>2</sub>Blocker, um die es in jener Rechtssache ging, wurden nämlich unterschiedlich verwendet; während die PPI im Wesentlichen zur Behandlung schwerer Formen von säurebedingten Magen-Darm-Erkrankungen verschrieben wurden, wurden die H<sub>2</sub>Blocker zur Behandlung weniger schwerer oder leichter Formen dieser Erkrankungen verschrieben (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 1. Juli 2010, AstraZeneca/Kommission, [T-321/05](#), [ECLI:EU:T:2010:266](#), Rn. 72). Von den H<sub>2</sub>Blockern konnte u. a. wegen der großen Bedeutung, die Ärzte und Patienten der therapeutischen Überlegenheit der PPI beimaßen, kein signifikanter Wettbewerbsdruck auf die PPI ausgehen (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 6. Dezember 2012, AstraZeneca/Kommission, [C-457/10 P](#), [ECLI:EU:C:2012:770](#), Rn. 58). Im vorliegenden Fall ist keinerlei therapeutische Überlegenheit von Perindopril gegenüber den anderen ACE-Hemmern dargetan, die einen signifikanten Wettbewerbsdruck der ACE-Hemmer auf Perindopril in Bezug auf Neupatienten verhindern kann.

**1491**Überdies wurde Perindopril nach mehreren anderen ACE-Hemmern, u. a. nach Lisinopril und Enalapril in Frankreich, in den Niederlanden und im Vereinigten Königreich und nach Enalapril in Polen, auf den Markt gebracht. Perindopril konnte daher gegenüber den vor ihm auf den Markt gebrachten ACE-Hemmern kein Phänomen der „Unbeweglichkeit“ der Ärzte zugutekommen, das mit der Zurückhaltung zusammenhängt, mit der diese üblicherweise einem neuen Produkt begegnen, dessen Eigenschaften sie noch nicht genau kennen.

**1492**Somit geht aus den Akten nicht hervor, dass Perindopril gegenüber den anderen ACE-Hemmern angesichts von deren therapeutischen Eigenschaften und des Zeitpunkts

des Inverkehrbringens von Perindopril ein besonderes Maß an „Unbeweglichkeit“ in der Verschreibungspraxis der Ärzte zugutegekommen ist.

**1493**Als Zweites muss die im angefochtenen Beschluss genannte Begründung, für Perindopril habe schon vor dem Untersuchungszeitraum eine breite Basis von Patienten in Langzeitbehandlung bestanden, erheblich relativiert werden.

**1494**Aus den Akten ergibt sich, dass Perindopril im Januar 2000 in allen betroffenen Ländern über eine viel schmalere Patientenbasis als andere ACE-Hemmer wie Ramipril, Enalapril oder Lisinopril verfügte. Beim Verkauf von Tabletten und Kapseln lag Perindopril im Vereinigten Königreich an vierter Stelle hinter Lisinopril, Enalapril und Ramipril mit einem dreimal geringeren Verkaufsvolumen als Lisinopril, in den Niederlanden an dritter Stelle hinter Enalapril und Lisinopril mit einem zehnmal geringeren Verkaufsvolumen als Enalapril, in Frankreich an zweiter Stelle hinter Ramipril und in Polen an zweiter Stelle hinter Enalapril mit einem sechsmal geringeren Verkaufsvolumen als dieses.

**1495**Unter diesen Umständen konnte ein Mechanismus der „Unbeweglichkeit“ in der Verschreibungspraxis der Ärzte, den Beweis seines Bestehens unterstellt, Perindopril angesichts der relativen Schmalheit seiner Basis an Patienten in Langzeitbehandlung im Vergleich zu der der anderen ACE-Hemmer, die hinsichtlich des Verkaufsvolumens in einer stärkeren Stellung waren, nicht in besonderem Maße zugutekommen.

**1496**Als Drittes müssen die im angefochtenen Beschluss getroffene Feststellung des anhaltenden Wachstums der Basis der mit Perindopril behandelten Patienten und allgemeiner die Feststellung des kommerziellen Erfolgs von Perindopril angesichts der Situation der anderen ACE-Hemmer ebenfalls relativiert werden.

**1497**Unter den ACE-Hemmern ist, wie sich aus den Akten ergibt, Perindopril im Untersuchungszeitraum nicht das erfolgreichste Arzneimittel der Klasse der ACE-Hemmer. In Rn. 2129 des angefochtenen Beschlusses heißt es zwar, der weltweite Absatz an Erzeugnissen, die Perindopril von Servier enthielten, habe im besten Jahr über 800 Mio. Euro gelegen, doch wird in diesem Beschluss keinerlei Größenordnung des von den anderen Herstellern von ACE-Hemmern erzielten weltweiten Umsatzes genannt. Hierzu haben die Klägerinnen in der Sitzung unwidersprochen vorgetragen, dass Perindopril in der entscheidungserheblichen Zeit auf Rang 143 der weltweit meistverkauften Moleküle gelegen habe, während z. B. Ramipril von Sanofi-Aventis den 72. Rang eingenommen habe. Perindopril sei auf einigen nationalen Märkten präsent, fehle aber praktisch auf so wichtigen Märkten wie dem deutschen, auf dem in der entscheidungserheblichen Zeit weniger als 1% der Verkäufe von Arzneimitteln der Klasse der ACE-Hemmer auf Perindopril entfallen seien. Den Klägerinnen zufolge war Ramipril in diesem Zeitraum unter den Arzneimitteln der Klasse der ACE-Hemmer weltweit führend.

**1498**Auf den vier von der Kommission ausgewählten nationalen räumlichen Märkten war, wie sich aus den Akten ergibt, Perindopril von Servier trotz seines steigenden Absatzes unter den ACE-Hemmern in dem vom angefochtenen Beschluss erfassten Zeitraum niemals führend beim Absatz von Tabletten und Kapseln. Nach den im angefochtenen Beschluss enthaltenen Daten zum Absatz von Tabletten und Kapseln lag Perindopril an dritter Stelle in den Niederlanden (im November 2007) und im Vereinigten Königreich (im Juni 2007) und an zweiter Stelle in Frankreich (im August 2008) und in Polen (im Mai 2006) mit einem Verkaufsvolumen auf den einzelnen nationalen Märkten mit Ausnahme des französischen weit unter dem des Marktführers.

**1499**Der Absatz von Perindopril ist zwar in dem in Rede stehenden Zeitraum auf den vier nationalen Märkten zusammengenommen gestiegen, doch ist dies auch bei anderen ACE-Hemmern wie Ramipril und Lisinopril der Fall. Angesichts der im angefochtenen Beschluss enthaltenen Daten zum Absatz von Tabletten und Kapseln ist festzustellen, dass die Verkäufe von Lisinopril im Jahr 2000 stetig angestiegen sind, während der Anstieg der Verkäufe von Ramipril im selben Zeitraum deutlich höher war als der von Perindopril.

**1500**Unter Berücksichtigung der Entwicklung des Absatzes der anderen ACE-Hemmer muss die Bedeutung des im angefochtenen Beschluss erwähnten Phänomens des kontinuierlichen Anstiegs des Absatzes von Perindopril relativiert werden.

**1501**Als Viertes wird durch die erheblichen Schwankungen der relativen Verkäufe der ACE-Hemmer in den 2000er Jahren das Bestehen eines hohen Maßes an „Unbeweglichkeit“ in der Verschreibungspraxis der Ärzte in Frage gestellt.

**1502**Zunächst geht aus dem von Servier in Auftrag gegebenen CRA-Bericht vom Januar 2013 hervor, dass die relativen Verkäufe der ACE-Hemmer zwischen 2001 und 2010 erheblich geschwankt haben, wobei die jeweiligen Positionen der Arzneimittel sich uneinheitlich entwickelt haben. So stieg zwischen 2001 und 2010 der Anteil von Perindopril am Gesamtabsatz von ACE-Hemmern, ausgedrückt in definierten Tagesdosen, im Vereinigten Königreich wenig (und verharrte bei zwischen 5% und 10%), während sich der von Ramipril nahezu verdoppelte (nämlich von zwischen 30% und 40% auf zwischen 60% und 70%) und der Anteil von Lisinopril stark sank. In Polen ging der Anteil von Perindopril am Absatz im selben Zeitraum stark zurück (von zwischen 15% und 20% auf zwischen 10% und 15%), während Ramipril eine beträchtliche Steigerung verzeichnete (von zwischen 0 und 5% auf zwischen 60% und 70%). In den Niederlanden stieg der jeweilige Anteil von Perindopril und Ramipril nur geringfügig, nämlich bei beiden auf zwischen 10% und 20% im Jahr 2010, während auf Enalapril zu diesem Zeitpunkt noch zwischen 40% und 50% des Absatzes entfielen. In Frankreich ging der Verkauf von Lisinopril stark zurück (von einem Anteil zwischen 30% und 40% im Jahr 2001 auf einen Anteil von zwischen 5% und 10% im Jahr 2010), während der Anteil von Perindopril am Gesamtabsatz zwar erheblich (von zwischen 10% und 15% auf zwischen 20% und 30%), aber doch weniger stark anstieg als der von Ramipril (bei dem er sich von zwischen 20% und 30% auf zwischen 50% und 60% steigerte).

**1503**Die Kommission macht geltend, die Berechnung des Anteils der Verkäufe der einzelnen ACE-Hemmer am Gesamtabsatz dieser Arzneimittelklasse sei unrichtig, weil sie auf dem in definierten Tagesdosen ausgedrückten Absatz beruhe, wodurch die Entwicklung der Verkäufe der anderen ACE-Hemmer, u. a. Ramipril, überschätzt werde.

**1504**Hierzu ist festzustellen, dass die Kommission selbst das Volumen der Verkäufe der ACE-Hemmer in erster Linie anhand der definierten Tagesdosen untersucht hat und deshalb a priori nicht geltend machen kann, eine solche Berechnung sei ungeeignet, um die zeitliche Entwicklung des Absatzes der ACE-Hemmer zu analysieren, will sie nicht ihre eigene Analyse in Frage stellen. Die Kommission legt auch keine alternative, auf vermeintlich zuverlässigere Daten gestützte Analyse der Entwicklung der relativen Verkäufe der einzelnen ACE-Hemmer vor. Zudem trägt die Kommission zwar vor, diese Art der Berechnung führe zu einer Aufblähung des Umsatzes von Ramipril um einen Faktor zwei oder mehr, sie erläutert jedoch nicht ihre These, dass diese Art der Berechnung auch zu einer Überbewertung des Anteils der Verkäufe der anderen ACE-Hemmer als Ramipril führe. Schließlich geht jedenfalls aus den begrenzten Daten über den in Tabletten und

Kapseln ausgedrückten Absatz von ACE-Hemmern, die im angefochtenen Beschluss enthalten sind, hervor, dass es in jedem der in diesem Beschluss untersuchten Länder zwischen Januar 2000 und den Jahren 2006 bis 2008 erhebliche, von der Kommission im Übrigen nicht bestrittene, Veränderungen in den jeweiligen Positionen der verschiedenen ACE-Hemmer gegeben hat.

**1505**Die Kommission macht weiter geltend, zum einen beruhe der Vergleich zwischen den Marktanteilen der ACE-Hemmer auf der Annahme eines von sämtlichen ACE-Hemmern gebildeten Marktes, während die Marktabgrenzung gerade auf die Begrenzung des relevanten Marktes abziele, und zum anderen lasse sich aus der Analyse nicht unmittelbar ableiten, dass der Anstieg des Ramipril-Absatzes auf Kosten des Absatzes von Perindopril gegangen sei.

**1506**Auch wenn es zutrifft, dass die Berechnung der Marktanteile von Perindopril die vorherige Abgrenzung des Marktes erfordert und folglich der Begriff der Marktanteile der einzelnen ACE-Hemmer im vorliegenden Fall nicht herangezogen werden kann, ist doch die Analyse der Entwicklung der relativen Verkäufe der ACE-Hemmer, die nicht das Bestehen eines Marktes der ACE-Hemmer voraussetzt, nicht ohne Relevanz für die Abgrenzung des relevanten Marktes.

**1507**Zudem vertreten die Klägerinnen nicht die Ansicht, dass die Schwankungen bei den relativen Verkäufen der ACE-Hemmer unmittelbar die Behauptung stützten, dass Perindopril dem Wettbewerbsdruck der anderen ACE-Hemmer ausgesetzt sei. Sie machen geltend, dass die Schwankungen bei den relativen Verkäufen der ACE-Hemmer innerhalb eines einzelnen Landes nicht das Bestehen eines hohen Maßes an „Unbeweglichkeit“ in der Verschreibungspraxis der Ärzte bei ACE-Hemmern bestätigten. Die Kommission erläutert insoweit nicht, wie sich der von ihr im angefochtenen Beschluss hervorgehobene Mechanismus der „Unbeweglichkeit“ der Ärzte mit den zeitlichen Schwankungen der relativen Verkäufe der ACE-Hemmer vereinbaren lässt. Unter diesen Umständen ist, den Klägerinnen folgend, festzustellen, dass die erheblichen Veränderungen bei den relativen Verkäufen der ACE-Hemmer im Untersuchungszeitraum die Bedeutung des behaupteten Mechanismus der „Unbeweglichkeit“ der Ärzte in ihrer Praxis der Verschreibung von ACE-Hemmern in Frage stellen.

**1508**Als Fünftes ergibt sich aus den Akten, insbesondere der von Servier im Rahmen ihrer strategischen Planung in Auftrag gegebenen Thalès-Studie, der von der Kommission unter den verschreibenden Ärzten durchgeführten Umfrage und den Antworten der Hersteller von ACE-Hemmern auf die Fragen der Kommission nicht der Beweis, dass ein für die Verschreibungspraxis der Ärzte bei Perindopril signifikantes Maß an „Unbeweglichkeit“ bestand.

**1509**Die von Dezember 2003 bis Februar 2004 erstellte Thalès-Studie behandelt die Entwicklung des Profils der Verschreibung von Perindopril durch die französischen Allgemeinärzte. Diese Studie teilt die Perindopril verschreibenden Ärzte in drei Kategorien ein: „große Verschreiber“ mit mehr als zehn Verschreibungen, „mittlere Verschreiber“ mit sechs bis zehn Verschreibungen und „kleine Verschreiber“ mit einer bis fünf Verschreibungen pro Quartal. Die Studie analysiert die Entwicklung der Typologie der verschreibenden Ärzte zwischen dem Zeitraum April bis Juni 2003 (T 0) und dem Zeitraum Dezember 2003 bis Februar 2004 (T 2). Die Kommission weist für das Bestehen einer wachsenden Gruppe von Perindopril „treuen“ verschreibenden Ärzten darauf hin, dass 80% bis 90% der „großen Verschreiber“, 50% bis 60% der „mittleren Verschreiber“ und

60% bis 70% der „kleinen Verschreiber“ des Zeitraums T 0 im Zeitraum T 2 noch derselben Kategorie angehört hätten.

**1510** Diese Entwicklungen zeigen indes kein hohes Maß an „Unbeweglichkeit“ der Ärzte in der Verschreibung von Perindopril, da sie zum einen über einen begrenzten Zeitraum von acht bis zehn Monaten festgestellt worden sind und da zum anderen der Anteil der in diesem begrenzten Zeitraum in eine andere Kategorie gewechselten Ärzte signifikant ist. Zudem ist darauf hinzuweisen, dass die Thalès-Studie, auf die sich die Kommission gestützt hat, die Allgemeinärzte nach der Entwicklung ihrer Verschreibungsgewohnheiten zwischen den Zeiträumen T 0 und T 2 in vier Gruppen - „treu“, „Aussteiger“, „Neukunde“ oder „gelegentlich“ - einteilt. Der Studie zufolge beträgt der Anteil der Allgemeinärzte der Gruppen „treu“, „Aussteiger“, „Neukunde“ oder „gelegentlich“ jeweils 30% bis 40%, 5% bis 10%, 10% bis 15% und 40% bis 50% der Gesamtheit der Allgemeinärzte. Somit zeigen die Ergebnisse der Thalès-Studie, dass die „treuen“ Allgemeinärzte in der Minderheit sind und ihr Anteil geringer ist als der der „gelegentlichen“ Allgemeinärzte. Die Ergebnisse der Thalès-Studie, die im Übrigen auf die französischen Allgemeinärzte beschränkt ist, liefern somit keinen Beweis für die Bedeutung des Mechanismus der „Unbeweglichkeit“ der Ärzte hinsichtlich der Verschreibung von Perindopril und für den hohen Anteil von Perindopril „treuen“ verschreibenden Ärzten.

**1511** Des Weiteren bestreitet die Kommission nicht den Vortrag der Klägerinnen, dass 52% der Ärzte, die im Rahmen der Umfrage der Kommission unter den Perindopril verschreibenden Ärzten befragt wurden, geantwortet hätten, dass sie mehr alternative Arzneimittel als Perindopril verschrieben. Der Umstand, dass eine Mehrheit der Ärzte mehr alternative Arzneimittel als Perindopril verschreibt, stellt aber ebenfalls das Bestehen eines Mechanismus der „Unbeweglichkeit“ in Frage, der besonders Perindopril zugutekommen soll.

**1512** Schließlich ergibt sich aus den Antworten der drei von der Kommission befragten Hersteller von ACE-Hemmern, dass diese Perindopril als ein Konkurrenzprodukt ihres eigenen Arzneimittels ansehen. Insbesondere führt Sanofi-Aventis in ihrer Antwort an die Kommission ausdrücklich aus, dass Perindopril ihr wichtigster Konkurrent in den Niederlanden, in Polen und seit 2001 in Frankreich und ihr zweitwichtigster im Vereinigten Königreich sei. Die Antworten der drei befragten Hersteller von ACE-Hemmern enthalten keinen Beweis dafür, dass der Wettbewerbsdruck zwischen den ACE-Hemmern durch ein signifikantes Phänomen der „Unbeweglichkeit“ der Ärzte bei Neupatienten beschränkt war.

**1513** Nach alledem hat die Kommission nicht nachgewiesen, dass der für Neupatienten von den anderen ACE-Hemmern ausgehende Wettbewerbsdruck auf Perindopril durch ein Phänomen der „Unbeweglichkeit“ der Ärzte und das Bestehen einer wachsenden Gruppe von Perindopril „treuen“ verschreibenden Ärzten signifikant beschränkt wurde.

iii) Zur Neigung der Patienten in Langzeitbehandlung zu Veränderungen

**1514** Die Kommission führt u. a. in den Rn. 2496 bis 2510 des angefochtenen Beschlusses aus, die Patienten in Langzeitbehandlung mit Perindopril neigten nur in geringem Maße zu einem Wechsel zu alternativen Arzneimitteln, wenn sie sich einmal für Perindopril entschieden hätten. Da es sich bei Perindopril um ein „Erfahrungsgut“ handle, komme Servier ein Informationsvorteil in dem Sinne zugute, dass die Patienten in Perindopril-Langzeitbehandlung mehr über dieses Erzeugnis als über die anderen Therapien wüssten, die noch nicht versucht worden seien.

**1515** Wegen der Heterogenität der Arzneimittel der Klasse der ACE-Hemmer, die mit Unterschieden in der individuellen Wirksamkeit und Verträglichkeit zusammenhängen kann, ist nach Meinung der Kommission ein Therapiewechsel zwischen Arzneimitteln derselben therapeutischen Klasse als wenig wahrscheinlich anzusehen. Mit einem solchen Wechsel könnten nämlich Kosten einer zusätzlichen ärztlichen Konsultation und potenziell sehr hohe Risiken im Zusammenhang mit dem Auftreten von Nebenwirkungen und einer nicht optimalen Kontrolle des arteriellen Drucks einhergehen.

**1516** Die geringe Wahrscheinlichkeit eines Wechsels der Behandlung bei Patienten in einer ihren Bedürfnissen entsprechenden Langzeitbehandlung wird nach Ansicht der Kommission bestätigt durch eine Reihe von Längsschnittstudien, durch die Ergebnisse der Umfrage unter den verschreibenden Ärzten und durch die Antwort von Sanofi-Aventis auf den Fragebogen der Kommission, wonach Wechsel zwischen Ramipril und Perindopril sehr selten waren. Die Kommission trägt vor, die durchschnittliche Dauer der Behandlung mit Perindopril könne auf sieben bis acht Monate geschätzt werden und der für die Erneuerung der Verschreibung von Perindopril gemessene „Treuegrad“ von 90% bestätige die Abschottungswirkung der Basis der mit Perindopril behandelten Patienten.

**1517** Die Klägerinnen machen unter Vorlage einer Reihe von Beweisen geltend, die Kommission habe die Neigung der Patienten in Langzeitbehandlung zu Veränderungen unterschätzt.

**1518** Als Erstes ist darauf hinzuweisen, dass die von der Kommission vorgenommene Analyse der Umstellungsmuster bei Patienten in Langzeitbehandlung auf der Heterogenität der zur Klasse der ACE-Hemmer gehörenden Arzneimittel beruht. Wie aus der Begründung des angefochtenen Beschlusses, u. a. den Rn. 2496 und 2499, hervorgeht, hat sich die Kommission im Rahmen ihrer Analyse der Umstellungsmuster zwischen Perindopril und den anderen Antihypertensiva auf die Heterogenität der Klasse der ACE-Hemmer gestützt. Aufgrund der vermeintlichen Heterogenität der Arzneimittel der Klasse der ACE-Hemmer war die Kommission der Ansicht, dass der Therapiewechsel zwischen Arzneimitteln derselben therapeutischen Klasse mit potenziell sehr schwerwiegenden Risiken verbunden sein könnte.

**1519** Wie jedoch bereits dargelegt, hat die Kommission die Heterogenität der zur Klasse der ACE-Hemmer gehörenden Arzneimittel nicht dargetan. Es gibt im Gegenteil in therapeutischer Hinsicht, einschließlich Wirksamkeit und Nebenwirkungen, keinen signifikanten Unterschied zwischen Perindopril und den anderen ACE-Hemmern. Insbesondere geht aus den Akten nicht hervor, dass bei den verschreibenden Ärzten gegenüber den anderen ACE-Hemmern besondere Bedenken wegen Nebenwirkungen oder einer geringeren Wirksamkeit bestanden. Folglich wird die Analyse der Kommission, wonach der Wechsel der Behandlung zwischen Arzneimitteln derselben Klasse mit potenziell sehr schwerwiegenden Risiken verbunden sei, durch die aus der Sicht der Ärzte fehlende Heterogenität der ACE-Hemmer in Frage gestellt. Da es zwischen ACE-Hemmern keine Unterschiede bei Wirksamkeit und Verträglichkeit gibt, ist nicht nachgewiesen, dass der Wechsel der Behandlung zwischen ACE-Hemmern bei den Ärzten besondere Bedenken hervorrief.

**1520** Zweitens hat die Kommission ihre Beurteilung der geringen Neigung der mit Perindopril behandelten Patienten zu Veränderungen auf von Thalès erstellte Längsschnittstudien gestützt. In diesen Studien werden die Verschreibungsgewohnheiten der Allgemeinärzte in Frankreich und im Vereinigten Königreich zwischen Juli 2005 und



Juni 2006 untersucht. Danach waren 90% der Verschreibungen von Perindopril Folgeverschreibungen. Die Kommission leitet daraus das Bestehen einer sehr hohen 90%igen „Verschreibungstreue“ bei Perindopril ab. Ihrer Ansicht nach spiegelt die Analyse der Neigung der Patienten zu Veränderungen auf der Grundlage der Zahl der ausgestellten Verschreibungen die Natur der Nachfrage nach Perindopril besser wider, als wenn dafür auf die Zahl der Patienten abgestellt werde.

**1521**Der Anteil der Folgeverschreibungen an der Gesamtheit der Verschreibungen sagt jedoch nur partiell etwas über die Neigung der mit Perindopril behandelten Patienten zu Veränderungen aus. Der Prozentsatz der Folgeverschreibungen hängt nämlich u. a. von der Häufigkeit der Arztbesuche der Patienten ab, die erheblich schwanken kann und im Übrigen im angefochtenen Beschluss nicht erwähnt wird. Zudem lässt die Zahl der Folgeverschreibungen im Verhältnis zur Gesamtheit der Verschreibungen nicht den Treuegrad der Patienten im Sinne des Anteils der im Zeitraum N mit Perindopril behandelten Patienten, die auch im Zeitraum N + 1 noch mit Perindopril behandelt werden, erkennen.

**1522**Unter diesen Umständen sind die Thalès-Studien unzureichend, um die Treue der Patienten, die mit einer Perindopril-Behandlung beginnen, zu diesem Arzneimittel zu erfassen.

**1523**Als Drittes liefern die Cegedim- und die IMS-Health-Studie für Frankreich und das Vereinigte Königreich Informationen über die Neigung der mit Perindopril behandelten Patienten zu einem Wechsel der Behandlung über einen Zeitraum von fünf Jahren.

**1524**Die Cegedim-Studie vom Oktober 2012, die Servier im Rahmen ihrer Antwort auf die Mitteilung der Beschwerdepunkte vorgelegt hat, analysiert über einen Zeitraum von fünf Jahren die Beständigkeit der von Allgemeinärzten in Frankreich mit Perindopril behandelten Patienten. Die Studie betrifft die mit Perindopril behandelten Patienten, die in einem Zeitraum von fünf Jahren denselben Allgemeinarzt aufgesucht haben. Aus ihr geht hervor, dass 20% bis 30% der Patienten, die mit einer Perindopril-Behandlung begonnen haben, die Behandlung innerhalb von sechs Monaten abbrechen und dass von den Patienten, die länger als sechs Monate bei Perindopril bleiben, 30% bis 40% auf andere Antihypertensiva umgestellt werden und diese Behandlung nach einem Zeitraum von fünf Jahren nicht fortsetzen. Bei der Mehrzahl der nach sechs Monaten erfolgenden Umstellungen auf andere Antihypertensiva handelt es sich um solche auf die Behandlung mit Sartanen, während etwa 40% der Patienten auf eine Behandlung mit einem anderen ACE-Hemmer umgestellt werden, der allein oder in Kombination eingesetzt wird. Letztlich werden über 50% der Patienten, die mit einer Perindopril-Behandlung beginnen, nach fünf Jahren nicht mehr mit diesem Arzneimittel behandelt. Daraus ergibt sich, dass bei Patienten, die regelmäßig von demselben französischen Allgemeinarzt betreut werden, die Wechsel der Behandlung bei solchen, die mit einer Perindopril-Behandlung beginnen, über einen Zeitraum von fünf Jahren signifikant sind. Aus der Cegedim-Studie geht auch hervor, dass 2005 Zu- und Abfluss der Patienten (mit einem Anteil von 30% bis 40% bzw. 15% bis 20%) die Hälfte der mit Coversyl behandelten Patienten ausmachten.

**1525**Die von Servier vorgelegte IMS-Health-Studie vom Dezember 2013 untersucht die Verschreibungen von Ramipril, Lisinopril und Perindopril im Zeitraum 2003-2008 für von Allgemeinärzten im Vereinigten Königreich betreute Patienten.

**1526**Die Kommission tritt der Berücksichtigung der IMS-Health-Studie durch das Gericht mit der Begründung entgegen, dass die Klägerinnen diese der Kommission im

Verwaltungsverfahren verspätet übermittelt hätten. Wie jedoch oben in Rn. 1373 dargelegt worden ist, stellt das Gericht eine eingehende Rechtmäßigkeitskontrolle sicher, und zwar unter Berücksichtigung aller von den Klägerinnen vorgebrachten Umstände - aus der Zeit vor oder nach dem Erlass des Beschlusses -, soweit diese Umstände für die Kontrolle der Rechtmäßigkeit des Beschlusses der Kommission maßgeblich sind. Im vorliegenden Fall stellt die IMS-Health-Studie vom Dezember 2013, die Servier der Kommission im Verwaltungsverfahren in Beantwortung der Sachverhaltsdarstellung vom 18. Dezember 2013 vorgelegt hat, eine Antwort auf die These der Kommission dar, dass die mit Perindopril behandelten Patienten wenig zu einem Wechsel der Behandlung neigten. Daher kann diese Studie nicht als ein verspätet vorgelegtes Dokument angesehen werden, das im Stadium der Kontrolle der Rechtmäßigkeit des angefochtenen Beschlusses nicht berücksichtigt werden kann.

**1527**Die Kommission kann die IMS-Health-Studie nicht mit der Begründung als unglaubwürdig zurückweisen, dass sie für die Klägerinnen „maßgeschneidert“ worden sei. Der Umstand, dass die Klägerinnen selbst diese Studie bei IMS Health in Auftrag gegeben haben, berührt nicht notwendig ihren Beweiswert, da sie u. a. nicht auf der Grundlage von durch die Klägerinnen selbst zur Verfügung gestellten Datenbanken erstellt worden ist. Wie das Gericht nämlich bereits entschieden hat (Urteil vom 3. März 2011, Siemens/Kommission, T-110/07, ECLI:EU:T:2011:68, Rn. 137), fehlt einer Studie die Glaubwürdigkeit und damit ein Beweiswert, die über diejenigen einer bloßen interessengeleiteten Erklärung der Klägerinnen hinausgehen, wenn sie auf der Grundlage von Datenbanken erstellt wurde, die von den Klägerinnen zur Verfügung gestellt wurden, ohne dass die Richtigkeit oder die Relevanz dieser Daten von einer unabhängigen Stelle überprüft worden wäre. Im vorliegenden Fall ist die von Servier in Auftrag gegebene Studie auf der Grundlage von Datenbanken erstellt worden, die von einem Dritten, IMS Health, stammen, deren Stellung als Referenzeinrichtung für die Bereitstellung von Daten des Arzneimittelsektors die Kommission nicht bestritten hat, wie sich u. a. aus Fn. 2843 des angefochtenen Beschlusses ergibt. Die Kommission hat sich im Rahmen der Abgrenzung des relevanten Marktes selbst vielfach auf die Daten von IMS Health gestützt.

**1528**Die Tatsache, dass der Auftrag für die Studie der Kommission nicht übermittelt wurde und diese deren Ergebnisse nicht vollständig reproduzieren können, genügt unter den Umständen des vorliegenden Falles nicht, um die Glaubwürdigkeit der Studie in Frage zu stellen. Servier hat in ihrer Antwort vom 17. Februar 2014 auf den Fragebogen der Kommission die IMS Health gemachten Vorgaben eingehend beschrieben. Diese hat in der Studie dargelegt, welche Methode, Annahmen und Definitionen verwendet wurden, und die Rohdaten sowie den Algorithmus offengelegt, die eine Replikation der Studie ermöglichen. Zwar hat IMS Health nicht die Registerkarte betreffend die Neupatienten vorgelegt, doch hat die Kommission Servier nach der Übermittlung des Algorithmus und der Datenbanken nicht darauf hingewiesen, dass methodische Hindernisse bestünden, die die Glaubwürdigkeit der Studie beeinträchtigen könnten. Ferner hat IMS Health in der Studie erwähnt, dass Neupatienten solche seien, die in den letzten zwölf Monaten vor dieser Verschreibung das betreffende Arzneimittel nicht erhalten hätten; in einem Schreiben vom 1. September 2014 hat sie erklärt, dass Servier an der Analyse der Studie nicht beteiligt gewesen sei, dass diese von IMS Health unter Verwendung der in der Studie beschriebenen Methode und Definitionen erstellt worden sei, dass die Registerkarte der Neupatienten einer in ähnlichen Studien verwendeten Standarddefinition entspreche und dass die Daten der Neupatienten einer Datenbank unter Verwendung integrierter Berichte

entnommen seien, die von einem Arbeitsplatz des Unternehmens aus oder für einen Kunden zugänglich sei, der sich bei dieser Datenbank angemeldet habe. Unter diesen Umständen kann die Kommission angesichts der ausreichenden Erläuterungen von Servier und IMS Health nicht mit Erfolg geltend machen, dass die IMS-Health-Studie nicht als ein zuverlässiges Beweisstück anerkannt werden könne.

**1529**Die IMS-Health-Studie zeigt hinsichtlich der in den Jahren 2003 bis 2008 von den britischen Allgemeinärzten betreuten Patienten, dass in einem gegebenen Jahr die Neupatienten für Perindopril ein Drittel aller Patienten mit dieser Behandlung ausmachen. Sie zeigt auch, dass die Substitutionen von Perindopril im Wesentlichen zugunsten anderer Klassen von Antihypertensiva, aber auch zugunsten anderer ACE-Hemmer erfolgen. Der Studie zufolge liegt bei den Patienten, die mit einer Perindopril-Behandlung beginnen, die durchschnittliche Behandlungsdauer für 24% der Patienten unter sechs Monaten, für 57% unter drei Jahren und für 76% unter fünf Jahren.

**1530**Die Kommission erachtet den Umstellungsprozess für regressiv, d. h., mit zunehmender Behandlungsdauer werde es immer weniger wahrscheinlich, dass die Patienten die Behandlung mit Perindopril abbrechen. Es ist jedoch festzustellen, dass nach der Cegedim-Studie der Nettoschwund an mit Perindopril behandelten Patienten im vierten und fünften Behandlungsjahr annähernd 5% pro Jahr bei den von den französischen Allgemeinärzten betreuten Patienten beträgt. Nach der IMS-Health-Studie beträgt der Anteil der von den britischen Allgemeinärzten betreuten Patienten mit einer Behandlungsdauer, ohne Unterbrechungen der Behandlung, von zwischen drei und vier Jahren einerseits und vier und fünf Jahren andererseits 12% bzw. 7%. Folglich ergibt sich aus den Akten, dass ein signifikanter Teil der Patienten ihre Behandlung mit Perindopril im Lauf des vierten und des fünften Behandlungsjahrs abbricht.

**1531**Somit geht aus der Cegedim- und der IMS-Health-Studie hervor, dass die durchschnittliche Behandlungsdauer der mit Perindopril behandelten und von den Allgemeinärzten in Frankreich und im Vereinigten Königreich betreuten Patienten im Lauf des Untersuchungszeitraums unter fünf Jahren lag. Diese Patienten wechselten die Behandlung in signifikantem Umfang in den ersten sechs Monaten, aber auch im Lauf der auf den Beginn der Behandlung folgenden fünf Jahre.

**1532**Viertens bestätigen die die PCT betreffenden Dokumente, dass im Vereinigten Königreich mit Perindopril behandelte Patienten zu anderen ACE-Hemmern wechselten.

**1533**Wie bereits dargelegt, war eine Reihe von PCT seit 2005 der Ansicht, dass Perindopril nicht wirksamer sei als andere ACE-Hemmer, und empfahl den Einsatz anderer ACE-Hemmer als Perindopril oder dessen Substitution durch einen anderen ACE-Hemmer. Diese Politik, die manchmal die Form von Leitlinien, Formularen oder Musterschreiben an die Patienten im Hinblick auf eine Umstellung von Perindopril zu Ramipril oder Lisinopril annahm, ist wegen der Zahl der betreffenden PCT und des Umstands signifikant, dass es sich dabei um PCT in verschiedenen Regionen des Vereinigten Königreichs handelte.

**1534**Aus den Akten ergibt sich, dass diese Politik, die in den internen Strategiepapieren von Servier seit 2005 als Bedrohung bezeichnet wird, sich tatsächlich negativ auf den Absatz von Perindopril auf lokaler Ebene ausgewirkt hat. Es trifft zu, dass, wie die Kommission ausgeführt hat, nicht dargetan ist, dass die Politik der PCT eine signifikante Auswirkung auf nationaler Ebene hatte. Zwar zeigt das Schema in Rn. 2286 des angefochtenen Beschlusses, dass der in definierten Tagesdosen ausgedrückte Absatz von Perindopril seit September 2006 praktisch stagnierte, doch lässt sich anhand der Akten

nicht feststellen, dass tatsächlich ein Kausalzusammenhang zwischen den Empfehlungen der PCT und der Entwicklung der relativen Verkäufe von Perindopril und der anderen ACE-Hemmer im gesamten Vereinigten Königreich bestand. Diese Empfehlungen sind gleichwohl nicht irrelevant, da sie konkret die zwischen ACE-Hemmern bestehenden Transfermöglichkeiten auf einem der von der Kommission in ihrer Untersuchung berücksichtigten räumlichen Märkte veranschaulichen.

**1535**Die Kommission kann nicht geltend machen, dass die Berufung der Klägerinnen auf die Politik der PCT im Widerspruch zu deren Vorbringen stehe, dass der Faktor Preis im Verhältnis der verschiedenen ACE-Hemmer eine begrenzte Rolle spiele. Wie sich nämlich aus den Erwägungen in den Rn. 1380 bis 1404 des vorliegenden Urteils ergibt, ist der Arzneimittelsektor ein „ungewöhnlicher“ Sektor, dessen Besonderheiten es erfordern, dass der Markt anhand einer Mehrzahl von Kriterien bestimmt wird, insbesondere der therapeutischen Verwendung der Erzeugnisse. Im vorliegenden Fall wird diese Feststellung durch die Politik der PCT nicht in Frage gestellt. Diese Politik bestätigt die therapeutische Substituierbarkeit zwischen den ACE-Hemmern und die Möglichkeiten eines Wechsels der Behandlung von mit Perindopril behandelten Patienten, doch ergibt sich daraus nicht, dass der Faktor Preis eine entscheidende oder herausragende Rolle für die Analyse des Wettbewerbsdrucks zwischen diesen Arzneimitteln spielt.

**1536**Als Fünftes vertritt die Kommission unter Berufung u. a. auf die Ergebnisse der unter den verschreibenden Ärzten durchgeführten Umfrage die Auffassung, dass ein Wechsel der Behandlung bei mit Perindopril behandelten Patienten wenig wahrscheinlich sei, wenn die Patienten „erfolgreich“ mit Perindopril behandelt würden.

**1537**Die Ergebnisse der von der Kommission durchgeführten Umfrage unter den verschreibenden Ärzten, wonach eine große Mehrheit (76%) der Ärzte der Ansicht war, dass die Patienten, die in der Anfangszeit „erfolgreich“ behandelt worden seien und deren Behandlung nicht geändert worden sei, die Behandlung mit Perindopril wahrscheinlich mehr als fünf Jahre lang fortsetzen würden, stellen die in der Cegedim- und der IMS-Health-Studie getroffenen Feststellungen zur durchschnittlichen Behandlungsdauer und zum Wechsel der mit Perindopril behandelten Patienten nicht in Frage. Der den verschreibenden Ärzten gestellten Frage liegt nämlich eine Schätzung der Wahrscheinlichkeit zugrunde, dass die Behandlung mit Perindopril fortgesetzt wird, und nicht eine Schätzung des tatsächlichen Anteils der Patienten, die die Behandlung länger als fünf Jahre fortsetzen. Zudem betrifft die den verschreibenden Ärzten gestellte Frage nicht die Patienten, die „erfolgreich“ behandelt wurden und deren Behandlung nicht geändert wurde, während die Cegedim- und die IMS-Health-Studie Informationen über die durchschnittliche Dauer der Behandlung der Patienten mit Perindopril und über die Gesamtheit der vollzogenen Behandlungswechsel, unabhängig von der Beurteilung der Ergebnisse der Behandlung mit Perindopril durch die Ärzte, liefern. Schließlich war selbst hinsichtlich der Patienten, die „erfolgreich“ behandelt worden waren und deren Behandlung nicht geändert worden war, nur eine Minderheit der befragten Ärzte der Ansicht, dass diese die Behandlung mit Perindopril wahrscheinlich mehr als zehn Jahre lang fortsetzen würden.

**1538**Auch wenn die „erfolgreich“ mit Perindopril behandelten Patienten naturgemäß weniger zu einem Behandlungswechsel neigen als solche, die nicht zu dieser Kategorie gehören, bleiben die Feststellungen der Cegedim- und der IMS-Health-Studie relevant, um in quantitativer Hinsicht zu beurteilen, in welchem Maße Patienten, die mit einer

Behandlung beginnen, Perindopril über einen Zeitraum von fünf Jahren „treu“ bleiben. Diese Studien zeigen, dass es signifikante Behandlungswechsel gab, die die von der Kommission im angefochtenen Beschluss aufgestellten Behauptungen im Zusammenhang mit den Abschottungswirkungen der Basis der mit Perindopril behandelten Patienten in Frage stellen.

**1539**Als Sechstes stützt sich die Kommission im angefochtenen Beschluss darauf, dass Sanofi-Aventis in ihrer Antwort auf ihren Fragebogen angegeben habe, dass Behandlungswechsel zwischen Ramipril und Perindopril sehr begrenzt gewesen seien und dass das Wachstum bei beiden Erzeugnissen auf neu gewonnene Patienten am Beginn einer Behandlung zurückgehe. Abgesehen davon, dass diese Angabe nur den französischen Markt betrifft, führt Sanofi-Aventis, wie bereits dargelegt, in ihrer Antwort aus, dass die Population der Patienten, die für eine Behandlung mit Ramipril in Betracht kämen, größer gewesen sei als die von Perindopril und dass Ramipril bis 2007 eine weitere Dosierungsbandbreite gehabt habe als Perindopril, was den Patiententransfer von Ramipril zu Perindopril stärker begrenzen kann als umgekehrt. Zudem hat sich Sanofi-Aventis nicht zu den Behandlungswechseln in den Niederlanden und im Vereinigten Königreich geäußert und zum polnischen Markt angegeben, aus ihrer Sicht sei der Gewinn von Patienten für Ramipril auf Kosten von Perindopril gegangen. Folglich stellen die Antworten von Sanofi-Aventis auf den Fragebogen der Kommission das Ausmaß des Behandlungswechsels für die mit Perindopril behandelten Patienten nicht in Frage.

**1540**Aus dem Vorstehenden ergibt sich, dass die Kommission die Wechselneigung der mit Perindopril behandelten Patienten unterschätzt hat, indem sie sich u. a. auf die irrige Annahme einer Heterogenität der Arzneimittel der Klasse der ACE-Hemmer gestützt hat. Aus den Akten geht hervor, dass die Patienten, die mit einer Perindopril-Behandlung begonnen hatten, in einem Zeitraum von fünf Jahren in signifikantem Ausmaß die Behandlung wechselten, was die von der Kommission veranschlagte durchschnittliche Behandlungsdauer und die Bedeutung der Abschottungswirkungen der Patientenbasis in Frage stellt.

iv) Zu den Werbeaktivitäten

**1541**Die Kommission führt in den Rn. 2515 bis 2521 des angefochtenen Beschlusses aus, Werbung könne den Wettbewerb verstärken, wenn die ärztliche Gemeinschaft über zusätzliche therapeutische Alternativen, u. a. neue Erzeugnisse oder wichtige neue Indikationen für existierende Erzeugnisse, informiert werde. Im vorliegenden Fall könne jedoch der Wettbewerb auf der Ebene der Werbung nicht als eine wichtige Quelle von Wettbewerbsdruck im Verhältnis zwischen Perindopril und den potenziellen Konkurrenzern angesehen werden, weil jede neue Werbeaktivität für Arzneimittel, die seit Langem auf dem Markt seien, nur das bei den „treuen“ verschreibenden Ärzten bereits aufgebaute Vertrauenskapital erhöhe. Wegen der für einen Behandlungswechsel bestehenden Barrieren und des Überwiegens der Patienten in Langzeitbehandlung sei die potenzielle Auswirkung der von den Herstellern anderer ACE-Hemmer entfalteten Werbeaktivitäten auf den Absatz von Perindopril begrenzt. Zudem werde das Fehlen von Wettbewerbsdruck seitens der anderen Hersteller von ACE-Hemmern auch belegt durch die Patientengruppen, auf die Servier ihre Werbepolitik ausrichte, durch die in den internen Strategiepapieren von Servier enthaltene Analyse der Werbeaktivitäten und durch die Stabilität ihrer Ausgaben für Werbung.

**1542**Die Klägerinnen machen im Wesentlichen geltend, die Kommission habe einen Fehler begangen, indem sie die beträchtlichen Werbeaktivitäten der pharmazeutischen Unternehmen nicht gebührend berücksichtigt habe, die eine der wichtigsten Dimensionen des Wettbewerbs und - da es eine „Unbeweglichkeit“ der Patienten und der Ärzte nicht gebe - eine Notwendigkeit seien, um im Wettbewerb zu bestehen.

**1543**Als Erstes hat die Kommission ihre Analyse der Werbeaktivitäten auf das Phänomen der „Unbeweglichkeit“ der Ärzte und das Bestehen von Barrieren für einen Wechsel der Behandlung gestützt.

**1544**Wie jedoch bereits dargelegt, war das Verschreibungsverhalten der Ärzte nicht durch ein hohes Maß an „Unbeweglichkeit“ gekennzeichnet und es gab einen signifikanten Wechsel der Behandlung bei Patienten in Langzeitbehandlung. Somit hat die Kommission ihre Ansicht, dass die potenzielle Auswirkung der von den Herstellern anderer Arzneimittel entfalteten Werbeaktivitäten auf den Absatz von Perindopril sehr begrenzt sei, auf unrichtige Annahmen gestützt, die ihre Analyse fehlerhaft machen.

**1545**Als Zweites hat die Kommission ihre Analyse der Werbeaktivitäten auf die von Servier mit ihren Werbemaßnahmen angesprochenen Patienten und auf die behaupteten besonderen therapeutischen Eigenschaften von Perindopril gestützt. In den Rn. 2366 und 2519 des angefochtenen Beschlusses hat sie ausgeführt, dass die Ausgaben von Servier für Werbung auf potenzielle Neupatienten konzentriert gewesen seien, zu denen Patienten gehörten, bei denen erstmals Bluthochdruck festgestellt worden sei, Patienten, deren Blutdruck mit einem anderen Antihypertensivum nicht zufriedenstellend kontrolliert gewesen sei, und bestimmte Gruppen von Patienten, für die Perindopril besondere Eigenschaften gezeigt habe.

**1546**Hierzu ist darauf hinzuweisen, dass die Werbung ein Wettbewerbsinstrument sein kann, u. a. wenn die Erzeugnisse weitgehend ähnlich sind. Dem Fehlen einer positiven Differenzierung von Perindopril gegenüber den anderen ACE-Hemmern entspricht die Notwendigkeit für Servier, angemessene Werbeaktivitäten zu entfalten, um auf dem Markt zu bestehen und sich bei den verschreibenden Ärzten durchzusetzen. In Ermangelung einer therapeutischen Überlegenheit von Perindopril besteht für die verschreibenden Ärzte kein Anlass, allein unter diesem Gesichtspunkt eher Perindopril als ein anderes Arzneimittel zu verschreiben.

**1547**Des Weiteren geht schon aus dem Wortlaut der Rn. 2366 und 2519 des angefochtenen Beschlusses hervor, dass Servier mit ihren Werbeaktivitäten sowohl auf Neupatienten als auch auf solche abzielte, die bereits ein anderes Antihypertensivum gebraucht hatten. Zudem hat die Kommission, wie bereits ausgeführt worden ist, nicht dargetan, dass Perindopril besondere Eigenschaften aufwies, die es in therapeutischer Hinsicht von den anderen ACE-Hemmern unterschied. Wenn Servier sich bemüht hat, Perindopril von den anderen ACE-Hemmern zu unterscheiden, so haben diese Bemühungen nicht den erhofften Erfolg gehabt und es nicht ermöglicht, Perindopril hinreichend von den anderen ACE-Hemmern zu differenzieren.

**1548**Da die Werbestrategie für Perindopril auf bestimmte Patientenkategorien abzielte, kann aus ihr nicht geschlossen werden, dass die Wirkung des Wettbewerbs durch Werbung unter den ACE-Hemmern begrenzt war.

**1549**Als Drittes zeigen die internen Dokumente von Servier, die Antworten der Hersteller der anderen ACE-Hemmer und der übrige Inhalt der Akten entgegen dem Vorbringen der

Kommission, dass von den Werbemaßnahmen der anderen Hersteller von ACE-Hemmern ein Wettbewerbsdruck auf Perindopril ausgehen konnte.

**1550** So geht aus den internen Strategiepapieren von Servier, u. a. dem „2005/2006 orientation plan“ und dem „Plan d'orientation Coversyl 2006/2007“, hervor, dass Servier in den Jahren 2000 bis 2009 den Wettbewerb auf dem Markt der Arzneimittel gegen Bluthochdruck und dem der Arzneimittel gegen Herzinsuffizienz als stark einschätzte. Aus diesen Dokumenten geht ebenfalls hervor, dass Servier andere ACE-Hemmer, u. a. Ramipril, Captopril, Lisinopril, Enalapril, Fosinopril und Trandolapril, als Konkurrenzzeugnisse betrachtete. Ramipril wird in den Teilen der Strategiepapiere, die den Gefahren für die Entwicklung von Perindopril gewidmet sind, mehrfach erwähnt. Zum Beispiel wurde die Markteinführung eines neuen Erzeugnisses, Co-Triatec, mit dem eine Kontinuität in der Kommunikation der Produktreihe von Ramipril sichergestellt werden konnte, als Bedrohung dargestellt.

**1551** Auch die drei von der Kommission befragten Hersteller von Original-ACE-Hemmern sehen in Perindopril ein mit ihrem eigenen Arzneimittel konkurrierendes oder rivalisierendes Erzeugnis. Wie die Kommission ausgeführt hat, bedeutet der Umstand, dass andere Unternehmen in einem bestimmten Erzeugnis das Hauptwettbewerbsziel sehen, zwar nicht, dass dieses Erzeugnis einem signifikanten Wettbewerbsdruck durch diese anderen Unternehmen ausgesetzt ist. Gleichwohl kann dieses Indizienbündel nützlich sein, da sich so berücksichtigen lässt, wie die Unternehmen selbst ihre Marktposition beurteilen. In dieser Hinsicht geht aus den Antworten der von der Kommission zu ihrer Sicht des Wettbewerbs befragten Unternehmen hervor, dass Sanofi-Aventis, Hersteller von Ramipril, AstraZeneca AB, Hersteller von Lisinopril, und MSD, Hersteller von Enalapril und von Lisinopril, Perindopril als ein Konkurrenzzeugnis für ihr eigenes Arzneimittel betrachteten. Unter anderem aus den von Sanofi-Aventis vorgelegten Dokumenten, nämlich Darstellungen des polnischen Marktes und den Geschäftsplänen für die Jahre 2008-2009, geht hervor, dass Perindopril und Enalapril nach Ansicht dieses Unternehmens der erste und der zweite Rivale von Ramipril waren und dass Letzteres allgemein die beste Markenwahrnehmung genoss.

**1552** Ferner legt der Inhalt der Akten nahe, dass die Werbung der anderen ACE-Hemmer eine signifikante Auswirkung auf den Absatz von Perindopril haben konnte.

**1553** Die internen Strategiepapiere von Servier und die Dokumente betreffend die Werbung für die anderen ACE-Hemmer zeigen, dass diese als die Besten in dieser Arzneimittelklasse oder sogar als den anderen ACE-Hemmern überlegen dargestellt wurden. Bestimmte Werbepläne zielten direkt auf das Perindopril von Servier.

**1554** Der von der Werbung für die Sartane ausgehende starke Druck zusammen mit dem Rückgang der Werbung für die ACE-Hemmer wird zwar in den internen Dokumenten von Servier als eine Bedrohung dargestellt, doch wird die Werbung für Ramipril als eine Bedrohung für Perindopril dargestellt, während der Rückgang dieser Werbung als günstig wahrgenommen wird. In den internen Dokumenten von Servier wird darauf hingewiesen, dass die Werbung für Ramipril auf die HOPE-Studie gestützt werde, die als ein wichtiges Ereignis des Jahres 2001 dargestellt wird, das Ramipril ein starkes Wachstum und neue Indikationen verschafft habe. In den Strategiepapieren von Servier heißt es, dass die Ergebnisse der HOPE-Studie und die Positionierung von Ramipril sich stark auf den Absatz von Coversyl (4 mg) von Servier ausgewirkt hätten.

**1555**Aus den Akten, u. a. den im angefochtenen Beschluss enthaltenen Angaben von IMS Health und der Antwort von Sanofi-Aventis auf das Auskunftsverlangen der Kommission, geht hervor, dass die Werbeausgaben der anderen Hersteller von ACE-Hemmern zu bestimmten Zeiten hoch waren, u. a. diejenigen für Ramipril in den Niederlanden und im Vereinigten Königreich bis 2003 oder in Frankreich bis Anfang 2006.

**1556**Folglich zeigen die Akten, namentlich die internen Strategiepapiere von Servier und die Antworten der anderen Hersteller von ACE-Hemmern, dass die Werbeaktivitäten für die anderen ACE-Hemmer eine signifikante Auswirkung auf den Absatz von Servier haben konnten.

**1557**Als Viertes steht auch die Höhe der Ausgaben von Servier für Werbung im Einklang damit, dass der Wettbewerb durch Werbung eine Quelle von Wettbewerbsdruck im Verhältnis der ACE-Hemmer zueinander sein konnte, ohne dass dies durch die behauptete Stabilität dieser Werbeausgaben in Frage gestellt wird.

**1558**Die Höhe der Werbeausgaben, die nicht bestritten wird, geht u. a. aus den Daten zu den hauptsächlichen Ausgabenposten hervor, die zu den Gesamtkosten der Perindopril-Varianten beigetragen haben. Diese Ausgaben waren namentlich in Frankreich, in den Niederlanden und im Vereinigten Königreich hoch, wie den im angefochtenen Beschluss enthaltenen Angaben von IMS Health zu entnehmen ist. Beispielsweise gab Servier im Jahr 2000 in Frankreich 70 bis 80 Mio. Euro für Werbung für Perindopril aus, während sich der mit diesem Erzeugnis erzielte Gesamtumsatz auf 180 bis 200 Mio. Euro belief. 2004 erreichten die Werbeausgaben in diesem Land 100 bis 120 Mio. Euro, also etwa ein Drittel des Gesamtumsatzes mit diesem Erzeugnis (300 bis 350 Mio. Euro).

**1559**Dem ist hinzuzufügen, dass der Umstand, dass die Rentabilität von Perindopril trotz der Höhe der Werbeausgaben von Servier für dieses Erzeugnis im Untersuchungszeitraum hoch blieb, nicht bedeutet, dass Perindopril keinem signifikanten Wettbewerbsdruck durch die anderen ACE-Hemmer ausgesetzt war. Im Übrigen stellt zwar die Kommission in den Rn. 2369 bis 2371 des angefochtenen Beschlusses das hohe allgemeine Rentabilitätsniveau von Perindopril fest, zieht aber daraus nicht die Konsequenzen im Rahmen der Abgrenzung des relevanten Marktes und stützt sich nicht auf diese Rentabilität für ihren in den Rn. 2403 bis 2546 des angefochtenen Beschlusses gezogenen Schluss, dass der relevante Produktmarkt auf das originale und das generische Perindopril begrenzt sei.

**1560**In den internen Strategiepapieren von Servier wird der Zusammenhang zwischen dem Wettbewerbsumfeld und den Werbeausgaben von Servier betont und ausgeführt, dass das Wettbewerbsumfeld sehr erhebliche Werbeaktivitäten erfordere, bei denen der Arztbesuch an erster Stelle stehe. Diese Dokumenten bringen den Willen von Servier zum Ausdruck, neue Kunden zulasten anderer Antihypertensiva, namentlich der ACE-Hemmer, zu gewinnen, und erwähnen die Schwierigkeit für Servier, angesichts der finanziellen und personellen Investitionen der anderen Hersteller von Antihypertensiva bei den Allgemeinärzten präsent zu sein.

**1561**Die Kommission macht geltend, die Stabilität der Werbeausgaben von Servier im Untersuchungszeitraum lege nahe, dass die Werbung für Perindopril weitgehend unabhängig gewesen sei und es keinen starken Wettbewerbsdruck gegeben habe.

**1562**Aus den Akten, insbesondere den Daten der IMS-Health-Studie, geht jedoch nicht hervor, dass die Werbeausgaben von Servier stabil waren, da das Ausgabenniveau im



Untersuchungszeitraum in signifikantem Umfang geschwankt hat. Im Übrigen bedeutet Stabilität der Werbeausgaben, sollte sie nachgewiesen sein, nicht notwendig das Fehlen eines signifikanten Wettbewerbsdrucks durch die anderen ACE-Hemmer. Die Beibehaltung eines so hohen Ausgabenniveaus kann vom Willen des Unternehmens zeugen, seinen Absatz gegenüber Arzneimitteln zu wahren, die in therapeutischer Hinsicht Substitutionsprodukte sind und von denen ein signifikanter Wettbewerbsdruck auf Perindopril ausgeht. Die Kommission erläutert nicht, warum ein Wirtschaftsteilnehmer in beherrschender Stellung wie Servier es ohne signifikanten Wettbewerbsdruck nötig haben soll, während eines so langen Zeitraums einen derartigen Teil seines Gesamtumsatzes für Werbeausgaben zu verwenden.

**1563**Auch der Rückgang der Werbeaktivitäten von Servier zum Zeitpunkt der Markteinführung der Generika weist nicht auf das Fehlen eines signifikanten Wettbewerbsdrucks vor diesem Zeitpunkt hin. So wie ein Hersteller sich von Werbeaktivitäten abhalten lassen kann, wenn er nicht mit Ergebnissen daraus rechnet, kann ihn die Aussicht auf Ergebnisse zu Investitionen in die Werbung für sein Erzeugnis veranlassen. Es ist aber möglich, dass Servier vor dem Markteintritt des Generikums berechnete Erwartungen haben konnte, dass sich ihre Investition in Werbung auszahlen würde. Vor dem Markteintritt der Generika konnte für Servier Veranlassung bestehen, in einem u. a. durch das Fehlen von Heterogenität der Arzneimittel dieser Klasse bedingten Kontext von Wettbewerb zwischen ACE-Hemmern Werbeaktivitäten zu entfalten.

**1564**Folglich weisen die Werbeausgaben von Servier im Untersuchungszeitraum nicht darauf hin, dass Servier keinem signifikanten Wettbewerbsdruck seitens der anderen ACE-Hemmer ausgesetzt war.

**1565**Aus dem Vorstehenden folgt somit, dass die Kommission bei ihrer Analyse der Wettbewerbsbeziehungen zwischen Perindopril und den anderen ACE-Hemmern die Werbeaktivitäten der pharmazeutischen Unternehmen und deren Bedeutung nicht gebührend berücksichtigt hat.

**1566**Aus der Gesamtheit der in den vorstehenden Rn. 1418 bis 1565 dargelegten Erwägungen ergibt sich, dass die zweite von den Klägerinnen erhobene Rüge begründet ist.

4) Zum zweiten Teil der ersten Rüge, mit dem geltend gemacht wird, dass dem Kriterium des Preises bei der Marktanalyse zu große Bedeutung beigemessen worden sei, und zur dritten, hilfsweise erhobenen Rüge, dass die ökonometrische Analyse der Kommission fehlerhaft sei

**1567**In den Rn. 2460 bis 2495 des angefochtenen Beschlusses hat die Kommission zur Abgrenzung des relevanten Produktmarkts die „natürlichen“ Geschehnisse auf den Märkten Frankreichs, der Niederlande, Polens und des Vereinigten Königreichs untersucht.

**1568**Die Kommission hat ausgeführt, wenn zwei Erzeugnisse enge Substitutionsgüter seien, werde eine erhebliche Preissenkung bei dem einen zu einem Umsatzrückgang bei dem anderen führen. Sie hat die Auswirkung einer Preissenkung bei den anderen Antihypertensiva auf den Absatz von Perindopril zunächst anhand einer bildlichen Darstellung der Daten und sodann mittels einer ökonometrischen Berechnung beurteilt. Dafür hat sie insbesondere die Auswirkung des Markteintritts der Perindopril-Generika auf den Perindopril-Absatz mit der Auswirkung des Markteintritts von Generika anderer ACE-

Hemmer auf diese verglichen. Der Kommission zufolge zeigt der Umstand, dass der Absatz von Perindopril durch den Markteintritt der Generika anderer ACE-Hemmer weniger beeinträchtigt wurde als durch den der Perindopril-Generika, dass von den ACE-Hemmern kein signifikanter Preisdruck auf Perindopril ausgegangen sei (Rn. 2494 des angefochtenen Beschlusses).

**1569**Zum Abschluss ihrer Analyse des natürlichen Geschehens hat die Kommission befunden, dass Perindopril - mit Ausnahme des von dem Perindopril-Generikum ausgehenden Drucks - keinem erheblichen Preisdruck seitens anderer Erzeugnisse, namentlich der anderen ACE-Hemmer, ausgesetzt gewesen sei. Die Preissenkungen bei den anderen ACE-Hemmern hätten keine signifikante negative Auswirkung auf den Absatz von und den Umsatz mit Perindopril gehabt.

**1570**Mit dem zweiten Teil der ersten Rüge machen die Klägerinnen geltend, die Kommission habe dem Faktor Preis in ihrer Analyse des relevanten Produktmarkts zu große Bedeutung beigemessen. Hilfsweise machen sie mit ihrer dritten Rüge geltend, dass die ökonomische Analyse der Kommission fehlerhaft sei.

**1571**Als Erstes verlieren, wie bereits in den Rn. 1385 bis 1404 vorab dargelegt, nach der Rechtsprechung die preisrelevanten Faktoren durch die Besonderheiten, die die Wettbewerbsmechanismen im Arzneimittelsektor kennzeichnen, nicht ihre Relevanz für die Beurteilung des Wettbewerbsdrucks, sie sind jedoch in ihrem eigenen Kontext zu bewerten (Urteil vom 1. Juli 2010, AstraZeneca/Kommission, [T-321/05](#), [ECLI:EU:T:2010:266](#), Rn. 183).

**1572**Im vorliegenden Fall konnte die Kommission daher zur Definition des relevanten Marktes prüfen, ob Perindopril einem signifikanten Wettbewerbsdruck aufgrund der relativen Preisschwankungen bei den anderen ACE-Hemmern ausgesetzt war, und die Ergebnisse dieser Prüfung berücksichtigen.

**1573**Aus ihrer Analyse der Preisschwankungen bei den anderen ACE-Hemmern hat die Kommission abgeleitet, dass Perindopril keinem sich daraus ergebenden erheblichen Wettbewerbsdruck ausgesetzt gewesen sei. Die geringe Empfindlichkeit von Perindopril gegenüber Preisschwankungen bei den anderen ACE-Hemmern gehe aus den Akten, u. a. den internen Dokumenten von Servier oder der von der Kommission unter den verschreibenden Ärzten durchgeführten Umfrage, hervor. Diese Schlussfolgerung wird als solche von den Klägerinnen nicht bestritten. Die Klägerinnen selbst führen aus, dass die Ärzte im Allgemeinen nicht sehr preissensibel seien, dass ihre Entscheidungen in erster Linie durch die therapeutische Eignung und Wirksamkeit der verschiedenen Arzneimittel statt durch deren Preis geleitet seien und dass der Wettbewerb zwischen den pharmazeutischen Unternehmen vorwiegend auf anderen Ebenen als der des Preises, wie etwa bei Innovation, Produktqualität und Verkaufsförderung, stattfinde.

**1574**Wie jedoch die Klägerinnen zu Recht geltend machen, lässt die Analyse des natürlichen Geschehens, wie sie die Kommission vorgenommen hat, d. h. aus der Sicht der Preisschwankungen, nicht den Schluss auf das Fehlen von Wettbewerbsdruck qualitativer und außerpreislicher Art zu.

**1575**Wie nämlich oben in den Rn. 1395 und 1397 dargelegt worden ist, können die Freiheit der Ärzte, zwischen den auf dem Markt verfügbaren Originalpräparaten oder zwischen den Originalpräparaten und den generischen Versionen anderer Moleküle zu wählen, und das vorrangige Augenmerk der verschreibenden Ärzte auf die

therapeutischen Aspekte gegebenenfalls dazu führen, dass signifikanter Wettbewerbsdruck qualitativer und außerpreislicher Art außerhalb der gewöhnlichen Preisdruckmechanismen entsteht. Ein solcher Druck kann sowohl dann bestehen, wenn sich die therapeutischen Eigenschaften eines Arzneimittels als denen der anderen Arzneimittel, die für die Behandlung derselben Krankheit zur Verfügung stehen, klar überlegen erweisen, als auch dann, wenn die verfügbaren Arzneimittel von den verschreibenden Ärzten als gleichwertig anerkannt oder angesehen werden.

**1576**Haben die verschreibenden Ärzte für die Behandlung derselben Krankheit die Wahl zwischen Arzneimitteln, von denen keines als den anderen überlegen anerkannt ist oder angesehen wird, u. a., weil ihre Wirkungsweise gleich ist oder weil sie sich anhand ihres therapeutischen Nutzens oder ihrer unerwünschten Nebenwirkungen nicht unterscheiden lassen, beruht die Analyse des Wettbewerbs zwischen diesen Arzneimitteln zu einem großen Teil auch auf einem Qualitätsvergleich. Die Wahl eines Arztes hängt im Allgemeinen nicht zunächst von den jeweiligen Kosten dieser Behandlungen, sondern vom Grad ihrer therapeutischen Differenzierung, von ihrer Angemessenheit im Verhältnis zum Profil des Patienten, von der bei dem Arzt bestehenden Kenntnis der verschiedenen Arzneimittel oder von dessen persönlicher Erfahrung und der seiner Patienten ab.

**1577**Zudem konnte, wie aus dem Ergebnis der Prüfung der zweiten Rüge hervorgeht, Perindopril wegen des Fehlens einer signifikanten Differenzierung in therapeutischer Hinsicht zwischen diesem Arzneimittel und den anderen ACE-Hemmern einem Wettbewerbsdruck qualitativer und außerpreislicher Art ausgesetzt sein, den die Kommission gebührend hätte berücksichtigen müssen. Dieser Wettbewerbsdruck, der u. a. von den Werbemaßnahmen der Hersteller anderer ACE-Hemmer ausgehen konnte, betraf sowohl Neupatienten als auch die Patienten, die bereits mit einer Perindopril-Behandlung begonnen hatten.

**1578**Die geringe Empfindlichkeit von Perindopril gegenüber Preisschwankungen bei den anderen ACE-Hemmern bedeutet daher nicht notwendig, dass dieses Arzneimittel keinem signifikanten Wettbewerbsdruck seitens dieser anderen Arzneimittel ausgesetzt war. Aus diesem Umstand lässt sich nicht ableiten, dass Perindopril einem signifikanten Wettbewerbsdruck entzogen war, der, wie die Klägerinnen geltend machen, auf anderen Ebenen als der des Preises, wie etwa bei Innovation, Produktqualität und Verkaufsförderung, stattfand. Die Kommission selbst weist in Rn. 2543 des angefochtenen Beschlusses darauf hin, dass wirtschaftliche Substituierbarkeit vorliegen kann, wenn durch Veränderungen anderer wichtiger wirtschaftlicher Variablen als des Preises ein erheblicher Teil des Absatzes eines Erzeugnisses zu einem anderen verlagert wird.

**1579**Folglich lässt der Umstand, dass der Absatz und die Preise von Perindopril erst nach der Markteinführung des Perindopril-Generikums zurückgegangen sind und beim Eintritt den Preis anderer Moleküle betreffender natürlicher Geschehnisse stabil geblieben sind oder weniger betroffen waren, nicht den Schluss zu, dass es bis zum Markteintritt der Perindopril-Generika keinen Wettbewerbsdruck gab.

**1580**Als Zweites ergibt sich aus den Akten, dass die Kommission, wie die Klägerinnen zu Recht hervorheben, dem Faktor Preis bei der Definition des relevanten Produktmarkts zu große Bedeutung beigemessen hat, indem sie aus der Analyse des natürlichen Geschehens das Fehlen eines signifikanten Wettbewerbsdrucks auf Perindopril seitens der ACE-Hemmer abgeleitet hat.

**1581**Wie sich nämlich aus den Akten ergibt, war der Faktor Preis in der Analyse der Kommission entscheidend dafür, die anderen ACE-Hemmer vom relevanten Markt auszunehmen. Nach dem Wortlaut des angefochtenen Beschlusses selbst hat sich die Kommission im Wesentlichen auf die Analyse des natürlichen Preisgeschehens gestützt, um ACE-Hemmer wie Ramipril, Enalapril oder Lisinopril, die Servier als ihre nächsten Konkurrenzzeugnisse bezeichnete, vom relevanten Markt auszunehmen. Die Kommission hat z. B. in Rn. 2460 und in Fn. 3245 des angefochtenen Beschlusses die Bedeutung der Ergebnisse ihrer ökonomischen Analyse hervorgehoben, die der Feststellung gedient habe, ob der Preisrückgang bei bestimmten Arzneimitteln der Klasse der ACE-Hemmer in der Folge der Markteinführung ihrer Generika sich auf den Absatz von Perindopril ausgewirkt habe oder nicht. Im angefochtenen Beschluss hat sie mehrfach, u. a. in den Rn. 2527 und 2534, ausgeführt, dass das Fehlen von Preisdruck, das sich aus dem Regelungsrahmen ergebe und durch die Analyse des natürlichen Geschehens gezeigt worden sei, den Schluss zulasse, dass von keinem anderen Molekül ein signifikanter Wettbewerbsdruck auf Perindopril ausgegangen sei. In Rn. 2546 des angefochtenen Beschlusses heißt es, der Umstand, dass der von den Generika ausgehende Preisdruck bei Weitem jeden potenziellen anderen Wettbewerbsdruck auf Perindopril überwogen habe, führe auf natürliche Weise zur Definition eines beschränkten Marktes, der nur das in Rede stehende Arzneimittel umfasse.

**1582**Die Bedeutung der Analyse des die Preisschwankungen betreffenden natürlichen Geschehens für die von der Kommission zugrunde gelegte Marktdefinition wird im Übrigen durch die Klagebeantwortung der Kommission bestätigt, in der es heißt, dass diese Analyse für die vier betreffenden Mitgliedstaaten zeige, dass die Klägerinnen keinem signifikanten Wettbewerbsdruck seitens der Hersteller anderer ACE-Hemmer ausgesetzt gewesen seien. Zu Polen wird in der Klagebeantwortung dargelegt, die Analyse des natürlichen Geschehens zeige, dass von den anderen Arzneimitteln derselben Klasse kein Wettbewerbsdruck auf Perindopril ausgegangen sei.

**1583**In der Sitzung hat die Kommission noch ausgeführt, die Feststellung, dass der Absatz von Perindopril beim Markteintritt der generischen Versionen der anderen ACE-Hemmer, die wesentlich billiger als Perindopril seien, nicht zurückgegangen sei, sei für ihre Analyse zentral und erlaube den Schluss auf das Fehlen eines signifikanten Wettbewerbsdrucks durch die anderen ACE-Hemmer.

**1584**Indem sie so den Ergebnissen ihrer im Wesentlichen auf die Auswirkung der Preisschwankungen gestützten Analyse des natürlichen Geschehens eine entscheidende Bedeutung beigemessen hat, hat die Kommission nicht in vollem Umfang den besonderen Kontext des Arzneimittelsektors berücksichtigt und den Faktoren, anhand deren das Bestehen von Wettbewerbsdruck qualitativer oder außerpreislicher Art festgestellt werden kann, keine hinreichende Aufmerksamkeit gewidmet.

**1585**Unter diesen Umständen ist dem zweiten Teil der ersten von Servier erhobenen Rüge zu folgen, mit dem beanstandet wird, dass die Kommission den Entwicklungen der relativen Preise der Arzneimittel zu große Bedeutung beigemessen habe. Die Kommission konnte aus der Analyse des natürlichen Geschehens und der geringen Empfindlichkeit von Perindopril gegenüber den Preisschwankungen der anderen ACE-Hemmer nicht ableiten, dass von anderen Erzeugnissen mit Ausnahme des generischen Perindopriils kein Wettbewerbsdruck irgendeiner Art auf Servier ausging.

**1586** Da der zweite Teil der ersten Rüge, die die Analyse der Preise betrifft und von den Klägerinnen in erster Linie erhoben wird, durchgreift, ist auf die dritte Rüge nicht einzugehen, mit der die Klägerinnen hilfsweise geltend machen, dass die von der Kommission vorgenommene ökonomische Analyse der Preise methodisch fehlerhaft sei.

#### 5) Ergebnis

**1587** Vorab ist darauf hinzuweisen, dass sich, wie oben in den Rn. 1373 bis 1375 dargelegt worden ist, die in Art. 263 AEUV vorgesehene Rechtmäßigkeitskontrolle insoweit auf sämtliche Bestandteile der Beschlüsse der Kommission in Verfahren nach den Art. 101 und 102 AEUV erstreckt, deren eingehende rechtliche und tatsächliche Kontrolle auf der Grundlage der von den Klägern geltend gemachten Klagegründe und unter Berücksichtigung aller von diesen vorgebrachten Umstände das Gericht sicherstellt (Urteil vom 21. Januar 2016, Galp Energía España u. a./Kommission, C-603/13 P, ECLI:EU:C:2016:38, Rn. 72).

**1588** Auch wenn der Kommission in Bereichen, in denen komplexe wirtschaftliche Beurteilungen erforderlich sind, in Wirtschaftsfragen ein Wertungsspielraum zusteht, bedeutet dies nicht, dass der Unionsrichter eine Kontrolle der Auslegung von Wirtschaftsdaten durch die Kommission zu unterlassen hat. Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs muss der Unionsrichter nämlich nicht nur die sachliche Richtigkeit der angeführten Beweise, ihre Zuverlässigkeit und ihre Kohärenz prüfen, sondern auch kontrollieren, ob diese Beweise alle relevanten Daten darstellen, die bei der Beurteilung einer komplexen Situation heranzuziehen waren (Urteile vom 15. Februar 2005, Kommission/Tetra Laval, C-12/03 P, ECLI:EU:C:2005:87, Rn. 39, vom 8. Dezember 2011, Chalkor/Kommission, C-386/10 P, ECLI:EU:C:2011:815, Rn. 54, und vom 10. Juli 2014, Telefónica und Telefónica de España/Kommission, C-295/12 P, ECLI:EU:C:2014:2062, Rn. 54). Wenn die Kommission zur Einstufung einer Praxis nach Art. 102 AEUV einer ökonomischen Analyse der Frage, ob ein Rabatt einen ebenso effizienten Wettbewerber vom Markt hätte verdrängen können (AEC-Test), tatsächliche Bedeutung beimisst, hat der Unionsrichter das gesamte Vorbringen des mit einer Sanktion belegten Unternehmens zu diesem Test zu prüfen (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 6. September 2017, Intel/Kommission, C-413/14 P, ECLI:EU:C:2017:632, Rn. 141 bis 144).

**1589** Im vorliegenden Fall ist als Ergebnis der Gesamtprüfung der Gesichtspunkte, auf die die Kommission ihre Beurteilung und die Prüfung der von den Klägerinnen geltend gemachten Rügen gestützt hat, festzustellen, dass der Kommission bei der Analyse der Definition des relevanten Marktes eine Reihe von Fehlern unterlaufen ist. Denn die Kommission hat

- hinsichtlich des therapeutischen Gebrauchs zu Unrecht befunden, dass die ACE-Hemmer eine heterogene Klasse von Arzneimitteln bildeten und dass Perindopril innerhalb dieser Arzneimittelklasse besondere Eigenschaften aufweise;
- zu Unrecht geschlossen, dass ein Mechanismus der „Unbeweglichkeit“ der Ärzte den für Neupatienten von den anderen ACE-Hemmern ausgehenden Wettbewerbsdruck signifikant beschränkt habe;
- die Neigung der mit Perindopril behandelten Patienten zu einem Behandlungswechsel unterschätzt;

- die Werbeaktivitäten der pharmazeutischen Unternehmen und ihre Bedeutung für die Analyse der Wettbewerbsbeziehungen nicht gebührend in Betracht gezogen;

- die besonderen Merkmale des Wettbewerbs im Arzneimittelsektor verkannt, indem sie aus einer im Wesentlichen auf die Preisschwankungen gestützten Analyse des natürlichen Geschehens abgeleitet hat, dass Perindopril keinem signifikanten Wettbewerbsdruck seitens der anderen ACE-Hemmer ausgesetzt gewesen sei.

**1590**Auf eine mit den vorstehend benannten Fehlern behaftete Analyse gestützt hat die Kommission den relevanten Markt auf das Molekül von Perindopril beschränkt, obwohl aus den Akten hervorgeht, dass von den anderen ACE-Hemmern auf Perindopril ein signifikanter Wettbewerbsdruck außerpreislicher Art ausgehen konnte. Unter diesen Umständen ist festzustellen, dass die von der Kommission begangenen Fehler das Ergebnis ihrer Analyse fehlerhaft machen.

**1591**Somit ist zum Abschluss einer Würdigung, die das Gericht unter Beachtung der oben in den Rn. 1587 und 1588 dargelegten Grenzen der richterlichen Kontrolle vornimmt, festzustellen, dass nicht nachgewiesen ist, dass der relevante Produktmarkt auf das originale und das generische Perindopril begrenzt ist.

**1592**Nach alledem greift der vierzehnte Klagegrund durch, mit dem die Definition des Marktes für die Endprodukte als der Markt für originales und generisches Perindopril beanstandet wird.

13. Zu den Beurteilungsfehlern betreffend das Bestehen einer beherrschenden Stellung auf dem Markt für die Endprodukte

a) Vorbringen der Parteien (nicht wiedergegeben)

b) Würdigung durch das Gericht

**1595**Nach ständiger Rechtsprechung ist eine beherrschende Stellung im Sinne von Art. 102 AEUV eine wirtschaftliche Machtstellung eines Unternehmens, die es in die Lage versetzt, die Aufrechterhaltung eines wirksamen Wettbewerbs auf dem relevanten Markt zu verhindern, indem sie ihm die Möglichkeit verschafft, sich seinen Konkurrenten, seinen Kunden und letztlich den Verbrauchern gegenüber in nennenswertem Umfang unabhängig zu verhalten (Urteile vom 14. Februar 1978, *United Brands und United Brands* *Continental/Kommission*, 27/76, [ECLI:EU:C:1978:22](#), Rn. 65, und vom 13. Februar 1979, *Hoffmann-La Roche/Kommission*, 85/76, [ECLI:EU:C:1979:36](#), Rn. 38).

**1596**Im vorliegenden Fall hat die Kommission in Rn. 2593 des angefochtenen Beschlusses befunden, dass Servier auf dem Markt für originales und generisches Perindopril im Vereinigten Königreich von Januar 2000 bis Juni 2007, in den Niederlanden von Januar 2000 bis Dezember 2007, in Frankreich von Januar 2000 bis Dezember 2009 und in Polen von Januar 2000 bis Dezember 2009 eine beherrschende Stellung im Sinne von Art. 102 AEUV innegehabt habe.

**1597**Für den Befund, dass Servier auf dem Markt für originales und generisches Perindopril eine beherrschende Stellung innegehabt habe, hat sich Kommission auf deren Marktanteile auf diesem Markt, auf das Bestehen von Markteintrittsschranken, auf das Vorliegen erheblicher ökonomischer Renten und auf das Fehlen einer von den öffentlichen Stellen ausgeübten Nachfragemacht gestützt. In den Rn. 2594 bis 2600 des angefochtenen Beschlusses heißt es außerdem, unabhängig von der zugrunde gelegten Marktdefinition spiegelten belastbare Beweise, nämlich das Vorliegen erheblicher ökonomischer Renten, die Marktmacht von Servier wider.

**1598**Die Klägerinnen stellen das Bestehen einer beherrschenden Stellung in Abrede und machen insbesondere geltend, der Produktmarkt sei nicht auf originales und generisches Perindopril begrenzt.

**1599**Da die Marktdefinition, wie als Ergebnis der Prüfung des vorangegangenen Klagegrundes festgestellt worden ist, wegen der Begrenzung des Produktmarkts auf originales und generisches Perindopril fehlerhaft war, ist folglich auch die Prüfung der wirtschaftlichen Macht von Servier auf dem Markt mit einem Fehler behaftet.

**1600**Darüber hinaus weist das Gericht darauf hin, dass die Erfüllung von mindestens zwei der wesentlichen Kriterien für die Beurteilung der wirtschaftlichen Macht von Servier, nämlich die Marktanteile und das Vorliegen erheblicher ökonomischer Renten, durch die fehlerhafte Abgrenzung des relevanten Marktes in Frage gestellt wird.

**1601**Zu den Marktanteilen hat die Kommission in Rn. 2561 des angefochtenen Beschlusses ausgeführt, dass bescheidene Marktanteile im Allgemeinen gegen eine starke Marktmacht sprächen. Marktanteile von über 50% stellten äußerst bedeutende Anteile dar und seien als solche, von außergewöhnlichen Umständen abgesehen, ein Beweis für das Bestehen einer beherrschenden Stellung, während Marktanteile von 70% bis 80% ein klares Indiz für eine beherrschende Stellung seien.

**1602**In den Rn. 2563 bis 2567 des angefochtenen Beschlusses hat die Kommission festgestellt, dass Servier äußerst hohe Marktanteile auf dem relevanten Markt (u. a. von 2000 bis 2005 einen Marktanteil von 90% bis 100% in Frankreich, in Polen und im Vereinigten Königreich) innegehabt habe, jedenfalls stets über 50%, selbst wenn man die Rolle der Parallelimporteure in den Niederlanden berücksichtige.

**1603**Da die Kommission den relevanten Produktmarkt fehlerhaft auf das originale und das generische Perindopril begrenzt hat, ist die von der Kommission vorgenommene Berechnung der Marktanteile zwangsläufig fehlerhaft.

**1604**Das Gericht weist darauf hin, dass nicht bestritten ist, dass bei einer Definition des relevanten Marktes auf der Ebene sämtlicher ACE-Hemmer und nicht auf der Ebene des Moleküls von Perindopril durch die Kommission der durchschnittliche Marktanteil von Servier in den vier von der Kommission untersuchten Mitgliedstaaten unter 25% und damit unter der Marktanteilsschwelle gelegen hätte, die nach dem angefochtenen Beschluss ein Indiz für das Bestehen einer beherrschenden Stellung ist.

**1605**Die Kommission hat in dieser Hinsicht im angefochtenen Beschluss ausgeführt, dass die Berechnung der Marktanteile von Servier bei den ACE-Hemmern nicht auf dem Umsatz, sondern auf dem Volumen der Verkäufe, ausgedrückt in definierten Tagesdosen, beruhe, was zu einer Überschätzung des Umsatzes von Ramipril führe. Abgesehen davon, dass die Kommission keine alternative Analyse der relativen Verkäufe der verschiedenen ACE-Hemmer vorlegt, geht aber aus den Rn. 1494 und 1498 des vorliegenden Urteils hervor, dass Perindopril im Januar 2000 in allen betroffenen Ländern über eine wesentlich schmalere Patientenbasis verfügte als andere ACE-Hemmer wie Ramipril, Enalapril oder Lisinopril. Welcher räumliche Markt auch betrachtet wird, im Zeitraum der vom angefochtenen Beschluss erfassten Praktiken nahm das Perindopril von Servier beim Absatz von Tabletten und Kapseln nie eine führende Stellung unter den ACE-Hemmern ein.

**1606**Die ökonomischen Renten für Servier waren nach Ansicht der Kommission erheblich. Sie hat diese als besonders hohe und dauerhafte Gewinne im Vergleich zu solchen

definiert, die auf einem Wettbewerbsmarkt für die in Rede stehenden Erzeugnisse erzielt würden. Die Servier vor dem Markteintritt der Generika zugeflossenen Renten hat die Kommission in der Weise berechnet, dass sie den Unterschied zwischen den Preisen vor und nach dem Markteintritt der Generika mit dem Absatz des Hersteller des Originalpräparats multipliziert hat. Diese Überlegung beruht jedoch auf der Prämisse, dass der Markt auf das originale und das generische Perindopril begrenzt sei und daher vor dem Markteintritt des generischen Perindopriels kein Wettbewerbsmarkt bestanden habe. Da die Kommission nicht dargetan hat, dass der Markt auf das originale und das generische Perindopril begrenzt war, konnte sie nicht auf der Grundlage einer solchen Berechnung die ökonomischen Renten von Servier veranschlagen. Unter diesen Umständen ist das Vorliegen erheblicher ökonomischer Renten von Servier nicht dargetan.

**1607**Somit wird die von der Kommission vorgenommene Beurteilung zweier für ihre Überlegungen wesentlicher Elemente, nämlich der Marktanteile und des Vorliegens ökonomischer Renten, durch die fehlerhafte Abgrenzung des Marktes in Frage gestellt. Folglich konnte, ohne dass das Bestehen von Markteintrittsschranken und die Nachfragemacht der öffentlichen Stellen zu prüfen sind, die Kommission jedenfalls mit der von ihr gewählten Begründung nicht befinden, dass Servier eine beherrschende Stellung innegehabt habe und in der Lage gewesen sei, sich ihren Konkurrenten, ihren Kunden und den Verbrauchern gegenüber in nennenswertem Umfang unabhängig zu verhalten.

**1608**Mithin greift der vorliegende Klagegrund, mit dem das Fehlen einer beherrschenden Stellung auf dem Markt für die Endprodukte geltend gemacht wird, durch.

14. Zu den Rechts- und Beurteilungsfehlern betreffend das Bestehen einer beherrschenden Stellung auf dem Markt für die Technologie

a) Vorbringen der Parteien (nicht wiedergegeben)

b) Würdigung durch das Gericht

**1611**Die Kommission hat in den Rn. 2667 und 2758 des angefochtenen Beschlusses ausgeführt, der relevante Technologiemarkt sei auf die Technologie zur Herstellung des pharmazeutischen Wirkstoffs von Perindopril begrenzt, auf dem Servier eine beherrschende Stellung im Sinne von Art. 102 AEUV innegehabt habe.

**1612**Die Klägerinnen treten dem entgegen und machen u. a. geltend, die von der Kommission bei der Definition des Marktes für die Endprodukte begangenen Fehler machten auch die Definition des Marktes für die Technologie und die Analyse der Stellung von Servier auf diesem Markt fehlerhaft.

**1613**Das Gericht hat die Parteien in der Sitzung gefragt, welche Folgen es für die Rechtmäßigkeit des angefochtenen Beschlusses, soweit dieser auf Art. 102 AEUV gestützt ist, hätte, wenn der Klagegrund der fehlerhaften Definition des Marktes für die Endprodukte durchgriffe.

**1614**Nach Ansicht der Kommission würde ein eventueller Fehler in der Abgrenzung des Marktes für die Endprodukte die beherrschende Stellung von Servier auf dem Markt für die Technologie nicht in Frage stellen. Der Nachweis der beherrschenden Stellung von Servier beruhe auf der Würdigung einer Gesamtheit relevanter Kriterien, insbesondere der Nachfrage nach dem pharmazeutischen Wirkstoff von Perindopril, die nicht von der Definition des Marktes für die Endprodukte abhängt.



**1615** Was die Abgrenzung des Marktes für die Technologie betrifft, geht aus dem angefochtenen Beschluss hervor, dass die Kommission sich für den Schluss, dass der relevante Technologiemarkt der Markt für die Technologie zur Herstellung des pharmazeutischen Wirkstoffs von Perindopril sei, u. a. darauf gestützt hat, dass der Markt für die Endprodukte, der vertikal mit dem Markt für die Technologie verbunden sei, auf das originale und das generische Perindopril begrenzt sei. Demgemäß leite sich die Nachfrage nach der Technologie zur Herstellung des pharmazeutischen Wirkstoffs von der nach dem Endprodukt Perindopril ab (Rn. 2648 bis 2651 des angefochtenen Beschlusses). Damit hat die Kommission ihre fehlerhafte Abgrenzung des Marktes für die Endprodukte im Rahmen ihrer Analyse des Marktes für die Technologie herangezogen, insbesondere bezüglich der Beurteilung der Nachfrage auf dem letztgenannten Markt.

**1616** Gleichwohl hat die Kommission, wie sie geltend macht, im Rahmen ihrer Analyse des Marktes für die Technologie auch andere Faktoren für die Abgrenzung dieses Marktes herangezogen, wie eine Analyse der Substituierbarkeit auf der Angebotsseite (Rn. 2657 ff. des angefochtenen Beschlusses).

**1617** Im vorliegenden Fall bedarf es jedoch keiner Entscheidung darüber, ob der Markt für die Technologie fehlerhaft abgegrenzt worden ist, um den Klagegrund zu würdigen, die Kommission habe das Bestehen einer beherrschenden Stellung von Servier auf diesem Markt fehlerhaft beurteilt.

**1618** Wie sich nämlich aus den Rn. 2668 und 2669 des angefochtenen Beschlusses ergibt, war die Kommission der Ansicht, dass Servier auf dem Markt für die Technologie eine beherrschende Stellung innegehabt habe, weil sich diese Stellung auf dem Markt für die Endprodukte gezeigt habe.

**1619** Die Kommission hat insbesondere die Stellung von Servier auf dem Markt für die Technologie zur Herstellung des pharmazeutischen Wirkstoffs beurteilt, indem sie sich in den Rn. 2735 ff. des angefochtenen Beschlusses auf die Marktanteile von Servier auf dem Markt für die Endprodukte gestützt hat. In Rn. 2738 des angefochtenen Beschlusses hat die Kommission ausdrücklich darauf hingewiesen, dass die Marktstellung einer bestimmten Technologie zur Herstellung eines pharmazeutischen Wirkstoffs grundlegend davon abhängt, ob das fertige Arzneimittel erfolgreich auf den Markt gebracht werden könne oder nicht. So hat sie in den Rn. 2743, 2746, 2751 und 2755 des angefochtenen Beschlusses festgestellt, dass Servier, von wenigen Ausnahmen abgesehen, als einziges Unternehmen Perindopril vertrieben habe, um daraus zu schließen, dass sie auf dem Markt der Technologie für Perindopril eine beherrschende Stellung eingenommen habe. Nach der Analyse der Kommission ist die Stellung von Servier auf dem vorgelagerten Markt in Bezug auf Marktanteile somit im Wesentlichen Ausdruck ihrer Stellung auf dem Markt für die Endprodukte.

**1620** Folglich hat sich die Kommission in entscheidender Weise auf die Abgrenzung des Marktes für die Endprodukte gestützt, um auf die beherrschende Stellung von Servier auf dem Markt für die Technologie zu schließen.

**1621** Da die Abgrenzung des Marktes für die Endprodukte fehlerhaft ist, konnte die Kommission auf dieser Grundlage nicht dartun, dass Servier auf dem Markt für die Technologie eine beherrschende Stellung innehatte.

**1622** Nach alledem ist dem Klagegrund einer fehlerhaften Feststellung des Bestehens einer beherrschenden Stellung von Servier auf dem Markt für die Technologie zu folgen,

ohne dass auf die von den Klägerinnen erhobene Rüge der fehlerhaften Abgrenzung dieses Marktes einzugehen ist.

15. Zu den Rechts- und Tatsachenfehlern betreffend das Vorliegen eines Missbrauchs einer beherrschenden Stellung

a) Vorbringen der Parteien (nicht wiedergegeben)

b) Würdigung durch das Gericht

**1625**Die Kommission hat in Rn. 2997 des angefochtenen Beschlusses die Strategie von Servier, den Erwerb der Technologie zur Herstellung des pharmazeutischen Wirkstoffs mit dem Abschluss von Patentvergleichsvereinbarungen gegen umgekehrte Zahlung zu verknüpfen, als eine einheitliche und fortgesetzte Zuwiderhandlung gegen Art. 102 AEUV eingestuft.

**1626**In Anbetracht sämtlicher Erwägungen zu den drei vorangegangenen Klagegründen ist jedoch festzustellen, dass die von der Kommission bei der Prüfung der beherrschenden Stellung von Servier auf dem Markt für die Endprodukte und auf dem Markt für die Technologie begangenen Fehler zwangsläufig das Vorliegen eines Missbrauchs einer beherrschenden Stellung in Frage stellen. Da es an einer beherrschenden Stellung fehlt, ist die Frage des Missbrauchs einer solchen Stellung gegenstandslos.

**1627**Nur ergänzend weist das Gericht darauf hin, dass bereits das Fehlen einer beherrschenden Stellung von Servier nur auf dem Markt für die Endprodukte das Vorliegen des Servier im angefochtenen Beschluss vorgeworfenen Missbrauchs einer beherrschenden Stellung in Frage stellt.

**1628**In dieser Hinsicht hat das Gericht, wie oben in Rn. 1613 dargelegt, die Parteien in der Sitzung gefragt, welche Folgen sich in Bezug auf das Bestehen einer beherrschenden Stellung im Sinne von Art. 102 AEUV ergeben würden, wenn der Klagegrund einer fehlerhaften Definition des Marktes für die Endprodukte Erfolg hätte.

**1629**Die Kommission hat dazu geltend gemacht, selbst wenn die Definition des Marktes für die Endprodukte vom Gericht beanstandet würde, wäre das Vorliegen der Zuwiderhandlung gegen Art. 102 AEUV nicht in Frage gestellt. Sie hat u. a. dargelegt, dass die beiden mit dem Vorwurf des Missbrauchs einer beherrschenden Stellung erfassten missbräuchlichen Verhaltensweisen, nämlich der Erwerb der Technologie von Azad und der Abschluss der Patentvergleichsvereinbarungen mit den Generikaherstellern, mit dem Markt für die Technologie verbunden seien.

**1630**Es ist indes darauf hinzuweisen, dass die Kommission das Vorliegen eines Missbrauchs einer beherrschenden Stellung festgestellt hat, der Rn. 2765 des angefochtenen Beschlusses zufolge im Kern darauf abgezielt habe, die Stellung von Servier auf dem Perindopril-Markt gegen jeden Markteintritt von Generika zu schützen, um ihre Einkünfte aus dem Verkauf von Perindopril zu wahren. Damit hat die Kommission Servier eine einheitliche und fortgesetzte Zuwiderhandlung vorgeworfen, die im Wesentlichen darauf abgezielt habe, die Stellung und die Einkünfte von Servier auf dem Markt für die Perindopril-Endprodukte durch Verzögerung des Markteintritts der Generika zu schützen. Die Kommission hat sich somit zur Erklärung und zur Charakterisierung des Servier vorgeworfenen Verhaltens auf den dieser unterstellten Willen gestützt, ihre Stellung auf dem Markt für die Endprodukte zu verteidigen.

**1631**Zudem hat die Kommission, die zur Charakterisierung des Verhaltens im Wesentlichen auf den Markt für die Endprodukte Bezug genommen hat, den Sachverhalt

als einheitliche und fortgesetzte Zuwiderhandlung eingestuft, die sowohl den vorgelagerten Markt für die Technologie als auch den Markt für die Endprodukte erfasse. Im angefochtenen Beschluss wird zwar, wie die Kommission darlegt, unterschieden zwischen einer Praktik des Erwerbs der Technologie von Azad und Praktiken des Abschlusses von Vergleichsvereinbarungen, nicht jedoch innerhalb der einheitlichen und fortgesetzten Zuwiderhandlung zwischen Verhaltensweisen von Servier, die nur den Markt für die Technologie betreffen, und anderen Verhaltensweisen von Servier, die auf der Feststellung einer beherrschenden Stellung von Servier auf dem Markt für die Endprodukte beruhen. Weder der Erwerb der Technologie von Azad noch der Abschluss von Patentvergleichsvereinbarungen werden im angefochtenen Beschluss allein auf der Grundlage der beherrschenden Stellung von Servier auf dem Markt für die Technologie als Zuwiderhandlungen gegen Art. 102 AEUV eingestuft. In Ermangelung einer beherrschenden Stellung von Servier auf dem Markt für die Endprodukte fehlt für den Nachweis des Vorliegens einer einheitlichen und fortgesetzten Zuwiderhandlung eines ihrer wesentlichen Elemente, ohne dass ein abtrennbares Verhalten von Servier auszumachen wäre, dessen Rechtswidrigkeit nicht vom Vorliegen einer beherrschenden Stellung des Unternehmens auf dem Perindopril-Markt abhinge und nur den Markt für die Technologie beträfe.

**1632**Daher greift der vorliegende Klagegrund durch.

**1633**Die Prüfung der vorstehenden vier Klagegründe hat ergeben, dass der angefochtene Beschluss teilweise, und zwar insoweit, als mit ihm das Vorliegen einer Zuwiderhandlung gegen Art. 102 AEUV festgestellt wird, für nichtig zu erklären ist. Folglich ist Art. 6 des angefochtenen Beschlusses für nichtig zu erklären.

16. Zum Hilfsantrag auf Nichtigerklärung oder Herabsetzung der Geldbußen

**1634**Die Klägerinnen beantragen die Nichtigerklärung oder die Herabsetzung der ihnen auferlegten Geldbußen.

**1635**Hierfür stützen sie sich auf sieben Klagegründe, die der Reihe nach zu prüfen sind.

**1636**Zunächst ist, um der Nichtigerklärung von Art. 4 des angefochtenen Beschlusses, soweit die Kommission mit diesem hinsichtlich der zwischen Servier und Krka geschlossenen Vereinbarungen die Beteiligung der Klägerinnen an einer Zuwiderhandlung gegen Art. 101 Abs. 1 AEUV festgestellt hat (siehe den die Vereinbarungen zwischen Servier und Krka betreffenden Teil des vorliegenden Urteils), Rechnung zu tragen, Art. 7 Abs. 4 Buchst. b des angefochtenen Beschlusses für nichtig zu erklären, mit dem die Kommission wegen dieser Zuwiderhandlung gegen Servier eine Geldbuße in Höhe von 37 661.800 Euro verhängt hat.

**1637**In Anbetracht dieser Nichtigerklärung braucht die Begründetheit der Klagegründe oder Rügen, auf die der Antrag in Bezug auf die in der vorstehenden Rn. 1636 genannten Geldbuße gestützt wird, nicht geprüft zu werden.

**1638**Ebenso ist, um der Nichtigerklärung von Art. 6 des angefochtenen Beschlusses, soweit die Kommission mit diesem eine Zuwiderhandlung gegen Art. 102 AEUV festgestellt hat (siehe die Teile des vorliegenden Urteils, die der Definition des relevanten Marktes, dem Bestehen einer beherrschenden Stellung auf den beiden relevanten Märkten und dem Missbrauch einer beherrschenden Stellung gewidmet sind), Rechnung zu tragen, Art. 7 Abs. 6 des angefochtenen Beschlusses für nichtig zu erklären, mit dem

die Kommission wegen dieser Zuwiderhandlung gegen Servier eine Geldbuße in Höhe von 41 270.000 Euro verhängt hat.

**1639**In Anbetracht dieser Nichtigerklärung braucht die Begründetheit der Klagegründe oder Rügen, auf die der Antrag in Bezug auf die in der vorstehenden Rn. 1638 genannte Geldbuße gestützt wird, nicht geprüft zu werden.

**1640**Demgemäß werden in den folgenden Ausführungen die Rügen oder das Vorbringen betreffend die mit Krka geschlossenen Vereinbarungen oder den Missbrauch einer beherrschenden Stellung grundsätzlich nicht geprüft oder auch nur angesprochen. Wenn dies ausnahmsweise geschieht, so erfolgt diese Prüfung nur ergänzend.

a) Zur Unvorhersehbarkeit der im angefochtenen Beschluss herangezogenen Auslegung

1) Vorbringen der Parteien (nicht wiedergegeben)

2) Würdigung durch das Gericht

**1655**Die wirksame Bekämpfung von Zuwiderhandlungen im Bereich des Wettbewerbsrechts darf nicht so weit gehen, dass der Grundsatz der gesetzlichen Bestimmtheit von strafbaren Handlungen und Strafen missachtet wird, wie er in Art. 49 der Charta der Grundrechte verankert ist (vgl. entsprechend zu strafrechtlichen Sanktionen und zu der Verpflichtung der Mitgliedstaaten, gegen die finanziellen Interessen der Union gerichtete rechtswidrige Handlungen zu bekämpfen, Urteil vom 5. Dezember 2017, M.A.S. und M.B., C-42/17, ECLI:EU:C:2017:936, Rn. 61).

**1656**Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs folgt aus dem Grundsatz der gesetzlichen Bestimmtheit von strafbaren Handlungen und Strafen, dass die Straftaten und die für sie angedrohten Strafen gesetzlich klar definiert sein müssen. Diese Voraussetzung ist erfüllt, wenn der Einzelne anhand des Wortlauts der einschlägigen Bestimmung und nötigenfalls mit Hilfe ihrer Auslegung durch die Gerichte erkennen kann, welche Handlungen und Unterlassungen seine strafrechtliche Verantwortung begründen (vgl. Urteil vom 22. Oktober 2015, AC-Treuhand/Kommission, C-194/14 P, ECLI:EU:C:2015:717, Rn. 40 und die dort angeführte Rechtsprechung).

**1657**Der Grundsatz der gesetzlichen Bestimmtheit von strafbaren Handlungen und Strafen darf nicht so verstanden werden, dass er die schrittweise Klärung der Vorschriften über die strafrechtliche Verantwortlichkeit durch richterliche Auslegung von Fall zu Fall untersagt, vorausgesetzt, dass das Ergebnis zum Zeitpunkt der Begehung der Zuwiderhandlung insbesondere unter Berücksichtigung der Auslegung, die zu dieser Zeit in der Rechtsprechung zur fraglichen Rechtsvorschrift vertreten wurde, hinreichend vorhersehbar ist (vgl. Urteil vom 22. Oktober 2015, AC-Treuhand/Kommission, C-194/14 P, ECLI:EU:C:2015:717, Rn. 41 und die dort angeführte Rechtsprechung).

**1658**Die Bedeutung des Begriffs der Vorhersehbarkeit hängt in hohem Maß vom Inhalt der in Rede stehenden Vorschriften, von dem durch sie geregelten Bereich sowie von der Zahl und der Eigenschaft ihrer Adressaten ab. Mit der Vorhersehbarkeit des Gesetzes ist es nicht unvereinbar, dass die betreffende Person gezwungen ist, fachkundigen Rat einzuholen, um unter den Umständen des konkreten Falles angemessen zu beurteilen, welche Folgen sich aus einer bestimmten Handlung ergeben können. Das gilt insbesondere für berufsmäßig tätige Personen, die gewohnt sind, sich bei der Ausübung ihrer Tätigkeit sehr umsichtig verhalten zu müssen. Von ihnen kann daher erwartet werden, dass sie die Risiken ihrer Tätigkeit besonders sorgfältig beurteilen (vgl. Urteil

vom 22. Oktober 2015, AC-Treuhand/Kommission, [C-194/14 P](#), [ECLI:EU:C:2015:717](#), Rn. 42 und die dort angeführte Rechtsprechung).

**1659**Die Hinzuziehung fachkundigen Rates erscheint umso selbstverständlicher, wenn es wie im vorliegenden Fall um die Vorbereitung und Abfassung von Vereinbarungen geht, mit denen Rechtsstreitigkeiten vermieden oder gütlich beigelegt werden sollen.

**1660**Vor diesem Hintergrund hätte Servier, auch wenn die Unionsgerichte zum Zeitpunkt der mit dem angefochtenen Beschluss festgestellten Zuwiderhandlungen noch keine Gelegenheit gehabt hatten, sich konkret zu einer Vergleichsvereinbarung wie den von ihr geschlossenen zu äußern, insbesondere unter Berücksichtigung der sich aus der Rechtsprechung des Gerichtshofs ergebenden weiten Bedeutung der Begriffe „Vereinbarung“ und „abgestimmte Verhaltensweise“ nötigenfalls nach Einholung fachkundigen Rates davon ausgehen müssen, dass ihr Verhalten für mit den Wettbewerbsregeln des Unionsrechts unvereinbar erklärt werden könnte (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 22. Oktober 2015, AC-Treuhand/Kommission, [C-194/14 P](#), [ECLI:EU:C:2015:717](#), Rn. 43).

**1661**Servier konnte insbesondere damit rechnen, dass sie dadurch, dass sie Generikaherstellern einen Anreiz bot, sich Vermarktungsverbots- und Nichtangriffsklauseln zu unterwerfen, die als solche wettbewerbsbeschränkend sind, der Aufnahme solcher Klauseln in eine Patentvergleichsvereinbarung jede Rechtmäßigkeit entzog. Die Aufnahme derartiger Klauseln beruhte damit nämlich nicht mehr auf der Anerkennung der Gültigkeit des Patents durch die Parteien der Vereinbarungen und stellte einen anormalen Gebrauch des Patents ohne Bezug zu dessen spezifischem Gegenstand dar (siehe oben, Rn. 267). Servier konnte somit bei vernünftiger Betrachtung vorhersehen, dass ein solches Verhalten unter das Verbot des Art. [101](#) Abs. [1](#) AEUV fallen würde (vgl. in diesem Sinne Urteile vom 22. Oktober 2015, AC-Treuhand/Kommission, [C-194/14 P](#), [ECLI:EU:C:2015:717](#), Rn. 46, und vom 8. September 2016, Lundbeck/Kommission, [T-472/13](#), mit Rechtsmittel angefochten, [ECLI:EU:T:2016:449](#), Rn. 764).

**1662**Überdies hatte sich, wie das Gericht bereits dargelegt hat, die Rechtsprechung schon lange vor dem Abschluss der streitigen Vereinbarung zu der Möglichkeit geäußert, das Wettbewerbsrecht in Bereichen anzuwenden, die durch das Bestehen von Rechten des geistigen Eigentums gekennzeichnet sind (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 8. September 2016, Xellia Pharmaceuticals und Alpharma/Kommission, [T-471/13](#), nicht veröffentlicht, mit Rechtsmittel angefochten, [ECLI:EU:T:2016:460](#), Rn. 314 und 315).

**1663**So hat der Gerichtshof bereits 1974 entschieden, dass die von der Gesetzgebung eines Mitgliedstaats anerkannten gewerblichen Schutzrechte zwar durch Art. [101](#) AEUV in ihrem Bestand nicht berührt werden, dass ihre Ausübung jedoch unter die in diesem Artikel ausgesprochenen Verbote fallen kann und dass dies der Fall ist, wenn sich herausstellt, dass die Ausübung eines solchen Rechts Zweck, Mittel oder Folge einer Kartellabsprache ist (Urteil vom 31. Oktober 1974, Centrafarm und de Peijper, 15/74, [ECLI:EU:C:1974:114](#), Rn. 39 und 40).

**1664**Seit dem Urteil vom 27. September 1988, Bayer und Maschinenfabrik Hennecke (65/86, [ECLI:EU:C:1988:448](#)), steht zudem fest, dass Vergleiche in Patentrechtsstreitigkeiten als Vereinbarungen im Sinne von Art. [101](#) AEUV eingestuft werden können.

**1665**Zudem haben Servier und die Generikahersteller mit den streitigen Vereinbarungen in Wirklichkeit Marktausschlussvereinbarungen geschlossen (siehe oben, u. a. Rn. 271, 562 und 704). Der Gerichtshof hat zwar erst in einem nach Abschluss der streitigen Vereinbarungen erlassenen Urteil entschieden, dass Marktausschlussvereinbarungen, mit denen die im Markt verbleibenden die aus diesem ausscheidenden Unternehmen entschädigen, eine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung darstellen, er hat jedoch ausgeführt, dass diese Art von Vereinbarungen „offenkundig“ nicht mit dem Grundgedanken der Wettbewerbsvorschriften des EG-Vertrags zusammenpasst, wonach jeder Wirtschaftsteilnehmer autonom zu bestimmen hat, welche Politik er auf dem Markt zu betreiben gedenkt (Urteil vom 20. November 2008, Beef Industry Development Society und Barry Brothers, C-209/07, ECLI:EU:C:2008:643, Rn. 8 und 32 bis 34). Beim Abschluss solcher Vereinbarungen konnte sich Servier demnach über den wettbewerbswidrigen Charakter ihres Verhaltens nicht im Unklaren sein.

**1666**Auch wenn die Rechtswidrigkeit dieser Vereinbarungen, weil sie in der Form von Patentvergleichen geschlossen wurden, für einen außenstehenden Beobachter wie die Kommission oder auf den betroffenen Gebieten spezialisierte Juristen möglicherweise nicht klar war, gilt dies doch nicht für die Parteien der Vereinbarung.

**1667**Die Schwierigkeiten, auf die die Kommission bei der Feststellung einer Zuwiderhandlung stoßen konnte, sind zudem geeignet, die lange Verfahrensdauer oder die Länge des angefochtenen Beschlusses zumindest teilweise zu rechtfertigen.

**1668**Die oben in Rn. 1661 gezogene Schlussfolgerung kann durch das übrige Vorbringen der Klägerinnen nicht in Frage gestellt werden.

**1669**Als Erstes ist das Vorbringen, es gebe eine Praxis der Kommission, keine oder symbolische Geldbußen zu verhängen, wenn sie neue Rechtsfragen prüfe, im vorliegenden Fall unbeachtlich, da Servier trotz der Neuheit der in dieser Rechtssache aufgeworfenen Fragen bei vernünftiger Betrachtung vorhersehen konnte, dass ihr Vorgehen, Generikahersteller für ihr Fernbleiben vom Markt zu bezahlen, ein unter das Verbot des Art. 101 Abs. 1 AEUV fallendes Verhalten darstellte (siehe oben, Rn. 1661). Insoweit ist darauf hinzuweisen, dass es in einer der von den Klägerinnen angeführten Entscheidungen heißt, es sei für die Betroffenen „nicht hinreichend klar [gewesen], dass ihr Verhalten eine Zuwiderhandlung darstellte“. Die Kommission hatte es demnach mit einer anderen Situation als in der vorliegenden Rechtssache zu tun.

**1670**Überdies ist oben in Rn. 1665 dargelegt worden, dass Servier sich im vorliegenden Fall über den wettbewerbswidrigen Charakter ihres Verhaltens nicht im Unklaren sein konnte.

**1671**Jedenfalls verfügt die Kommission nach der Rechtsprechung über einen Ermessensspielraum bei der Festsetzung der Höhe der Geldbuße, um das Verhalten der Unternehmen auf die Einhaltung der Wettbewerbsregeln auszurichten. Die Kommission ist dadurch, dass sie in der Vergangenheit für bestimmte Arten von Zuwiderhandlungen Geldbußen in bestimmter Höhe verhängt hat, nicht daran gehindert, dieses Niveau innerhalb der in der Verordnung Nr. 1/2003 gezogenen Grenzen anzuheben, wenn dies erforderlich ist, um die Durchführung der Wettbewerbspolitik der Union sicherzustellen. Die wirksame Anwendung der Wettbewerbsregeln der Union verlangt nämlich, dass die Kommission das Niveau der Geldbußen jederzeit den Erfordernissen dieser Politik anpassen kann (Urteil vom 8. September 2016, Lundbeck/Kommission, T-472/13, mit Rechtsmittel angefochten, ECLI:EU:T:2016:449, Rn. 773).

**1672**Als Zweites nehmen die Klägerinnen zwar Bezug auf ein von einem der betroffenen Generikahersteller in Auftrag gegebenes Rechtsgutachten, das in Rn. 3074 des angefochtenen Beschlusses erwähnt wird, sie tragen jedoch nicht genügend Anhaltspunkte dafür vor, dass eine echte Ungewissheit hinsichtlich der Frage bestand, ob die streitigen Vereinbarungen eine Zuwiderhandlung gegen die Wettbewerbsregeln der Union darstellten.

**1673**Als Drittes ist das Vorbringen der Klägerinnen zurückzuweisen, die von der Kommission im angefochtenen Beschluss gewählte Lösung laufe den in den Leitlinien von 2004 für Technologietransfer-Vereinbarungen aufgestellten Grundsätzen zuwider.

**1674**Selbst wenn die Klägerinnen damit eine Verkennung von Rn. 209 der Leitlinien von 2004 für Technologietransfer-Vereinbarungen geltend machen sollten, geht nämlich aus dieser Randnummer hervor, dass Nichtangriffsklauseln „in der Regel“ nicht unter Art. 101 Abs. 1 AEUV fallen. Mit der Verwendung dieses Ausdrucks schließt diese Bestimmung somit nicht aus, dass die Aufnahme von Nichtangriffsklauseln unter bestimmten Umständen eine wettbewerbsrechtliche Zuwiderhandlung sein kann.

**1675**Zudem sieht Rn. 209 der Leitlinien von 2004 für Technologietransfer-Vereinbarungen vor, dass Nichtangriffsklauseln dem Verbot des Art. 101 Abs. 1 AEUV entgehen können, da es „gerade [ihr] Sinn [ist], bestehende Konflikte zu lösen und/oder künftige zu vermeiden“, indem künftige Angriffe auf die von ihnen erfassten Rechte des geistigen Eigentums verhindert werden.

**1676**Wenn in einem Fall wie dem vorliegenden eine umgekehrte Zahlung und nicht die Anerkennung der Gültigkeit des Patents durch alle Parteien zum Abschluss der streitigen Vereinbarungen geführt hat, kann nicht gesagt werden, dass es „gerade der Sinn“ dieser Vereinbarungen, bei denen es sich in Wirklichkeit um Marktausschlussvereinbarungen handelt, ist, „bestehende Konflikte zu lösen und/oder künftige zu vermeiden“.

**1677**Des Weiteren gibt es entgegen dem, was die Klägerinnen zu vertreten scheinen, keinen Anhaltspunkt dafür, dass die von der Kommission im angefochtenen Beschluss gewählte Lösung so unvorhersehbar war, dass es die Kommission für nötig hielt, die Bestimmungen der Leitlinien von 2004 für Technologietransfer-Vereinbarungen zu ändern.

**1678**Nach Rn. 243 der Leitlinien von 2014 für Technologietransfer-Vereinbarungen können Nichtangriffsklauseln zwar gegen Art. 101 Abs. 1 AEUV verstoßen, wenn der Lizenzgeber dem Lizenznehmer abgesehen von der Lizenz für die Technologierechte einen finanziellen oder sonstigen Anreiz bietet, sich damit einverstanden zu erklären, die Gültigkeit der Technologierechte nicht anzufechten.

**1679**Mit dieser neuen Bestimmung sind jedoch nur die zuvor schon in den Leitlinien von 2004 für Technologietransfer-Vereinbarungen enthaltenen Bestimmungen präzisiert worden.

**1680**Als Viertes ist zu dem Vorbringen, der angefochtene Beschluss enthalte hinsichtlich der Auslegung des Begriffs des potenziellen Wettbewerbs Widersprüche, darauf hinzuweisen, dass dieses Vorbringen bereits zurückgewiesen worden ist, und auf die Ausführungen dazu Bezug zu nehmen (siehe oben, Rn. 374 bis 377).

**1681**Nach alledem ist der Klagegrund, soweit er die im angefochtenen Beschluss festgestellten Zuwiderhandlungen gegen Art. 101 AEUV betrifft, zurückzuweisen.

b) Zu dem Rechtsfehler betreffend die Kumulierung der Geldbußen

**1682**Die Klägerinnen erheben zwei Rügen, mit denen sie geltend machen, erstens stellten die von Servier geschlossenen streitigen Vergleichsvereinbarungen eine einheitliche Zuwiderhandlung dar, so dass die Kommission nicht fünf gesonderte Geldbußen gegen Servier verhängen könne, und zweitens sei die Kumulierung der nach Art. 101 AEUV und der nach Art. 102 AEUV verhängten Geldbuße widerrechtlich.

1) Zur Missachtung des Begriffs der einheitlichen Zuwiderhandlung

i) Vorbringen der Parteien (nicht wiedergegeben)

ii) Würdigung durch das Gericht

**1685**Die Klägerinnen führen zwei Argumente an, die beide den Begriff der einheitlichen Zuwiderhandlung betreffen; das erste geht dahin, dass alle von Servier geschlossenen streitigen Vergleichsvereinbarungen zusammen eine einheitliche Zuwiderhandlung bildeten, und mit dem zweiten machen sie hilfsweise geltend, die Niche- und die Matrix-Vereinbarung bildeten zusammen eine einheitliche Zuwiderhandlung.

**1686**Was das erste Argument angeht, konnte die Kommission, wie aus Rn. 1282 des vorliegenden Urteils hervorgeht, nicht das Bestehen eines Servier und jedem der Generikahersteller gemeinsamen Ziels und somit eines Gesamtplans feststellen.

**1687**Da es an seinem solchen gemeinsamen Ziel und somit einem Gesamtplan fehlte, konnte die Kommission nicht auf das Vorliegen einer einheitlichen Zuwiderhandlung erkennen. Sie hat daher zu Recht gegen Servier für jede der festgestellten Zuwiderhandlungen eine gesonderte Geldbuße verhängt.

**1688**Somit kann die von der Kommission im angefochtenen Beschluss vorgenommene Kumulierung der Geldbußen, die auf der gerechtfertigten Feststellung gesonderter Zuwiderhandlungen beruht, entgegen dem Vorbringen der Klägerinnen nicht als „unbillig und unverhältnismäßig“ angesehen werden.

**1689**Es wäre im Gegenteil unbillig gegenüber den Generikaherstellern, wenn Servier wie diese nur mit einer Sanktion belegt würde, obwohl Servier anders als diese an mehreren gesonderten Vereinbarungen beteiligt war.

**1690**Im Übrigen ist die Kumulierung der Geldbußen grundsätzlich umso weniger als unverhältnismäßig anzusehen, als die Kommission im angefochtenen Beschluss (Rn. 3128) berücksichtigt hat, dass Servier mehrere Zuwiderhandlungen begangen hat, die zwar gesondert waren, aber dasselbe Erzeugnis, Perindopril, und weitgehend dieselben Gebiete und dieselben Zeiträume betrafen. In diesem besonderen Kontext hat sie zur Vermeidung eines potenziell unverhältnismäßigen Ergebnisses beschlossen, für jede Zuwiderhandlung den Anteil des Umsatzes von Servier, der zur Bestimmung des Grundbetrags der Geldbuße berücksichtigt worden ist, zu begrenzen. Sie hat somit eine Korrektur vorgenommen, die zu einer durchschnittlichen Reduzierung des Gesamtwerts der Umsätze, auf die sich die einzelnen Zuwiderhandlungen gegen Art. 101 AEUV beziehen, um 54,5% geführt hat.

**1691**Daher ist das vorliegende Argument zurückzuweisen.

**1692**Was das die Niche- und die Matrix-Vereinbarung betreffende Argument angeht, so stellten, wie oben in den Rn. 1295 bis 1302 dargelegt, diese Vereinbarungen zwei gesonderte Zuwiderhandlungen gegen Art. 101 AEUV dar.

**1693**Wie oben in Rn. 1296 ausgeführt, lässt sich aus der Analyse des Kontexts und der Bedingungen dieser Vereinbarungen ableiten, dass Servier beim Abschluss dieser



Vereinbarungen von „denselben Motiven“ geleitet war und dass sie insoweit dasselbe Ziel verfolgte, nämlich den anhängigen Rechtsstreit endgültig beizulegen und jeden künftigen Rechtsstreit über das Erzeugnis von Niche/Matrix zu vermeiden sowie dieses Erzeugnis gegen Bezahlung als potenzielle Quelle von Wettbewerb auszuschalten. Dass die Klägerinnen beim Abschluss der Vereinbarungen mit Niche und mit Matrix dieses identische Ziel verfolgten, wird belegt durch die Tatsache, dass diese Vereinbarungen am selben Tag und am selben Ort von demselben Vertreter der Klägerinnen unterzeichnet wurden, die Tatsache, dass ihr zeitlicher und räumlicher Geltungsbereich identisch war, die Tatsache, dass die Vereinbarungen u. a. dasselbe Erzeugnis betrafen, wobei Niche und Matrix ähnliche Verpflichtungen auferlegt wurden, und schließlich die nicht bestrittene Tatsache, dass es im Interesse der Klägerinnen lag, mit den beiden am betreffenden gemeinsamen Perindopril-Projekt Beteiligten Vereinbarungen zu schließen.

**1694** Derartige Tatsachen beweisen zwar nicht, dass Niche und Matrix mit dem Abschluss der in Rede stehenden Vereinbarungen zusammen ein und dasselbe Ziel und damit einen gemeinsamen Plan verfolgten, und schon gar nicht, dass sie einen solchen gemeinsamen Plan mit den Klägerinnen teilten, sie zeigen aber, dass Servier beim Abschluss der Niche- und der Matrix-Vereinbarung dasselbe Ziel verfolgte (siehe oben, Rn. 1296 bis 1301).

**1695** Zudem betrafen die schädlichen Wirkungen dieser Vereinbarungen zum Teil das von Niche und Matrix gemeinsam entwickelte Erzeugnis, dessen Vermarktung während desselben Zeitraums und in demselben Gebiet untersagt war. Somit war der Grad der Überlagerung der wettbewerbswidrigen Wirkungen dieser Vereinbarungen besonders hoch.

**1696** In Anbetracht der in den vorstehenden Randnummern genannten Faktoren, die für die Niche- und die Matrix-Vereinbarung spezifisch sind und diese von den Vergleichsvereinbarungen unterscheiden, die Servier mit anderen Generikaherstellern geschlossen hat, ist festzustellen, dass die Kommission mit der wegen der Kumulierung der Zuwiderhandlungen vorgenommenen Reduzierung (siehe oben, Rn. 1690) den besonderen Zusammenhang zwischen der Matrix-Vereinbarung und der Niche-Vereinbarung nicht hinreichend berücksichtigt hat, da sie der Matrix-Vereinbarung keine Sonderbehandlung zukommen ließ.

**1697** Überdies berücksichtigt der von der Kommission festgesetzte Betrag der Geldbuße nicht angemessen den Schweregrad der in der Matrix-Vereinbarung liegenden Zuwiderhandlung, der geringer ist als der Schweregrad der in der Niche-Vereinbarung liegenden Zuwiderhandlung, da die Matrix-Vereinbarung von Servier geschlossen wurde, um die Wirkungen der Niche-Vereinbarung zu festigen (siehe oben, Rn. 1300), und da wegen der Biogaran-Vereinbarung die Wertübertragung zugunsten von Niche und Unichem höher ist als die zugunsten von Matrix.

**1698** Demzufolge entscheidet das Gericht in Ausübung seiner Befugnis zu unbeschränkter Nachprüfung zur Wahrung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 4. September 2014, YKK u. a./Kommission, C-408/12 P, ECLI:EU:C:2014:2153, Rn. 66), den Betrag der Servier wegen der Matrix-Vereinbarung auferlegten Geldbuße um 30%, d. h. 23 736.510 Euro, herabzusetzen.

**1699** Folglich wird der Betrag der Servier wegen der in Art. 2 des angefochtenen Beschlusses genannten Zuwiderhandlung, wie er sich aus dessen Art. 7 Abs. 2 Buchst. b ergibt, auf 55 385.190 Euro statt 79 121.700 Euro festgesetzt.

2) Zur Kumulierung der nach den Art. 101 und 102 AEUV verhängten Geldbußen

i) Vorbringen der Parteien (nicht wiedergegeben)

ii) Würdigung durch das Gericht

**1702** Da Art. 7 Abs. 6 des angefochtenen Beschlusses für nichtig erklärt worden ist (siehe oben, Rn. 1638), trifft Servier nur noch eine Sanktion nach Art. 101 AEUV. In Ermangelung einer Kumulierung von Geldbußen nach den Art. 101 und 102 AEUV braucht jedenfalls die Begründetheit der vorliegenden Rüge nicht geprüft zu werden, und diese ist zurückzuweisen.

c) Zur Berechnung des Umsatzes

**1703** Die Klägerinnen stützen sich auf drei gesonderte Rügen, die getrennt zu prüfen sind.

1) Zur Berücksichtigung des Absatzes im Krankenhaussektor

i) Vorbringen der Parteien (nicht wiedergegeben)

ii) Würdigung durch das Gericht

**1706** Die Klägerinnen verweisen zur Stützung dieser Rüge auf die Rn. 2408 bis 2412 des angefochtenen Beschlusses, in denen die Kommission ausführt, dass sie den Krankenhaussektor von ihrer Analyse des Marktes ausschließe.

**1707** Die Rn. 2408 bis 2412 des angefochtenen Beschlusses sind Teil von Abschnitt 6.5 dieses Beschlusses, in dem die Entwicklung der beherrschenden Stellung von Servier auf dem Markt für die Endprodukte behandelt wird.

**1708** Die Kommission hat in Rn. 2412 des angefochtenen Beschlusses dargelegt, dass Perindopril im Wesentlichen im Einzelhandel vertrieben werde und dass daher die Verkäufe an die Krankenhäuser die im Einzelhandel erzielten Preise und Gesamtvolumina nicht beeinflussen könnten. Deshalb war die Kommission der Ansicht, dass der vom Krankenhaussektor ausgehende Wettbewerbsdruck Servier nicht daran hindern könne, sich von jedem Wettbewerbsdruck unabhängig zu verhalten. Sie hat daher den Krankenhaussektor von der Analyse des Marktes für die Endprodukte ausgeschlossen.

**1709** In Rn. 2595 des angefochtenen Beschlusses hat die Kommission ferner ausgeführt, dass aus der Feststellung von Unabhängigkeit von Wettbewerbsdruck auf das Vorliegen von Marktmacht zu schließen sei.

**1710** Aus dem Vorstehenden ergibt sich, dass die Kommission den Krankenhaussektor von der Analyse des Marktes ausgeschlossen hat, weil sie der Ansicht war, dass dieser Teil des Marktes nicht relevant für die Feststellung sei, ob Servier über Marktmacht verfüge.

**1711** Bei der Prüfung der streitigen Vereinbarungen nach Art. 101 AEUV hat die Kommission im Rahmen der Analyse der bewirkten Wettbewerbsbeschränkung, für die die Feststellung des Vorliegens einer Marktmacht von Servier von Interesse war, auf Abschnitt 6.5 des angefochtenen Beschlusses Bezug genommen, wie sich u. a. aus den Rn. 1397, 1503, 1656, 1847 und 2048 des angefochtenen Beschlusses und insbesondere aus dessen Rn. 1224 ergibt, in der die Kommission den Begriff der Marktmacht als zentral für die Analyse der wettbewerbsbeschränkenden Wirkungen der Vereinbarungen bezeichnet hat.

**1712** Somit beabsichtigte die Kommission, den Krankenhaussektor von der Analyse der bewirkten Wettbewerbsbeschränkung auszuschließen.

**1713**Im Rahmen ihrer Analyse der bezweckten Wettbewerbsbeschränkung hat die Kommission nicht auf Abschnitt 6.5 des angefochtenen Beschlusses Bezug genommen und zu keiner Zeit erklärt, dass sie den Krankenhaussektor von ihrer Analyse ausschließe. Ein solcher Ausschluss war für die Kommission auch nicht von Interesse, da sie für die Analyse der bewirkten Wettbewerbsbeschränkung nicht zu prüfen brauchte, ob Servier über Marktmacht verfügte.

**1714**Ferner hat sich die Kommission für die Feststellung des Vorliegens einer bezweckten Wettbewerbsbeschränkung darauf gestützt, dass die streitigen Vereinbarungen wettbewerbsbeschränkende Klauseln enthielten. Das Vorhandensein dieser Klauseln und folglich ihr Geltungsbereich haben der Kommission somit die Abgrenzung des Ausmaßes der bezweckten Wettbewerbsbeschränkung ermöglicht. So schloss z. B. das von der Kommission für jede Vereinbarung angenommene Gebiet der bezweckten Wettbewerbsbeschränkung nur die Mitgliedstaaten ein, in denen die wettbewerbsbeschränkenden Klauseln galten, wie sich aus dem Schaubild Nr. 50 in Rn. 3134 des angefochtenen Beschlusses ergibt.

**1715**Die in den streitigen Vereinbarungen enthaltenen Vermarktungsverbotsklauseln schlossen aber den Krankenhaussektor nicht von ihrem Geltungsbereich aus. Ebenso wenig schlossen die in den streitigen Vereinbarungen enthaltenen Nichtangriffsklauseln - die Möglichkeit eines solchen Ausschlusses unterstellt - diesen Sektor von ihrem Geltungsbereich aus.

**1716**Aus den vorstehenden Erwägungen ist zu schließen, dass die Kommission bei ihrer Feststellung des Vorliegens einer bezweckten Wettbewerbsbeschränkung den Krankenhaussektor nicht ausgeschlossen hat.

**1717**Für die Frage, ob die Klägerinnen wegen des oben festgestellten Ausschlusses des Krankenhaussektors aus der Analyse der bewirkten Wettbewerbsbeschränkung gleichwohl eine Herabsetzung der nach Art. 101 AEUV verhängten Geldbußen erhalten können, ist zu prüfen, ob die Kommission durch die Berücksichtigung ihrer Feststellung einer bewirkten Wettbewerbsbeschränkung das Verhalten von Servier nicht strenger hat ahnden können, als es ihr aufgrund der Feststellung der bezweckten Wettbewerbsbeschränkung allein möglich gewesen wäre.

**1718**Hierzu ist festzustellen, dass die Kommission im angefochtenen Beschluss zu keiner Zeit angegeben hat, dass sie die Zuwiderhandlung als für einen weiteren sachlichen, zeitlichen oder räumlichen Bereich gegeben ansehe, als sie dies aufgrund der Feststellung der bezweckten Wettbewerbsbeschränkung tun konnte.

**1719**Die Kommission hat im Gegenteil das Vorliegen einer bewirkten Wettbewerbsbeschränkung nur in vier Mitgliedstaaten, und zwar in Frankreich, den Niederlanden, Polen und im Vereinigten Königreich, festgestellt, während sie für die Berechnung der Geldbuße für die Zuwiderhandlungen betreffend Niche und Unichem, Matrix, Krka und Lupin den räumlichen Bereich der Zuwiderhandlungen auf alle Mitgliedstaaten ausgedehnt hat, in denen diese Vereinbarungen galten.

**1720**Darüber hinaus sei darauf hingewiesen, dass die Kommission nur hilfsweise, „der Vollständigkeit halber“ (Rn. 1213 des angefochtenen Beschlusses), die wettbewerbsbeschränkenden Wirkungen der streitigen Vereinbarungen analysiert hat.

**1721**Die Klägerinnen selbst schließlich führen aus, dass die Berechnung der Geldbuße „ausschließlich auf der Prämisse [beruht], dass die Vereinbarungen bezweckte Wettbewerbsbeschränkungen darstellten“.

**1722**Somit hat die Kommission durch die Berücksichtigung der Feststellung der bewirkten Wettbewerbsbeschränkung das Verhalten von Servier nicht strenger geahndet, als es ihr aufgrund der Feststellung der bezweckten Wettbewerbsbeschränkung allein möglich gewesen wäre.

**1723**Aus dem Vorstehenden ergibt sich, dass die Kommission den Krankenhaussektor zu Recht nicht aus der Berechnung der Geldbuße für deren auf Art. 101 AEUV entfallenden Teil ausgeschlossen hat.

**1724**Nach alledem ist die vorliegende Rüge zurückzuweisen.

2) Zum Vorwurf einer unzureichenden Begründung der Berechnung des Umsatzes

i) Vorbringen der Parteien (nicht wiedergegeben)

ii) Würdigung durch das Gericht

**1727**Nach ständiger Rechtsprechung genügt die Kommission bei der Bestimmung des Betrags der wegen Verstoßes gegen die Wettbewerbsregeln verhängten Geldbuße ihrer Begründungspflicht, wenn sie in ihrer Entscheidung die Beurteilungsgesichtspunkte angibt, die es ihr ermöglichen, Schwere und Dauer der Zuwiderhandlung zu ermitteln; sie ist nicht verpflichtet, bezifferte Angaben zur Berechnungsweise der Geldbuße zu machen (vgl. Urteil vom 22. Oktober 2015, AC-Treuhand/Kommission, C-194/14 P, ECLI:EU:C:2015:717, Rn. 68 und die dort angeführte Rechtsprechung).

**1728**Im vorliegenden Fall beanstanden die Klägerinnen nur den Berichtigungskoeffizienten, den die Kommission auf den Umsatz angewandt hat.

**1729**Hierzu hat die Kommission in Rn. 3128 des angefochtenen Beschlusses ausgeführt, sie habe, weil Servier mehrere Zuwiderhandlungen begangen habe, die zwar gesondert seien, aber dasselbe Erzeugnis, Perindopril, und weitgehend dieselben Gebiete und dieselben Zeiträume betreffen, einen Berichtigungskoeffizienten angewandt, um für jede Zuwiderhandlung den Anteil des Umsatzes von Servier, der zur Bestimmung des Grundbetrags der Geldbuße berücksichtigt worden sei, zu begrenzen. Dieser Berichtigungskoeffizient habe für jede der fünf Zuwiderhandlungen gegen Art. 101 AEUV zu einer durchschnittlichen Herabsetzung des Umsatzes um 54,5% geführt.

**1730**Damit hat die Kommission in Ansehung der oben in Rn. 1727 angeführten Rechtsprechung und der Tatsache, dass die Anwendung dieses Berichtigungskoeffizienten, auch wenn sie nicht in den Leitlinien für das Verfahren zur Festsetzung von Geldbußen vorgesehen ist, eine für die Klägerinnen günstige Maßnahme ist, ihren Beschluss hinreichend begründet, ohne dass der Umstand, dass die Klägerinnen nicht in der Lage sind, die gesamte Berechnung, die zum einen zu dem vorgenannten Satz von 54,5% und zum anderen zu der letztlich für jede Zuwiderhandlung gegen Art. 101 AEUV festgesetzten Geldbuße geführt hat, nachzuvollziehen, zu einem gegenteiligen Schluss führen kann.

**1731**Die Kommission hat zwar auf eine prozessleitende Maßnahme hin, die das Gericht im Hinblick auf eine eventuelle Ausübung seiner Befugnis zu unbeschränkter Nachprüfung erlassen hat, genauere Informationen zu der Berechnung vorgelegt, mit der sie zu dem vorgenannten Satz von 54,5% und zu der letztlich für jede Zuwiderhandlung gegen Art. 101 AEUV festgesetzten Geldbuße gelangt ist, und diese Informationen haben es dem

Gericht und den Klägerinnen ermöglicht, genauer zu verstehen, wie die Kommission diesen Satz und diese Geldbußen festgesetzt hat.

**1732**Mit dem Hinweis darauf, dass genauere Informationen zur Berechnung der Geldbuße im Fall einer Zuwiderhandlung gegen die Wettbewerbsregeln später im gerichtlichen Verfahren übermittelt wurden, kann jedoch nicht dargetan werden, dass der angefochtene Beschluss insoweit unzureichend begründet ist. Nähere Angaben des Urhebers eines angefochtenen Beschlusses, die eine für sich bereits ausreichende Begründung ergänzen, fallen nicht unter die eigentliche Begründungspflicht, auch wenn sie für die innere Kontrolle der Gründe des Beschlusses durch den Unionsrichter nützlich sein können, da das Organ so die seinem Beschluss zugrunde liegenden Erwägungen erläutern kann (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 16. November 2000, Weig/Kommission, C-280/98 P, ECLI:EU:C:2000:627, Rn. 45).

**1733**Ferner ist der partielle Charakter der mittels des Berichtigungskoeffizienten bewirkten Herabsetzung entgegen dem Vorbringen der Klägerinnen dadurch gerechtfertigt, dass, wie als Ergebnis der Prüfung des Klagegrundes betreffend das Vorliegen einer einheitlichen und fortgesetzten Zuwiderhandlung festgestellt worden ist, die einzelnen Vereinbarungen keine einheitliche Zuwiderhandlung, sondern gesonderte Zuwiderhandlungen darstellen, für die die Kommission jeweils eine gesonderte Geldbuße festsetzen konnte.

**1734**Nach alledem ist die vorliegende Rüge zurückzuweisen.

3) Zum räumlichen Gebiet des Umsatzes

i) Vorbringen der Parteien (nicht wiedergegeben)

ii) Würdigung durch das Gericht

**1738**Die Klägerinnen machen geltend, im angefochtenen Beschluss, insbesondere im Schaubild Nr. 50 in dessen Rn. 3134, habe die Kommission das räumliche Gebiet der Zuwiderhandlungen gegen Art. 101 AEUV fehlerhaft definiert, da zum einen das Patent 947 in Polen erst nach dem Ende aller Zuwiderhandlungen erteilt worden sei und zum anderen Bulgarien, die Tschechische Republik, Estland, Zypern, Lettland, Litauen, Ungarn, Malta, Polen, Rumänien, Slowenien, die Slowakei und Finnland von den Patenten 939 bis 941 nicht erfasst gewesen seien.

**1739**Das vorgenannte Schaubild Nr. 50 zeigt die Anfangs- und die Enddaten jeder Zuwiderhandlung in den einzelnen Mitgliedstaaten.

**1740**Vorab ist die Teva betreffende Zuwiderhandlung von der Analyse auszunehmen. Denn diese Zuwiderhandlung betrifft nur das Vereinigte Königreich. Das Vorbringen der Klägerinnen bezieht sich aber nicht auf diesen Mitgliedstaat. Es ist deshalb unbeachtlich für das räumliche Gebiet dieser Zuwiderhandlung.

**1741**Was die anderen Zuwiderhandlungen angeht, hängt der - u. a. räumliche - Bereich jeder Zuwiderhandlung vom Geltungsbereich der in der jeweiligen Vereinbarung enthaltenen Vermarktungsverbots- und Nichtangriffsklauseln ab. Es sind nämlich diese Klauseln, die den Wettbewerb beschränken und die, wenn ihnen jede Rechtfertigung fehlt, deshalb hinreichend schädlich für das gute Funktionieren des normalen Wettbewerbs sind, um als bezweckte Wettbewerbsbeschränkung eingestuft werden zu können (siehe oben, Rn. 270).

**1742**Insoweit beschränken sich die Klägerinnen darauf, aus dem Fehlen eines oder mehrerer Patente in einem gegebenen Mitgliedstaat den Wegfall jeglicher

Zu widerhandlung für diesen Staat abzuleiten, ohne zwischen den Zu widerhandlungen und insbesondere innerhalb jeder Zu widerhandlung zwischen den potenziell unterschiedlichen Wirkungen des Fehlens eines Patents auf die räumliche Reichweite der Vermarktungsverbots- und auf die der Nichtangriffsklausel zu unterscheiden.

**1743**Somit legen die Klägerinnen nicht dar oder sprechen auch nur an, welche Folgen ein Auseinanderfallen des Geltungsbereichs der Vermarktungsverbots- und desjenigen der Nichtangriffsklausel für die Würdigung der Schwere der Zu widerhandlung haben könnte.

**1744**Das Vorbringen der Klägerinnen geht demnach nur dahin, für einen bestimmten Mitgliedstaat das Vorliegen jeder Zu widerhandlung auszuschließen.

**1745**Die Kommission war aber berechtigt, einen Mitgliedstaat für den fraglichen Zeitraum in das räumliche Gebiet dieser Zu widerhandlung einzubeziehen, wenn die Vermarktungsverbotsklausel oder die Nichtangriffsklausel während eines bestimmten Zeitraums in diesem Mitgliedstaat gegolten hat.

**1746**Der Klagegrund, wie er von den Klägerinnen angeführt wird, kann somit nur Erfolg haben, soweit er den Schluss zulässt, dass weder die Vermarktungsverbots- noch die Nichtangriffsklausel während eines Zeitraums, für den die Kommission das Vorliegen einer Zu widerhandlung in einem bestimmten Mitgliedstaat festgestellt hat, in diesem Mitgliedstaat gegolten hat.

**1747**Zunächst ist anhand des Vorbringens der Klägerinnen der Geltungsbereich der Vermarktungsverbotsklausel für jede der Vereinbarungen außer der Teva-Vereinbarung zu prüfen.

**1748**Die Klägerinnen führen zwei Argumente an, von denen das eine das Patent 947 und das andere die Patente 339, 340 und 341 betrifft.

**1749**Was die Lupin-Vereinbarung angeht, sieht deren Art. 1.6 vor, dass Lupin das „Erzeugnis“ in keinem Mitgliedstaat verkaufen darf. Mit dem Begriff „Erzeugnis“ wird u. a. auf die Arzneimittel Bezug genommen, die Erbumin enthalten. In dieser Vereinbarung hängt die Vermarktungsverbotsklausel somit nicht vom Bestehen eines Patents, ob nun des Patents 947 oder der Patente 339, 340 und 341, ab. Damit galt sie für sämtliche Mitgliedstaaten, ohne dass festgestellt zu werden braucht, ob die genannten Patente in jedem einzelnen von ihnen zur Zeit der Zu widerhandlung bestanden. Da die Kommission das räumliche Gebiet der Zu widerhandlung hinsichtlich der Vermarktungsverbotsklausel nicht fehlerhaft definiert hat, kann der Klagegrund daher zurückgewiesen werden, soweit er die Lupin-Vereinbarung betrifft (siehe oben, Rn. 1741 bis 1746).

**1750**Was die Niche- und die Matrix-Vereinbarung sowie die mit Krka geschlossene Vergleichvereinbarung angeht, hängt die Reichweite der Vermarktungsverbotsklausel dagegen davon ab, dass Patente von Servier bestehen. Die Klägerinnen können diese Argumente somit geltend machen.

**1751**Erstens ist das Argument betreffend das Patent 947 zu prüfen.

**1752**Die Klägerinnen machen geltend, dieses Patent sei zur Zeit der Zu widerhandlung in Polen noch nicht erteilt gewesen.

**1753**Was jedenfalls (siehe oben, Rn. 1636, 1637 und 1640) die mit Krka geschlossene Vergleichvereinbarung betrifft, geht aus dem Schaubild Nr. 50 in Rn. 3134 des angefochtenen Beschlusses, das insoweit nicht bestritten wird, hervor, dass die Kommission nicht das Vorliegen einer Zu widerhandlung für Polen festgestellt hat. Daher

ist unerheblich, ob dieser Mitgliedstaat während des Zeitraums der Zuwiderhandlung vom Patent 947 erfasst war oder nicht.

**1754** Was die Niche-Vereinbarung angeht, gilt die in Art. 3 enthaltene Vermarktungsverbotsklausel in den Ländern, in denen u. a. ein „Alpha-Patent“ besteht, was das Patent 947 und alle gleichwertigen Patente oder Patentanmeldungen umfasst, wie sich aus Art. 1 Ziff. ii in Abschnitt 1 („Definitionen“) ergibt.

**1755** Auch nach der Matrix-Vereinbarung gilt die in Art. 1 enthaltene Vermarktungsverbotsklausel für das „Gebiet“, d. h. in allen Ländern, in denen u. a. ein „Alpha-Patent“ besteht, was das Patent 947 und alle gleichwertigen Patente oder Patentanmeldungen einschließt, wie sich aus Art. 1 Ziff. ii in Abschnitt 1 („Definitionen“) ergibt.

**1756** Wie sich aus Rn. 120 und Fn. 155 des angefochtenen Beschlusses ergibt, ist aber nicht bestritten, dass Servier am 6. Juli 2001 in Polen eine Patentanmeldung für „die Alpha-Kristallform von Perindopril-Erbumin (entsprechend dem Patent 947)“ eingereicht hatte.

**1757** Folglich ist das Argument der Klägerinnen betreffend das Patent 947 (siehe oben, Rn. 1752) hinsichtlich der Niche- und der Matrix-Vereinbarung zurückzuweisen.

**1758** Nach alledem ist dieses Argument für sämtliche Vereinbarungen zurückzuweisen.

**1759** Zweitens ist das Argument der Klägerinnen betreffend die Patente 339, 340 und 341 zu prüfen.

**1760** Die Klägerinnen machen geltend, zur Zeit der Zuwiderhandlungen seien Bulgarien, die Tschechische Republik, Estland, Zypern, Lettland, Litauen, Ungarn, Malta, Polen, Rumänien, Slowenien, die Slowakei und Finnland nicht von diesen Patenten erfasst gewesen.

**1761** Was die mit Krka geschlossene Vergleichsvereinbarung angeht, genügt jedenfalls (Rn. 1636, 1637 und 1640) der Hinweis, dass die Reichweite der Vermarktungsverbotsklausel nicht vom Bestehen der Patente 339 bis 341 abhängt. Es ist daher unerheblich, dass diese Patente nicht in jedem der Mitgliedstaaten, für die die Klägerinnen geltend machen, dass diese Patente dort nicht gegolten hätten, erteilt oder angemeldet worden waren.

**1762** Die in der Niche- und in der Matrix-Vereinbarung enthaltene Vermarktungsverbotsklausel gilt in den Ländern, in denen die Patente 339 bis 341 „und/oder“ das Patent 947 bestehen, wie in Art. 3 der Niche-Vereinbarung sowie in Art. 1 Ziff. xiii des Abschnitts 1 und Art. 1 des Abschnitts 2 der Matrix-Vereinbarung vorgesehen ist.

**1763** Abgesehen von dem Argument betreffend Polen, das vorstehend bereits zurückgewiesen worden ist, tragen die Klägerinnen jedoch nicht vor und weisen erst recht nicht nach, dass das Patent 947 in einem der oben in Rn. 1760 genannten Staaten nicht bestand.

**1764** Da die Klägerinnen aber als Mitverfasser der Vereinbarungen deren Geltungsbereich genau kennen, oblag es ihnen, Beweise für ein solches Nichtbestehen vorzulegen, oder dies zumindest zu behaupten.

**1765** Selbst wenn die oben in Rn. 1760 genannten Mitgliedstaaten nicht von den Patenten 339, 340 und 341 erfasst gewesen sein sollten, würde dies somit angesichts des

Vorbringens der Klägerinnen nicht den Schluss zulassen, dass die in der Niche- und in der Matrix-Vereinbarung enthaltenen Vermarktungsverbotsklauseln nicht in diesen Staaten galten, da die Klägerinnen nicht bestreiten, dass diese vom Patent 947 erfasst waren.

**1766**Nach alledem lassen das Vorbringen der Klägerinnen und die von ihnen vorgelegten Beweise nicht den Schluss zu, dass die Kommission das räumliche Gebiet der Zuwiderhandlung hinsichtlich der Vermarktungsverbotsklausel fehlerhaft definiert hat.

**1767**In Anbetracht der Erwägungen in den Rn. 1741 bis 1746 des vorliegenden Urteils kann dieses Argument zurückgewiesen werden, ohne dass geprüft zu werden braucht, ob die Kommission das räumliche Gebiet der Zuwiderhandlung hinsichtlich der Vermarktungsverbotsklausel fehlerhaft definiert hat.

d) Zur Schwere der Zuwiderhandlungen

1) Vorbringen der Parteien (nicht wiedergegeben)

2) Würdigung durch das Gericht

**1784**Als Erstes ist die Rüge der Klägerinnen zu prüfen, es habe keine wettbewerbswidrige Absicht vorgelegen.

**1785**Die Klägerinnen beanstanden in Wirklichkeit die Rn. 3064 ff. des angefochtenen Beschlusses, in denen die Kommission sich auf die Feststellung beschränkt hat, dass die in Rede stehenden Zuwiderhandlungen vorsätzlich oder fahrlässig begangen worden seien, was ihr gemäß Art. 23 Abs. 2 der Verordnung Nr. 1/2003 die Verhängung von Geldbußen erlaube.

**1786**Zu der Frage, ob eine Zuwiderhandlung vorsätzlich oder fahrlässig begangen worden ist und deshalb gemäß Art. 23 Abs. 2 Unterabs. 1 der Verordnung Nr. 1/2003 mit einer Geldbuße geahndet werden kann, geht aus der Rechtsprechung des Gerichtshofs hervor, dass diese Voraussetzung erfüllt ist, wenn sich das betreffende Unternehmen über die Wettbewerbswidrigkeit seines Verhaltens nicht im Unklaren sein kann, gleichviel, ob ihm dabei bewusst ist, dass es gegen die Wettbewerbsregeln des Vertrags verstößt (Urteile vom 18. Juni 2013, Schenker & Co. u. a., [C-681/11](#), [ECLI:EU:C:2013:404](#), Rn. 37, vom 10. Juli 2014, Telefónica und Telefónica de España/Kommission, [C-295/12 P](#), [ECLI:EU:C:2014:2062](#), Rn. 156, und vom 8. September 2016, Lundbeck/Kommission, [T-472/13](#), mit Rechtsmittel angefochten, [ECLI:EU:T:2016:449](#), Rn. 762).

**1787**Die Prüfung der verschiedenen streitigen Vereinbarungen mit Ausnahme der mit Krka geschlossenen Vereinbarungen hat jedoch ergeben, dass Servier Generikahersteller dafür bezahlt hat, dass sie dem Markt fernbleiben. Sie konnte sich daher über den wettbewerbswidrigen Charakter eines solchen Verhaltens nicht im Unklaren sein. Der Marktausschluss von Wettbewerbern stellt nämlich eine extreme Form der Marktaufteilung und der Produktionsbeschränkung dar (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 8. September 2016, Lundbeck/Kommission, [T-472/13](#), mit Rechtsmittel angefochten, [ECLI:EU:T:2016:449](#), Rn. 435), deren Rechtswidrigkeit nach der Rechtsprechung „offenkundig“ ist (siehe oben, Rn. 1665).

**1788**Auch wenn die Rechtswidrigkeit dieser Vereinbarungen, weil sie in der Form von Patentvergleichen geschlossen wurden, für einen außenstehenden Beobachter möglicherweise nicht offensichtlich war, gilt dies doch nicht für die Parteien dieser Vereinbarungen (siehe oben, Rn. 1666).

**1789**Zudem ist festzustellen, dass die streitigen Vereinbarungen mit Ausnahme der mit Krka geschlossenen Vereinbarungen wettbewerbswidrige Ziele verfolgten.



**1790**Wenn nämlich, wie es bei jeder der streitigen Vereinbarungen der Fall ist, eine umgekehrte Zahlung und nicht die Anerkennung der Gültigkeit des Patents durch jede Partei zum Abschluss des Vergleichs führt, d. h., wenn dem Generikahersteller ein Anreiz geboten wird, sich Vermarktungsverbots- und Nichtangriffsklauseln zu unterwerfen, hängen die mit diesen Klauseln eingeführten Wettbewerbsbeschränkungen nicht mehr mit dem - echten oder fiktiven - Vergleich zur gütlichen Beilegung eines Patentrechtsstreits zusammen. In diesem Fall sind der Anreiz und nicht die Anerkennung der Gültigkeit des Patents durch die Parteien der wahre Grund für die mit diesen Klauseln eingeführten Wettbewerbsbeschränkungen. In einem solchen Fall kann diese Vereinbarung in ihrer Gesamtheit zu Recht als eine Marktausschlussvereinbarung angesehen werden, mit der wettbewerbswidrige Ziele verfolgt werden.

**1791**Somit steht das Vorliegen eines wettbewerbswidrigen Ziels fest, und es ist in dieser Hinsicht unerheblich, ob Servier mit allen Generikaherstellern, die diese Patente angegriffen haben, Vereinbarungen geschlossen hat oder nicht, ob die Initiative zu diesen Vereinbarungen von ihr ausgegangen ist oder nicht oder ob die fraglichen Vereinbarungen geheim waren oder nicht.

**1792**Diese Faktoren werden jedoch im Folgenden bei der Prüfung der Frage in Betracht gezogen, ob die von der Kommission festgelegten Sätze unverhältnismäßig waren.

**1793**Als Zweites ist die Rüge zu prüfen, dass die Kommission das Bestehen der Patente von Servier nicht berücksichtigt habe.

**1794**In dieser Hinsicht hat die Kommission entgegen dem Vorbringen der Klägerinnen nicht den Umstand außer Acht gelassen, dass die Vereinbarungen Rechte des geistigen Eigentums betrafen.

**1795**Die Feststellung des Bestehens eines Anreizes bedeutet nämlich, dass der durch die Vereinbarung bedingte Marktausschluss sich nicht aus den Wirkungen der in Rede stehenden Patente und ihrem rechtmäßigen Gebrauch, insbesondere im Rahmen eines Vergleichs, ergibt, sondern aus einer Wertübertragung, die die finanzielle Gegenleistung für diesen Ausschluss darstellt (siehe oben, Rn. 253 bis 276).

**1796**Hervorzuheben ist noch, dass die Kommission die Voraussetzungen für die Anwendung des Wettbewerbsrechts auf die Rechte des geistigen Eigentums und die an diese Rechte geknüpfte Gültigkeitsvermutung beachtet hat, da sie nur die Vereinbarungen als bezweckte Wettbewerbsbeschränkung eingestuft hat, die einen anormalen Gebrauch des Patents darstellten, weil sie auf einem Anreiz und nicht auf der Anerkennung der Gültigkeit des Patents beruhten (siehe oben, Rn. 266 und 267).

**1797**Wenn schließlich das Bestehen eines Anreizes festgestellt worden ist, wie es bei sämtlichen streitigen Vereinbarungen mit Ausnahme der mit Krka geschlossenen Vereinbarungen der Fall ist, können sich die Parteien nicht mehr auf die Anerkennung des Patents im Rahmen des Vergleichs berufen. Der Umstand, dass die Gültigkeit des Patents von einem Gericht oder einer Verwaltungsstelle bestätigt worden ist, ist insoweit nicht von Belang. Dies gilt für die Bestätigung des Patents 947 durch die Einspruchsabteilung des EPA oder für die den Klägerinnen günstigen Feststellungen, die britische Gerichte getroffen habe sollen (siehe oben, Rn. 269).

**1798**Das Vorbringen der Klägerinnen, es sei „paradox und unrechtmäßig“, die Dauer der Zuwiderhandlungen von der Dauer und den Ergebnissen der Streitverfahren über die Patente von Servier abhängig zu machen, ist zurückzuweisen.

**1799**Die Dauer der den Klägerinnen vorgeworfenen Zuwiderhandlungen hängt nämlich vom zeitlichen Geltungsbereich der in den streitigen Vereinbarungen enthaltenen Vermarktungsverbots- und Nichtangriffsklauseln ab, der wiederum vom Bestehen der Patente von Servier und damit von den Ergebnissen der Verfahren abhängt, in denen diese Patente angegriffen werden.

**1800**Hinzu kommt, dass Servier den Zusammenhang zwischen der Dauer der Streitverfahren über ihre Patente und der Dauer der Zuwiderhandlungen umso weniger in Abrede stellen kann, als sich die in der vorstehenden Rn. 1799 erwähnte Verknüpfung, durch die dieser Zusammenhang hergestellt wird, aus den Vertragsklauseln ergibt, deren Mitverfasser Servier ist.

**1801**Als Drittes ist die Rüge zu prüfen, die Zuwiderhandlungen hätten keine konkrete Auswirkung auf den Markt gehabt.

**1802**Hierzu ist erstens darauf hinzuweisen, dass nach Art. 23 Abs. 3 der Verordnung Nr. 1/2003 bei der Festsetzung der Höhe der Geldbuße sowohl die Schwere der Zuwiderhandlung als auch deren Dauer zu berücksichtigen ist, ohne dass dort ausdrücklich gesagt wird, dass diese Zuwiderhandlung anhand der tatsächlichen Ergebnisse auf dem Markt, zu beurteilen ist (Schlussanträge von Generalanwalt Mischo in der Rechtssache Mo och Domsjö/Kommission, C-283/98 P, ECLI:EU:C:2000:262, Nr. 96).

**1803**Nach den Leitlinien für das Verfahren zur Festsetzung von Geldbußen, die gemäß Artikel 15 Absatz 2 der Verordnung Nr. 17 und gemäß Artikel 65 Absatz 5 EGKS-Vertrag festgesetzt werden (ABl. 1998, C 9, S. 3), sind zwar bei der Ermittlung der Schwere eines Verstoßes dessen konkrete Auswirkungen auf den Markt nur insofern zu berücksichtigen, als sie messbar sind.

**1804**Ein solches Erfordernis ist aber in den Leitlinien für das Verfahren zur Festsetzung von Geldbußen gemäß Artikel 23 Absatz 2 Buchstabe a) der Verordnung Nr. 1/2003 nicht mehr vorgesehen.

**1805**Insoweit sei darauf hingewiesen, dass der in Ziff. 22 der Leitlinien für das Verfahren zur Festsetzung von Geldbußen genannte Faktor „etwaige Umsetzung der Zuwiderhandlung in der Praxis“ das Verhalten der an der Zuwiderhandlung beteiligten Unternehmen und nicht deren Auswirkungen auf den Markt betrifft.

**1806**Somit war die Kommission nach den Leitlinien für das Verfahren zur Festsetzung von Geldbußen nicht verpflichtet, die konkrete Auswirkung der Zuwiderhandlung auf den Markt zu berücksichtigen, um den Anteil am Umsatz zu bestimmen, der gemäß den Ziff. 19 bis 24 der Leitlinien für das Verfahren zur Festsetzung von Geldbußen wegen der Schwere der Zuwiderhandlung berücksichtigt wird (vgl. in diesem Sinne Urteile vom 14. März 2013, Fresh Del Monte Produce/Kommission, T-587/08, ECLI:EU:T:2013:129, Rn. 773 bis 775, und vom 16. Juni 2015, FSL u. a./Kommission, T-655/11, ECLI:EU:T:2015:383, Rn. 539).

**1807**Zweitens ist die Kommission auch nach der Rechtsprechung der Unionsgerichte nicht verpflichtet, die konkrete Auswirkung der Zuwiderhandlung auf den Markt zu berücksichtigen.

**1808**Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs ist die Schwere der Zuwiderhandlungen anhand einer Vielzahl von Gesichtspunkten zu ermitteln, zu denen u. a. die besonderen Umstände der Rechtssache, ihr Kontext und die Abschreckungswirkung der Geldbußen

gehören, ohne dass es eine zwingende oder abschließende Liste von Kriterien gäbe, die auf jeden Fall berücksichtigt werden müssten (Beschluss vom 25. März 1996, SPO u. a./Kommission, [C-137/95 P](#), [ECLI:EU:C:1996:130](#), Rn. 54, sowie Urteile vom 17. Juli 1997, Ferriere Nord/Kommission, [C-219/95 P](#), [ECLI:EU:C:1997:375](#), Rn. 33, und vom 28. Juni 2005, Dansk Rørindustri u. a./Kommission, [C-189/02 P](#), [C-202/02 P](#), [C-205/02 P](#) bis [C-208/02 P](#) und [C-213/02 P](#), [ECLI:EU:C:2005:408](#), Rn. 241).

**1809**Die Auswirkungen auf den Markt können daher zwar unter der in der vorstehenden Rn. 1808 genannten „Vielzahl von Gesichtspunkten“ berücksichtigt werden, sind aber nur dann von wesentlicher Bedeutung, wenn es um Vereinbarungen, Beschlüsse oder abgestimmte Verhaltensweisen geht, die nicht unmittelbar eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs bezwecken und die daher nur infolge ihrer konkreten Auswirkungen in den Anwendungsbereich von Art. [101](#) AEUV fallen können (Schlussanträge von Generalanwalt Mischo in der Rechtssache Mo och Domsjö/Kommission, [C-283/98 P](#), [ECLI:EU:C:2000:262](#), Nr. 101).

**1810**Müsste die Kommission auf der Stufe der Berechnung der Geldbuße die konkrete Auswirkung der Zuwiderhandlung auf den Markt berücksichtigen, würde ihr damit nämlich eine Verpflichtung auferlegt, die für sie nach ständiger Rechtsprechung bei der Anwendung von Art. [101](#) AEUV nicht besteht, wenn die in Rede stehende Zuwiderhandlung einen wettbewerbswidrigen Zweck verfolgt (vgl. Urteil vom 3. September 2009, Prym und Prym Consumer/Kommission, [C-534/07 P](#), [ECLI:EU:C:2009:505](#), Rn. 64 und die dort angeführte Rechtsprechung).

**1811**Die Kommission hat sich, wie die Klägerinnen geltend machen, zwar im angefochtenen Beschluss nicht ausschließlich auf die Feststellung des Vorliegens bezweckter Wettbewerbsbeschränkung gestützt, sondern hat auch das Vorliegen von bewirkter Wettbewerbsbeschränkung angenommen.

**1812**Die wettbewerbsbeschränkenden Wirkungen der streitigen Vereinbarungen hat die Kommission jedoch nur „der Vollständigkeit halber“ (Rn. 1213 des angefochtenen Beschlusses) analysiert. Zudem sei darauf hingewiesen, dass die Kommission das Vorliegen einer bewirkten Wettbewerbsbeschränkung nur in vier Mitgliedstaaten, und zwar in Frankreich, den Niederlanden, Polen und im Vereinigten Königreich, festgestellt hat. Für die Berechnung der Geldbuße hat sie aber den räumlichen Bereich der Zuwiderhandlungen auf alle Mitgliedstaaten ausgedehnt, in denen die Vereinbarungen galten.

**1813**Zudem führen die Klägerinnen selbst aus, dass die Berechnung der Geldbuße „ausschließlich auf der Prämisse [beruht], dass die Vereinbarungen bezweckte Wettbewerbsbeschränkungen darstellten“.

**1814**Aus dem Vorstehenden ergibt sich, dass die Kommission nicht verpflichtet war, das behauptete Fehlen einer konkreten Auswirkung der Zuwiderhandlungen auf den Markt bei der Bestimmung der Höhe der Geldbuße wegen der Zuwiderhandlungen gegen Art. [101](#) AEUV zu berücksichtigen.

**1815**Selbst wenn aber die Kommission eine konkrete Auswirkung der Zuwiderhandlungen auf den Markt hätte nachweisen müssen und sie dies nicht hinreichend getan hätte, ergäben sich daraus keine Folgen für die von ihr festgelegten Sätze, da diese auch bei Fehlen einer solchen Wirkung nicht als unverhältnismäßig angesehen werden können.

**1816**Die in Rede stehenden Vereinbarungen sind Marktausschlussvereinbarungen, mit denen wettbewerbswidrige Ziele verfolgt werden (siehe oben, Rn. 1790). Der Marktausschluss von Wettbewerbern stellt aber eine extreme Form der Marktaufteilung und der Produktionsbeschränkung dar (siehe oben, Rn. 271). Solche Vereinbarungen müssen daher gemäß Ziff. 23 der Leitlinien für das Verfahren zur Festsetzung von Geldbußen grundsätzlich streng geahndet werden.

**1817**Dem ist hinzuzufügen, dass die in den streitigen Vereinbarungen enthaltenen wettbewerbsbeschränkenden Klauseln in der Praxis umgesetzt worden sind.

**1818**Unter Berücksichtigung dieser Faktoren erscheint der von der Kommission berücksichtigte Umsatzanteil, d. h. je nach Fall 10% oder 11%, was nur etwa einem Drittel des Anteils entspricht, der höchstens berücksichtigt werden kann, nicht unverhältnismäßig. Diese Prozentsätze spiegeln im Gegenteil sowohl die Schwere der festgestellten Zuwiderhandlungen, die wegen ihres wettbewerbswidrigen Ziels besonders schädlich waren, als auch den besonderen Kontext wider, in dem sie begangen worden sind und der durch die Verteidigung von Rechten des geistigen Eigentums und die Ungewissheit über den Ausgang der Rechtsstreitigkeiten über die Patente von Servier gekennzeichnet ist.

**1819**Die Klägerinnen können sich umso weniger auf das Fehlen tatsächlicher Auswirkungen der streitigen Vereinbarungen auf den Wettbewerb berufen, als diese Vereinbarungen, die auf einem Anreiz und nicht auf der Anerkennung der Gültigkeit des Patents durch die Parteien beruhten, es ihnen gerade ermöglicht haben, die mit den Patentrechtsstreitigkeiten verbundenen Unwägbarkeiten und die Ungewissheiten hinsichtlich der Bedingungen und Möglichkeiten des Markteintritts der Generikahersteller durch die Gewissheit zu ersetzen, dass diejenigen, mit denen eine Vereinbarung geschlossen wurde, vom Markt ferngehalten würden.

**1820**Die oben in Rn. 1818 gezogene Schlussfolgerung wäre auch dann nicht in Frage gestellt, wenn die von den Klägerinnen angeführten und oben in Rn. 1791 erwähnten Umstände nachgewiesen wären.

**1821**Auch das von den Klägerinnen ohne jede Substantiierung geltend gemachte Fehlen einer Begründung kann nicht festgestellt werden. Denn Servier konnte in Anbetracht aller von der Kommission im angefochtenen Beschluss, insbesondere in dessen Rn. 3130, getroffenen Feststellungen und des Kontexts, in dem dieser Beschluss erlassen worden war, erkennen, aus welchen Gründen die Sätze von 10% und 11% des Umsatzes festgelegt worden waren.

**1822**Insbesondere hat die Kommission die Anwendung unterschiedlicher Umsatzanteile für jede Vereinbarung hinreichend begründet. Sie hat ausgeführt, dass der für die Niche-, die Matrix- und die Lupin-Vereinbarung berücksichtigte Satz deshalb höher gewesen sei als der für die Teva- und die Krka-Vereinbarung, weil diese eine größere räumliche Reichweite gehabt hätten als jene (Rn. 3131 des angefochtenen Beschlusses).

**1823**Nach alledem ist der vorliegende Klagegrund zurückzuweisen.

e) Zur Dauer der Zuwiderhandlungen

**1824**Die Klägerinnen erheben zwei Rügen, mit denen sie erstens Fehler hinsichtlich der Bestimmung des Beginns und zweitens Fehler hinsichtlich des Endes der Zuwiderhandlungen beanstanden.

1) Zum Beginn der Zuwiderhandlungen

i) Vorbringen der Parteien (nicht wiedergegeben)

ii) Würdigung durch das Gericht

**1833**Als Erstes ist das Vorbringen zu prüfen, die Angriffe auf die Patente von Servier seien nie eingestellt noch auch nur verzögert worden.

**1834**Hierzu ist festzustellen, dass die Klägerinnen nicht nachweisen oder auch nur behaupten, dass einer der Generikahersteller, die die streitigen Vereinbarungen geschlossen hätten, ungeachtet des Bestehens der für ihn geltenden Nichtangriffsklausel eines der Patente von Servier angegriffen habe.

**1835**Die Klägerinnen machen somit nicht geltend, die Vereinbarungen seien nicht in die Praxis umgesetzt worden, sondern berufen sich nur darauf, dass andere Generikahersteller als diejenigen, die die streitigen Vereinbarungen geschlossen hätten, die Patente von Servier angegriffen hätten.

**1836**Damit geht das Vorbringen der Klägerinnen im Wesentlichen dahin, die streitigen Vereinbarungen hätten keine konkreten Auswirkungen auf den Wettbewerb gehabt.

**1837**Insoweit ist zu beachten, dass im Fall bezweckter Wettbewerbsbeschränkungen die tatsächlichen Auswirkungen einer Vereinbarung nicht berücksichtigt zu werden brauchen, um die Zuwiderhandlung nachzuweisen (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 8. Juli 1999, Kommission/Anic Partecipazioni, C-49/92 P, ECLI:EU:C:1999:356, Rn. 98 und 99) und folglich diese Zuwiderhandlung zeitlich abzugrenzen und so ihre Dauer zu bestimmen (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 19. März 2009, Archer Daniels Midland/Kommission, C-510/06 P, ECLI:EU:C:2009:166, Rn. 113, 114 und 140).

**1838**Mit dem Argument, die streitigen Vereinbarungen hätten keine Auswirkung auf den Wettbewerb gehabt, kann daher die Dauer der Zuwiderhandlungen nicht in Frage gestellt werden, da diese Dauer auf der Grundlage der Feststellung einer bezweckten Wettbewerbsbeschränkung hinreichend nachgewiesen ist.

**1839**Sollten die Klägerinnen mit ihrem Vorbringen nicht die Feststellung der Zuwiderhandlungen beanstanden, weil deren Dauer fehlerhaft bestimmt worden sei, sondern die Beurteilung der Schwere der von der Kommission im angefochtenen Beschluss festgestellten Zuwiderhandlungen, wäre jedenfalls darauf hinzuweisen, dass die Rüge betreffend das Fehlen konkreter Wirkungen der Vereinbarungen und dessen Folgen für die Beurteilung der Schwere der Zuwiderhandlungen bereits zurückgewiesen worden ist (siehe oben, Rn. 1801 bis 1820).

**1840**Was als Zweites das Vorbringen angeht, einige der Zuwiderhandlungen könnten nicht festgestellt werden, solange Teva und Lupin nicht über eine Genehmigung für das Inverkehrbringen verfügten, so ist dieses bereits im Rahmen der Prüfung der Klagegründe betreffend das Fehlen von potenziellem Wettbewerb (siehe oben, Rn. 604 und 743) zurückgewiesen worden. Aus dem Ergebnis dieser Prüfung ergibt sich, dass die Kommission zu Recht befunden hat, dass Teva und Lupin zum Zeitpunkt des Abschlusses der Vereinbarungen potenzielle Wettbewerber von Servier waren. Die Kommission hat daher den Zeitpunkt des Beginns der in Rede stehenden Zuwiderhandlungen nicht fehlerhaft bestimmt.

**1841**Das darauf gestützte Vorbringen, dass das ergänzende Schutzzertifikat für das Patent für das Perindopril-Molekül nicht abgelaufen gewesen sei, kann auf der Grundlage der Erwägungen zurückgewiesen werden, mit denen der Klagegrund des Fehlens von potenziellem Wettbewerb zurückgewiesen worden ist.

**1842**Wie oben in Rn. 359 ausgeführt worden ist, hat nämlich ein Wirtschaftsteilnehmer die Möglichkeit, das Risiko eines Markteintritts mit einem das gültige Patent möglicherweise verletzenden Erzeugnis einzugehen, wobei dieser „Risiko“-Markteintritt oder diese „Risiko“-Markteinführung erfolgreich sein kann, wenn der Patentinhaber von der Erhebung einer Patentverletzungsklage absieht oder wenn eine solche gegebenenfalls erhobene Klage abgewiesen wird. Diese Möglichkeit eines Risikomarkteintritts deutet darauf hin, dass die Patente keine unüberwindlichen Hindernisse für einen Markteintritt der Generikahersteller sind.

**1843**Zudem hindert das Patent die Wirtschaftsteilnehmer nicht daran, die für die Herstellung und die Vermarktung eines nicht patentverletzenden Erzeugnisses nötigen Maßnahmen zu treffen. Bis zu ihrem Markteintritt sind sie als potenzielle Wettbewerber des Patentinhabers und danach als dessen tatsächliche Wettbewerber anzusehen (siehe oben, Rn. 357).

**1844**Hierzu hat die Kommission in Rn. 3137 des angefochtenen Beschlusses ausgeführt, dass die Generikahersteller manchmal mehrere Jahre vor Ablauf des ergänzenden Schutzzertifikats für ein Patent mit den Vorbereitungen für ihren Markteintritt beginnen und dass diese Zeit für Perindopril im Durchschnitt zwei oder drei Jahre betragen habe. Dies bestätige die Feststellung, dass die in Rede stehenden Zuwiderhandlungen vor Ablauf des ergänzenden Schutzzertifikats für das Patent für das Perindopril-Molekül begonnen hätten.

**1845**Die Kommission hat jedoch weiter ausgeführt, sie habe es, wenn das ergänzende Schutzzertifikat in einem Mitgliedstaat ausgelaufen sei, nachdem das generische Perindopril in anderen Mitgliedstaaten auf den Markt gebracht worden sei, „wegen des Bestehens eines Verfahrens zur beschleunigten gegenseitigen Anerkennung, in dem die Mitgliedstaaten die von einem anderen Mitgliedstaat erteilte Genehmigung für das Inverkehrbringen als gültig anerkennen“ (Fn. 4073 des angefochtenen Beschlusses), vorgezogen, vorsichtig vorzugehen und den Beginn der Zuwiderhandlung auf den Zeitpunkt des Ablaufs des ergänzenden Schutzzertifikats festzulegen. So sei sie im Fall Italiens vorgegangen. Dagegen sei im Fall Frankreichs vor Ablauf des ergänzenden Schutzzertifikats kein Generikum in einem anderen Mitgliedstaat auf den Markt gebracht worden (Fn. 4073 des angefochtenen Beschlusses).

**1846**Die Darlegungen in den vorstehenden Rn. 1844 und 1845 werden von den Klägerinnen nicht bestritten.

**1847**In Anbetracht der Ausführungen in den vorstehenden Rn. 1842 bis 1846 ist zu schließen, dass die Kommission zu Recht festgestellt hat, dass bestimmte Zuwiderhandlungen in Frankreich am 8. Februar 2005, vor dem Ablauf des ergänzenden Schutzzertifikats, begonnen hatten.

**1848**Außerdem kann die von den Klägerinnen erhobene Rüge nur die Zuwiderhandlungen betreffen, die der Niche- und der Matrix-Vereinbarung entsprechen, denn nur diese streitigen Vereinbarungen sind vor Ablauf des ergänzenden Schutzzertifikats in Frankreich geschlossen worden.

**1849**Diese Vereinbarungen sind aber erst am 8. Februar 2005, d. h. etwas mehr als einen Monat vor Ablauf des ergänzenden Schutzzertifikats in Frankreich am 22. März 2005, geschlossen worden.

**1850**Daher ist umso leichter festzustellen, dass die betreffenden Generikahersteller am 8. Februar 2005 in der Lage waren, einen Markteintritt für den Tag nach Ablauf des ergänzenden Schutzzertifikats vorzubereiten und damit potenziellen Wettbewerbsdruck auszuüben.

**1851**Sollte davon auszugehen sein, dass die Klägerinnen eine Verletzung des Grundsatzes der Gleichbehandlung geltend machen und dass dieser Klagegrund nicht verspätet angeführt worden ist, rechtfertigt der Umstand, dass Servier bei der Bestimmung des Beginns der Zuwiderhandlung für Italien möglicherweise eine günstige Behandlung zugutegekommen ist, die nicht geboten war (siehe dazu u. a. oben, Rn. 1842), nicht, dass ihr eine solche Behandlung für sämtliche anderen Mitgliedstaaten zugutekommt, es sei denn, eine derartige Ungleichbehandlung wäre willkürlich (siehe unten, Rn. 1868 bis 1871).

**1852**Dies ist hier jedoch nicht der Fall. Denn zwischen der Situation in Italien und der in Frankreich bestand ein objektiver Unterschied, der für die Möglichkeit der Feststellung einer Zuwiderhandlung nicht irrelevant war (siehe oben, Rn. 1845).

**1853**Nur ergänzend ist festzustellen, dass der Unterschied zwischen der Situation Frankreichs und der Italiens, auf den sich die Kommission gestützt hat (siehe oben, Rn. 1844 und 1845), eine unterschiedliche Behandlung rechtfertigen konnte.

**1854**Nach alledem ist die vorliegende Rüge insgesamt zurückzuweisen.

2) Zum Zeitpunkt des Endes der Zuwiderhandlungen

i) Vorbringen der Parteien (nicht wiedergegeben)

ii) Würdigung durch das Gericht

**1859**Im Rahmen der vorliegenden Rüge berufen sich die Klägerinnen darauf, dass Generikahersteller, die nicht Parteien einer der streitigen Vereinbarungen seien, in den Markt mehrerer Mitgliedstaaten eingetreten seien und dass der Preis von Perindopril daraufhin zurückgegangen sei.

**1860**Ihr Vorbringen geht im Wesentlichen dahin, dass die streitigen Vereinbarungen nach dem Markteintritt dieser Generikahersteller keine konkrete Auswirkung auf den Wettbewerb gehabt hätten.

**1861**Da es um bezweckte Wettbewerbsbeschränkungen geht, ist auf die oben in Rn. 1837 angeführte Rechtsprechung zu verweisen.

**1862**Das Fehlen einer Auswirkung der streitigen Vereinbarungen auf den Wettbewerb kann daher nicht mit Erfolg geltend gemacht werden, um die Dauer der Zuwiderhandlungen in Frage zu stellen, da diese auf der Grundlage der Feststellung einer bezweckten Wettbewerbsbeschränkung hinreichend nachgewiesen ist.

**1863**Sollten die Klägerinnen mit ihrem Vorbringen nicht die Feststellung der Zuwiderhandlung beanstanden, weil deren Dauer fehlerhaft bestimmt worden sei, sondern die Beurteilung der Schwere der von der Kommission im angefochtenen Beschluss festgestellten Zuwiderhandlung, wäre jedenfalls darauf hinzuweisen, dass die Rüge betreffend das Fehlen konkreter Wirkungen der Vereinbarungen und dessen Folgen für die Beurteilung der Schwere der Zuwiderhandlungen bereits zurückgewiesen worden ist (siehe oben, Rn. 1801 bis 1820).

**1864**Die Klägerinnen machen jedoch auch eine Verletzung des Grundsatzes der Gleichbehandlung geltend.

**1865**Insoweit führen die Klägerinnen den Umstand an, dass die Kommission die Dauer der Zuwiderhandlungen in den Niederlanden und im Vereinigten Königreich reduziert habe, um den Markteintritt von Generika in diesen Mitgliedstaaten zu berücksichtigen, während sie dies für andere Märkte nicht getan habe, für die sie sich in der Regel auf die Daten des Ablaufs oder der Ungültigerklärung der Patente von Servier gestützt habe (Rn. 3133 des angefochtenen Beschlusses).

**1866**Bezüglich des Vereinigten Königreichs ist jedoch darauf hinzuweisen, dass der gewählte Zeitpunkt des Endes der Zuwiderhandlung zwar dem Markteintritt eines Generikums entspricht (Rn. 776 des angefochtenen Beschlusses), aber auch einem Urteil eines Gerichts dieses Mitgliedstaats, mit dem das Patent 947 für ungültig erklärt worden ist (Rn. 180, 776 und 2125 des angefochtenen Beschlusses).

**1867**Die Relevanz des Vorbringens der Klägerinnen, mit dem sie eine unterschiedliche Behandlung je nach dem Mitgliedstaat der Begehung der Zuwiderhandlungen geltend machen, ist somit für das Vereinigte Königreich nicht nachgewiesen.

**1868**Zudem rechtfertigt der Umstand, dass Servier bei der Bestimmung des Beginns der Zuwiderhandlung für einige Mitgliedstaaten möglicherweise eine günstige Behandlung zugutegekommen ist, die nicht geboten war - und auf dem Fehlen wettbewerbsbeschränkender Wirkungen beruhte, das unerheblich ist, wenn die Kommission wie im vorliegenden Fall das Vorliegen einer bezweckten Wettbewerbsbeschränkung feststellt (siehe oben, Rn. 1862) -, nicht, dass ihr eine solche Behandlung für sämtliche anderen Mitgliedstaaten zugutekommt. Denn der Grundsatz der Gleichbehandlung soll den Unternehmen, denen eine günstige Behandlung zugutekommt, die nach den anwendbaren Rechtsvorschriften oder nach der Rechtsprechung nicht geboten war, kein Recht auf Sanktionsfreiheit garantieren, wenn die Kommission zu Recht das Vorliegen einer Zuwiderhandlung feststellt.

**1869**Allerdings darf die Kommission nicht, auch nicht auf dasselbe Unternehmen, Methoden der Berechnung der Geldbuße anwenden, die in dem Sinne willkürlich verschieden sind, dass solchen Unterschieden jede sachliche Rechtfertigung fehlt.

**1870**Im vorliegenden Fall sind solche Unterschiede jedoch nicht nachgewiesen. Die Kommission hat nämlich dargelegt, dass sie für die Niederlande und das Vereinigte Königreich ein besonderes, von ihr als „vorsichtig“ bezeichnetes Vorgehen gewählt habe, mit dem sie zu einer Reduzierung der Dauer der Zuwiderhandlung gelangt sei, um dem großangelegten Markteintritt von Generika in diesen beiden Mitgliedstaaten Rechnung zu tragen, der erhebliche Auswirkungen auf den Absatz des Perindopriols von Servier gehabt habe (Rn. 3133 des angefochtenen Beschlusses).

**1871**Die beiden einzigen von den Klägerinnen in dieser Hinsicht angeführten Faktoren, nämlich ein erheblicher Preisrückgang für das Perindopril von Servier und ein anhaltender Rückgang ihrer Marktanteile infolge der Einführung eines Generikums in Frankreich, genügen jedoch nicht als Beweis, dass die Situation in den Niederlanden und im Vereinigten Königreich auf der einen und die in Frankreich auf der anderen Seite so weitgehend ähnlich waren, dass eine unterschiedliche Behandlung willkürlich war. Erst recht erlauben diese Faktoren nicht den Nachweis einer willkürlichen Ungleichbehandlung der Niederlande und des Vereinigten Königreichs auf der einen und Belgiens, der Tschechischen Republik und Irlands auf der anderen Seite, da diese Faktoren nicht die Situation in diesen drei Mitgliedstaaten betreffen.



**1872**Nur ergänzend sei darauf hingewiesen, dass aus den Schaubildern Nr. 43 und Nr. 44 des angefochtenen Beschlusses zwar hervorgeht, dass der Markteintritt von Generika zu einem massiven und drastischen Rückgang des Absatzes des Perindoprils von Servier in den Niederlanden und im Vereinigten Königreich geführt hat, dass aber das Schaubild Nr. 45 des angefochtenen Beschlusses keinen solchen Rückgang in Frankreich nach diesem Markteintritt zeigt. Der Unterschied zwischen der Situation in den Niederlanden und im Vereinigten Königreich auf der einen und der in Frankreich auf der anderen Seite erlaubte der Kommission somit eine unterschiedliche Behandlung mit der auf die Niederlande und das Vereinigte Königreich begrenzten Feststellung des Endes der Zuwiderhandlung mit dem Eintritt der Generika in diese Märkte.

**1873**Der in der vorstehenden Rn. 1872 festgestellte Unterschied zwischen den jeweiligen Situationen wird nicht durch den Umstand in Frage gestellt, dass der Eintritt eines Generikums in den französischen Markt zu einem Rückgang des Perindopril-Preises um 30% und zu einem „anhaltenden Rückgang des Marktanteils von Servier“ geführt haben soll. Diese Faktoren belegen nämlich keinen so massiven und drastischen Rückgang des Umsatzes von Servier in Frankreich wie in den Niederlanden und im Vereinigten Königreich.

**1874**Hinsichtlich Belgiens, der Tschechischen Republik und Irlands geht aus keinem der von den Klägerinnen angeführten Bestandteile der Akten hervor, dass nach dem Markteintritt von Generika auf den Märkten dieser Mitgliedstaaten ein ebenso massiver und drastischer Rückgang des Umsatzes des Perindoprils von Servier wie in den Niederlanden und im Vereinigten Königreich verzeichnet worden wäre.

**1875**Nach alledem ist die vorliegende Rüge und damit der Klagegrund insgesamt zurückzuweisen.

f) Zur Anwendung eines Zusatzbetrags

1) Vorbringen der Parteien (nicht wiedergegeben)

2) Würdigung durch das Gericht

**1883**Wie dargelegt, sind die in Rede stehenden Vereinbarungen solche, die es Servier erlaubten, Wettbewerber vom Markt auszuschließen, wobei der Umstand, dass es sich um potenzielle Wettbewerber handelte, nichts an dieser Beurteilung ändert. Solche Vereinbarungen zwischen Wettbewerbern stellen horizontale Vereinbarungen dar. Zudem ist der Marktausschluss von Wettbewerbern eine extreme Form der Marktaufteilung und der Produktionsbeschränkung (Urteil vom 8. September 2016, Lundbeck/Kommission, T-472/13, mit Rechtsmittel angefochten, ECLI:EU:T:2016:449, Rn. 435). Somit hat die Kommission zu Recht Ziff. 25 der Leitlinien für das Verfahren zur Festsetzung von Geldbußen angewandt, die bei horizontalen Vereinbarungen zur Einschränkung der Erzeugung die Hinzufügung eines Zusatzbetrags vorsieht.

**1884**Dieses Ergebnis wird durch das übrige Vorbringen der Klägerinnen nicht in Frage gestellt.

**1885**Als Erstes hat die Kommission entgegen dem Vorbringen der Klägerinnen nicht den Umstand außer Acht gelassen, dass die Vereinbarungen Rechte des geistigen Eigentums betrafen (siehe oben, Rn. 1794 bis 1797).

**1886**Als Zweites waren die Generikahersteller, anders als die Klägerinnen meinen und wie bereits in den verschiedenen Teilen des vorliegenden Urteils festgestellt worden ist, die der Prüfung der Klagegründe des Fehlens von potenziellem Wettbewerb gewidmet

sind, zu dem Zeitpunkt, als sie jeweils die Vereinbarung oder die Vereinbarungen unterzeichnet haben, die hier streitig sind und sie betreffen, potenzielle Wettbewerber von Servier.

**1887**Als Drittes konnte Servier entgegen dem Vorbringen der Klägerinnen bei vernünftiger Betrachtung vorhersehen, dass ihr Verhalten unter das Verbot des Art. 101 Abs. 1 AEUV fallen würde (siehe oben, Rn. 1661). Außerdem konnte sie sich über den wettbewerbswidrigen Charakter ihres Verhaltens nicht im Unklaren sein (siehe oben, Rn. 1665).

**1888**Als Viertes ist zu dem von den Klägerinnen geltend gemachten Fehlen „tatsächlicher Auswirkungen“ der Zuwiderhandlungen darauf hinzuweisen, dass sie sich ohne jede Substantiierung auf die Geltendmachung eines solchen Fehlens beschränken, um daraus auf die Unverhältnismäßigkeit des von der Kommission festgesetzten Zusatzbetrags zu schließen. Dieses Vorbringen ist somit nicht hinreichend substantiiert, um seine Begründetheit beurteilen zu können, und ist daher zurückzuweisen.

**1889**Jedenfalls war die Kommission auf dieser Stufe der Berechnung der Geldbuße ebenso wenig zur Berücksichtigung des etwaigen Fehlens einer konkreten Auswirkung auf den Markt verpflichtet wie auf der Stufe der Bestimmung des von ihr zugrunde gelegten Umsatzanteils (siehe oben, Rn. 1802 bis 1810). Eine solche Verpflichtung ergibt sich weder aus der Verordnung Nr. 1/2003 noch aus den Leitlinien für das Verfahren zur Festsetzung von Geldbußen, noch aus der Rechtsprechung der Unionsgerichte.

**1890**Als Fünftes lässt der Umstand, dass die Kommission auf die Generikahersteller keinen Zusatzbetrag angewandt hat, nicht den Schluss auf eine Verletzung des Grundsatzes der Gleichbehandlung zu.

**1891**Zwischen der in den Leitlinien für das Verfahren zur Festsetzung von Geldbußen dargelegten Methode, die die Kommission auf Servier angewandt hat, und der Methode, die die Kommission auf die Generikahersteller angewandt hat, bestehen grundlegende Unterschiede (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 8. September 2016, Xellia Pharmaceuticals und Alpharma/Kommission, [T-471/13](#), nicht veröffentlicht, mit Rechtsmittel angefochten, [ECLI:EU:T:2016:460](#), Rn. 423).

**1892**Im Rahmen der in den Leitlinien für das Verfahren zur Festsetzung von Geldbußen vorgesehenen Methode zielt die in Ziff. 13 vorgesehene Berücksichtigung des Umsatzes darauf ab, bei der Berechnung der gegen ein Unternehmen verhängten Geldbuße einen Betrag als Ausgangspunkt festzulegen, der die wirtschaftliche Bedeutung der Zuwiderhandlung und das jeweilige Gewicht dieses Unternehmens dabei wiedergibt. Sodann setzt die Kommission gemäß den Ziff. 19 und 21 dieser Leitlinien nach Maßgabe der Schwere der Zuwiderhandlung den Anteil an diesem Umsatz fest, der zur Bestimmung des Grundbetrags heranzuziehen ist. Dieser Anteil kann grundsätzlich bis zu 30% betragen und wird gemäß Ziff. 24 der Leitlinien von 2006 mit einem Koeffizienten nach Maßgabe der Dauer der Zuwiderhandlung multipliziert. Danach fügt die Kommission gemäß Ziff. 25 dieser Leitlinien unabhängig von der Dauer der Beteiligung eines Unternehmens an der Zuwiderhandlung dem Grundbetrag einen 15% bis 25% des Umsatzes entsprechenden Betrag hinzu, um die Unternehmen von der Beteiligung an horizontalen Vereinbarungen zur Festsetzung von Preisen, Aufteilung von Märkten, Mengeneinschränkungen oder anderen Zuwiderhandlungen abzuschrecken (Urteil vom 8. September 2016, Xellia Pharmaceuticals und Alpharma/Kommission, [T-471/13](#), nicht veröffentlicht, mit Rechtsmittel angefochten, [ECLI:EU:T:2016:460](#), Rn. 424).

**1893**Dagegen umfasst die für die Generikahersteller gewählte Methode nicht alle diese Stufen, insbesondere die Hinzufügung eines Zusatzbetrags nach Ziff. 25 der Leitlinien für das Verfahren zur Festsetzung von Geldbußen, da sie der Kommission erlaubt, die Wertübertragungen durch Servier an die betreffenden Generikahersteller direkt als Grundbetrag heranzuziehen (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 8. September 2016, Xellia Pharmaceuticals und Alpharma/Kommission, T-471/13, nicht veröffentlicht, mit Rechtsmittel angefochten, ECLI:EU:T:2016:460, Rn. 425).

**1894**Die Anwendung der ersten Methode auf Servier und der zweiten auf die Generikahersteller war gerechtfertigt.

**1895**Erstens waren nämlich die Generikahersteller schon wegen des Zwecks der streitigen Vereinbarungen, bei denen es sich um Marktausschlussvereinbarungen handelt, anders als Servier während des Zeitraums der Zuwiderhandlungen nicht auf den Märkten tätig, auf denen diese begangen wurden.

**1896**Somit konnte die Kommission nicht die Umsätze, die diese Generikahersteller im letzten vollständigen Geschäftsjahr ihrer Beteiligung an den Zuwiderhandlungen in dem betreffenden Gebiet erzielt hatten, heranziehen, wie es Ziff. 13 der Leitlinien für das Verfahren zur Festsetzung von Geldbußen vorsieht.

**1897**Sie konnte daher auf die Generikahersteller nicht die in den Leitlinien für das Verfahren zur Festsetzung von Geldbußen dargelegte Methode zur Berechnung der Geldbuße anwenden und ihnen insbesondere keinen Zusatzbetrag auferlegen, der auf der Grundlage der von dem Unternehmen im Zusammenhang mit der Zuwiderhandlung erzielten Umsatz berechnet worden war.

**1898**Die vorstehenden Erwägungen gelten für sämtliche Generikahersteller, da keiner von ihnen in die Märkte eintreten konnte, auf denen die Kommission die ihn betreffende Zuwiderhandlung festgestellt hatte.

**1899**Was insbesondere Krka angeht, ist festzustellen, dass die Rüge einer Verletzung des Grundsatzes der Gleichbehandlung zurückzuweisen wäre, selbst wenn die Klägerinnen sie auf die Methode zur Berechnung der diesem Generikahersteller auferlegten Geldbuße stützen können, obwohl Servier für die mit Krka geschlossenen Vereinbarungen nicht mit einer Sanktion belegt werden kann (siehe oben, Rn. 1636).

**1900**Der Vergleich, auf dem die Rüge der Klägerinnen beruht, wird zwar nicht für jede der streitigen Vereinbarungen zwischen der Situation von Servier und derjenigen des betreffenden Generikaherstellers, sondern für alle Vereinbarungen zwischen der Situation von Servier und derjenigen aller in Rede stehenden Generikahersteller angestellt. Somit steht der Umstand, dass Servier wegen der mit Krka geschlossenen Vereinbarungen kein Zusatzbetrag auferlegt worden ist, einer Berücksichtigung der Situation von Krka zur Prüfung der Rüge der Klägerinnen nicht notwendig entgegen.

**1901**Es trifft auch zu, dass eine der Vereinbarungen, die Krka mit Servier geschlossen hatte, die Erteilung einer in allen sieben Mitgliedstaaten gültigen Lizenz für das Patent 947 vorsah. Folglich konnte Krka ihre Erzeugnisse während der Dauer der Zuwiderhandlung in diesen Mitgliedstaaten verkaufen.

**1902**Die Kommission hat jedoch keine Zuwiderhandlung für die Mitgliedstaaten festgestellt, in denen die Lizenz galt. Sie wirft den Parteien der Vereinbarung nicht den Eintritt von Krka in die sieben Märkte vor, für die die Lizenz galt, sondern deren Verzicht

darauf, in die Märkte der anderen Mitgliedstaaten einzutreten, auf denen die Vermarktungsverbots- und Nichtangriffsklauseln ohne Lizenzvereinbarung galten.

**1903**Der in Ziff. 13 der Leitlinien für das Verfahren zur Festsetzung von Geldbußen verwendete Umsatzbegriff kann nicht so weit ausgedehnt werden, dass er die von dem betreffenden Unternehmen getätigten Verkäufe umfasst, die nicht von dem zur Last gelegten Kartell erfasst werden (Urteil vom 12. November 2014, Guardian Industries und Guardian Europe/Kommission, C-580/12 P, ECLI:EU:C:2014:2363, Rn. 57).

**1904**Somit konnten die sieben Märkte, auf die sich die Lizenzvereinbarung bezog, nicht als zum „relevanten räumlichen Markt“ im Sinne von Ziff. 13 der Leitlinien für das Verfahren zur Festsetzung von Geldbußen gehörend angesehen werden.

**1905**Hinzu kommt, dass der mit einer Lizenzvereinbarung gewährte Vorteil zwar unter bestimmten Umständen als Anreiz eingestuft werden kann, dass aber die einem Generikahersteller mit einer solchen Vereinbarung erteilte Erlaubnis, in einen Markt einzutreten oder dort ohne Risiko zu verbleiben, grundsätzlich günstig für den Wettbewerb ist, da der Markteintritt eines Generikaherstellers zu einer erheblichen Senkung der Preise führen kann. Es erschien aber unangemessen, den Umsatz zu berücksichtigen, der auf Märkten erzielt worden ist, auf denen sich der Wettbewerb verschärft hat, um einem Generikahersteller eine Geldbuße aufzuerlegen, der an einer Wettbewerbsbeschränkung auf anderen Märkten beteiligt gewesen sein soll.

**1906**Die Kommission konnte somit auf Krka und erst recht auf die anderen Generikahersteller, die an den streitigen Vereinbarungen beteiligt waren, nicht die in den Leitlinien für das Verfahren zur Festsetzung von Geldbußen dargelegte Methode zur Berechnung der Geldbuße anwenden und ihnen insbesondere keinen Zusatzbetrag auferlegen, der auf der Grundlage der von dem Unternehmen im Zusammenhang mit der Zuwiderhandlung erzielten Umsatz berechnet worden war.

**1907**Dies war aber bei Servier nicht der Fall, die auf den von den Zuwiderhandlungen betroffenen räumlichen Märkten Perindopril verkauft hatte.

**1908**Die von der Kommission für die Generikahersteller herangezogene Methode zur Berechnung der Geldbuße war zweitens den Besonderheiten des Kontexts angepasst, da die in der Vereinbarung festgelegte Höhe der Wertübertragung den Gewinn berücksichtigte, den jeder Generikahersteller aus der ihn betreffenden Zuwiderhandlung zog. Eine solche Methode war gegenüber Servier nicht angemessen, die aus der Beibehaltung des hohen Perindopril-Preises Gewinn ziehen sollte.

**1909**Derartige Situationsunterschiede rechtfertigten es, die Generikahersteller anders zu behandeln als Servier, d. h. eine besondere Berechnungsmethode anzuwenden, die sich von der Methode nach den Leitlinien für das Verfahren zur Festsetzung von Geldbußen unterscheidet und damit nicht die Anwendung des in diesen Leitlinien vorgesehenen Zusatzbetrags erfordert.

**1910**Aus dem Vorstehenden ergibt sich, dass die Kommission zu Recht einen Zusatzbetrag zur Berechnung der Geldbuße angewandt hat, die wegen der ersten Zuwiderhandlung gegen Art. 101 AEUV, d. h. diejenige betreffend Niche und Unichem (Rn. 3139 des angefochtenen Beschlusses), gegen Servier verhängt worden ist.

**1911**Was die gesonderte Rüge angeht, die Nichtanwendung eines Zusatzbetrags für die Berechnung der Geldbuße der Generikahersteller sei im angefochtenen Beschlusses

unzureichend begründet worden, hat die Kommission in Rn. 3146 des angefochtenen Beschlusses ausgeführt:

„Die Generikahersteller haben akzeptiert, kein generisches Perindopril in dem von jeder Vereinbarung erfassten Gebiet zu verkaufen, und haben folglich in diesem Gebiet keine Verkäufe getätigt. Daher sollte Ziff. 37 der Leitlinien [für das Verfahren zur Festsetzung von Geldbußen] auf die Generikahersteller angewandt werden. Ziff. 37 dieser Leitlinien erlaubt der Kommission, wegen der besonderen Umstände eines Falles oder der Notwendigkeit einer ausreichend hohen Abschreckungswirkung von der normalen Methode der Leitlinien [für das Verfahren zur Festsetzung von Geldbußen] abzuweichen.“

**1912**In Rn. 3152 des angefochtenen Beschlusses hat die Kommission dargelegt:

„Nach der Verordnung Nr. 1/2003 und den Leitlinien [für das Verfahren zur Festsetzung von Geldbußen] sind für die Geldbuße folgende Faktoren zu berücksichtigen: i) Schwere der Zuwiderhandlung, ii) ihre Dauer, iii) erschwerende oder mildernde Umstände und iv) die Notwendigkeit einer abschreckenden Wirkung. In Ausübung ihres Ermessens befindet die Kommission, dass im vorliegenden Fall in Anbetracht der Besonderheiten der Sache der Betrag der Wertübertragung an die Generikahersteller wichtige Anhaltspunkte hinsichtlich dieser Faktoren liefert.“

**1913**Aus den angeführten Auszügen aus dem angefochtenen Beschluss ergibt sich erstens, dass die Kommission nicht die in den Leitlinien für das Verfahren zur Festsetzung von Geldbußen vorgesehene Methode, die auf den Umsätzen im letzten vollständigen Geschäftsjahr der Beteiligung des Unternehmens an den Zuwiderhandlungen beruht, angewandt hat, sondern eine Methode, die den Betrag der Wertübertragung an die Generikahersteller als Grundbetrag für die Berechnung der Geldbuße heranzieht, zweitens, dass sie sich für dieses Vorgehen auf den Zweck der Vereinbarungen selbst gestützt hat, bei denen es sich um Marktausschlussvereinbarungen handelte, aufgrund deren die Generikahersteller zur Zeit der Zuwiderhandlung nicht auf dem Markt tätig waren, und drittens, dass sie der Ansicht war, dass die gewählte Methode es ihr erlaubte, u. a. die Schwere und die Dauer der Zuwiderhandlung zu berücksichtigen.

**1914**Dieser Begründung konnten die Klägerinnen entnehmen, warum die Kommission für die Generikahersteller eine andere Methode, die insbesondere nicht die Anwendung eines Zusatzbetrags einschloss, angewandt hat als die in den Leitlinien für das Verfahren zur Festsetzung von Geldbußen vorgesehene. Diese Begründung erlaubt auch dem Unionsrichter die Ausübung der Rechtmäßigkeitskontrolle und die Wahrnehmung seiner Aufgabe als zu unbeschränkter Nachprüfung befugter Richter.

**1915**Somit ist die Rüge einer in dieser Hinsicht unzureichenden Begründung zurückzuweisen.

**1916**Zum Abschluss ist festzustellen, dass die Anwendung eines Zusatzbetrags auf die erste Zuwiderhandlung gegen Art. 101 AEUV, der auf der Grundlage eines Satzes von 11% des Umsatzes, der unterhalb der Spanne nach Ziff. 25 der Leitlinien für das Verfahren zur Festsetzung von Geldbußen liegt, berechnet und überdies nur auf eine einzige der zulasten von Servier festgestellten Zuwiderhandlungen gegen diese Bestimmung angewandt worden ist, in Anbetracht aller im vorliegenden Fall relevanten Umstände, wie sie oben in den Rn. 1816 bis 1818 zusammengefasst worden sind, nicht als unverhältnismäßig angesehen werden kann.

**1917**Nach alledem ist der vorliegende Klagegrund zurückzuweisen.

g) Zur Verletzung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit und des Grundsatzes der individuellen Sanktionszumessung

**1918**Die Klägerinnen erheben zwei Rügen, mit denen sie erstens die Nichtberücksichtigung der Besonderheiten von Servier und zweitens die Dauer des Verwaltungsverfahrens beanstanden.

1) Zur Nichtberücksichtigung der Besonderheiten von Servier

i) Vorbringen der Parteien (nicht wiedergegeben)

ii) Würdigung durch das Gericht

**1922**Als Erstes verpflichtete der Umstand, dass Servier ein „Monoprodukt“-Unternehmen ist, sollte dies nachgewiesen sein, als solcher die Kommission nicht zu einer Herabsetzung der Geldbußen. Die Klägerinnen berufen sich für dieses Vorbringen weder auf eine zwingende Bestimmung des Unionsrechts noch auf eine dahin gehende Rechtsprechung.

**1923**Zudem zieht ein Unternehmen wie Servier, das einen besonders großen Anteil seines Gesamtumsatzes mit dem den Gegenstand der Absprache bildenden Erzeugnis erzielt, aus dieser einen entsprechend höheren Gewinn (vgl. in diesem Sinne Schlussanträge von Generalanwältin Kokott in der Rechtssache Pilkington Group u. a./Kommission, C-101/15 P, ECLI:EU:C:2016:258, Nr. 100). Somit rechtfertigt der Umstand, dass Servier ein „Monoprodukt“-Unternehmen ist, allein keine Herabsetzung der Geldbußen.

**1924**Was die Berufung auf die Beschlusspraxis der Kommission angeht, Geldbußen herabzusetzen, weil es sich um ein „Monoprodukt“-Unternehmen handelte, ist darauf hinzuweisen, dass der von den Klägerinnen angeführte Fall, wie er von diesen dargestellt worden ist, einen Sachverhalt betraf, der sich von dem vorliegenden unterscheidet, da die Kommission die betreffende Geldbuße herabgesetzt hatte, um zu verhindern, dass diese die in Art. 23 Abs. 2 der Verordnung Nr. 1/2003 vorgesehene Schwelle von 10% des Umsatzes erreichte.

**1925**Zudem verfügt die Kommission über einen Ermessensspielraum bei der Festsetzung der Höhe der Geldbuße, um das Verhalten der Unternehmen auf die Einhaltung der Wettbewerbsregeln auszurichten. Die Kommission ist dadurch, dass sie in der Vergangenheit für bestimmte Arten von Zuwiderhandlungen Geldbußen in bestimmter Höhe verhängt hat, nicht daran gehindert, dieses Niveau innerhalb der in der Verordnung Nr. 1/2003 gezogenen Grenzen anzuheben, wenn dies erforderlich ist, um die Durchführung der Wettbewerbspolitik der Union sicherzustellen. Die wirksame Anwendung der Wettbewerbsregeln der Union verlangt vielmehr, dass die Kommission das Niveau der Geldbußen jederzeit den Erfordernissen dieser Politik anpassen kann (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 8. September 2016, Lundbeck/Kommission, T-472/13, mit Rechtsmittel angefochten, ECLI:EU:T:2016:449, Rn. 773).

**1926**Ferner kann sich nach ständiger Rechtsprechung jeder auf den Grundsatz des Vertrauensschutzes berufen, bei dem ein Unionsorgan begründete Erwartungen geweckt hat. Das Recht, sich auf Vertrauensschutz zu berufen, ist an drei kumulative Voraussetzungen gebunden. Erstens muss die Unionsverwaltung dem Betroffenen präzise, nicht an Bedingungen geknüpfte und übereinstimmende Zusicherungen von zuständiger und zuverlässiger Seite gegeben haben. Zweitens müssen diese Zusicherungen geeignet sein, bei dem Adressaten begründete Erwartungen zu wecken. Drittens müssen die gegebenen Zusicherungen den geltenden Bestimmungen

entsprechen (vgl. Urteil vom 5. September 2014, Éditions Odile Jacob/Kommission, T-471/11, ECLI:EU:T:2014:739, Rn. 91 und die dort angeführte Rechtsprechung).

**1927**Die von den Klägerinnen angeführten Tatsachen, nämlich eine Entschließung des Parlaments und eine Erklärung des für Wettbewerb zuständigen Mitglieds der Kommission, würden aber allenfalls den Schluss darauf erlauben, dass eine Möglichkeit besteht, dass die Leitlinien für das Verfahren zur Festsetzung von Geldbußen in der Zukunft geändert werden, um den besonderen Merkmalen von „Monoprodukt“-Unternehmen Rechnung zu tragen. Es handelt sich somit nicht um präzise, nicht an Bedingungen geknüpfte und übereinstimmende Zusicherungen, die geeignet waren, bei Servier begründete Erwartungen zu wecken.

**1928**Als Zweites verpflichtete der Umstand, dass Servier von einer Stiftung ohne Gewinnzweck geführt wird, die keinerlei Dividende an natürliche Personen ausschüttet, und so einen erheblichen Teil oder sogar die Gesamtheit ihrer Gewinne der Forschung widmen kann, sollte dies nachgewiesen sein, als solcher die Kommission nicht zu einer Herabsetzung der Geldbußen.

**1929**Zudem verfügt die Kommission bei der Festsetzung der Geldbußen über ein Ermessen (siehe oben, Rn. 1925).

**1930**Sollten die Klägerinnen in Abrede stellen wollen, dass Servier ein Unternehmen im Sinne des Wettbewerbsrechts ist, wäre darauf hinzuweisen, dass die drei Gesellschaften, die Adressaten des angefochtenen Beschlusses und Klägerinnen in der vorliegenden Rechtssache sind, keine Stiftungen sind.

**1931**Zudem hat der Gerichtshof klargestellt, dass die Tatsache, dass Güter oder Dienstleistungen ohne die Absicht der Gewinnerzielung angeboten werden, nicht daran hindert, die Einheit, die diese Tätigkeiten auf dem Markt ausübt, als Unternehmen anzusehen, da ihr Angebot mit dem von Wirtschaftsteilnehmern konkurriert, die einen Erwerbzweck verfolgen (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 1. Juli 2008, MOTOE, C-49/07, ECLI:EU:C:2008:376, Rn. 27).

**1932**Drittens beanstanden die Klägerinnen eine Verletzung des Grundsatzes der individuellen Sanktionszumessung.

**1933**Der Grundsatz der individuellen Straf- und Sanktionsfestsetzung verlangt, dass der Betrag der verhängten Geldbuße im Einklang mit Art. 23 Abs. 3 der Verordnung Nr. 1/2003 anhand der Schwere der dem betroffenen Unternehmen individuell zur Last gelegten Zuwiderhandlung und ihrer Dauer bestimmt wird (Urteile vom 10. April 2014, Kommission u. a./Siemens Österreich u. a., C-231/11 P bis C-233/11 P, ECLI:EU:C:2014:256, Rn. 52, und vom 19. Juni 2014, FLS Plast/Kommission, C-243/12 P, ECLI:EU:C:2014:2006, Rn. 107).

**1934**Mit ihrem Vorbringen machen die Klägerinnen aber nicht geltend, dass die Kommission ein Gesamthaftungsverhältnis festgestellt habe, indem sie unterschiedlichen Unternehmen eine einheitliche Geldbuße auferlegt habe.

**1935**Des Weiteren erlaubt der Umstand, dass die Kommission die gegen Servier verhängten Geldbußen nicht herabgesetzt hat, um zu berücksichtigen, dass diese von einer Stiftung ohne Gewinnzweck geführt wird, die keinerlei Dividende an natürliche Personen ausschüttet, und so einen erheblichen Teil oder sogar die Gesamtheit ihrer Gewinne der Forschung widmen kann, nicht den Nachweis, dass die Kommission den Gesamtbetrag der Servier auferlegten Geldbuße nicht nach Maßgabe der Schwere und

der Dauer der ihr individuell vorgeworfenen Zuwiderhandlung bestimmt hat, wie es die oben in Rn. 1933 angeführte Rechtsprechung vorsieht.

**1936**Nach alledem ist die vorliegende Rüge zurückzuweisen.

2) Zur Dauer des Verwaltungsverfahrens

i) Vorbringen der Parteien (nicht wiedergegeben)

ii) Würdigung durch das Gericht

**1941**Die Verletzung des Grundsatzes der Einhaltung einer angemessenen Verfahrensdauer kann zwar die Nichtigerklärung einer am Ende eines Verwaltungsverfahrens nach Art. 101 oder Art. 102 AEUV erlassenen Entscheidung rechtfertigen, da sie auch eine Verletzung der Verteidigungsrechte des betroffenen Unternehmens mit sich bringt, jedoch kann die Überschreitung der angemessenen Dauer eines solchen Verwaltungsverfahrens durch die Kommission, sollte sie erwiesen sein, nicht zu einer Herabsetzung der verhängten Geldbuße führen (vgl. Urteil vom 9. Juni 2016, PROAS/Kommission, C-616/13 P, ECLI:EU:C:2016:415, Rn. 74 und die dort angeführte Rechtsprechung).

**1942**Im vorliegenden Fall machen die Klägerinnen keineswegs geltend, die Nichtbeachtung des Grundsatzes der Einhaltung einer angemessenen Verfahrensdauer habe zu einer Verletzung der Verteidigungsrechte von Servier geführt. Daher kann diese Nichtbeachtung, sollte sie nachgewiesen sein, die Nichtigerklärung des angefochtenen Beschlusses nicht rechtfertigen. Nach der in der vorstehenden Rn. 1941 angeführten Rechtsprechung verschafft sie den Klägerinnen auch keinen Anspruch auf eine Herabsetzung der gegen sie verhängten Geldbuße.

**1943**In Rn. 1037 ihrer Klagebeantwortung führt die Kommission jedenfalls aus:

„Die Kommission ist der Ansicht, dass sie alle rechtlichen Verpflichtungen hinsichtlich der Dauer des Verwaltungsverfahrens erfüllt hat. Im vorliegenden Fall hat die Kommission ihre von Amts wegen eingeleitete Untersuchung am 24. November 2008 begonnen. Der Beschluss ist am 9. Juli 2014 erlassen worden. In dem Beschluss sind die zahlreichen im Lauf der Untersuchung ... getroffenen Maßnahmen bereits aufgeführt worden. Nach Ansicht der Kommission tragen die Tragweite und die Bedeutung der Sache - auf der Ebene sowohl der verschiedenen Praktiken, die Gegenstand der Untersuchung waren, als auch der betroffenen Unternehmen und Behörden - zur Erklärung der Dauer der Untersuchung bei. Die Kommission hebt hervor, dass der Beschluss an dreizehn Unternehmen gerichtet war, die Anwendung der Art. 101 und 102 AEUV, sechs verschiedene Zuwiderhandlungen und zwei Marktdefinitionen betrifft und die Prüfung umfangreicher Unterlagen erforderte. Die Kommission hat über 200 [Auskunftsverlangen] versandt, Nachprüfungen bei 6 Unternehmen vorgenommen, über 15 Arbeitssitzungen mit den betroffenen Unternehmen durchgeführt und eine Akte mit über 11 000 Einträgen ... angelegt.“

**1944**Diese von den Klägerinnen nicht bestrittenen Tatsachen, zu denen die rechtliche und tatsächliche Komplexität der Sache hinzukommt, die sich zumindest teilweise aus dem Wortlaut der Vereinbarungen ergibt, deren Mitverfasser die Klägerinnen waren, erlauben den Schluss, dass die Dauer des Verwaltungsverfahrens im vorliegenden Fall ein angemessenes Maß nicht überschritten hat.

**1945**Dem ist hinzuzufügen, dass die in der vorstehenden Rn. 1944 getroffene Feststellung, dass es sich um eine komplexe Sache handelte, nicht im Widerspruch zu



den folgenden Ausführungen der Kommission in Rn. 3110 des angefochtenen Beschlusses steht:

„... Jedenfalls können die hier vorliegenden Praktiken, die einen Marktausschluss im Austausch für eine Wertübertragung zum Gegenstand hatten, hinsichtlich der Verhängung von Geldbußen nicht als rechtlich komplex angesehen werden, und ihre Rechtswidrigkeit war für die Parteien vorhersehbar.“

**1946**Auch wenn nämlich, wie bereits dargelegt, die Rechtswidrigkeit dieser Vereinbarungen, weil sie in der Form von Patentvergleichen geschlossen wurden, für einen außenstehenden Beobachter wie die Kommission möglicherweise nicht offensichtlich war, gilt dies doch nicht für die Parteien dieser Vereinbarungen.

**1947**Nach alledem ist die vorliegende Rüge und damit der Klagegrund insgesamt zurückzuweisen.

h) Zusammenfassung zur Nichtigerklärung der Geldbußen und zu ihrer Herabsetzung

**1948**Wie bereits dargelegt, sind die in Rede stehenden Vereinbarungen, mit Ausnahme der mit Krka geschlossenen Vereinbarungen, Marktausschlussvereinbarungen, mit denen wettbewerbswidrige Ziele verfolgt werden. Der Marktausschluss von Wettbewerbern stellt aber eine extreme Form der Marktaufteilung und der Produktionsbeschränkung dar (siehe oben, Rn. 1816). Solche Vereinbarungen müssen daher gemäß Ziff. 23 der Leitlinien für das Verfahren zur Festsetzung von Geldbußen grundsätzlich streng geahndet werden (siehe oben, Rn. 1816).

**1949**Zudem haben es diese Vereinbarungen, die auf einem Anreiz und nicht auf der Anerkennung der Gültigkeit des Patents durch die Parteien beruhten, Servier gerade ermöglicht, die mit den Patentrechtsstreitigkeiten verbundenen Unwägbarkeiten und die Ungewissheiten hinsichtlich der Bedingungen und Möglichkeiten des Markteintritts der Generikahersteller durch die Gewissheit zu ersetzen, dass diejenigen, mit denen eine Vereinbarung geschlossen wurde, vom Markt ferngehalten würden (siehe oben, Rn. 1819).

**1950**Diese Vereinbarungen sind schließlich auch in die Praxis umgesetzt worden.

**1951**Ferner ist darauf hinzuweisen, dass die Kommission im angefochtenen Beschluss (Rn. 3128) den Umstand berücksichtigt hat, dass Servier mehrere Zuwiderhandlungen begangen hatte, die zwar gesondert waren, aber dasselbe Erzeugnis, Perindopril, und weitgehend dieselben Gebiete und Zeiträume betrafen. In diesem besonderen Kontext hat sie zur Vermeidung eines potenziell unverhältnismäßigen Ergebnisses beschlossen, für jede Zuwiderhandlung den Anteil des Umsatzes von Servier, der zur Bestimmung des Grundbetrags der Geldbuße berücksichtigt worden ist, zu begrenzen. Sie hat somit eine Korrektur vorgenommen, die zu einer durchschnittlichen Reduzierung des Gesamtwerts der auf die einzelnen Zuwiderhandlungen gegen Art. 101 AEUV entfallenden Verkäufe um 54,5% geführt hat.

**1952**Zudem stellt der zur Berechnung der Geldbuße berücksichtigte Umsatzanteil, d. h. je nach Fall 10% oder 11%, nur etwa ein Drittel des Anteils dar, der höchstens berücksichtigt werden kann.

**1953**Schließlich hat das Gericht unter Berücksichtigung des Zusammenhangs zwischen der Matrix- und der Niche-Vereinbarung die Servier wegen der Matrix-Vereinbarung auferlegte Geldbuße herabgesetzt.

**1954**In Anbetracht der in den vorstehenden Rn. 1948 bis 1953 dargelegten Umstände sowie sämtlicher im vorliegenden Urteil enthaltenen Erwägungen ist zu schließen, dass die Servier nach Art. 101 AEUV auferlegten Geldbußen unter Berücksichtigung der vom Gericht bereits im Rahmen seiner Befugnis zu unbeschränkter Nachprüfung vorgenommenen Herabsetzungen nicht unverhältnismäßig sind, auch wenn die Kommission in Rn. 3130 des angefochtenen Beschlusses, wie das Ergebnis der Prüfung des Klagegrundes betreffend die Definition des relevanten Marktes gezeigt hat, zu Unrecht befunden hat, dass „Servier sehr große Marktanteile auf den relevanten Märkten besaß, die für die Zwecke des vorliegenden Beschlusses definiert worden und von den Zuwiderhandlungen gegen Art. 101 AEUV betroffen sind“.

**1955**Da die Kommission die festgestellten Zuwiderhandlungen zu Recht als gesonderte Zuwiderhandlungen angesehen hat (siehe oben, Rn. 1685 bis 1691), erlaubt der Umstand, dass der kumulierte Betrag der Geldbußen einen nicht unerheblichen Prozentsatz des weltweiten Umsatzes von Servier darstellt, nicht den Schluss auf die Unverhältnismäßigkeit dieser Geldbußen. Eine solche Unverhältnismäßigkeit liegt umso weniger vor, als das Gericht diesen Prozentsatz im Rahmen seiner Befugnis zu unbeschränkter Nachprüfung bereits erheblich herabgesetzt hat.

**1956**Nach alledem ist der Hilfsantrag der Klägerinnen, soweit er die Servier wegen der Zuwiderhandlungen gegen Art. 101 AEUV auferlegten Geldbußen betrifft, mit Ausnahme des Antrags auf Nichtigerklärung der Geldbuße, die Servier wegen der Zuwiderhandlung im Zusammenhang mit den mit Krka geschlossenen Vereinbarungen auferlegt worden ist, zum einen und auf Herabsetzung der Servier wegen der Zuwiderhandlung im Zusammenhang mit der Matrix-Vereinbarung auferlegten Geldbuße zum anderen zurückzuweisen. Dem Hilfsantrag der Klägerinnen, soweit er die Zuwiderhandlung gegen Art. 102 AEUV betrifft, ist folglich stattzugeben, da Art. 6 des angefochtenen Beschlusses, mit dem die Kommission eine Zuwiderhandlung gegen Art. 102 AEUV festgestellt hat, für nichtig erklärt worden ist (siehe oben, Rn. 1638).

**1957**Dem ist schließlich hinzuzufügen, dass die Kommission im Rahmen der Modalitäten der Berechnung der einzelnen Geldbußen für die verschiedenen von ihr festgestellten Zuwiderhandlungen gegen Art. 101 AEUV einen Korrekturfaktor nach Maßgabe der Zahl der in einem Mitgliedstaat gleichzeitig begangenen Zuwiderhandlungen eingeführt hat. Somit könnte die Feststellung, dass eine der Zuwiderhandlungen gegen Art. 101 AEUV nicht nachgewiesen ist, dem Gericht eventuell Anlass zu der Frage geben, ob es angezeigt sein könnte, die Servier wegen der anderen Zuwiderhandlungen gegen Art. 101 AEUV auferlegten Geldbußen zu erhöhen.

**1958**In Anbetracht aller Umstände des vorliegenden Falles, insbesondere der oben am Ende von Rn. 1954 angeführten Umstände, ist jedoch keine solche Erhöhung vorzunehmen, die im Übrigen von der Kommission nicht beantragt worden ist.

#### IV. Gesamtergebnis

**1959**Was als Erstes Art. 101 AEUV angeht, ergibt sich aus sämtlichen vorstehenden Erwägungen, dass die Kommission hinsichtlich der Niche-, der Matrix-, der Teva- und der Lupin-Vereinbarung zu Recht eine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung festgestellt hat. Unter diesen Umständen braucht jedenfalls nicht geprüft zu werden, ob die Feststellung einer bewirkten Wettbewerbsbeschränkung hinsichtlich dieser Vereinbarungen begründet ist.

**1960**Dagegen befindet das Gericht zum einen hinsichtlich der Zuwiderhandlung, die wegen der mit Krka geschlossenen Vereinbarungen festgestellt worden ist, dass die Kommission das Vorliegen einer bezweckten Wettbewerbsbeschränkung nicht nachgewiesen hat. Aufgrund der Prüfung der von der Kommission getroffenen Feststellung des Vorliegens einer bewirkten Wettbewerbsbeschränkung befindet das Gericht, dass auch diese nicht nachgewiesen ist. Art. 4 des angefochtenen Beschlusses ist daher insoweit für nichtig zu erklären, als die Kommission mit diesem festgestellt hat, dass sich Servier in Bezug auf die zwischen Servier und Krka geschlossenen Vereinbarungen an einer Zuwiderhandlung gegen Art. 101 Abs. 1 AEUV beteiligt hat. Folglich ist Art. 7 Abs. 4 Buchst. b des angefochtenen Beschlusses, mit dem die Kommission Servier wegen dieser Zuwiderhandlung eine Geldbuße in Höhe von 37 661.800 Euro auferlegt hat, ebenfalls für nichtig zu erklären.

**1961**Zum anderen erachtet das Gericht in Wahrnehmung seiner Befugnis zu unbeschränkter Nachprüfung die Geldbuße, die Servier wegen der in Art. 2 des angefochtenen Beschlusses im Zusammenhang mit der Matrix-Vereinbarung festgestellten Zuwiderhandlung auferlegt worden ist, für zu hoch. Folglich ist diese Geldbuße, die sich aus Art. 7 Abs. 2 Buchst. b des angefochtenen Beschlusses ergibt, herab- und auf 55 385.190 Euro festzusetzen.

**1962**Im Übrigen sind die Servier von der Kommission wegen der Niche-, der Teva- und der Lupin-Vereinbarung auferlegten Geldbußen zu bestätigen.

**1963**Was als Zweites Art. 102 AEUV angeht, erachtet es das Gericht für nicht erwiesen, dass der relevante Markt für die Endprodukte auf Perindopril begrenzt war. Da eine beherrschende Stellung von Servier weder auf diesem Markt noch auf dem Markt für die Technologie dargetan ist, ist das Vorliegen eines Missbrauchs einer beherrschenden Stellung in Frage gestellt, so dass Art. 6 des angefochtenen Beschlusses, mit dem diese Zuwiderhandlung festgestellt worden ist, für nichtig zu erklären ist. Folglich ist Art. 7 Abs. 6 des angefochtenen Beschlusses, mit dem die Kommission Servier wegen dieser Zuwiderhandlung eine Geldbuße in Höhe von 41 270.000 Euro auferlegt hat, ebenfalls für nichtig zu erklären.

#### V. Kosten

**1964**Nach Art. 134 Abs. 1 der Verfahrensordnung ist die unterliegende Partei zur Tragung der Kosten zu verurteilen.

**1965**Nach Art. 134 Abs. 3 Satz 1 der Verfahrensordnung trägt jede Partei ihre eigenen Kosten, wenn jede Partei teils obsiegt, teils unterliegt.

**1966**Da sowohl die Klägerinnen als auch die Kommission mit ihren Anträgen teilweise unterlegen sind, sind jeder Partei ihre eigenen Kosten aufzuerlegen.

**1967**Nach Art. 138 Abs. 3 der Verfahrensordnung kann das Gericht entscheiden, dass ein anderer Streithelfer als die in den Abs. 1 und 2 dieses Artikels genannten seine eigenen Kosten trägt.

**1968**Da die in der vorstehenden Rn. 1967 genannte Bestimmung auf die EFPIA anwendbar ist, sind dieser ihre eigenen Kosten aufzuerlegen.

Aus diesen Gründen hat

DAS GERICHT (Neunte erweiterte Kammer)

für Recht erkannt und entschieden:

1. Art. 4 des Beschlusses C(2014) 4955 final der Kommission vom 9. Juli 2014 in einem Verfahren zur Anwendung der Artikel 101 und 102 AEUV (Sache AT.39612 - Perindopril [Servier]) wird für nichtig erklärt, soweit damit die Beteiligung der Servier SAS und der Laboratoires Servier SAS an den in diesem Artikel genannten Zuwiderhandlungen festgestellt wird.
  2. Art. 6 des Beschlusses C(2014) 4955 final wird für nichtig erklärt.
  3. Art. 7 Abs. 4 Buchst. b und Abs. 6 des Beschlusses C(2014) 4955 final wird für nichtig erklärt.
  4. Der Betrag der Servier und Laboratoires Servier wegen der in Art. 2 des Beschlusses C(2014) 4955 final genannten Zuwiderhandlung auferlegten Geldbuße, wie er sich aus Art. 7 Abs. 2 Buchst. b dieses Beschlusses ergibt, wird auf 55 385.190 Euro festgesetzt.
  5. Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.
  6. Servier, die Servier Laboratories Ltd und Laboratoires Servier auf der einen und die Europäische Kommission auf der anderen Seite tragen ihre eigenen Kosten.
  7. Die European Federation of Pharmaceutical Industries and Associations (EFPIA) trägt ihre eigenen Kosten.
- Verkündet in öffentlicher Sitzung in Luxemburg am 12. Dezember 2018.

#### Text1

JUDGMENT OF THE GENERAL COURT (Ninth Chamber, Extended Composition)

12 December 2018 \*

In Case T-691/14,

Servier SAS, established in Suresnes (France),

Servier Laboratories Ltd, established in Wexham (United Kingdom),

Les Laboratoires Servier SAS, established in Suresnes,

represented initially by I.S. Forrester QC, J. Killick, Barrister, O. de Juvigny, lawyer, and M. Utges Manley, Solicitor, and subsequently by J. Killick, O. de Juvigny, M. Utges Manley, J. Jourdan and T. Reymond, lawyers,

applicants,

supported by

European Federation of Pharmaceutical Industries and Associations (EFPIA), established in Geneva (Switzerland),

represented by F. Carlin, Barrister, N. Niejahr and C. Paillard, lawyers,

intervener,

v

European Commission,

represented initially by T. Christoforou, B. Mongin, C. Vollrath, F. Castilla Contreras and T. Vecchi, and subsequently by T. Christoforou, B. Mongin, C. Vollrath, F. Castilla Contreras and J. Norris-Usher, acting as Agents,

defendant,

APPLICATION under Article 263 TFEU for annulment of Commission Decision C(2014) 4955 final of 9 July 2014 relating to a proceeding under Article 101 and Article 102 TFEU [Case AT.39612 - Perindopril (Servier) ] in so far as it concerns the applicants and, in the alternative, for reduction of the fine imposed on the applicants by that decision,

THE GENERAL COURT (Ninth Chamber, Extended Composition),

composed of S. Gervasoni (Rapporteur), President, E. Bieliūnas, L. Madise, R. da Silva Passos and K. Kowalik-Bańczyk, Judges,

Registrar: G. Predonzani, Administrator,

having regard to the written part of the procedure and further to the hearing on 6 to 9 June 2017,

gives the following

Judgment 1

### **Tenor:**

1. Annuls Article 4 of Commission Decision C(2014) 4955 final of 9 July 2014 relating to a proceeding under Article 101 and Article 102 TFEU (Case AT.39612 - Perindopril (Servier)) in so far as it finds that Servier SAS and Les Laboratoires Servier SAS participated in the agreements referred to in that article;
2. Annuls Article 6 of Decision C(2014) 4955 final;
3. Annuls Article 7(4)(b) and (6) of Decision C(2014) 4955 final;
4. Sets the amount of the fine imposed on Servier and Les Laboratoires Servier in respect of the infringement referred to in Article 2 of Decision C(2014) 4955 final, as set out in Article 7(2)(b) thereof, at EUR 55 385 190;
5. Dismisses the remainder of the application;
6. Orders Servier, Servier Laboratories Ltd and Les Laboratoires Servier, on the one hand, and the European Commission, on the other hand, to bear their own costs;
7. Orders the European Federation of Pharmaceutical Industries and Associations (EFPIA) to bear its own costs.

### **Gründe:**

#### I. Background to the dispute

##### A. The applicants

**1**The Servier group, composed, inter alia, of Servier SAS, its parent company established in France, Les Laboratoires Servier SAS and Servier Laboratories Ltd (individually or jointly, 'Servier' or 'the applicants'), brings together pharmaceutical companies at the global level. Stichting FIRS, a non-profit foundation under Netherlands law, has exclusive control over the operation of the group's parent company.

##### B. Perindopril and its patents

###### 1. Perindopril

**2**Servier developed perindopril, a medicinal product used in cardiovascular medicine, primarily intended for the treatment of hypertension and heart failure, by inhibiting the angiotensin converting enzyme ('ACE').

**3**The active pharmaceutical ingredient of perindopril ('API'), that is to say, the biologically active chemical substance which produces the desired therapeutic effects, takes the form of a salt. The salt used initially was erbumine (or tert-butylamine), which is in its crystalline form on account of the synthesis process applied by Servier.

###### 2. Compound patent

**4**The perindopril compound patent (patent EP0049658, 'the 658 patent') was filed with the European Patent Office (EPO) on 29 September 1981. The 658 patent was due to expire on 29 September 2001, but protection was prolonged in a number of EU Member

States, including the United Kingdom, until 22 June 2003, in accordance with Council Regulation (EEC) No 1768/92 of 18 June 1992 concerning the creation of a supplementary protection certificate for medicinal products (OJ 1992 L 182, p. 1). In France, protection under the 658 patent was prolonged until 22 March 2005 and, in Italy, until 13 February 2009.

### 3. Secondary patents

**5**In 1988, Servier also filed a number of patents before the EPO relating to processes for the manufacture of the perindopril compound with an expiry date of 16 September 2008: patents EP0308339, EP0308340, EP0308341 and EP0309324 (respectively, 'the 339 patent', 'the 340 patent', 'the 341 patent' and 'the 324 patent').

**6**Servier filed new patents relating to erbumine and its manufacturing processes with the EPO in 2001, including patent EP1294689 (known as 'the beta patent' - 'the 689 patent'), patent EP1296948 (known as 'the gamma patent' - 'the 948 patent'), and patent EP1296947 (known as 'the alpha patent' - 'the 947 patent').

**7**The 947 patent application relating to the alpha crystalline form of erbumine and the process for its preparation was filed on 6 July 2001 and granted by the EPO on 4 February 2004.

**8**Servier also filed national patent applications in several EU Member States before they were parties to the Convention on the Grant of European Patents, which was signed in Munich on 5 October 1973 and entered into force on 7 October 1977 ('the EPC'). Servier filed, for example, patent applications relating to the 947 patent in Bulgaria (BG 107 532), the Czech Republic (PV 2003-357), Estonia (P200300001), Hungary (HU225340), Poland (P348492) and Slovakia (PP0149-2003). All the patent applications in question were filed on the same date: 6 July 2001. The patents were granted on 16 May 2006 in Bulgaria, on 17 August 2006 in Hungary, on 23 January 2007 in the Czech Republic, on 23 April 2007 in Slovakia and on 24 March 2010 in Poland.

### 4. Second generation perindopril

**9**From 2002, Servier began developing a second generation perindopril product, manufactured using another salt, arginine, instead of erbumine. Perindopril arginine showed improvements in terms of shelf life, which increased from two to three years; stability, enabling the use of a single type of packaging for all climatic zones; and storage, since it required no particular storage conditions.

**10**Servier applied for a European patent for perindopril arginine (patent EP1354873B, 'the 873 patent') on 17 February 2003. The 873 patent was granted to Servier on 17 July 2004 with an expiry date of 17 February 2023. The introduction of perindopril arginine in the European Union markets started in 2006.

## C. Disputes relating to perindopril

### 1. Disputes before the EPO

**11**Ten generic companies, including Niche Generics Ltd ('Niche'), Krka Tovarna Zdravil d.d. ('Krka'), Lupin Ltd and Norton Healthcare Ltd, a subsidiary of Ivax Europe ('Ivax') which subsequently merged with Teva Pharmaceuticals Ltd (individually or together with other members of the Teva group, 'Teva'), filed opposition proceedings against the 947 patent before the EPO in 2004, seeking the revocation in full of that patent on grounds of lack of novelty, lack of inventive step and insufficient disclosure of the invention.

**12**On 27 July 2006, the Opposition Division of the EPO confirmed the validity of the 947 patent after Servier made some minor amendments to its original claims ('the EPO decision of 27 July 2006'). Seven companies brought an appeal against that decision. Niche withdrew from the opposition procedure on 9 February 2005, Krka on 11 January 2007 and Lupin on 5 February 2007. By decision of 6 May 2009, the EPO's Technical Board of Appeal annulled the EPO decision of 27 July 2006 and revoked the 947 patent. Servier's request for a revision of that decision was rejected on 19 March 2010.

**13**On 11 August 2004, Niche also filed an opposition against the 948 patent before the EPO, but withdrew from the procedure on 14 February 2005.

**14**On 13 April 2005, Teva filed opposition proceedings against the 873 patent. The Opposition Division rejected that opposition on the ground that Teva had not demonstrated that that patent had insufficient inventive step. On 22 December 2008, Teva filed an appeal against that decision, before withdrawing the appeal on 8 May 2012.

## 2. Disputes before the national Courts

**15**The validity of the 947 patent has, moreover, been challenged by generic companies before the courts of certain Member States, notably in the Netherlands and the United Kingdom.

### (a) Dispute between Servier and Niche and Servier and Matrix

**16**In the United Kingdom, on 25 June 2004, Servier brought an action for infringement before the High Court of Justice (England & Wales), Chancery Division (Patents Court), against Niche, in relation to the 339, 340 and 341 patents, after Niche applied for marketing authorisations in the United Kingdom for a generic version of perindopril, developed in partnership with Matrix Laboratories Ltd ('Matrix') under an agreement concluded on 26 March 2001 ('the Niche-Matrix agreement'). On 9 July 2004 Niche served on Servier a counterclaim for a declaration of invalidity of the 947 patent.

**17**The hearing before the High Court of Justice (England & Wales), Chancery Division (Patents Court), concerning the merits of the alleged infringement, was finally scheduled for 7 and 8 February 2005, but lasted for only half a day because a settlement agreement was concluded between Servier and Niche on 8 February 2005, which put an end to the litigation between those parties.

**18**Matrix was kept informed by Niche on the progress of that litigation procedure and was also associated with that procedure as it gave evidence before the High Court of Justice (England & Wales), Chancery Division (Patents Court), on behalf of Niche. Moreover, on 7 February 2005, Servier sent a formal warning letter to Matrix, accusing it of infringing the 339, 340 and 341 patents and threatening to bring an action for infringement.

**19**In the autumn of 2004, Servier began to consider acquiring Niche. To that end, Servier carried out a due diligence, of which the first phase was completed on 10 January 2005, the date on which Servier submitted a preliminary non-binding offer to acquire Niche's capital for an amount between 15 and 45 million pounds sterling (GBP). Following the second phase of the due diligence, which took place on 21 January 2005, Servier informed Niche verbally on 31 January 2005 that it did not wish to proceed with the acquisition.

### (b) Disputes between Servier and Ivax and Servier and Teva

**20**In the United Kingdom, on 9 August 2005, Ivax requested the revocation of the 947 patent before the High Court of Justice (England & Wales), Chancery Division (Patents Court). In October 2005, Servier and Ivax decided, however, to stay the proceedings until

the adoption of the final decision in the opposition proceedings before the EPO. In return, Servier gave Ivax, its licensees and its customers an undertaking that, for the period of the stay and in the United Kingdom, it would not commence proceedings, seek an account of profits or any financial relief other than a reasonable royalty in respect of any acts of infringement of the 947 patent, or seek injunctive relief or delivery up. Servier also undertook to continue proceedings before the EPO diligently and not to seek an interim injunction in any infringement action brought once the proceedings before the EPO had been concluded.

**21**In the Netherlands, on 15 August 2007, Pharmachemie BV, a Teva subsidiary, brought an action before the Rechtbank Den Haag (District Court, The Hague, Netherlands) for revocation of the 947 patent, as validated in the Netherlands, on grounds of lack of novelty and inventive step and for non-reproducibility. The Rechtbank Den Haag (District Court, The Hague) upheld that action on 11 June 2008. Servier appealed against that judgment on 7 October 2008 but did not subsequently submit a statement of objections.

(c) Disputes between Servier and Krka

**22**In Hungary, on 30 May 2006, Servier applied for an interim injunction preventing the marketing of a generic version of perindopril placed on the market by Krka, as a result of the infringement of the 947 patent. That application was rejected in September 2006.

**23**In the United Kingdom, on 28 July 2006, Servier brought an action for infringement of the 340 patent against Krka before the High Court of Justice (England & Wales), Chancery Division (Patents Court). On 2 August 2006, it also brought an action for infringement of the 947 patent against Krka and applied for an interim injunction. On 1 September 2006, Krka brought a counterclaim for annulment of the 947 patent and, on 8 September 2006, a separate counterclaim for annulment of the 340 patent. On 3 October 2006, the High Court of Justice (England & Wales), Chancery Division (Patents Court), granted Servier's application for an interim injunction and denied the motion for summary judgment brought by Krka on 1 September 2006 seeking the invalidation of the 947 patent. On 1 December 2006, the infringement proceedings were discontinued as a result of the settlement reached between the parties and the interim injunction was lifted.

(d) Dispute between Servier and Lupin

**24**On 18 October 2006, Lupin submitted an application to the High Court of Justice (England & Wales), Chancery Division (Patents Court), for a declaration of invalidity of the 947 patent, as validated in the United Kingdom, and a declaration that the generic version of perindopril which it intended to market in the United Kingdom did not infringe that patent.

(e) Disputes between Servier and Apotex

**25**In the United Kingdom, Servier brought an action for infringement before the High Court of Justice (England & Wales), Chancery Division (Patents Court), against the company Apotex Inc. on 1 August 2006, claiming infringement of the 947 patent, since Apotex had launched a generic version of perindopril in the United Kingdom on 28 July 2006. Apotex brought a counterclaim for annulment of that patent. An interim injunction prohibiting Apotex from importing, offering to sell or selling perindopril was obtained on 8 August 2006. On 6 July 2007, the High Court of Justice (England & Wales), Chancery Division (Patents Court), ruled that the 947 patent was invalid because it lacked novelty and inventive step over the 341 patent. Consequently, the injunction was lifted



immediately and Apotex was able to resume selling its generic version of perindopril on the United Kingdom market. On 9 May 2008, the Court of Appeal (England & Wales) (Civil Division) dismissed Servier's appeal against the judgment of the High Court of Justice (England & Wales), Chancery Division (Patents Court).

**26**On 9 October 2008, the High Court of Justice (England & Wales), Chancery Division (Patents Court), awarded damages to Apotex in the amount of GBP 17.5 million on account of the loss of revenue suffered during the period when the injunction was in force. On 29 March 2011, however, the High Court of Justice (England & Wales), Chancery Division (Patents Court), ordered Apotex to repay that sum to Servier on the basis of the *ex turpi causa* principle, since a valid Canadian patent protected the perindopril compound until 2018 and Apotex produced and sold its product in Canada. However, the Court of Appeal (England and Wales) (Civil Division) set aside that decision by judgment of 3 May 2012. On 29 October 2014, the Supreme Court of the United Kingdom dismissed Servier's appeal against the judgment of the Court of Appeal (England and Wales) (Civil Division).

**27**In the Netherlands, on 13 November 2007, Katwijk Farma BV, an Apotex subsidiary, brought an action before the Rechtbank Den Haag (District Court, The Hague) for annulment of the 947 patent, as validated in the Netherlands. Servier applied for an interim injunction against Katwijk Farma on 7 December 2007, which was rejected by the Rechtbank Den Haag (District Court, The Hague) on 30 January 2008. Following the annulment of the 947 patent for the Netherlands on 11 June 2008 by the Rechtbank Den Haag (District Court, The Hague) in the context of the action brought by Pharmachemie BV, Servier and Katwijk Farma withdrew from the ongoing proceedings.

#### D. Patent dispute settlements

**28**Servier entered into a series of patent settlement agreements with a number of generic companies with which it was involved in patent disputes. However, it did not enter into a settlement agreement with Apotex.

##### 1. Agreements concluded by Servier with Niche and Unichem and with Matrix

**29**On 8 February 2005, Servier concluded two settlement agreements, one with Niche and its parent company, Unichem Laboratories Ltd ('Unichem'), and the other with Matrix. On the same day, Niche concluded a licensing and supply agreement with Biogaran, a wholly-owned subsidiary of Les Laboratoires Servier.

**30**The agreement concluded by Servier with Niche and Unichem ('the Niche agreement') covered all the countries in which the 339, 340, 341 and 947 patents existed (Clause 3).

**31**Under the Niche agreement, Niche and Unichem were to refrain from making, having made, keeping, importing, supplying, offering to supply or disposing of generic perindopril made using the process developed by Niche, which Servier regarded as infringing the 339, 340 and 341 patents, as validated in the United Kingdom, using a substantially similar process or using any other process that would infringe the 339, 340 and 341 patents ('the process at issue') until the local expiry date of those patents (Clause 3). However, they would be free, under the Niche agreement, to market perindopril made using the process at issue without infringing the patents after the expiry of those patents (Clauses 4 and 6). Moreover, Niche was required to cancel, terminate or suspend until the expiry date of the patents all of its existing contracts relating, on the one hand, to perindopril made using the process at issue and, on the other, to marketing authorisation applications for that perindopril (Clause 11). Furthermore, Niche and Unichem undertook

not to make any applications for marketing authorisations for perindopril made using the process at issue and not to assist any third parties to obtain such a marketing authorisation (Clause 10). Lastly, they were to abstain from any invalidity and non-infringement actions against the 339, 340, 341, 947, 689 and 948 patents until their expiry, except as a defence to a patent infringement action (Clause 8). Niche also agreed to withdraw its oppositions to the 947 and 948 patents before the EPO (Clause 7).

**32**In return, Servier undertook, first, not to bring any infringement actions against Niche, Niche customers or Unichem based on the 339, 340, 341 and 947 patents in respect of any act of alleged infringement occurring before the conclusion of the Niche agreement (Clause 5) and, secondly, to pay Niche and Unichem the sum of GBP 11.8 million in two instalments (Clause 13). That sum was to be paid in consideration for the commitments made by Niche and Unichem and for the 'substantial costs and potential liabilities that may be incurred by Niche and Unichem as a consequence of ceasing their programme to develop perindopril made using the process [at issue]'

**33**Moreover, on 8 February 2005, Niche concluded a licensing and supply agreement with Biogaran ('the Biogaran agreement'), relating to the transfer, first, of all the information and data which Niche held concerning three medicinal products and which were necessary to obtain marketing authorisations and, secondly, of its French marketing authorisation for one of those medicinal products. In return, Biogaran was to pay Niche the sum of GBP 2.5 million, which was non-refundable even if Biogaran failed to obtain the marketing authorisations. Biogaran was also required, after obtaining its marketing authorisations, to order the products concerned from Niche. In the event that the marketing authorisations were not obtained within 18 months of the date of entry into force of the agreement, that agreement would be automatically terminated (Clause 14.4), without either party being entitled to any compensation (Clause 14.5).

**34**The agreement concluded by Servier with Matrix ('the Matrix agreement') covered all the countries in which the 339, 340, 341 and 947 patents existed, with the exception of one non-Member State of the European Economic Area (EEA) (Section 1(1)(xiii) of the Matrix agreement).

**35**Under the Matrix agreement, Matrix committed to refrain from making, having made, keeping, importing, supplying, offering to supply or disposing of perindopril made using the process at issue until the local expiry date of those patents (Clauses 1 and 2). However, the agreement stipulated that Matrix would be free to deal in perindopril made using the process at issue without infringing the patents after the expiry of those patents (Clause 4). Moreover, Matrix was required to cancel, terminate or suspend until the expiry date of the patents all of its existing contracts relating to perindopril made using the process at issue and to marketing authorisation applications for that perindopril by 30 June 2005 at the latest (Clauses 7 and 8). Furthermore, it committed not to apply for marketing authorisations for perindopril made using the process at issue and not to assist any third parties to obtain such a marketing authorisation (Clause 6). Finally, Matrix was to abstain from any invalidity and non-infringement actions against the 339, 340, 341, 947, 689 and 948 patents until their expiry, except as a defence to a patent infringement action (Clause 5).

**36**In return, Servier committed, first, not to bring any infringement actions against Matrix, based on the 339, 340, 341 and 947 patents, in respect of any act of alleged infringement occurring before the conclusion of the Matrix agreement (Clause 3) and,

secondly, to pay Matrix the sum of GBP 11.8 million in two instalments (Clause 9). That sum was consideration for the commitments made by Matrix and for the 'substantial costs and potential liabilities that may be incurred by Matrix as a consequence of ceasing its programme to develop and manufacture perindopril made using the process [at issue]'.

## 2. Agreement concluded by Servier with Teva

**37**On 13 June 2006, Servier concluded a settlement and exclusive purchasing agreement with Teva ('the Teva agreement'). The perindopril referred to in the Teva agreement was perindopril erbumine (Clause 1.12).

**38**Under the clauses concerning the settlement agreement, Teva undertook to destroy all perindopril owned or controlled by it and intended for sale in the United Kingdom (Clause 2.2). Moreover, Teva was to refrain, in the United Kingdom, from making, having made, keeping, importing, supplying, offering to supply or disposing of generic perindopril either manufactured in accordance with the process it had developed, which was considered by Servier to infringe the 947 and 339 to 341 patents, as validated in the United Kingdom, or infringing those patents until the termination or expiration of the Teva agreement or the expiration of those patents (Clause 2.3). Furthermore, Teva undertook not to challenge the abovementioned patents in the United Kingdom for the duration of the Teva agreement, it being stipulated that Teva was not prevented from continuing opposition proceedings against the disputed patents before the EPO (Clause 2.4).

**39**In return for Teva's undertakings, Servier undertook to waive any claims against Teva in respect of any infringement of the disputed patents in the United Kingdom prior to the entry into force of the Teva agreement (Clause 2.1).

**40**Under the clauses concerning the exclusive purchasing obligation, Teva undertook to purchase exclusively from Servier all of its requirements for generic perindopril intended for distribution in the United Kingdom for the duration of the Teva agreement (Clauses 3.1 and 1.14). In the case of failure to supply by Servier, Teva had no other right of remedy or termination, but the right to payment of liquidated damages of GBP 500 000 per month (Clauses 1.8 and 3.8.3).

**41**Under the general provisions of the Teva agreement, that agreement had a duration of three years and was renewable for an additional two year period (Clauses 8.1 and 8.2). Moreover, on signature of the Teva agreement, upon presentation of an 'appropriate invoice', Servier had to pay Teva GBP 5 million as a 'contribution towards the costs incurred by Teva in preparing to enter into this Agreement, including, without limitation, the costs of terminating its existing supply arrangements for the United Kingdom' (Clause 10).

**42**On 23 February 2007, Servier and Teva concluded an amendment to the Teva agreement ('the amendment to the Teva agreement'), confirming the actual implementation of the exclusive purchasing obligation by setting a date on which Teva could start to distribute the generic perindopril supplied by Servier. That date either had to be set unilaterally by Servier, or it had to correspond to the date of revocation or expiry of the 947 patent, or be the date on which Apotex commenced distribution of generic perindopril in the United Kingdom following the settlement of its dispute with Servier.

## 3. Agreements concluded by Servier with Krka

**43**On 27 October 2006, Servier entered into a settlement agreement and a licence agreement with Krka, supplemented by an amendment made on 2 November 2006.

**44**The settlement agreement with Krka provides that the 947 patent also covers equivalent national patents (Annex B).

**45**In accordance with the settlement agreement with Krka, in force until the expiry or the revocation of the 947 or 340 patents, Krka undertook to withdraw any existing claim against the 947 patent worldwide and against the 340 patent in the United Kingdom, and not to challenge either of those patents worldwide in the future (Clause I(ii)). Moreover, Krka and its subsidiaries were not authorised to launch or to market any generic form of perindopril which would infringe the 947 patent for the duration of the validity of that patent and in the country in which it was still valid, unless otherwise expressly authorised by Servier (Clause V). Similarly, Krka could not supply to any third party a generic version of perindopril that would infringe the 947 patent, unless otherwise expressly authorised by Servier (Clause V(2)). In return, Servier was required to withdraw the proceedings pending worldwide against Krka based on the infringement of the 947 and the 340 patents, including its applications for interim injunction (Clause I(i)).

**46**Pursuant to the licence agreement concluded with Krka for a period corresponding to the validity of the 947 patent (Article 5), Servier granted Krka an exclusive, irrevocable licence on the 947 patent to use, manufacture, sell, offer for sale, promote and import its own products which contain the alpha crystalline form of erbumine (Article 2) in the Czech Republic, Latvia, Lithuania, Hungary, Poland, Slovenia and Slovakia (Article 1). In return, Krka was required to pay Servier 3% royalties on its net sales prices throughout those territories (Article 3). Servier was entitled, in those States, to use the 947 patent directly or indirectly (that is to say for one of its subsidiaries or for one third party per country) (Article 2).

**47**On 5 January 2007, Servier also entered into an assignment and licence agreement with Krka.

**48**Pursuant to the assignment and licence agreement, Krka assigned two patent applications to Servier, one concerning a process for the preparation of perindopril (WO 2005 113500) and the other the preparation of formulations of perindopril (WO 2005 094793) (Article 1). The technology protected in those patent applications was used for the production of Krka's perindopril.

**49**Krka undertook not to challenge the validity of any patents granted on the basis of the applications at issue (Article 3).

**50**In return for that assignment, Servier paid Krka EUR 15 million for each of the applications at issue (Article 2).

**51**Servier also granted Krka a non-exclusive, irrevocable, non-assignable, royalty-free licence, with no right to sub-license (other than to its subsidiaries) on the applications or resulting patents, that licence being unrestricted in time, territory or scope of use (Article 4).

4. Agreement concluded by Servier with Lupin

**52**On 30 January 2007, Servier entered into a settlement agreement with Lupin ('the Lupin agreement').

**53**Both parties thus decided to bring an end to the disputes between them concerning perindopril (Clauses 1.1, 1.2 and 1.4).

**54**Moreover, Lupin undertook not to directly or indirectly seek or assist or procure any third party to revoke, invalidate or challenge the 947 patent or any patent held by Servier

or its subsidiaries protecting perindopril, in any country other than a specific non-Member State of the EEA (Clause 1.3). Furthermore, Lupin and its subsidiaries were to refrain from selling or offering for sale any pharmaceutical product containing, as an API, 'perindopril[-]erbumine ... and any salt thereof' in any country other than a specific non-EEA Member State (Clause 1.6). Lupin was, however, authorised to market products supplied by Servier or its own perindopril in countries where a generic version of perindopril authorised by Servier was on the market or in the event that all Servier's relevant patents had expired or in countries in which a third party had placed a generic version of perindopril on the market and in which Servier had not brought any application for injunction seeking the prohibition of its sale (Clauses 1.6 and 4.1).

**55**Moreover, in the context of the Lupin agreement, Servier and Lupin also concluded an agreement for the assignment of intellectual property rights and a licence agreement.

**56**Servier acquired three perindopril process patent applications filed by Lupin:

- application W0 2004/075889 (EP 1603558 B1) relating to a new process for the preparation of perindopril and salts thereof for EUR 20 million;
- application W0 2006/097941 (EP 1861367 A) relating to a new and improved process for the purification of perindopril for EUR 10 million;
- application W0 2005/037788 (EP 1675827 A1) relating to a new process for the preparation of 'crystalline perindopril erbumine' for EUR 10 million.

**57**Servier also granted Lupin a non-exclusive, non-transferable, non-sublicensable, royalty-free, perpetual and irrevocable licence on those three patent applications for the purposes of manufacturing perindopril in the countries covered by the applications at issue (Clause 3.1).

**58**The Lupin agreement provided, lastly, for the conclusion, within four weeks, of a supply contract between the parties, which was not, however, concluded.

#### E. The acquisition of enabling technologies

**59**On 3 September 2001, the applicants concluded an agreement with Rolabo SL concerning the sale of a patent application filed by Rolabo on 24 July 2001, relating to a perindopril API and to a chemical dossier for the perindopril API, for 10 million US dollars (USD).

**60**On 9 November 2004, the applicants concluded with Azad Pharmaceutical Ingredients AG ('Azad') an agreement to assign a patent application filed by Azad for two new polymorphic forms of perindopril, the delta and epsilon forms, and the related know-how worldwide, for an amount of EUR 13 374 243.

**61**On 15 October 2007, the applicants concluded a memorandum of understanding with Sandoz AG, which provided that they would proceed with the acquisition of the perindopril API technology developed by Sandoz - if that technology proved to be a patent-free and industrially viable source of competition - for an amount possibly exceeding USD 50 million. Negotiations continued until July 2008, but no agreement was ultimately concluded.

#### F. The Sector Inquiry

**62**On 15 January 2008, the Commission of the European Communities decided to open an inquiry into the pharmaceutical sector pursuant to Article 17 of Council Regulation (EC) No 1/2003 of 16 December 2002 on the implementation of the rules on competition laid

down in Articles [101] and [102 TFEU] (OJ 2003 L 1, p. 1) in order to identify the factors contributing to the decline in innovation in that sector, measured by the number of new medicines reaching the market, and the reasons for the delayed entry into the market of certain generic medicines.

**63**The Commission published a preliminary report on the results of its inquiry on 28 November 2008, followed by a public consultation. On 8 July 2009, it adopted a communication giving a summary of its pharmaceutical sector inquiry report. The Commission stated, *inter alia*, in that communication, that the monitoring of patent settlements concluded between originator companies and generic companies should continue in order better to understand the use of that type of agreement and to identify those agreements that delay generic market entry to the detriment of EU consumers and may constitute an infringement of competition rules. The Commission subsequently published six annual reports on the monitoring of patent settlement agreements.

G. The administrative procedure and the contested decision

**64**On 24 November 2008, the Commission made unannounced inspections, *inter alia*, of Servier's premises. The Commission sent requests for information to several companies, including Servier, in January 2009. On 2 July 2009 the Commission decided to open proceedings.

**65**In August 2009 and then between December 2009 and May 2012, the Commission sent new requests for information to Servier. As the latter refused to respond to certain parts of the requests for information of 7 February and 11 April 2011 relating to the Biogaran agreement, the Commission adopted a decision based on the provisions of Article 18(3) of Regulation No 1/2003. Servier provided the requested information on 7 November 2011.

**66**Between 2009 and 2012, Servier was invited to attend a number of state of play meetings.

**67**On 27 July 2012, the Commission issued a Statement of Objections to several companies including Servier, which submitted its reply on 14 January 2013.

**68**Following the hearing of the companies concerned on 15, 16, 17 and 18 April 2013, further state of play meetings were arranged and additional requests for information sent to Servier.

**69**On 18 December 2013, the Commission granted Servier access to evidence gathered or more widely disclosed after the Statement of Objections and sent a Letter of Facts to which Servier replied on 31 January 2014. The hearing officer issued his final report on 7 July 2014.

**70**On 9 July 2014, the Commission adopted Decision C(2014) 4955 final relating to a proceeding under Article 101 and Article 102 TFEU [Case AT.39612 - Perindopril (Servier) ] ('the contested decision'), which was notified to the applicants on 11 July 2014.

**71**The Commission considered that the applicants had infringed, first, Article 101 TFEU by participating in five patent settlement agreements with reverse payments (Articles 1 to 5 of the contested decision) and, secondly, Article 102 TFEU by drawing up and implementing - by means of technology acquisition and those five settlement agreements - an exclusionary strategy covering the market for formulations of perindopril in France, the Netherlands, Poland and the United Kingdom and the market for perindopril API technology (Article 6 of the contested decision).

**72**For the infringements of Article 101 TFEU, the Commission imposed the following fines on the applicants, totalling EUR 289 727 200 (Article 7(1) to (5) of the contested decision):

- in respect of the Niche agreement: EUR 131 532 600, jointly and severally with Biogaran;
- in respect of the Matrix agreement: EUR 79 121 700;
- in respect of the Teva agreement: EUR 4 309 000;
- in respect of the agreements concluded with Krka: EUR 37 661 800;
- in respect of the Lupin agreement: EUR 37 102 100.

**73**For the infringement of Article 102 TFEU, the Commission imposed on the applicants a fine of EUR 41 270 000 (Article 7(6) of the contested decision).

## II. Procedure and forms of order sought by the parties

**74**By application lodged at the Registry of the General Court on 21 September 2014, the applicants brought the present action.

**75**The applicants claim that the Court should:

- annul, in whole or in part, Articles 1 to 8 of the contested decision in so far as they concern them;
- in the alternative, annul or reduce by a very substantial amount the fines imposed on them;
- grant them the benefit of any annulment, in whole or in part, of the contested decision in the actions brought by Biogaran and the other addressees of that decision;
- order the Commission to pay the costs.

**76**The Commission contends that the Court should:

- dismiss the action;
- order the applicants to pay the costs.

**77**By document lodged on 2 February 2015, the European Federation of Pharmaceutical Industries and Associations (EFPIA) ('the EFPIA' or 'the intervener') sought leave to intervene in the proceedings in support of the form of order sought by the applicants.

**78**The Commission requested confidential treatment, *vis-à-vis* the EFPIA, of certain elements of the application, the defence, the reply, the rejoinder, the response to certain measures of organisation of procedure, the observations relating to those responses and the applicants' observations on the statement in intervention.

**79**By order of the President of the Second Chamber of the Court of 14 October 2015, the EFPIA was granted leave to intervene in the present proceedings in support of the form of order sought by the applicants. Since the EFPIA did not challenge the requests for confidential treatment, the Court did not rule on whether they were well founded.

**80**The intervener claims that the Court should:

- annul the contested decision in so far as it concerns the applicants;
- order the Commission to bear the costs of the intervener.

**81**In the context of the measures of organisation of procedure provided for in Article 89(3)(a) and (d) of the Rules of Procedure of the General Court, the Commission was invited to respond in writing to questions and to produce documents relating, *inter alia*,

to the consultation of the Advisory Committee on Restrictive Practices and Dominant Positions, to the calculation of the amount of the fine and to data concerning the agreements with Krka which were made confidential in the contested decision. It sent its replies within the prescribed period.

**82**Following a change in the composition of the Chambers of the Court, the Judge-Rapporteur was assigned to the Ninth Chamber, to which the present case was accordingly allocated.

**83**Acting on a proposal from the Ninth Chamber, the Court decided, pursuant to Article 28 of the Rules of Procedure, to assign the case to a Chamber sitting in extended composition.

**84**Acting on a proposal from the Judge-Rapporteur, the Court decided to open the oral part of the procedure and, by way of measures of organisation of procedure pursuant to Article 89(3)(a) of the Rules of Procedure, put written questions to the parties, requesting them to answer those questions at the hearing.

**85**On 24 February 2017, the parties were invited by the Court to attend an informal meeting, under Article 89(3)(e) of the Rules of Procedure, before the President of the Ninth Chamber (Extended Composition) of the General Court and Judge-Rapporteur, with a view to discussing the arrangements for the hearing and the confidential treatment of certain information. The applicants and the Commission attended that meeting, which was held at the Court on 3 May 2017.

**86**At the hearing held from 6 to 9 June 2017, the parties presented oral argument and their answers to the written and oral questions put by the Court.

### III. Law

#### A. Admissibility

##### 1. Admissibility of the third head of claim

###### (a) Arguments of the parties

...

###### (b) Findings of the Court

**89**According to settled case-law, the conditions for the admissibility of an action concern an absolute bar to proceeding with the action which the Courts of the European Union may and must consider of their own motion should such an issue arise (judgments of 21 March 2002, *Joynson v Commission*, [T-231/99](#), [ECLI:EU:T:2002:84](#), paragraph 154, and of 14 December 2005, *Honeywell v Commission*, [T-209/01](#), [ECLI:EU:T:2005:455](#), paragraph 53). Therefore, even if the Commission, in its pleadings, did not dispute the admissibility of the applicants' third head of claim, but did so only at the hearing in response to a question from the Court, it is for the Court to consider of its own motion the admissibility of that head of claim.

**90**Under the first paragraph of Article 21 of the Statute of the Court of Justice of the European Union, applicable to the procedure before the General Court by virtue of the first paragraph of Article 53 thereof, and Article 44(1)(c) and (d) of the Rules of Procedure of the General Court of 2 May 1991, applicable at the time the action was brought, each application is required to state the subject matter of the proceedings, the form of order sought and a summary of the pleas in law on which the application is based. The purpose of that requirement is to obtain sufficiently clear and precise information to enable the



defendant to defend itself properly and the EU judicature to exercise its power of review, if necessary without any further supporting information (judgments of 29 June 1995, *ICI v Commission*, [T-37/91](#), [ECLI:EU:T:1995:119](#), paragraph 42; of 24 February 2000, *ADT Projekt v Commission*, [T-145/98](#), [ECLI:EU:T:2000:54](#), paragraph 66; and of 16 March 2004, *Danske Busvognmænd v Commission*, [T-157/01](#), [ECLI:EU:T:2004:76](#), paragraph 45). Thus, as the Commission argued at the hearing, a general reference in the application to the pleas and arguments relied on in support of an action brought in a related case does not meet that requirement (judgment of 24 March 2011, *Legris Industries v Commission*, [T-376/06](#), not published, [ECLI:EU:T:2011:107](#), paragraph 32).

**91** However, it should be noted that the Courts of the European Union were able to accept that pleas not expressly set out in the application could be regarded as validly raised by virtue of a reference to the pleas raised in another case in the event that the applicant had referred to its own written pleadings in another case (see judgment of 14 December 2005, *Honeywell v Commission*, [T-209/01](#), [ECLI:EU:T:2005:455](#), paragraphs 61 and 62 and the case-law cited). Those cases covered situations in which the parties were identical, as were the agents and lawyers representing them. On the other hand, the General Court held that to accept the admissibility of pleas in law not set out expressly in the application on the ground that they were raised by a third party in another case, to which reference is made in that application, would be to allow the mandatory requirements of Article 21 of the Statute of the Court of Justice of the European Union and of Article 44(1) of the Rules of Procedure of the General Court of 2 May 1991, to be circumvented (see, to that effect, judgments of 14 December 2005, *Honeywell v Commission*, [T-209/01](#), [ECLI:EU:T:2005:455](#), paragraphs 63 and 64; of 27 September 2012, *Dura Vermeer Infra v Commission*, [T-352/06](#), not published, [ECLI:EU:T:2012:483](#), paragraphs 25 and 26; of 27 September 2012, *Koninklijke BAM Groep v Commission*, [T-355/06](#), not published, [ECLI:EU:T:2012:486](#), paragraphs 26 and 27; and of 27 September 2012, *Heijmans v Commission*, [T-360/06](#), not published, [ECLI:EU:T:2012:490](#), paragraphs 25 and 26). Lastly, it must be recalled that each party is solely responsible for the content of the pleadings which it lodges, a rule laid down notably in Article 43(1) of the Rules of Procedure of 2 May 1991 (see, to that effect, judgments of 29 June 1995, *ICI v Commission*, [T-37/91](#), [ECLI:EU:T:1995:119](#), paragraph 46, and of 14 December 2005, *Honeywell v Commission*, [T-209/01](#), [ECLI:EU:T:2005:455](#), paragraph 66). In the present case, however, it is common ground that the applicants wish to rely on any possible annulment obtained by third parties and that, accordingly, neither the parties nor their representatives are identical.

**92** Moreover, it should be recalled that a decision adopted in the sphere of competition law with respect to several undertakings, although drafted and published in the form of a single decision, must be seen as a set of individual decisions finding that each of the addressees is guilty of the infringement or infringements of which they are accused and imposing on them, where appropriate, a fine (see, to that effect, judgments of 14 September 1999, *Commission and AssiDomän Kraft Products and Others*, [C-310/97 P](#), [ECLI:EU:C:1999:407](#), paragraph 49, and of 15 October 2002, *Limburgse Vinyl Maatschappij and Others v Commission*, [C-238/99 P](#), [C-244/99 P](#), [C-245/99 P](#), [C-247/99 P](#), [C-250/99 P](#) to [C-252/99 P](#) and [C-254/99 P](#), [ECLI:EU:C:2002:582](#), paragraph 100). The Court of Justice has held that, if an addressee of a decision decided to bring an action for annulment, the matter to be tried by the EU judicature related only to those aspects of the decision which concern that addressee, whereas aspects concerning other addressees

did not form part of the matter to be tried by the EU judicature (judgments of 14 September 1999, Commission and AssiDomän Kraft Products and Others, C-310/97 P, ECLI:EU:C:1999:407, paragraph 53; of 29 March 2011, ArcelorMittal Luxembourg v Commission and Commission v ArcelorMittal Luxembourg and Others, C-201/09 P and C-216/09 P, ECLI:EU:C:2011:190, paragraph 142; and of 11 July 2013, Team Relocations and Others v Commission, C-444/11 P, not published, ECLI:EU:C:2013:464, paragraph 66). Consequently, the Court of Justice considers that, in principle, the authority of a ground of a judgment annulling a measure cannot apply to the situation of persons who were not parties to the proceedings and with regard to whom the judgment cannot therefore have decided anything whatever (judgment of 14 September 1999, Commission and AssiDomän Kraft Products and Others, C-310/97 P, ECLI:EU:C:1999:407, paragraph 55). Accordingly, the annulment of an individual decision has an erga omnes effect and is binding on everyone, but such annulment does not benefit everyone, unlike the annulment of an act of general application (see judgment of 15 July 2015, Emesa-Trefilería and Industrias Galycas v Commission, T-406/10, ECLI:EU:T:2015:499, paragraph 126 and the case-law cited).

**93** Nevertheless, the Court of Justice introduced a qualification of that principle in the judgment of 22 January 2013, Commission v Tomkins (C-286/11 P, ECLI:EU:C:2013:29, paragraphs 43 to 49), in which it held that, to the extent that the liability of the parent company was derived exclusively from that of its subsidiary and where the parent company and its subsidiary had brought parallel actions having the same object, the General Court had not ruled ultra petita by taking into account the outcome of the action brought by the subsidiary in order to annul the contested decision in respect of the period in question as regards the parent company, even though the parent company had not challenged the existence of the infringement for the whole of the period challenged by its subsidiary. Nevertheless, the Court of Justice, in order to be able to apply such a solution to the fine imposed on a parent company whose liability is derived solely from that of its subsidiary, considered that there had to be special circumstances, inter alia the two companies had to have raised pleas 'having the same object' and the applicant parent company had to claim that such circumstances existed (see, to that effect, judgment of 11 July 2013, Team Relocation v Commission, C-444/11 P, not published, ECLI:EU:C:2013:464, paragraph 66).

**94** However, the Court of Justice did not define that concept of 'same object' and has developed its position on the question whether special circumstances such as those at issue in the judgment of 22 January 2013, Commission v Tomkins (C-286/11 P, ECLI:EU:C:2013:29), involved a matter of public policy and had to be raised by a court of its own motion. Accordingly, it first applied that solution when two companies had contested the duration of the infringement and at least part of the contested period was identical (judgment of 22 January 2013, Commission v Tomkins, C-286/11 P, ECLI:EU:C:2013:29, paragraphs 43 and 44). The Court of Justice nevertheless also upheld a judgment of the General Court which adopted the same approach where the subsidiary had obtained a reduction in the amount of the fine imposed on it, on the basis of a failure properly to take into account its cooperation under the leniency programme, holding, in that case, that the parent company had sought, in the alternative, the reduction of the fine imposed on its subsidiary and, jointly and severally, on itself, and that 'the purpose of [certain of its] pleas in law was, inter alia, to justify the grant of such a reduction' (judgment of 26 September 2013, Alliance One International v Commission,

C-679/11 P, not published, ECLI:EU:C:2013:606, paragraphs 103 to 107). Finally, in a judgment of 17 September 2015, *Total v Commission* (C-597/13 P, ECLI:EU:C:2015:613, paragraphs 31 to 42), the Court of Justice criticised a judgment of the General Court which failed to take into account, in the judgment relating to the parent company, a reduction in the amount of the fine granted to its subsidiary in another judgment delivered on the same day, on account of the method which the Commission, when calculating the amount of the fine, had used to define the multiplier corresponding to the duration of the infringement. However, the parent company had neither raised such a plea (it had, by contrast, contested the duration of the infringement) nor asked the General Court to be allowed to benefit from a reduction in the amount of the fine which had been imposed on it, if its subsidiary obtained such a reduction.

**95**In the present case, Biogaran, a subsidiary of Servier, has also brought an action (case giving rise to the judgment delivered today, *Biogaran v Commission* (T-677/14)) against Articles 1, 7 and 8 of the contested decision. Nevertheless, as the Commission pointed out at the hearing, the circumstances of the present case differ from those obtaining in the case which gave rise to the judgment of 22 January 2013, *Commission v Tomkins* (C-286/11 P, ECLI:EU:C:2013:29), and in the subsequent case-law, in particular in that the applicants' liability is not solely derived from that of their subsidiary Biogaran (recitals 3006 to 3013 of the contested decision). Moreover, in any event, since the action brought by Biogaran in the case which gave rise to the judgment delivered today, *Biogaran v Commission* (T-677/14), was dismissed by that judgment, the applicants' claim to be allowed to benefit from any annulment in favour of Biogaran cannot succeed.

**96**The applicants also claim that they should be allowed to benefit from any annulment obtained by another addressee of the contested decision 'in order to avoid any difference in the treatment of situations which are legally and factually identical'. They argue that both the principle of equal treatment and a 'general duty of consistency' require application of that approach.

**97**It must be recalled, in that regard, that the principle of equal treatment is a general principle of EU law, enshrined in Articles 20 and 21 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union, which requires that comparable situations must not be treated differently and that different situations must not be treated in the same way unless such treatment is objectively justified (see judgment of 14 September 2010, *Akzo Nobel Chemicals and Akros Chemicals v Commission and Others*, C-550/07 P, ECLI:EU:C:2010:512, paragraphs 54 and 55 and the case-law cited). A decision adopted in the sphere of competition law with respect to several undertakings, although drafted and published in the form of a single decision, must be seen as a set of individual decisions finding that each of the addressees is guilty of the infringement or infringements of which they are accused and imposing on them, where appropriate, a fine (see paragraph 92 above). Those undertakings are therefore, a priori, and without exception, in different situations. Consequently, the principle of equality of treatment does not allow the European Union judicature to derogate from the procedural rules governing the admissibility of the form of order sought by allowing an addressee of a competition law decision to benefit from annulment by another addressee of that decision on the basis of pleas raised only by the latter.

**98**Moreover, the obligation on the General Court to state the reasons for its judgments cannot extend to imposing on it an obligation to justify the solution arrived at in one case

in the light of that found in another, even if it concerned the same decision (see, to that effect, judgment of 11 July 2013, Team Relocation v Commission, C-444/11 P, not published, ECLI:EU:C:2013:464, paragraph 66).

**99**It follows from the foregoing that the applicants' third head of claim, seeking to benefit from any annulment obtained by other addressees of the contested decision on the basis of the pleas put forward by those other addressees, is inadmissible. Even if that head of claim were admissible, it must be rejected as unfounded, since the applicants cannot validly rely, for their benefit, as is apparent from paragraphs 92 to 98 above, on a solution adopted to the benefit of the other addressees of the contested decision.

## 2. Admissibility of certain annexes to the application (a) Arguments of the parties

...

### (b) Findings of the Court

**102**The Commission argues that Annexes A 2 and A 3 to the application are inadmissible under the maxim *iura novit curia*. The annexes, which have a purely evidential and instrumental function, cannot, in fact, be used for the discussion or further development of a point of EU law, which falls within the sole competence of the Court. The Commission relies on the judgments of 5 July 2011, Edwin v OHIM (C-263/09 P, ECLI:EU:C:2011:452, paragraph 53), and of 20 March 2013, El Corte Inglés v OHIM - Chez Gerard (CLUB GOURMET) (T-571/11, ECLI:EU:T:2013:145, paragraph 35), according to which the maxim *iura novit curia* applies only to EU law and not to national law. It should be recalled that that maxim means that it is solely for the court, and not the parties, to determine the meaning of the law. The case-law has applied that maxim in order to emphasise that, although the Court must rule only on the heads of claim put forward by the parties, whose role it is to define the framework of the dispute, the Court cannot confine itself to the arguments put forward by the parties in support of their claims, or it might be forced to base its decision on erroneous legal considerations (orders of 27 September 2004, UER v M6 and Others, C-470/02 P, not published, ECLI:EU:C:2004:565, paragraph 69, and of 13 June 2006, Mancini v Commission, C-172/05 P, ECLI:EU:C:2006:393, paragraph 41; judgments of 21 September 2010, Sweden and Others v API and Commission, C-514/07 P, C-528/07 P and C-532/07 P, ECLI:EU:C:2010:541, paragraph 65, and of 8 July 2010, Commission v Putterie-De-Beukelaer, T-160/08 P, ECLI:EU:T:2010:294, paragraph 65). Similarly, according to that maxim, determining the meaning of the law does not fall within the scope of application of a principle which allows the parties a free hand to determine the scope of the case and the EU Court is therefore not obliged to inform the parties of the interpretation it intends to give in order to enable them to adopt a position on that subject (see judgment of 5 October 2009, Commission v Roodhuijzen, T-58/08 P, ECLI:EU:T:2009:385, paragraph 36 and the case-law cited), without prejudice to compliance by the EU Court with the obligation to allow the parties to be apprised of, and to be able to debate and be heard on, the matters of fact and of law which will determine the outcome of the proceedings (judgment of 2 December 2009, Commission v Ireland and Others, C-89/08 P, ECLI:EU:C:2009:742, paragraph 56). That maxim cannot, however, mean that annexes to the application relating to the interpretation of EU law are inadmissible.

**103**Moreover, the objection of inadmissibility raised by the Commission seems to be motivated by the fact that the two annexes at issue contain opinions given for the benefit of the applicants by Sir Jacobs and Ms Macken, in their capacity as lawyers, but whose

status as former Members of the Court of Justice of the European Union is well known, and that the applicants are relying on that latter status. When the Commission was asked at the hearing whether, through its challenge to the admissibility of the legal opinions thus given, it intended to rely on the failure of those former members of the Court of Justice to fulfil their obligations under the Code of Conduct of the Members of the Court of Justice of the European Union (OJ 2007 C 223, p. 1), in particular under Article 6 of that Code of Conduct, concerning the undertakings of Members after ceasing to hold office, the Commission replied that it did not intend to do so. The Court took formal notice of this in the minutes of the hearing.

**104**In the alternative, the Commission argues that, according to the case-law, a legal opinion annexed to an application is admissible only to support and supplement the essential elements which must be included in the application, provided that the relevant parts of the documents annexed are identified and referenced in the application. In the present case, with respect to certain pleas, the texts and arguments in Annexes A 2 and A 3 to the application contain most, if not all, of the applicants' arguments.

**105**It must be borne in mind, in that regard, that, according to the case-law set out in paragraph 90 above, under Article 21 of the Statute of the Court of Justice of the European Union and Article 44(1)(c) of the Rules of Procedure of the General Court of 2 May 1991, applicable at the time the action was brought, each application is required to state the subject matter of the proceedings and a summary of the pleas in law on which the application is based, and it is necessary, in order for an action to be admissible, that the basic legal and factual particulars relied on be indicated, at least in summary form, coherently and intelligibly in the text of the application itself.

**106**Whilst the body of the application may be supported and supplemented on specific points by references to extracts from documents annexed thereto, a general reference to other documents, even those annexed to the application, cannot make up for the absence of the essential arguments in law which, in accordance with the abovementioned provisions, must appear in the application. Furthermore, it is not for the Court to seek and identify in the annexes the pleas and arguments on which it may consider the action to be based, since the annexes have a purely evidential and instrumental function (see judgment of 17 September 2007, *Microsoft v Commission*, [T-201/04](#), [ECLI:EU:T:2007:289](#), paragraph 94 and the case-law cited). Consequently, in the present case, the Court can take into consideration Annexes A 2 and A 3 to the application only in so far as they support or supplement pleas or arguments expressly set out by the applicants in the body of the application and in so far as it is possible for the Court to determine precisely what are the matters they contain that support or supplement those pleas or arguments (judgment of 17 September 2007, *Microsoft v Commission*, [T-201/04](#), [ECLI:EU:T:2007:289](#), paragraph 99).

**107**As regards, more particularly, Annex A 2 to the application, it must be held, contrary to what the Commission submits, that the essence of the applicants' arguments is indeed contained in the body of the application and that the elements set out in that annex merely support and supplement, on specific points, the pleas and arguments contained in the body of the application, which it is easy for the Court to identify.

**108**For example, the applicants stated, in paragraph 103 of the application, that the contested decision acknowledged that patent dispute settlements between competitors had in general a legitimate objective and that certain Member States encouraged the

seeking of settlements. In paragraph 24 of Annex A 2 to the application, to which paragraph 103 of the application refers, it is likewise stated that there is a strong public interest in the settlement of disputes, that many national legal systems encourage, or even require, the seeking of a settlement as a pre-condition for bringing court proceedings, and that the contested decision, in that it constitutes a restriction on the right to reach a settlement, runs counter to that policy and results in the imposition of unnecessary costs on the parties and the courts. Since the applicants therefore put forward, in paragraph 24 of Annex A 2 to the application, arguments which merely support and supplement the elements expressly relied on in the body of the application, those arguments are admissible.

**109**With regard to paragraphs 29 and 818 of the application, in connection with which the Commission claims that the applicants merely referred to Sir Jacobs' opinion, it should be noted that the applicants set out in detail in paragraphs 816 to 822 of the application the reasons why the Commission could not, in their view, impose a fine on them on account of the unprecedented and unforeseeable nature of the position adopted by the Commission and that paragraphs 70 and 76 of Annex A 2 to the application do not contain new arguments or discussions in that regard.

**110**As regards paragraph 147 of the application, in which the applicants state that the approach which they propose to adopt in order to identify settlement agreements contrary to the provisions of Article 101 TFEU is consistent with the position adopted by the judgment of the Supreme Court of the United States of 17 June 2013, *Federal Trade Commission v. Actavis* (570 U. S. (2013), 'the Actavis judgment'), it must be observed that that paragraph refers, by means of footnote 153, to paragraphs 32 and 33 of Annex A 2. However, in paragraph 32 of that annex, the applicants merely support that argument and, in paragraph 33 of that annex, they confine themselves to arguing that the scope of the Actavis judgment cannot be limited to a national context unconnected with EU law and that the view of the Supreme Court of the United States deserves particular respect, given its reputation and experience in competition law. Consequently, those arguments are admissible.

**111**As regards Annex A 3 to the application, it must be held, as the Commission argues, that, although, in paragraph 11 of the application, the applicants maintain that the Commission's attitude is not neutral with regard to intellectual property rights, they nevertheless merely refer to paragraphs 8, 15, 31, 34 and 41 of Annex A 3 to the application, in which Ms Macken puts forward arguments relating to (i) the need to draw a distinction between the various areas of intellectual property, (ii) the fact that the granting of a monopoly over patents is the quid pro quo for the disclosure of the invention to the public, (iii) the erroneous use of the concept of 'market exclusivity' by the Commission in the contested decision and (iv) a misinterpretation by the Commission of the EPC. Consequently, those arguments are not admissible, with the exception of that relating to the fact that the granting of a monopoly over patents is the quid pro quo for the disclosure of the invention to the public. In paragraph 67 of the application, the applicants referred to the fact that the Commission 'completely disregarded that essential aspect of patents, namely their publication for the purpose of disseminating inventions'.

**112**Similarly, in paragraph 68 of the application, the applicants claim that the Commission cited in a biased way the statements of the Court of Appeal (England & Wales) (Civil division) in the judgment of 9 May 2008 dismissing Servier's appeal against the judgment

of the High Court of Justice (England & Wales), Chancery Division (Patents Court), and criticise the Commission for not taking into account the report of Professor S. annexed to their response to the statement of objections in that regard. They also refer to paragraphs 113 to 117 of Annex A 3 to the application. In those paragraphs, Ms Macken does not merely supplement or expand on those arguments, but puts forward arguments relating to the Commission's alleged misuse of evidence which allowed it to conclude that the 947 patent was invalid. She thus sets out arguments seeking to call into question the Commission's interpretation of the statement by the applicant's Patent Director referred to in recitals 127 and 185 of the contested decision, of the statement by Krka's legal adviser referred to in recital 883 of that decision and of the statement by Krka's sales manager for western Europe referred to in paragraph 895 of that decision. Consequently, those arguments are not admissible.

**113**With regard to paragraph 76 of the application, it is also necessary to hold, as the Commission points out, that, although the applicants stated in footnote 79 of the application that the sending of letters of formal notice was lawful, they merely referred to paragraphs 58 to 67 of Annex A 3 to the application to explain the grounds supporting a finding that the sending of such letters is lawful. The arguments put forward in Annex A 3 to the application on that point are therefore not admissible.

**114**In paragraph 103 of the application, the applicants merely pointed out that the contested decision acknowledged that patent dispute settlements between competitors had in general a legitimate objective and that certain Member States encouraged the seeking of settlements. However, paragraphs 50 to 54 of Annex A 3 to the application, to which paragraph 103 of the application refers (footnote 113), criticise the Commission for not having adequately assessed the settlement practices used worldwide, which are set out in detail.

**115**With regard to paragraph 46 of the reply, the applicants argue that the idea that it would be preferable for any litigation to result in a judgment is 'contrary to current thinking in relation to judicial proceedings', referring to paragraph 112 of Annex A 3 to the application, which states that the Commission's approach is contrary to Directive 2008/52/EC of the European Parliament and of the Council of 21 May 2008 on certain aspects of mediation in civil and commercial matters (OJ 2008 L 136, p. 3). Since those arguments do not merely support or supplement the elements expressly relied upon in the body of the application, they are inadmissible.

**116**Finally, in paragraph 262 of the application, the applicants stated that it was of primary importance for Teva to be among the first generic undertakings to enter the market in the United Kingdom, referring to paragraph 90 of Annex A 3 to the application. Contrary to what the Commission maintains, in that paragraph of Annex A 3 to the application, the applicants have merely supported and supplemented that assertion by setting out the reasons why a generic undertaking has an interest in entering a market only if it is among the first entrants. Accordingly, the arguments put forward in Annex A 3 to the application on that point are admissible.

## B. Substance

### 1. Infringement of the principle of impartiality and of the right to sound administration (a) Arguments of the parties

...

## (b) Findings of the Court

**119**As a preliminary point it should be noted that the guarantees afforded by the EU legal order in administrative proceedings include, in particular, the principle of sound administration, affirmed in Article 41 of the Charter of Fundamental Rights, which entails the duty of the competent institution to examine carefully and impartially all the relevant aspects of the individual case (judgments of 30 September 2003, *Atlantic Container Line and Others v Commission*, [T-191/98](#) and [T-212/98](#) to [T-214/98](#), [ECLI:EU:T:2003:245](#), paragraph 404, and of 27 September 2012, *Shell Petroleum and Others v Commission*, [T-343/06](#), [ECLI:EU:T:2012:478](#), paragraph 170). That requirement of impartiality encompasses, on the one hand, subjective impartiality, in so far as no member of the institution concerned who is responsible for the matter may show bias or personal prejudice, and, on the other hand, objective impartiality, in so far as there must be sufficient guarantees to exclude any legitimate doubt as to bias on the part of the institution concerned (see judgment of 11 July 2013, *Ziegler v Commission*, [C-439/11 P](#), [ECLI:EU:C:2013:513](#), paragraph 155 and the case-law cited). It is also important to note that the Commission may not be classified as a 'tribunal' within the meaning of Article 6 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, signed in Rome on 4 November 1950 ('the ECHR'), and it is thus Article 41 of the Charter of Fundamental Rights, not Article 47 thereof, which governs the administrative procedure relating to restrictive practices before the Commission (see judgment of 11 July 2013, *Ziegler v Commission*, [C-439/11 P](#), [ECLI:EU:C:2013:513](#), paragraph 154 and the case-law cited).

**120**The applicants rely on two judgments of the European Court of Human Rights ('the ECtHR'). In the first place, the applicants rely on the judgment of the ECtHR of 25 March 2008, *Vitan v. Romania* ([ECLI:CE:ECHR:2008:0325JUD004208402](#)), relating to the presumption of innocence, enshrined in Article 6(2) of the ECHR, in which the ECtHR found a breach of that provision, because the prosecutor in charge of the criminal investigation relating to the applicant had stated at a press conference that the applicant was guilty of trading in influence, although the applicant's guilt had not yet been lawfully established, and the prosecutor had not 'qualified his remarks or taken care to place them in the context of the proceedings pending against the applicant' (paragraphs 70 and 71). In that respect, it is important to recall that, according to the case-law of the ECtHR, the principle of the presumption of innocence may be infringed not only by a court or tribunal but also by other public authorities, that it is appropriate to emphasise the importance of the choice of words used by State officials in the statements they make before a person has been tried and convicted of an offence and that what matters for the purposes of the application of Article 6(2) of the ECHR is the actual meaning of the statements in question and not their literal form (see ECtHR, 15 March 2011, *Begu v. Romania*, [ECLI:CE:ECHR:2011:0315JUD002044802](#), paragraph 126 and the case-law cited). The ECtHR nevertheless acknowledges that Article 6(2) of the ECHR cannot prevent, in the light of Article 10 thereof, which protects freedom of expression, the authorities from informing the public about criminal investigations in progress, but it requires that they do so with all the discretion and circumspection necessary if the presumption of innocence is to be respected (ECtHR, 10 February 1995, *Allenet de Ribemont v. France*, [ECLI:CE:ECHR:1995:0210JUD001517589](#), paragraph 38).



**121**In the second place, the applicants rely on the judgment of the ECtHR of 16 September 1999, *Buscemi v. Italy* ([ECLI:CE:ECHR:1999:0916JUD002956995](#)), in which the ECtHR found that there had been a breach of Article 6(1) of the ECHR and of the right of every person to a fair hearing by an independent and impartial tribunal, where the President of the court publicly used expressions which implied that he had already formed an unfavourable view of the applicant's case before presiding over the court that had to decide it (paragraphs 68 and 69). In that judgment, the ECtHR also recalled that the judicial authorities were required to exercise maximum discretion with regard to the cases with which they deal in order to preserve their image as impartial judges and that that discretion should dissuade them from making use of the press, even when provoked (paragraph 67). It should be recalled, however, that in the case-law of the EU Courts the Commission cannot be described as a 'court' within the meaning of Article 6 of the ECHR (see paragraph 119 above).

**122**The applicants rely, moreover, on the judgment of 8 July 2008, *Franchet and Byk v Commission* ([T-48/05](#), [ECLI:EU:T:2008:257](#), paragraphs 210 to 219), in which the General Court found, within the context of an action for compensation, an infringement by the European Anti-Fraud Office (OLAF) of the principles of the presumption of innocence and sound administration and of its obligation of confidentiality, in that it provoked the disclosure in the press of sensitive elements of ongoing investigations and stated that the applicants were likely to have committed a "vast enterprise of looting" of European Union funds' (paragraph 216).

**123**Moreover, the Court has already provided clarification concerning the duty of impartiality and the principle of sound administration which the Commission is required to observe in competition law cases. Accordingly, in the judgment of 20 March 2002, *ABB Asea Brown Boveri v Commission* ([T-31/99](#), [ECLI:EU:T:2002:77](#), paragraphs 99 to 107), the Court rejected a plea alleging infringement of the principle of sound administration in a case in which the applicant had, at its hearing before the Commission, been subject to a derogatory remark concerning its reputation and to a series of tendentious questions about facts which it no longer disputed, on the part of a Commission official dealing with the case which led to the contested decision, and in which the same official had, at a conference on issues of competition law held before the adoption of the Commission's decision, expressed his views using a quotation casting discredit on the applicant's activities. Indeed, while acknowledging that those remarks showed regrettable behaviour and language on the part of a member of the team responsible for dealing with the case and recalling that the Commission's Director-General of the Directorate-General for Competition had apologised to the applicant following the remark made at the conference, the Court held that those remarks were not of such a kind as to cast doubt on the degree of care and impartiality with which the Commission conducted its investigation into the infringement at issue and that the regrettable conduct on the part of a member of the team dealing with a case did not in itself vitiate the legality of the decision adopted by the College of Commissioners.

**124**As regards the combining by the Commission of the functions of investigation and punishment of infringements of the competition rules, the Court of Justice has ruled that it was not in itself contrary to Article 6 of the ECHR as interpreted by the ECtHR (see, to that effect, judgment of 18 July 2013, *Schindler Holding and Others v Commission*, [C-501/11 P](#), [ECLI:EU:C:2013:522](#), paragraphs 33 and 34) and the General Court has held

that it did not constitute an infringement of the requirement of impartiality (see, to that effect, judgment of 27 June 2012, *Bolloré v Commission*, [T-372/10](#), [ECLI:EU:T:2012:325](#), paragraphs 65 to 67). The absence of separation between the functions of investigation and punishment within the Commission does, however, entail a particular responsibility on the part of the members of that institution, in particular on the part of the Commissioner responsible for competition, to avoid any bias in the investigation and conduct of infringement proceedings, since they have the power to punish the undertakings concerned at the end of those proceedings.

**125**The Court has, moreover, held that the Commission's assertion that it is determined that the members of anticompetitive cartels should not escape, on procedural grounds, the penalties applicable under EU law is not an infringement of the principle of impartiality but merely the assertion of a clear intention, wholly consistent with the task entrusted to the Commission, of making good, on a case-by-case basis, the procedural irregularities found, in order not to undermine the effectiveness of EU competition law (judgment of 27 June 2012, *Bolloré v Commission*, [T-372/10](#), [ECLI:EU:T:2012:325](#), paragraphs 73 and 74).

**126**It should also be borne in mind that the EU judiciary - in order to reject a plea alleging infringement of the right to a fair trial or of the principle of sound administration, based on the public positions adopted by the Commission or one of its representatives during the administrative procedure - has already relied on the ground that there was nothing in the Court's file to support the presumption that the contested decision would not have been taken, or would have been drawn up in a different way, if the public statements which are the subject matter of this submission had not been made (see, to that effect, judgments of 16 December 1975, *Suiker Unie and Others v Commission*, [40/73](#) to [48/73](#), [50/73](#), [54/73](#) to [56/73](#), [111/73](#), [113/73](#) and [114/73](#), [ECLI:EU:C:1975:174](#), paragraph 91, and of 7 July 1994, *Dunlop Slazenger v Commission*, [T-43/92](#), [ECLI:EU:T:1994:79](#), paragraph 29). According to the case-law, it is thus for the applicant to produce at least some indicia to support such a conclusion (judgment of 15 March 2006, *BASF v Commission*, [T-15/02](#), [ECLI:EU:T:2006:74](#), paragraph 606).

**127**It is also important to recall that the functioning of the Commission is governed by the principle of collegiate responsibility laid down in Article 250 TFEU, which is based on the equal participation of the Commissioners in the adoption of decisions, from which it followed in particular that decisions should be the subject of collective deliberation and that all the members of the College of Commissioners should bear collective responsibility at political level for all decisions adopted. This is particularly so in the case of acts which are expressly described as decisions which the Commission finds necessary to adopt with regard to undertakings for the purpose of ensuring observance of the competition rules and by which it finds an infringement of those rules, issues directions to those undertakings and imposes pecuniary sanctions upon them. The operative part of, and the statement of reasons for, a decision constitute an indivisible whole and it is therefore for the College of Commissioners alone to adopt both the operative part and the statement of reasons, in accordance with the principle of collegiate responsibility (judgment of 27 September 2012, *Heijmans Infrastructuur v Commission*, [T-359/06](#), not published, [ECLI:EU:T:2012:489](#), paragraphs 126 and 127). The Court has also held, in matters relating to State aid, that the expression of an opinion by the Commissioner responsible for competition matters on a procedure in progress is, in so far as it is strictly personal

and without prejudice, attributable to that Commissioner alone and does not predetermine the position that the College of Members of the Commission will adopt at the end of the procedure (judgment of 8 July 1999, *Vlaamse Televisie Maatschappij v Commission*, [T-266/97](#), [ECLI:EU:T:1999:144](#), paragraphs 49 and 54). Moreover, it cannot be assumed that the Commissioners were constrained in their freedom of assessment by a misplaced feeling of solidarity towards their colleague with responsibility for competition matters (judgment of 15 March 2006, *BASF v Commission*, [T-15/02](#), [ECLI:EU:T:2006:74](#), paragraph 610).

**128**As regards objective impartiality, which refers to the fact that the institution must provide sufficient guarantees to exclude any legitimate doubt, it should be pointed out that the Commission, as it stated at the hearing in reply to a question from the Court, has adopted several internal documents requiring it to comply with certain rules when communicating publicly. In particular, the Code of Conduct for Commissioners (C(2011) 2904), adopted in 2011, provides in Article 1.7 thereof that, in accordance with the principle of collegiality, Members of the Commission are to refrain from making any comment that would call into question a decision taken by the Commission and are also to refrain from disclosing what is said at meetings of the Commission. Moreover, the Annex to Decision 2000/633/EC, ECSC, Euratom of 17 October 2000 amending its Rules of Procedure (OJ 2000 L 267, p. 63), entitled 'Code of good administrative behaviour for Staff of the European Commission in their relations with the public', states in its provisions that 'quality service calls for the Commission and its staff to be courteous, objective and impartial', and in paragraph 2 thereof, concerning objectivity and impartiality, that 'staff shall always act objectively and impartially, in the [European Union] interest and for the public good' and that 'they shall act independently within the framework of the policy fixed by the Commission and their conduct shall never be guided by personal or national interest or political pressure'. Similarly, the Code of Ethics and Integrity of DG Competition, adopted on 28 June 2010, recommends that its staff, with regard to freedom of expression, avoid any discussion of a case concerning which the Commission has not adopted an official position and, with regard to contacts with the media, avoid talking about a case which is still the subject of investigation and in respect of which the Commission has not adopted an official position.

**129**The applicants claim that the Ombudsman has already established an instance of maladministration concerning the Commissioner responsible for competition who was in office when the contested decision was adopted, in so far as he had, as in the present case, made public statements suggesting that he had already reached a conclusion before the end of the investigation.

**130**In that regard, it should be recalled that a finding by the Ombudsman of an 'act of maladministration' is not binding on the Courts of the European Union and can constitute nothing more than an indication of infringement, by the institution concerned, of the principle of sound administration. Proceedings before the Ombudsman, who does not have the power to make binding decisions, are for EU citizens an extrajudicial alternative remedy to an action before those Courts, which meets specific criteria and does not necessarily have the same objective as legal proceedings (judgment of 25 October 2007, *Kominou and Others v Commission*, [C-167/06 P](#), not published, [ECLI:EU:C:2007:633](#), paragraph 44). A fortiori, interpretations of EU law by the Ombudsman are incapable of binding the Courts of the European Union.

**131**In the present case, as regards subjective impartiality, which relates to the fact that a member of the institution concerned who is responsible for the case must not show bias or personal prejudice, the applicants criticise each of the consecutive Commissioners for Competition, Ms N. Kroes and Mr J. Almunia, for having made, on three occasions, public comments on the outcome of the investigation relating to the applicants during the administrative procedure. As the applicants pointed out at the hearing, those two Commissioners were still in office within the Commission when the contested decision was adopted, were involved in adopting it and were directly responsible for the investigation of the case at various times. Moreover, the contested decision is signed by Mr Almunia.

**132**In the first place, it is apparent from the file that, at the press conference on the presentation of the conclusions of the pharmaceutical sector inquiry report, Ms Kroes stated that 'unfortunately, the report confirm[ed] that there [we]re competition problems in the pharma sector', that 'company practices [we]re a significant factor behind them' and that, 'in particular, the report conclude[d] that makers of original medicines [we]re actively trying to delay the entry of generic medicines onto their markets' (speech published on the DG Competition website). According to the applicants, Ms Kroes further stated that 'overall it is indeed a conclusion that there [wa]s something rotten in the state' (extract from the website of the EU Observer online newspaper). The Commission submits in the rejoinder that those remarks were merely reported by a journalist and that the article confirms that the term 'rotten' related to the sector inquiry and not to the applicants. At the same press conference, the same Commissioner for Competition referred, in a separate part entitled 'Competition cases and scrutiny', to the opening of proceedings against the applicants and certain generic undertakings, stating that 'it concern[ed] suspected breaches of the [FEU] Treaty's rules on both restrictive business practices (Article [101 TFEU]) and abuse of a dominant market position (Article [102 TFEU])', that 'the case w[ould] look at the agreements between Servier and a number of generic companies' and that 'these agreements [had] affected the entry of generic competitors against perindopril, a leading drug that combat[ed] heart-disease and high blood pressure'. The Commissioner for Competition therefore clearly distinguished the results of the sector inquiry from the decision to initiate proceedings against the applicants. As regards the latter, the Commissioner for Competition was careful to point out that potential infringements of the competition rules were at issue. The mere circumstance that she referred, in the following sentence, to the fact that the agreements in question had affected the entry of generic medicines into the market cannot, in itself, imply that she considered that an infringement of the competition rules had taken place, in the light of the context referred to in the preceding sentence. At that press conference, the Commissioner for Competition therefore merely informed the public about investigations in progress, with the discretion and circumspection necessary if the presumption of innocence is to be respected.

**133**In the second place, on 8 October 2012, during a speech to the European Parliament presenting the Commission's competition policy work programme for 2013-2014, Mr Almunia referred, in particular, to the procedure relating to the agreements at issue, stating that, 'in the pharmaceutical industry, ... and Servier [had] received [the Commission's] objections before the summer', that he was 'concerned that these companies misused their patents to keep markets closed to cheap generic medicines' and that he 'hope[d] that the decisions [which would be] adopt[ed] - hopefully in 2013 -

[would] change current practices by some players in the industry that le[ft] a lot to be desired' (speech published on the DG Competition website). By stating that the Commission had sent a statement of objections to the applicants and to other undertakings in the present case and in another case and that decisions would be adopted in 2013, the Commissioner did not fail to fulfil his obligation of impartiality, however, and merely informed Parliament about investigations in progress, with the discretion and circumspection necessary if the presumption of innocence is to be respected. Indeed, it is necessary to recall the preliminary nature of the statement of objections, the function of that document, as defined by the European Union regulations, being to give undertakings all the information necessary to enable them properly to defend themselves, before the Commission adopts a final decision (see judgment of 27 September 2012, *Koninklijke Wegenbouw Stevin v Commission*, [T-357/06](#), [ECLI:EU:T:2012:488](#), paragraph 43 and the case-law cited). Although the Commission, under Article 27(1) of Regulation No 1/2003, must thus base its final decision only on objections on which the parties have been able to comment, it is not required to reproduce all the evidence set out in the statement of objections, particularly if that evidence appears insufficient. It is therefore inherent in the nature of the statement of objections that it is provisional and subject to amendments to be made by the Commission in its further assessment on the basis of the observations submitted to it by the parties and subsequent findings of fact (judgment of 10 July 2008, *Bertelsmann and Sony Corporation of America v Impala*, [C-413/06 P](#), [ECLI:EU:C:2008:392](#), paragraph 63). Moreover, following communication of the statement of objections, by which the Commission considers on first analysis that an infringement has been committed, the duty of circumspection of the Commissioner for Competition need not necessarily be so broad, since that Commissioner may, in public statements, set out with all due caution, as regards a provisional assessment, the allegations made against an undertaking at that stage of the procedure.

**134**In the third place and finally, it is apparent from the file that, on 12 April 2013, Mr Almunia stated, in a speech to the American Bar Association in Washington which was transcribed in the press, that 'the Commission ... [would] decide in the coming months on the legality of agreements between pharmaceutical undertakings seeking to delay the entry into the market of cheaper generic medicines' and that 'the results of the sector inquiry will be reflected in decisions in the ... and Servier cases' (extract from the MLex website). It should be emphasised that that article only indirectly reports the remarks of the Commissioner. Moreover, even if the Commissioner for Competition actually made those remarks, they can be interpreted only as meaning that there was a possibility that a decision might be adopted in the case at issue (see, to that effect and by analogy, judgment of 8 July 1999, *Vlaamse Televisie Maatschappij v Commission*, [T-266/97](#), [ECLI:EU:T:1999:144](#), paragraph 53). Therefore, the Commissioner for Competition merely informed the public about investigations in progress, with the discretion and circumspection necessary if the presumption of innocence is to be respected. In any event, it must be borne in mind that those remarks were merely the expression of the Commissioner for Competition's opinion on an ongoing procedure, and were attributable to that Commissioner alone and did not predetermine the position that the College of Members of the Commission adopted at the end of the procedure (see paragraph 127 above).

**135**Consequently, there is no need to examine the applicants' argument that the contested decision would have been different in the absence of those statements by the Commissioners.

**136**In support of this plea, the applicants also criticise the Commissioner for Competition and his cabinet for not having been present during most of the hearing. However, the fact, emphasised at the hearing by the applicants, that Mr Almunia did not attend their hearing before the Commission and was represented by a member of his cabinet is not such as to establish that the decision to impose a penalty had already been adopted, in principle, even before that hearing. Moreover, there is no provision requiring the participation of the Commissioner or a member of his cabinet at the hearing. The EU Courts take the view that the principle of proper administration cannot transform into an obligation that which the legislature did not view as being one (see, to that effect, judgment of 27 September 2012, *Koninklijke Wegenbouw Stevin v Commission*, [T-357/06](#), [ECLI:EU:T:2012:488](#), paragraph 242).

**137**The applicants also complain that the Commission failed to comply with the applicable rules and standards of evidence, referring to several recitals of the contested decision which they contest in other pleas in their application (distortion of the facts, error in the legal criterion applicable to the classification of an infringement by object, an unreasonable interpretation of the concept of potential competition, etc.). In the reply, they argue that those examples are intended to establish bias vitiating the investigation. As claimed by the Commission, that line of argument of the applicants is, however, indissociable from the question whether the findings of fact made in the contested decision are duly supported by the evidence which the institution has produced and whether the Commission committed errors of law in its analysis (see, to that effect, judgment of 24 October 1991, *Atochem v Commission*, [T-3/89](#), [ECLI:EU:T:1991:58](#), paragraph 39). Consequently, those arguments will be examined subsequently, in the context of the substantive pleas. In any event, it must be pointed out that those arguments are based on mere assertions and are not such as to show that the Commission did in fact pre-judge the outcome of the administrative procedure or lacked objectivity in its investigation (see, to that effect, judgment of 6 July 2000, *Volkswagen v Commission*, [T-62/98](#), [ECLI:EU:T:2000:180](#), paragraph 272).

**138**Lastly, the applicants argue that the absence of a re-examination of the case by an internal panel within DG Competition demonstrates the partiality of the contested decision and justifies its annulment on the grounds of infringement of the principle of the presumption of innocence and of Article 41 of the Charter of Fundamental Rights. However, it is important to note that no provision of a regulation or internal rule of the Commission requires that the Commission organise a re-examination of every case by an internal panel and to recall that the principle of proper administration cannot transform into an obligation that which the legislature did not view as being one (see paragraph 136 above). A peer review system was indeed set up within DG Competition in 2004. Nevertheless, it is apparent from a document published in September 2011 by the Commission, entitled 'Procedure for the application of Articles 101 and 102 TFEU: key players and the balance of power', that the Director-General of DG Competition determines, in agreement with the Commissioner for Competition, the cases in which that internal panel is organised, that the decision to form such a panel and its composition are not made public and that the peer review of a case under no circumstances involves the

parties to the proceedings or any other third party. The organisation of such a re-examination by DG Competition is therefore not required in all cases, with the result that the Commission cannot be criticised for not having organised such a re-examination in the present case.

**139**The plea must therefore be rejected.

2. The lack of effective consultation of the Advisory Committee on Restrictive Practices and Dominant Positions (a) Arguments of the parties

...

(b) Findings of the Court

**142**Article 14(1) of Regulation No 1/2003, which is contained in Chapter IV on cooperation between the Commission and the competition authorities and courts of the Member States, provides that 'the Commission shall consult an Advisory Committee on Restrictive Practices and Dominant Positions prior to the taking of any decision under Articles 7, 8, 9, 10, 23, Article 24(2) and Article 29(1)' of that regulation. Article 14(2) of Regulation No 1/2003 provides that 'for the discussion of individual cases, the Advisory Committee shall be composed of representatives of the competition authorities of the Member States'. Article 14(3) of Regulation No 1/2003 stipulates that the Advisory Committee is to deliver a written opinion on the Commission's preliminary draft decision and Article 14(5) of that regulation provides that 'the Commission shall take the utmost account of the opinion delivered by the Advisory Committee' and 'shall inform the Committee of the manner in which its opinion has been taken into account'. Furthermore, 'at the request of one or several members, the positions stated in the opinion shall be reasoned' (Article 14(3) of Regulation No 1/2003). Paragraph 58 of the Commission Notice on cooperation within the Network of Competition Authorities (OJ 2004 C 101, p. 43, 'the Notice on cooperation within the Network of Competition Authorities') provides that 'the Advisory Committee is the forum where experts from the various competition authorities discuss individual cases and general issues of [EU] competition law'.

**143**As regards procedure, Article 14(3) of Regulation No 1/2003 provides that the consultation of the Advisory Committee 'may take place at a meeting convened and chaired by the Commission, held not earlier than 14 days after dispatch of the notice convening it, together with a summary of the case, an indication of the most important documents and a preliminary draft decision'. Nevertheless, 'where the Commission dispatches a notice convening the meeting which gives a shorter period of notice than those specified above, the meeting may take place on the proposed date in the absence of an objection by any Member State'. Paragraph 66 of the Notice on cooperation within the Network of Competition Authorities states that 'the Council Regulation allows for the possibility of the Member States agreeing upon a shorter period of time between the sending of the invitation and the meeting'. Article 14(3) of Regulation No 1/2003 provides, moreover, that the Advisory Committee 'may deliver an opinion even if some members are absent and are not represented'. Article 14(4) of Regulation No 1/2003 provides, lastly, that 'consultation may also take place by written procedure', but that 'if any Member State so requests, the Commission shall convene a meeting'. According to that provision, 'in case of written procedure, the Commission shall determine a time limit of not less than 14 days within which the Member States are to put forward their observations for circulation to all other Member States'.

**144**The document entitled 'Working Arrangements for the Antitrust Advisory Committee' of 19 December 2008, adduced by the Commission on 6 November 2015 in response to a measure of organisation of procedure, sets out the various steps leading up to the consultation of the Advisory Committee and, in particular, those allowing the national competition authorities to assess the case as the investigation progresses.

**145**In the first place, it should be noted, in that respect, that, under Article 11(2) of Regulation No 1/2003, 'the Commission shall transmit to the competition authorities of the Member States copies of the most important documents it has collected with a view to applying Articles 7, 8, 9, 10 and Article 29(1)' of that regulation and, 'at the request of the competition authority of a Member State, the Commission shall provide it with a copy of other existing documents necessary for the assessment of the case'. Article 11(6) of Regulation No 1/2003 provides, in addition, that 'the initiation by the Commission of proceedings for the adoption of a decision under Chapter III shall relieve the competition authorities of the Member States of their competence to apply Articles [101 and 102 TFEU]' and that, 'if a competition authority of a Member State is already acting on a case, the Commission shall only initiate proceedings after consulting with that national competition authority'. Under those provisions, the Commission is to immediately deliver to the national competition authorities, after their notification to the undertaking concerned or their reception, the initial decision initiating the proceedings, the statement of objections addressed to that undertaking, the latter's response to that statement of objections and the other most important documents relating to the case (see paragraphs 6 and 7 of the Working Arrangements for the Antitrust Advisory Committee).

**146**In the second place, the Working Arrangements for the Antitrust Advisory Committee provide, in paragraphs 33 to 36, that, for each case in which the Commission addresses a statement of objections to an undertaking, the Commission must, not later than 45 days following the notification of the statement of objections to the parties concerned, appoint one of the national competition authorities as the rapporteur in the case ('the NCA rapporteur'), on a rotating basis that corresponds to the rotating presidencies of the Council of the European Union, unless it is necessary to choose another national competition authority in the interests of objectivity, in which case the Commission may, subject to the agreement of the first national competition authority, choose the next authority on that list of rotating presidencies (paragraphs 28, 33 and 34). The NCA rapporteur, who is responsible for helping the other national competition authorities to understand the case and for informing them of the significant procedural steps in the administrative proceedings, works to that end in close cooperation with the Commission (paragraphs 40 and 42). The Working Arrangements for the Antitrust Advisory Committee also recommend that the NCA rapporteur should circulate a list of key questions in the case not later than five days prior to the Advisory Committee meeting (paragraph 44(i)) and should present the case and its issues at the beginning of the Advisory Committee meeting (paragraph 44(ii)).

**147**In the third place, according to Article 11(1) of Commission Regulation (EC) No 773/2004 of 7 April 2004 relating to the conduct of proceedings by the Commission pursuant to Articles [101 and 102 TFEU] (OJ 2004 L 123, p. 18), 'the Commission shall give the parties to whom it has addressed a statement of objections the opportunity to be heard before consulting the Advisory Committee referred to in Article 14(1) of Regulation ... No 1/2003'. Article 14(3) of Regulation No 773/2004 provides, moreover,



that 'the Commission shall invite the competition authorities of the Member States to take part in the oral hearing' and that 'it may likewise invite officials and civil servants of other authorities of the Member States'. Paragraph 12 of the Working Arrangements for the Antitrust Advisory Committee states that the participation of the national competition authorities in the oral hearing of a case is useful for the efficient functioning of the Advisory Committee. However, no provision stipulates that the NCA rapporteur is to play a particular role at the hearing.

**148**According to the case-law on the corresponding provisions of Regulation No 17 of the Council of 6 February 1962, First Regulation implementing Articles [101 and 102 TFEU] (OJ, English Special Edition 1959-1962, p. 87), which was succeeded by Regulation No 1/2003, consultation of the Advisory Committee is an essential procedural requirement, breach of which affects the legality of the Commission's final decision if it is proved that the failure to comply with the rules on consultation prevented the Advisory Committee from delivering its Opinion in full knowledge of the facts. The substance of the obligations under the provisions governing the consultation of the Advisory Committee, and the question whether or not they constitute essential requirements, must therefore be determined in each case in the light of that purpose of enabling the committee to carry out its advisory task in full knowledge of the facts (see, to that effect, judgments of 10 July 1991, RTE v Commission, [T-69/89](#), [ECLI:EU:T:1991:39](#), paragraphs 21 and 23, and of 15 March 2000, Cimenteries CBR and Others v Commission, [T-25/95](#), [T-26/95](#), [T-30/95](#) to [T-32/95](#), [T-34/95](#) to [T-39/95](#), [T-42/95](#) to [T-46/95](#), [T-48/95](#), [T-50/95](#) to [T-65/95](#), [T-68/95](#) to [T-71/95](#), [T-87/95](#), [T-88/95](#), [T-103/95](#) and [T-104/95](#), [ECLI:EU:T:2000:77](#), paragraph 742).

**149**In that regard, it was considered, with regard to the documents to be sent to the Advisory Committee, that, although that consultation falls within the framework of cooperation between the Commission and the Member States and is not intended to set up adversarial proceedings against the undertakings concerned, the committee must have, in particular, entirely objective information on the views and essential arguments expressed by the undertakings concerned in their comments on all the objections raised against them by the Commission once the investigation is completed. The minutes of the hearing are thus, in principle, among the 'most important documents' within the meaning of Article 10(5) of Regulation No 17, and must therefore be sent to the Advisory Committee when it is convened. However, it is not an essential procedural requirement that the minutes of the hearing be sent to the Advisory Committee unless, in a specific case, it proves necessary in order to enable the committee to deliver its Opinion in full knowledge of the facts, that is to say without being misled in a material respect by inaccuracies or omissions. That is not the case when the minutes of the hearing do not contain any important new information not contained in the written comments, accompanying the notice convening the Advisory Committee, made by the undertaking concerned in reply to the statement of objections. In such an event, the fact that the Commission did not send the minutes of the hearing to the Advisory Committee when it was convened does not affect the applicant's right to a fair hearing and has no repercussions on the outcome of the consultation procedure. The omission cannot, therefore, render the whole administrative procedure invalid and thereby call into question the legality of the final decision (judgment of 10 July 1991, RTE v Commission, [T-69/89](#), [ECLI:EU:T:1991:39](#), paragraphs 21 to 23).

**150**Moreover, it was held that the fact that the Commission did not provide the exact amount of a proposed fine to the Advisory Committee did not constitute a breach of the essential procedural requirement to consult the Advisory Committee, since that committee was given all the essential information required to draw up an opinion concerning fines. The Advisory Committee must be kept informed only of the proposed criteria for imposing the fine (see, to that effect, judgment of 15 March 2000, *Cimenteries CBR and Others v Commission*, [T-25/95](#), [T-26/95](#), [T-30/95](#) to [T-32/95](#), [T-34/95](#) to [T-39/95](#), [T-42/95](#) to [T-46/95](#), [T-48/95](#), [T-50/95](#) to [T-65/95](#), [T-68/95](#) to [T-71/95](#), [T-87/95](#), [T-88/95](#), [T-103/95](#) and [T-104/95](#), [ECLI:EU:T:2000:77](#), paragraphs 747 and 748). Paragraph 23 of the Working Arrangements for the Antitrust Advisory Committee thus points out the need to ensure the confidentiality of exchanges of views within the committee, in particular about the level of fines. Paragraph 24 of the Working Arrangements for the Antitrust Advisory Committee provides that, with respect to fixing the level of the fine, the Commission should distribute at the meeting of the Advisory Committee a document explaining the method of calculation chosen, with specific reference to the Guidelines on the method of setting fines imposed pursuant to Article 23(2)(a) of Regulation No 1/2003 (OJ 2006 C 210, p. 2, 'the Guidelines on the method of setting fines'), that members of the Advisory Committee may request additional time to examine that document and that, at the end of the meeting, that document is to be returned to the Commission.

**151**In the present case, in the first place, the applicants submit that the Commission did not effectively consult the Advisory Committee, based on the failure to send the part of the preliminary draft decision relating to the fines and the responses of the undertakings to the statement of objections, on the short notice period for the transmission of the contested preliminary draft decision to its members, on the omissions contained in the summary of the preliminary draft decision sent to the national competition authorities and on the insufficient reasoning for the Advisory Committee's opinion. Those arguments must be examined in the light of the documents in the file and, in particular, the factual details provided by the Commission on 6 November 2015, in response to the abovementioned measure of organisation of procedure, and at the hearing.

**152**As regards the applicants' argument relating to the failure to send the part of the preliminary draft decision concerning the fines, the applicants withdrew it at the hearing, and formal notice of this was taken in the minutes of the hearing. Although, at the hearing, the applicants nevertheless argued that the national competition authorities had not received notification of the method of calculating the amount of the fine at the meetings of the Advisory Committee, that criticism has no basis in fact, since it is apparent from the file that, on 3 July 2014, Chapter 10, concerning the fines, a chapter containing an explanation of the main elements of that method, was sent by the Commission to the national competition authorities with a reminder of the invitation to the second meeting of the Advisory Committee of 7 July 2014. In that regard, it should be pointed out that the national competition authorities had previously received the responses of the undertakings to the statement of objections, on 23 July 2013, as well as a Letter of Facts, on 19 December 2013, and the replies of the undertakings to that letter, on 13 February 2014. Finally, on 20 May 2014, the Commission sent them a Letter of Facts concerning the imputation of the liability for the infringements and the replies of Mylan, Niche and Unichem to that letter.

**153**As regards the notice period for the transmission of the draft decision, it is apparent from the file that the Commission sent that draft decision to the national competition authorities of the Member States in three steps: Chapters 1 to 4 were sent on 12 June 2014 with the invitation to the first meeting of the Advisory Committee on 30 June 2014, Chapters 5 to 9 were sent on 20 June 2014 with a summary of the draft decision and Chapter 10, concerning the fines (excluding the exact amount of those fines), was sent on 3 July 2014, with a reminder of the invitation sent on 30 June 2014 to the second meeting of the Advisory Committee of 7 July 2014, which was to cover the entirety of the draft decision. In that regard, it is important to point out that, although, as the applicants claim, on page 109 of the DG Competition manual of procedure for competition policy matters, paragraph 10 provides that two meetings of that Committee are usually organised, one dealing with the substance of the case and the other with the amount of the fines, those provisions nonetheless do not require systematic compliance with that organisational arrangement. Moreover, it is clear from the file that, in the present case, the Commission expressly indicated, in the invitation to the second meeting, sent on 30 June 2014, and in the email of 3 July 2014, that the agenda for the meeting of 7 July 2014 concerned the discussion of the case in its entirety.

**154**It is true that that staggered transmission of the documents, which in some cases did not comply with the prescribed period of 14 days, showed some haste on the Commission's part - probably linked to the fact that it had, as from its transmission of the invitation to the meeting of 30 June 2014, announced to the national competition authorities that it intended to adopt its decision on 9 July 2014 - and that it did not place the members of the Advisory Committee in the best conditions to express their views. However, it must be noted that no national competition authority raised any objection to the dates of these meetings, even though, under Article 14(3) of Regulation No 1/2003, such objections would have prevented the meetings in question from being held. In addition, it is clear from the file that the Commission sent the national competition authorities, on 6 July 2009, the initial decision opening the proceedings, on 31 July 2012, the statement of objections addressed to the undertakings concerned, on 23 July 2013, the responses of the undertakings to the statement of objections, on 19 December 2013, a Letter of Facts, on 13 February 2014, the replies of the undertakings to that letter and, on 20 May 2015, a Letter of Facts concerning the imputation of the liability for the infringements and the replies of Mylan, Niche and Unichem to that letter. In addition, on 25 June 2014, the Commission sent the national competition authorities the draft final report drawn up by the Hearing Officer.

**155**Consequently, although it may be regrettable, in particular, that Chapters 5 to 9 of the draft decision, given their length (approximately 600 pages) and complexity, were sent by the Commission to the national competition authorities of the Member States only 10 days before the first meeting of the Advisory Committee, it must be considered, in the light of all the considerations set out in paragraphs 153 and 154 above, that the members of the Advisory Committee were sufficiently informed of the substance of the case and of the content of the draft decision and that, consequently, the Advisory Committee was able to give its opinion in full knowledge of the facts.

**156**It must also be noted that, contrary to the submissions of the applicants, neither Article 14(3) of Regulation No 1/2003 nor paragraph 66 of the Commission Notice on cooperation within the Network of Competition Authorities provides that the Commission

must obtain the express prior agreement of the competition authorities of the Member States in order to derogate from the prescribed period of 14 days between the transmission of the invitation to the members of the Advisory Committee and the meeting of that committee. Indeed, it follows from Article 14(3) of Regulation No 1/2003 that, where the Commission dispatches a notice convening a meeting which gives a period of notice shorter than that stated above, it is for Member States to raise any objection in that respect, failing which the meeting is to take place on the date set by the Commission. Moreover, as regards the alleged infringement of the principle of sound administration, it is important to recall that that principle cannot transform into an obligation that which the legislature did not view as being one (see paragraph 136 above).

**157**As regards the opinion delivered by the Advisory Committee, it must be borne in mind, first, that, under Article 14(6) of Regulation No 1/2003, that opinion is not published as a matter of course, the Court of Justice even holding that the failure to disclose the opinion to the undertakings concerned is not contrary to the principle of the right to a fair hearing (see, to that effect, judgment of 7 June 1983, *Musique Diffusion française and Others v Commission*, 100/80 to 103/80, [ECLI:EU:C:1983:158](#), paragraphs 35 and 36), and, secondly, that the provisions of Article 14(3) of Regulation No 1/2003 provide that the positions stated in that opinion are to be reasoned only at the request of one or several members of that committee, which was not the case here. Moreover, Article 27(2) of Regulation No 1/2003 provides that the parties which are the subject of the procedure conducted by the Commission under Article 101 TFEU do not have access to the correspondence exchanged between the Commission and the competition authorities of the Member States or between those competition authorities, including the documents drawn up pursuant to Articles 11 and 14 of that regulation. Furthermore, under Article 28(2) of Regulation No 1/2003, officials and servants of the Commission and of the competition authorities of the Member States are not to disclose information acquired or exchanged by them pursuant to that regulation and of the kind covered by the obligation of professional secrecy, and that obligation also applies to all representatives and experts of Member States attending meetings of the Advisory Committee pursuant to Article 14 of Regulation No 1/2003. Consequently, the applicants cannot effectively argue that the opinion given by the Advisory Committee was insufficiently reasoned. In addition, having regard to the applicable provisions, the fact that the opinion was brief and lacking in detail does not mean that the Advisory Committee did not have at its disposal all the elements necessary to reach a decision in full knowledge of the facts, nor that that committee did not deliver its opinion in full knowledge of the facts, even if its opinion was brief.

**158**Lastly, the applicants claim that, since the summary of the preliminary draft decision sent by the Commission to the members of the Advisory Committee was partial and incomplete, the committee was not able to take a decision in full knowledge of the facts. However, it should be recalled, as the Commission argues, that the purpose of that summary is not to identify the arguments put forward by the undertaking concerned in its defence, but to facilitate discussion within the Advisory Committee on the wording of the preliminary draft decision. In any event, in the present case, it is clear from the Commission's reply to the measure of organisation of procedure that the Commission, in its summary accompanying the preliminary draft decision, presented the main points of that preliminary draft decision, highlighting the most difficult aspects of its analysis (criteria for identifying the existence of a restriction of competition by object, definition of the market, application of Article 102 TFEU). The mere fact that the Commission failed

to mention, in that summary, the status of all the disputes relating to the 947 patent, the interpretation of the scope of certain stipulations in the settlement agreements, the facts subsequent to the invalidation of patent 947 by the EPO or the differences between the acquisition of Rolabo's technology and the technology of another company cannot lead to the conclusion that the Advisory Committee - which had, moreover, a considerable number of documents relating to the case and, in particular, the arguments put forward by the applicants in their observations on the statement of objections and on the Letter of Facts (see paragraphs 152 and 154 above) - was unable to give its opinion in full knowledge of the facts.

**159**In the second place, the applicants maintain that the Advisory Committee was not properly consulted, in that only a small number of its members attended its meetings and the NCA rapporteur in the case, who had not been appointed within the prescribed period, was not present at the hearing of the parties and at the second meeting of the Advisory Committee.

**160**The applicants complain that the Commission failed to appoint the NCA rapporteur not later than 45 days following the notification of the statement of objections and deliberately chose a national competition authority which had not been present at the hearing.

**161**It is common ground that the Working Arrangements for the Antitrust Advisory Committee provide that the appointment of the NCA rapporteur is to be made, in principle, not later than 45 days following the notification of the statement of objections and on the basis of an objective criterion, that is to say, in principle, on a rotating basis that corresponds to the rotating presidencies of the Council (see paragraph 146 above). In the present case, it is apparent from the file that the procedure for appointing the NCA rapporteur commenced on 7 May 2014, that the appointment of the Bundeswettbewerbsbehörde (Federal Competition Authority, Austria, 'the BWB') as the NCA rapporteur was made on 3 June 2014 - or after the hearing but well before the meetings of the Advisory Committee - and that it was made on the basis of an objective criterion, that is to say the order of the rotating presidencies of the Council. However, the mere infringement of the 45-day time limit for the appointment of the NCA rapporteur, an infringement acknowledged by the Commission at the hearing, cannot be regarded in the present case as having prevented the Advisory Committee from exercising its functions in full knowledge of the facts. Indeed, the NCA rapporteur's role in the understanding of the case by the national competition authorities and in providing them with information is particularly important only at the stage of preparing the meetings of the Advisory Committee (see paragraph 164 below) and, in the present case, at that stage of the procedure, the NCA rapporteur had been appointed. With regard to the appointment of the BWB as the NCA rapporteur, it is important to point out, first, that the applicants have not adduced any evidence to show that the appointment was linked to the absence of that national competition authority from the hearing of 15, 16, 17 and 18 April 2013 and, secondly, that the appointment was, in any event, made on the basis of a purely objective criterion, that is to say the order of the rotating presidents of the Council.

**162**The applicants also claim that the Advisory Committee could not have reached a decision in full knowledge of the facts, since the NCA rapporteur attended neither the hearing of the parties of 15, 16, 17 and 18 April 2013 nor the Advisory Committee meeting

of 7 July 2014. The Commission maintains that no provision is made for the mandatory participation of the NCA rapporteur at the hearing and submits that eight Member States were present at the hearing.

**163**It is important to point out that, although paragraph 12 of the Working Arrangements for the Antitrust Advisory Committee states that the participation of the national competition authorities in the oral hearing of a case is useful for the efficient functioning of the Advisory Committee, there is, by contrast, no provision requiring the NCA rapporteur to participate in the hearing, as Article 14(3) of Regulation No 773/2004 provides solely that the competition authorities of the Member States are invited to take part in the oral hearing, especially since all the national competition authorities receive a copy of the minutes of the hearing. It may also be pointed out that, as the Commission argues, the national competition authorities were duly invited to participate in the hearing and eight of them were indeed represented (see, for a case in which the national competition authorities were not invited to the hearing, judgment of 21 September 2017, *Feralpi v Commission*, [C-85/15 P](#), [ECLI:EU:C:2017:709](#), paragraphs 38 to 44). It is also appropriate to recall that the NCA rapporteur's role in the understanding of the case by the NCAs and in providing them with information is of particular importance before the Advisory Committee but not at the stage of the hearing. The Working Arrangements for the Antitrust Advisory Committee thus recommend that the NCA rapporteur circulates a list of key questions in the case - not later than five days prior to the first Advisory Committee meeting, seeking in particular to determine whether the NCAs can indicate their overall agreement with the preliminary draft decision, whether they have observations on certain aspects and whether they recommend publication of the opinion (paragraph 44(i)) - and presents the case and its issues at the beginning of the first Advisory Committee meeting (paragraph 44(ii)). However, it is clear from the file that the BWB actually had discussions with the Commission in order to draw up the list of questions sent by the Commission to the members of the Advisory Committee for examination and that it participated in the first meeting of the Advisory Committee, during which it presented its report, and it is not disputed by the applicants that, on that occasion, it fully played its role as the NCA rapporteur. Moreover, the mere fact that the Commission sent the other national competition authorities the list of the main issues in the case on the morning of 26 June 2014, that is four days before the first meeting of the Advisory Committee, while the Working Arrangements for the Antitrust Advisory Committee recommend that that period should be five days, is not sufficient to conclude that the Advisory Committee was not in a position to reach a decision in full knowledge of the facts. Contrary to what the applicants claim, the Commission was also not required to appoint another NCA rapporteur, since paragraph 38 of the Working Arrangements for the Antitrust Advisory Committee provides only for the possibility of replacing the natural person representing the national competition authority with another natural person from the same authority where necessary. Therefore, the fact that, in the present case, the BWB attended neither the hearing of the parties on 15, 16, 17 and 18 April 2013 nor, regrettably, the second meeting of the Advisory Committee of 7 July 2015 did not prevent the Advisory Committee from reaching a decision in full knowledge of the facts.

**164**As regards the complaint concerning the presence of a limited number of Member States at the meetings of the Advisory Committee, it is apparent from the file that, at the meeting of 30 June 2014, only five national competition authorities were represented (those of the Kingdom of Spain, the Italian Republic, the Republic of Austria, the Republic

of Finland and the Kingdom of Sweden) and that, at the meeting of 7 July 2014, only two national competition authorities were represented (those of the Federal Republic of Germany and the Republic of Finland). It indeed follows that a limited number of representatives of Member States participated in the opinion delivered by the Advisory Committee in the present case, since, under paragraphs 20 and 21 of the Working Arrangements for the Antitrust Advisory Committee, only the observations and comments made by members present at the meeting are to be taken into account in the opinion of the Advisory Committee. When asked at the hearing about the reasons for such low participation and the possibility of postponement of the Advisory Committee meetings, the Commission stated that it had known about strikes on the railways and had contacted the members of the committee to ascertain whether they had specific comments but had not considered postponing the meetings.

**165** Although it is true that, in such circumstances, it would have been appropriate for the Commission to postpone the meetings of the Advisory Committee, it cannot, however, be inferred from the low number of representatives of Member States at the meetings that the Commission disregarded the procedural requirement to consult the Advisory Committee in the present case.

**166** It should be noted, first of all, that, although it may seem unusual and scarcely compatible with a certain conception of sound administration, no provision is made for any quorum rule for the adoption of opinions of the Advisory Committee. Moreover, Article 14(3) of Regulation No 1/2003 expressly provides that the Advisory Committee may deliver an opinion 'even if some members are absent and are not represented'. Next, it must be borne in mind that the Commission is required to enable the competition authorities of the Member States to participate in the Advisory Committee and that, in the present case, it took all the necessary steps to that end, since it sent them the invitations to the meetings of the Advisory Committee of 30 June and 7 July 2014 as well as all the necessary documents since the opening of the proceedings (see paragraphs 153 and 154 above) and that no objection was raised as regards the date of those meetings (see paragraph 154 above). Lastly, it should be noted that the Advisory Committee can act as a forum helping to safeguard the consistent application of the EU competition rules, as stated in recital 19 of Regulation No 1/2003, only if the competition authorities of the Member States are willing to cooperate effectively, since the Commission has no enforcement powers in that respect.

**167** The plea must therefore be rejected.

3. Infringement of the right to an effective remedy, the rights of the defence and the principle of equality of arms (a) Arguments of the parties

...

(b) Findings of the Court

**170** It should be pointed out that the principle of effective judicial protection is a general principle of EU law to which expression is now given by Article 47 of the Charter of Fundamental Rights (judgment of 8 December 2011, *Chalkor v Commission*, [C-386/10 P](#), [ECLI:EU:C:2011:815](#), paragraph 52). That principle comprises various elements; in particular, the rights of the defence, the principle of equality of arms, the right of access to a tribunal and the right to be advised, defended and represented (judgment of 6 November 2012, *Otis and Others*, [C-199/11](#), [ECLI:EU:C:2012:684](#), paragraph 48). The

principle of equality of arms, which is a corollary of the very concept of a fair hearing, implies that each party must be afforded a reasonable opportunity to present his case, including his evidence, under conditions that do not place him at a substantial disadvantage vis-à-vis his opponent (judgments of 6 November 2012, *Otis and Others*, [C-199/11](#), [ECLI:EU:C:2012:684](#), paragraph 71, and of 12 November 2014, *Guardian Industries and Guardian Europe v Commission*, [C-580/12 P](#), [ECLI:EU:C:2014:2363](#), paragraph 31).

**171**The applicants claim that the constraints to which they were subject in lodging the application placed them at a substantial disadvantage vis-à-vis the Commission, which was not subject to any constraints of time or length in drafting the contested decision. It should, however, be recalled that, according to the case-law of the ECtHR on the interpretation of Article 6(1) of the ECHR, to which reference must be made in accordance with Article 52(3) of the Charter of Fundamental Rights, the 'right to a court' is not absolute. The exercise of that right is subject to limitations, inter alia as to the conditions for the admissibility of an action (judgment of 28 February 2013, *Review Arango Jaramillo and Others v EIB*, [C-334/12 RX-II](#), [ECLI:EU:C:2013:134](#), paragraph 43). While the persons concerned should expect those rules to be applied, the application of such rules should nevertheless not prevent litigants from availing themselves of an available legal remedy (judgment of 28 February 2013, *Review Arango Jaramillo and Others v EIB*, [C-334/12 RX-II](#), [ECLI:EU:C:2013:134](#), paragraph 43). The ECtHR thus considers that those limitations must not restrict a litigant's access in such a way or to such an extent that the very essence of the right is impaired, and such limitations will not be compatible with Article 6(1) of the ECHR if they do not pursue a legitimate aim or if there is not a reasonable relationship of proportionality between the means employed and the aim sought to be achieved (see ECtHR, 6 December 2011, *Anastasakis v. Greece*, [ECLI:CE:ECHR:2011:1206JUD004195908](#), paragraph 24 and the case-law cited).

**172**According to settled case-law of the Court of Justice, the strict interpretation of European Union legislation concerning procedural time limits satisfies the requirement of legal certainty and the need to avoid any discrimination or any arbitrary treatment in the administration of justice (see judgment of 15 January 1987, *Misset v Council*, 152/85, [ECLI:EU:C:1987:10](#), paragraph 11 and the case-law cited, and order of 8 November 2007, *Belgium v Commission*, [C-242/07 P](#), [ECLI:EU:C:2007:672](#), paragraph 16 and the case-law cited) and in no way affects the right to effective judicial protection (see, to that effect, order of 17 May 2002, *Germany v Parliament and Council*, [C-406/01](#), [ECLI:EU:C:2002:304](#), paragraph 20). As the Commission argues, the principle of equality of arms does not require that the period allowed for bringing the action for annulment should be the same length as the administrative procedure. The purpose of the administrative procedure is to enable the Commission to carry out an investigation to determine whether a decision finding an infringement of Articles 101 and 102 TFEU must be adopted and to enable the undertakings to prepare their defence. It must be borne in mind, in that regard, that respect for the rights of the defence requires that the undertaking concerned must have been afforded the opportunity, during the administrative procedure, to make known its views on the truth and relevance of the facts and circumstances alleged and on the documents used by the Commission to support its claim that there has been an infringement of the Treaty (judgments of 7 June 1983, *Musique Diffusion française and Others v Commission*, 100/80 to 103/80, [ECLI:EU:C:1983:158](#), paragraph 10, and of 7 January 2004, *Aalborg Portland and Others*



v Commission, [C-204/00 P](#), [C-205/00 P](#), [C-211/00 P](#), [C-213/00 P](#), [C-217/00 P](#) and [C-219/00 P](#), [ECLI:EU:C:2004:6](#), paragraph 66). To that effect, Regulation No 1/2003 provides that the parties are to be sent a statement of objections which must set forth clearly all the essential facts upon which the Commission is relying at that stage of the procedure. However, that may be done summarily and the decision is not necessarily required to be a replica of the Commission's statement of objections, since the statement of objections is a preparatory document containing assessments of fact and of law which are purely provisional in nature. For that reason, the Commission may, and even must, take into account the factors emerging from the administrative procedure in order, inter alia, to abandon such objections as have been shown to be unfounded (judgment of 7 January 2004, *Aalborg Portland and Others v Commission*, [C-204/00 P](#), [C-205/00 P](#), [C-211/00 P](#), [C-213/00 P](#), [C-217/00 P](#) and [C-219/00 P](#), [ECLI:EU:C:2004:6](#), paragraph 67).

**173**In the present case, it must be held that, although, in accordance with the provisions of the sixth paragraph of Article 263 TFEU and Article 102(2) of the Rules of Procedure of 2 May 1991, the applicants had a period of 2 months and 10 days from the date of notification of the contested decision in which to bring an action against it, and although that period made the task of drafting the application particularly difficult, in view of the exceptional length of the contested decision, which was moreover notified during the summer period, they nevertheless had the opportunity to have many exchanges with the Commission in relation to the case during the administrative procedure. The Commission, for example, sent requests for information to the applicants in January 2009, August 2009 and then from December 2009 to May 2012. Furthermore, the applicants were invited to attend a number of state of play meetings from 2009 to 2012. On 27 July 2012, the Commission issued a Statement of Objections, to which the applicants submitted a reply on 14 January 2013. The applicants were subsequently heard on 15, 16, 17 and 18 April 2013, further state of play meetings were arranged and additional requests for information sent to the applicants. On 18 December 2013, the Commission granted the applicants access to evidence gathered or more widely disclosed after the Statement of Objections and sent a Letter of Facts to which the applicants replied on 31 January 2014. In addition, it is important to recall that, during the written phase of the proceedings before the Court, the applicants were able to benefit from all the extensions of the time limits which they had requested and therefore were not, broadly speaking, placed at a substantial disadvantage vis-à-vis the Commission in the present proceedings, in spite of the particular constraints to which they were subject in submitting the application.

**174**As regards the length of the application, it should be recalled that, according to the case-law of the ECtHR, the rules relating to the formalities to be complied with in bringing an action are intended to ensure the sound administration of justice and that the persons concerned should expect those rules to be applied (ECtHR, 6 December 2011, *Anastakis v. Greece*, [ECLI:CE:ECHR:2011:1206JUD004195908](#), paragraph 24). As regards the procedure before the Court, it is important to note that, pursuant to paragraph 15 of the Practice Directions to Parties before the General Court of 24 January 2012 (OJ 2012 L 68, p. 23), in force on the date the application was lodged, the length of the application is in principle limited to 50 pages, but is always determined on the basis of the complexity in law or in fact of the case in question (see, to that effect, order of 10 April 2014, *Langguth Erben v OHIM*, [C-412/13 P](#), not published, [ECLI:EU:C:2014:269](#), paragraph 63). In the present case, the applicants have relied on the complexity in law of the case in question and have been authorised by the Court to lodge a 186-page application, drafted with

reduced line spacing and accompanied by 10 158 pages of annexes. Although it is true that the contested decision is particularly lengthy and in certain respects repetitive, this is nonetheless explained, as the Commission argues, by the number of infringements which are alleged against the applicants and which have certain common features, as well as by the standards of proof required by the case-law of the EU Courts concerning infringements of Articles 101 and 102 TFEU. Moreover, as the Commission points out, the applicants had the opportunity to respond to the statement of objections, which is 755 pages in length, and produced a document of more than 600 pages. The length of the application and the number of pleas raised show, furthermore, that the applicants had the time - with no doubt considerable effort, it is true - to prepare their arguments. They cannot, therefore, claim to have been subject to insurmountable difficulties in accessing the Court and to have been placed at a substantial disadvantage vis-à-vis the Commission.

**175**As regards the argument relating to the repetitions and references on which the Commission relied in the contested decision, it must be recalled that it is for the Commission, in accordance with Article 296 TFEU, to set out its reasoning in a clear and unequivocal fashion, so as to make the persons concerned aware of the reasons for the measure and to enable the court having jurisdiction to exercise its power of review. Those requirements to be satisfied by the statement of reasons depend on the circumstances of each case, in particular the content of the measure in question, the nature of the reasons given and the interest which the addressees of the measure, or other parties to whom it is of direct and individual concern, may have in obtaining explanations. It is not necessary for the reasoning to go into all the relevant facts and points of law, since the question whether the statement of reasons for a measure meets the requirements of Article 296 TFEU must be assessed with regard not only to its wording but also to its context and to all the legal rules governing the matter in question (see judgment of 27 September 2012, *Heijmans Infrastructuur v Commission*, [T-359/06](#), not published, [ECLI:EU:T:2012:489](#), paragraph 133 and the case-law cited). Contrary to what the applicants maintain, the mere fact that the Commission referred to the same internal documents on numerous occasions in the contested decision and that it made a significant number of references to other parts of the contested decision cannot suffice to establish that the contested decision did not allow them to ascertain the reasons for the measure taken or prevented the Court from exercising its power of review.

**176**As regards the argument based on the absence of a clear legal criterion, the applicants have stated that it corresponds with other pleas in their application. It will therefore be examined in the context of the corresponding pleas.

**177**Finally, nor is it possible to accept the applicants' arguments based on the judgments of the ECtHR of 27 October 1993, *Dombo Beheer B. V. v. The Netherlands* ([ECLI:CE:ECHR:1993:1027JUD001444888](#)), of 15 July 2003, *Ernst and Others v. Belgium* ([ECLI:CE:ECHR:2003:0715JUD003340096](#)), and of 18 April 2006, *Vezone v. France* ([ECLI:CE:ECHR:2006:0418JUD006601801](#)). Indeed, the facts and points of law in those cases were very different from those in the present case. Accordingly, the case which gave rise to the judgment of the ECtHR of 27 October 1993, *Dombo Beheer B. V. v. The Netherlands* ([ECLI:CE:ECHR:1993:1027JUD001444888](#)), in which the ECtHR found a breach of Article 6 of the ECHR, involved a dispute between two private individuals in which one of the two parties had been placed at a substantial disadvantage vis-à-vis the

other party, who was the only one able to use witness statements. In the case which gave rise to the judgment of the ECtHR of 15 July 2003, *Ernst and Others v. Belgium* ([ECLI:CE:ECHR:2003:0715JUD003340096](#)), in which the ECtHR held that there was no breach of Article 6 of the ECHR, the question at issue was whether a State could offer an applicant court access limited to a preliminary issue of admissibility, on the ground that his action was directed against a judge having the right to choose the court having jurisdiction. Finally, the case which gave rise to the judgment of the ECtHR of 18 April 2006, *Vezone v. France* ([ECLI:CE:ECHR:2006:0418JUD006601801](#)), concerned an infringement of the right to a fair trial, on account of a legislative measure definitively and retroactively determining the merits of ongoing disputes before national courts, which was not, however, justified by an adequate reason relating to the public interest.

**178** It follows from the foregoing that the plea, even assuming that it is effective in supporting a criticism of the lawfulness of the contested decision, is, in any event, unfounded.

#### 4. The distortion of the facts (a) Arguments of the parties

...

#### (b) Findings of the Court

**184** The Commission challenges the admissibility of this plea on the basis of the provisions of Article 44(1)(c) of the Rules of Procedure of 2 May 1991, applicable in the present case, according to which the application must contain the subject matter of the proceedings and a summary of the pleas in law on which the application is based. That information must be sufficiently clear and precise to enable the defendant to prepare its defence and the Court to rule on the application, if necessary without any further information. In order to guarantee legal certainty and sound administration of justice it is necessary, in order for an action to be admissible under the aforementioned provisions, that the basic legal and factual particulars relied on be indicated, at least in summary form, coherently and intelligibly in the application itself (order of 28 April 1993, *De Hoe v Commission*, T-85/92, [ECLI:EU:T:1993:39](#), paragraph 20). More particularly, the Court of Justice has held that, although it must be accepted that the statement of the grounds for instituting the proceedings need not conform with the phraseology or the list provided for by the second paragraph of Article 263 TFEU, it may be sufficient for the grounds for instituting the proceedings to be expressed in terms of their substance rather than of their legal classification, provided, however, that it is sufficiently clear from the application which of the grounds referred to in the Treaty is being invoked (judgment of 15 December 1961, *Fives Lille Cail and Others v High Authority*, 19/60, 21/60, 2/61 and 3/61, [ECLI:EU:C:1961:30](#), p. 294).

**185** In the present case, the applicants essentially criticise the Commission for having failed to present certain facts objectively and for having relied on irrelevant facts in order to establish the existence of an infringement. However, although they describe this plea as 'distortion of the factual context underlying the practices which are the subject of the decision', the applicants have not specified which rule of law infringed by the Commission is capable of forming the basis for the action, and the information which they provide in their application is not sufficiently clear and precise to enable the Commission to respond to the arguments raised and the EU judicature to exercise its power of review. Indeed, the arguments they put forward could form part of a plea alleging an error of fact, an error regarding the legal characterisation of the facts, an infringement of the principle of

impartiality or the duty of diligence, misuse of powers or even damage to reputation capable of justifying an action for compensation.

**186** Accordingly, this plea must, for that reason, be declared inadmissible.

**187** In the alternative, the Commission argues that this plea is also inadmissible since only the applicants' conduct which was held to constitute an infringement of Articles 101 and 102 TFEU in the operative part of the contested decision adversely affects them and is capable of being challenged in legal proceedings.

**188** According to the case-law, only the operative part of a decision is capable of producing legal effects and of adversely affecting a person's interests and the assessments made in the recitals are not in themselves capable of forming the subject of an application for annulment. Those assessments can be subject to judicial review by the EU judicature only to the extent that, as grounds of an act adversely affecting a person's interests, they constitute the essential basis for the operative part of that act (order of 28 January 2004, *Netherlands v Commission*, [C-164/02](#), [ECLI:EU:C:2004:54](#), paragraph 21, and judgment of 17 September 1992, *NBV and NVB v Commission*, [T-138/89](#), [ECLI:EU:T:1992:95](#), paragraph 31) and if, in particular, those grounds are likely to alter the substance of what was decided in the operative part of the measure in question (see judgment of 12 October 2007, *Pergan Hilfsstoffe für industrielle Prozesse v Commission*, [T-474/04](#), [ECLI:EU:T:2007:306](#), paragraph 73 and the case-law cited). It must be borne in mind in that regard that the statement of the reasons for an act is indispensable for determining the exact meaning of what is stated in the operative part (judgments of 15 May 1997, *TWD v Commission*, [C-355/95 P](#), [ECLI:EU:C:1997:241](#), paragraph 21, and of 20 November 2002, *Lagardère and Canal+ v Commission*, [T-251/00](#), [ECLI:EU:T:2002:278](#), paragraph 67).

**189** In the present case, it must therefore be determined whether the elements criticised by the applicants contained in Section 4 of the contested decision constitute the essential basis for its operative part and whether those assessments are likely to alter the substance of what was decided in that operative part.

**190** It is important to note that the Commission stated, in recitals 85 and 110 of the contested decision, as regards the presentation of the various constituent elements of the applicants' anti-generic strategy (in particular the creation of a 'patent cluster' with 'paper' patents and the gradual transition to the arginine salt), that the description of the practices which were not assessed in Section 5 (examination of the settlements under Article 101 TFEU) and Section 8 (examination of the technology acquisition and settlements under Article 102 TFEU) of the contested decision was without prejudice to their legality under competition law. Similarly, in recital 2764 of the contested decision, the Commission specified that none of the elements of the applicants' general strategy 'can per se be qualified as problematic under Union competition law'. Moreover, in recitals 2917 and 2960, the Commission recalled that, 'concerning the abuse of a dominant position, the subject matter of this decision is the overall infringement of Article 102 [TFEU], which consists in the combination of the chain of patent settlements agreements and the acquisition of the Azad technology'. Furthermore, the applicants themselves asked the Court to make confidential vis-à-vis the intervener a number of passages of the contested decision relating to their anti-generic strategy, on the ground that that factual information and its interpretation did not fall within the scope of the complaints made against them by the Commission and that, if that information were disclosed to the

public, it would have a serious adverse effect on the applicants by undermining the presumption of innocence and their reputation. The constituent elements of the applicants' anti-generic strategy which were not classified as an infringement by the Commission therefore were not taken into account for the purposes of establishing and penalising the infringements referred to in the operative part of the contested decision.

**191**The applicants claim, however, that, in recital 2766 of the contested decision, which appears in Section 8 of the contested decision, the Commission stated that the assessment of the practices penalised in the case of Article 102 TFEU 'will take into account the full factual setting, including other practices flowing from the strategy for which the contribution to foreclosure effects is not established in this Decision'. Moreover, in recital 2772 of the contested decision, the Commission stated that the applicants' anti-generic strategy, described in Section 4 of that decision, and in particular the creation of a patent cluster, constituted 'important factual elements which help to explain, for example in assessing the anticompetitive foreclosure effects of Servier's conduct, why the degree of (potential) competition for the supply of generic perindopril was particularly limited'.

**192**In its defence, the Commission submits that it was required to set out in the contested decision practices forming part of the applicants' anti-generic strategy but not classified as infringements of Articles 101 and 102 TFEU, in order to be able to examine the infringements in their legal, economic and factual context. At the hearing, the Commission emphasised the importance of Section 4 of the contested decision in understanding Servier's overall strategy towards generic companies and the scope of its practices on the market, by distinguishing between the factual context of those practices, clarified in particular by Section 4 of that decision, and whether or not they constituted an infringement. That distinction was clearly made in recital 2766 of the contested decision.

**193**It is true that, according to settled case-law, in order to determine whether an agreement between undertakings reveals a sufficient degree of harm that it may be considered a 'restriction of competition by object' within the meaning of Article 101(1) TFEU, regard must be had, inter alia, to the economic and legal context of which it forms part (see judgment of 16 July 2015, *ING Pensii*, [C-172/14](#), [ECLI:EU:C:2015:484](#), paragraph 33 and the case-law cited). In order to assess the agreement at issue, it is important to place it in the economic and legal context in the light of which it was concluded by the parties. Such a procedure is not to be regarded as an unwarrantable interference in legal transactions or circumstances which were not the subject of the proceedings before the Commission (judgment of 13 July 1966, *Consten and Grundig v Commission*, 56/64 and 58/64, [ECLI:EU:C:1966:41](#), p. 342). When determining that legal and economic context, it is necessary to take into consideration the nature of the goods or services affected, as well as the real conditions of the functioning and structure of the market or markets in question (see judgments of 11 September 2014, *CB v Commission*, [C-67/13 P](#), [ECLI:EU:C:2014:2204](#), paragraph 53 and the case-law cited, and of 19 March 2015, *Dole Food and Dole Fresh Fruit Europe v Commission*, [C-286/13 P](#), [ECLI:EU:C:2015:184](#), paragraph 117 and the case-law cited).

**194**Similarly, as part of its examination of the conduct of a dominant undertaking and for the purposes of identifying any abuse of a dominant position, the Commission, is obliged to consider all the relevant facts surrounding that conduct (see, to that effect, judgments of 15 March 2007, *British Airways v Commission*, [C-95/04 P](#), [ECLI:EU:C:2007:166](#),

paragraph 67, and of 27 March 2012, Post Danmark, [C-209/10](#), [ECLI:EU:C:2012:172](#), paragraph 26). Moreover, it must be observed in that regard that where the Commission undertakes an assessment of the conduct of an undertaking in a dominant position, that assessment being an essential prerequisite of a finding that there is an abuse of such a position, the Commission is necessarily required to assess the business strategy pursued by that undertaking. For that purpose, it is clearly legitimate for the Commission to refer to subjective factors, such as the motives underlying the business strategy in question (judgment of 19 April 2012, Tomra Systems and Others v Commission, [C-549/10 P](#), [ECLI:EU:C:2012:221](#), paragraph 19).

**195**It is apparent from paragraphs 193 and 194 above that, although the Commission is required to take into consideration the context in which the conduct of an undertaking takes place in order to examine whether it is compatible with Articles 101 and 102 TFEU, that consideration of the context cannot lead to the conclusion or support a finding that there has been an infringement based on different behaviour found to be contrary to or not consistent with competition law, without that behaviour itself being classified as an infringement.

**196**In the present case, it is apparent from the contested decision (see paragraph 190 above) that the constituent elements of the applicants' anti-generic strategy, referred to in Section 4 of the contested decision and presenting Servier's actions in a negative light, were not classified as an infringement by the Commission and were not taken into account in classifying as an infringement the practices which it penalised with a fine. If the Commission had indeed taken them into consideration in order to classify the practices penalised as an infringement, it would have been open to the criticism that it found infringements based in part on suspicions or assertions resulting not solely from the practices which it decided to penalise but from other conduct. Such an approach could result in an undertaking's presumed poor reputation, inferred from mere allegations or from facts not clearly established, being analysed as a factor in the examination of the anticompetitive practices alleged against it. However, the impartiality and objectivity which must prevail in the Commission's classification of infringements and their penalisation, as well as the right to respect for the presumption of innocence, exclude in principle that type of assumption. The Commission's ambiguity as to the significance of those elements - very critical of Servier's attitude - set out in Section 4 of the contested decision, which the Commission claims to be both important in its analysis and not open to challenge before the courts, is indicative of possible uncertainties surrounding those grounds of the contested decision.

**197**Finally, it should be noted that, even if the various aspects of the applicants' overall anti-generic strategy form part of the context of the infringements established by the contested decision, those assessments do not, however, appear to have been capable of altering the substance of the operative part of the contested decision. Indeed, it must be borne in mind that consideration of the context in identifying the anticompetitive object cannot remedy a failure actually to identify an anticompetitive object (Opinion of Advocate General Wahl in *CB v Commission*, [C-67/13 P](#), [ECLI:EU:C:2014:1958](#), point 44). Similarly, as regards Article 102 TFEU, although the Commission is obliged to consider all of the relevant facts surrounding the conduct at issue for the purposes of identifying any abuse of a dominant position, the existence of any anticompetitive intent nevertheless constitutes only one of a number of facts which may be taken into account in order to

determine that a dominant position has been abused (see, to that effect, judgment of 19 April 2012, *Tomra Systems and Others v Commission*, C-549/10 P, ECLI:EU:C:2012:221, paragraphs 18 to 20).

**198**This plea must therefore, and in any event, be rejected as ineffective, since it is directed against the grounds of the contested decision which do not relate to the applicants' conduct and practices constituting infringements of competition law and penalised by that decision. It should be noted, however, that many of the factual elements criticised by the applicants under this plea (in particular the acquisition of alternative technologies and the patent dispute settlements) relate directly to the practices which the Commission classified as an infringement and are also reproduced under other pleas, as the Commission argues in its defence. Those elements, which may thus be relevant, will be examined in the course of the analysis of those pleas.

#### 5. Errors of law in defining the concept of a restriction of competition by object

...

**211**By this plea, the applicants and the intervener submit that the Commission erred in law by classifying the patent dispute settlement agreements as restrictions of competition by object and that it disregarded the scope of the intellectual property rights represented by the patents. Consequently, it is for the Court to determine whether such settlement agreements may constitute a restriction of competition by object and, if so, under what conditions, and also to examine whether, in its analysis, the Commission disregarded the scope of the patents.

**212**It should be borne in mind, in that regard, that, in the contested decision, the Commission analysed how, in its view, patent dispute settlement agreements should be assessed in the light of the provisions of Article 101(1) TFEU and, in particular, the possibility of classifying such agreements as restrictions by object (recitals 1102 to 1155 of the contested decision).

**213**In essence, while acknowledging that companies are generally entitled to settle litigation, including patent litigation (recital 1118 of the contested decision), the Commission considered that patent dispute settlement agreements must comply with EU competition law and, more specifically, with the provisions of Article 101(1) TFEU (see *inter alia* recitals 1119, 1122 and 1123 of the contested decision).

**214**The Commission also took into account the specific context in which competition operates between originator undertakings and generic companies in the pharmaceutical sector. In particular, it referred to the importance of patent challenges in that sector (recitals 1125 to 1132 of the contested decision).

**215**In the light of those factors, the Commission considered that, in principle, it might be reasonable for parties to conclude a settlement agreement to resolve a dispute and even to include non-marketing and non-challenge clauses (recitals 1133 and 1136 of the contested decision).

**216**However, the Commission took the view that, depending on the specific circumstances of the case, a patent dispute settlement agreement by which a generic company accepts restrictions on its ability and incentives to compete in return for a value transfer, either in the form of significant sums of money or another significant inducement, could be a restriction of competition by object contrary to Article 101 TFEU (recital 1134 of the contested decision). In such a situation, the generic company's decision not to pursue its

independent efforts to enter the market results, not from the parties' assessment of the merits of the patent, but from a transfer of value from the originator company to the generic company (recital 1137 of the contested decision) and, accordingly, from an exclusionary payment which amounts to the 'buying off' of competition (recital 1140 of the contested decision).

**217**Consequently, the Commission stated that, in order to determine whether or not the settlement agreements at issue constituted restrictions of competition by object, it would carry out a case-by-case analysis of the facts relating to each of those agreements. To that end, it stated that it would seek in particular to determine (i) whether 'the generic undertaking and the originator undertaking were at least potential competitors', (ii) whether 'the generic undertaking committed itself in the agreement to limit, for the duration of the agreement, its independent efforts to enter one or more EU markets with a generic product' and (iii) whether 'the agreement was related to a transfer of value from the originator undertaking as a significant inducement which substantially reduced the incentives of the generic undertaking to independently pursue its efforts to enter one or more EU markets with the generic product' (recital 1154 of the contested decision).

**218**The Commission then applied the three criteria referred to in paragraph 217 above to each of the patent dispute settlement agreements at issue and concluded, in respect of each of those agreements, that those three criteria were met and that, consequently, those agreements should be classified, inter alia, as restrictions of competition by object.

(a) Whether the patent settlement agreements are restrictions by object

(1) Restrictions of competition by object

**219**Article 101(1) TFEU provides that all agreements between undertakings, decisions by associations of undertakings and concerted practices which have 'as their object or effect' the prevention, restriction or distortion of competition within the internal market are to be prohibited as incompatible with the internal market. According to settled case-law since the judgment of 30 June 1966, LTM (56/65, [ECLI:EU:C:1966:38](#), p. 249), the alternative nature of those requirements, indicated by the use of the conjunction 'or', leads to the need to consider, in the first place, the precise purpose of the agreement, in the economic context in which it is to be applied. Where, however, an analysis of the terms of the agreement at issue does not reveal a sufficient degree of harm to competition, the effects of the agreement should then be considered and, for it to be caught by the prohibition, it is necessary to find that factors are present which show that competition has in fact been prevented, restricted or distorted to an appreciable extent (see judgments of 19 March 2015, *Dole Food and Dole Fresh Fruit Europe v Commission*, [C-286/13 P](#), [ECLI:EU:C:2015:184](#), paragraph 116 and the case-law cited, and of 16 July 2015, *ING Pensii*, [C-172/14](#), [ECLI:EU:C:2015:484](#), paragraph 30 and the case-law cited). However, where the anticompetitive object of an agreement is established, it is not necessary to examine its effects on competition (see judgment of 20 January 2016, *Toshiba Corporation v Commission*, [C-373/14 P](#), [ECLI:EU:C:2016:26](#), paragraph 25 and the case-law cited). Thus, in the contested decision, the Commission rightly pointed out, first, that the anticompetitive object and effect of an agreement are not cumulative but alternative conditions for assessing whether an agreement comes within the scope of the prohibition laid down in Article 101(1) TFEU (recital 1109) and, secondly, that it is not necessary to show actual anticompetitive effects of conduct where the anticompetitive object of that conduct is proved (recital 1112).



**220**The concept of restriction of competition by object can be applied only to certain types of coordination between undertakings that reveal, by their very nature, a sufficient degree of harm to the proper functioning of normal competition that it may be found that there is no need to examine their effects (see, to that effect, judgments of 30 June 1966, LTM, 56/65, [ECLI:EU:C:1966:38](#), p. 249; of 11 September 2014, CB v Commission, [C-67/13 P](#), [ECLI:EU:C:2014:2204](#), paragraphs 49, 50 and 58 and the case-law cited; of 16 July 2015, ING Pensii, [C-172/14](#), [ECLI:EU:C:2015:484](#), paragraph 31; and of 26 November 2015, Maxima Latvija, [C-345/14](#), [ECLI:EU:C:2015:784](#), paragraph 20).

**221**According to the case-law of the Court of Justice, in order to determine whether an agreement between undertakings reveals a sufficient degree of harm that it may be considered a 'restriction of competition by object' within the meaning of Article 101(1) TFEU, regard must be had to the content of its provisions, its objectives and the economic and legal context of which it forms part (see judgment of 16 July 2015, ING Pensii, [C-172/14](#), [ECLI:EU:C:2015:484](#), paragraph 33 and the case-law cited). When determining the economic and legal context, it is also necessary to take into consideration the nature of the goods or services affected, as well as the real conditions of the functioning and structure of the market or markets in question (see judgment of 19 March 2015, Dole Food and Dole Fresh Fruit Europe v Commission, [C-286/13 P](#), [ECLI:EU:C:2015:184](#), paragraph 117 and the case-law cited). Nevertheless, it must be borne in mind that the examination of the real conditions of the functioning and structure of the market in question cannot lead the General Court to assess the effects of the coordination concerned (see, to that effect, judgment of 11 September 2014, CB v Commission, [C-67/13 P](#), [ECLI:EU:C:2014:2204](#), paragraphs 72 to 82), since otherwise the distinction established in Article 101(1) TFEU would lose its effectiveness.

**222**In addition, although the parties' intention is not a necessary factor in determining whether a type of coordination between undertakings is restrictive, there is nothing prohibiting the competition authorities, the national courts or the Courts of the European Union from taking that factor into account (see judgment of 19 March 2015, Dole Food and Dole Fresh Fruit Europe v Commission, [C-286/13 P](#), [ECLI:EU:C:2015:184](#), paragraph 118 and the case-law cited). However, the mere fact that an agreement also pursues legitimate objectives is not sufficient to preclude a finding of restriction of competition by object (judgment of 20 November 2008, Beef Industry Development Society and Barry Brothers, [C-209/07](#), [ECLI:EU:C:2008:643](#), paragraph 21; see also, to that effect, judgments of 8 November 1983, IAZ International Belgium and Others v Commission, 96/82 to 102/82, 104/82, 105/82, 108/82 and 110/82, [ECLI:EU:C:1983:310](#), paragraph 25, and of 6 April 2006, General Motors v Commission, [C-551/03 P](#), [ECLI:EU:C:2006:229](#), paragraph 64).

**223**The applicants maintain that the Commission erred in law by considering that a mere possibility that an agreement might have a negative effect on competition was sufficient in order to classify it as a restriction of competition by object. It is true that, in recital 1111 of the contested decision, the Commission stated, citing the case-law of the Court of Justice (judgments of 4 June 2009, T-Mobile Netherlands and Others, [C-8/08](#), [ECLI:EU:C:2009:343](#), paragraph 31, and of 14 March 2013, Allianz Hungária Biztosító and Others, [C-32/11](#), [ECLI:EU:C:2013:160](#), paragraphs 35 to 38), that, 'in order for an agreement to be regarded as having an anticompetitive object, it is sufficient that it has the potential to have a negative impact on competition' and that 'in other words, the

agreement must simply be capable in an individual case, having regard to the specific legal and economic context, of resulting in the prevention, restriction or distortion of competition within the internal market’.

**224**In that regard, it is necessary, first of all, to point out that the Commission, in the contested decision, correctly set out the case-law on the definition of restriction of competition by object, as referred to in paragraphs 219 to 222 above. It can be seen from recitals 1109, 1110, 1112 to 1117 and 1211 of the contested decision that the Commission set out that case-law without erring in law and that it applied that case-law in its analysis of each agreement (see, inter alia, recitals 1369 to 1375, 1475 to 1481, 1622 to 1627, 1763, 1804 to 1810 and 1994 to 2000 of the contested decision). It is irrelevant that the Commission did not use the words ‘sufficient degree of harm’ in the contested decision, since it is apparent from that decision that it correctly grasped the concept of restriction of competition by object. In particular, it indicated in recitals 1110 and 1113 of that decision that those restrictions were ‘those which, “by their very nature”, can be regarded as being injurious to the proper functioning of normal competition’, that, ‘in order to assess if an agreement involves a restriction by object, regard must be had inter alia to the content of its provisions, the objectives it seeks to attain and the economic and legal context of which it forms a part’, and that ‘when determining that context, it is also appropriate to take into consideration the nature of the goods or services affected, as well as the real conditions of the functioning and structure of the market or markets in question’. It also rightly noted that, ‘although the parties’ intention is not a necessary factor in determining whether an agreement involves a restriction of competition by object, there is nothing prohibiting the Commission or the Courts of the Union from taking that aspect into account’ (recital 1113 of the contested decision).

**225**Next, it must be pointed out that, in paragraph 31 of the judgment of 4 June 2009, *T-Mobile Netherlands and Others* (C-8/08, ECLI:EU:C:2009:343), repeated in paragraph 38 of the judgment of 14 March 2013, *Allianz Hungária Biztosító and Others* (C-32/11, ECLI:EU:C:2013:160), the Court of Justice did not intend to assert that an agreement with a low degree of harm which, as a consequence, only might have a negative effect on competition could constitute a restriction of competition by object, but only, first, that the identification of the actual effects of an agreement on competition was not relevant in the analysis of a restriction of competition by object and, secondly, that the mere fact that an agreement was not implemented cannot preclude a finding that it constitutes a restriction of competition by object. A reading of paragraph 31 of the judgment of 4 June 2009, *T-Mobile Netherlands and Others* (C-8/08, ECLI:EU:C:2009:343), in particular in the light of paragraphs 29 and 30 thereof and of point 46 of the Opinion of Advocate General Kokott in that case, to which the judgment refers expressly, and point 47 of that Opinion, allows that paragraph to be placed in the context of the distinction between restrictions of competition by effect and by object.

**226**Consequently, the applicants’ arguments that the Commission committed an error of law in recital 1111 of the contested decision must be rejected.

**227**The applicants and the intervener further claim, relying on the judgment of 11 September 2014, *CB v Commission* (C-67/13 P, ECLI:EU:C:2014:2204), that the concept of infringement by object should be interpreted restrictively, contrary to the approach taken by the Commission in the contested decision.

**228**In that regard, it must be noted that, in the judgment of 11 September 2014, *CB v Commission* (C-67/13 P, ECLI:EU:C:2014:2204, paragraph 58), the Court of Justice stated that the concept of restriction of competition by object could be applied only to certain types of coordination between undertakings which reveal a sufficient degree of harm to competition that it may be found that there is no need to examine their effects and not to agreements which are in no way established to be, by their very nature, harmful to the proper functioning of normal competition. It therefore held that the General Court had erred in law in finding that the concept of restriction of competition by object must not be interpreted restrictively. The Court of Justice did not, however, call into question the case-law according to which the types of agreement referred to in Article 101(1)(a) to (e) TFEU do not constitute an exhaustive list of prohibited collusion (judgment of 20 November 2008, *Beef Industry Development Society and Barry Brothers*, C-209/07, ECLI:EU:C:2008:643, paragraph 23; see also, to that effect, judgment of 11 September 2014, *CB v Commission*, C-67/13 P, ECLI:EU:C:2014:2204, paragraph 58), which is clear from the use of the term 'in particular' in Article 101(1) TFEU (Opinion of Advocate General Trstenjak in *Beef Industry Development Society and Barry Brothers*, C-209/07, ECLI:EU:C:2008:467, point 46).

**229**It must next be pointed out that, in the present case, the Commission took an approach consistent with the judgment of 11 September 2014, *CB v Commission* (C-67/13 P, ECLI:EU:C:2014:2204), by assessing the agreements at issue in the light of the criteria set out in paragraphs 219 to 222 above (see paragraph 224 above), criteria which are in themselves restrictive, since they require the identification of a sufficient degree of harm. Contrary to the applicants' and the intervener's assertions, the Commission's analysis did not, a priori, have to apply a more restrictive approach than that entailed by the criteria for assessing the concept of restriction of competition by object, but it required the identification of a restriction of competition revealing a sufficient degree of harm or, failing that, an analysis of the actual anticompetitive effects of the agreements at issue.

**230**The applicants also submit that the absence of precedent precludes any classification as a restriction by object and argue that the former head of unit responsible for the case publicly recognised that it was unprecedented, as the Commission acknowledged in the contested decision itself. However, it should be noted that the practices referred to in Article 101(1)(a) to (e) TFEU do not constitute an exhaustive list of prohibited collusion (judgment of 20 November 2008, *Beef Industry Development Society and Barry Brothers*, C-209/07, ECLI:EU:C:2008:643, paragraph 23) and that, even though experience may undoubtedly show that certain types of cooperation are inherently harmful to competition (judgment of 11 September 2014, *CB v Commission*, C-67/13 P, ECLI:EU:C:2014:2204, paragraph 51), the fact that the Commission has not, in the past, considered that a certain type of agreement was, by its very object, restrictive of competition is not, in itself, such as to prevent it from doing so in the future following an individual and detailed examination of the measures in question (see judgment of 8 September 2016, *Lundbeck v Commission*, T-472/13, under appeal, ECLI:EU:T:2016:449, paragraph 438 and the case-law cited).

**231**Similarly, contrary to what is maintained by the applicants, the mere fact that a case-by-case approach is necessary in order to identify a restriction of competition by object does not preclude such a classification. The case-law does not require that an agreement be considered to be prima facie or undoubtedly sufficiently harmful to competition,

without a concrete and individual examination of its content, its purpose, and its legal and economic context by the Commission or the EU judicature, in order to be regarded as a restriction of competition by object within the meaning of Article 101(1) TFEU (see, to that effect, judgments of 14 March 2013, *Allianz Hungária Biztosító and Others*, [C-32/11](#), [ECLI:EU:C:2013:160](#), paragraph 51, and of 8 September 2016, *Lundbeck v Commission*, [T-472/13](#), under appeal, [ECLI:EU:T:2016:449](#), paragraph 775).

**232**The applicants and the intervener also complain that the contested decision is vitiated by a contradiction in the reasoning, since it is stated in recital 2764 that the patent settlements are not in themselves anticompetitive under Article 102 TFEU. However, it is clear from the sentence in question in recital 2764 of the contested decision that the Commission was referring solely to the practices which were described in the contested decision as forming part of the applicants' general anti-generic strategy but which were not classified in the contested decision as infringements of competition law. Consequently, that sentence did not refer to the settlements concluded by the applicants. Moreover, it is apparent from the contested decision, and in particular Section 8.3 thereof, that the Commission considered that the settlements concluded by the applicants constituted abusive conduct contributing to the overall single and continuous exclusionary strategy which infringed the provisions of Article 102 TFEU. The contested decision is therefore not vitiated by the alleged contradiction in the reasoning.

**233**Having set out the conditions for applying the concept of restriction of competition by object and having examined the applicants' complaints criticising the interpretation of that concept, it must be noted that, in the present case, the agreements at issue were intended, according to the applicants, to settle disputes between the contracting parties and were concluded in the specific context of patent law, since the disputes in question concerned the applicants' patents. Since determining whether there is a restriction by object entails an examination of the content of the terms of the agreement in question, its objectives, and its economic and legal context (see paragraph 221 above), it is necessary in the present case to analyse the clauses prohibiting patent challenges and the clauses prohibiting the marketing of products which infringe those patents, contained in settlement agreements in general and in the agreements at issue in particular, in the light of their objective of settling patent disputes and the specific context, namely that of patents, in order to verify whether the Commission, correctly and in accordance with legally appropriate criteria, classified those agreements as restrictive of competition by object.

(2) Intellectual property rights and, in particular, patents

**234**The specific purpose of awarding a patent is to ensure that its proprietor, in order to reward the creative effort of the inventor, has the exclusive right to use an invention with a view to manufacturing industrial products and putting them into circulation for the first time, either directly or by the grant of licences to third parties, as well as the right to oppose infringements (judgment of 31 October 1974, *Centrafarm and de Peijper*, [15/74](#), [ECLI:EU:C:1974:114](#), paragraph 9). When granted by a public authority, a patent is normally presumed to be valid and an undertaking's ownership of that right is presumed to be lawful. The mere possession by an undertaking of such an exclusive right normally results in keeping competitors away, since public regulations require them to respect that exclusive right (judgment of 1 July 2010, *AstraZeneca v Commission*, [T-321/05](#), [ECLI:EU:T:2010:266](#), paragraph 362).

**235**The exercise of the rights arising under a patent granted in accordance with the legislation of a Member State does not, of itself, constitute an infringement of the rules on competition laid down by the Treaty (judgment of 29 February 1968, Parke, Davis and Co., 24/67, [ECLI:EU:C:1968:11](#), p. 71). Intellectual property rules are even essential in order to maintain competition undistorted on the internal market (judgment of 16 April 2013, Spain and Italy v Council, [C-274/11](#) and [C-295/11](#), [ECLI:EU:C:2013:240](#), paragraph 22). First, by rewarding the creative effort of the inventor, patent law contributes to promoting an environment conducive to innovation and investment and, secondly, it is intended to make public the modes of operation of inventions and thus allow further breakthroughs to emerge. Paragraph 7 of the 2004 Guidelines on technology transfer agreements, the provisions of which were included in their entirety in point 7 of the 2014 Guidelines on technology transfer agreements, thus acknowledges that:

'[There is no] inherent conflict between intellectual property rights and the Community competition rules. Indeed, both bodies of law share the same basic objective of promoting consumer welfare and an efficient allocation of resources. Innovation constitutes an essential and dynamic component of an open and competitive market economy. Intellectual property rights promote dynamic competition by encouraging undertakings to invest in developing new or improved products and processes. So does competition by putting pressure on undertakings to innovate. Therefore, both intellectual property rights and competition are necessary to promote innovation and ensure a competitive exploitation thereof.'

**236**According to settled case-law, the right to property, which includes intellectual property rights, constitutes a general principle of EU law (judgment of 29 January 2008, Promusicae, [C-275/06](#), [ECLI:EU:C:2008:54](#), paragraph 62; see also, to that effect, judgment of 12 July 2005, Alliance for Natural Health and Others, [C-154/04](#) and [C-155/04](#), [ECLI:EU:C:2005:449](#), paragraph 126 and the case-law cited).

**237**However, intellectual property rights, and in particular patent rights, are not absolute; rather they must be viewed in relation to their social function and must be reconciled with other fundamental rights, and they may be restricted in order to meet the objectives of general interest pursued by the European Union, provided that those restrictions do not constitute, in relation to the aim pursued, a disproportionate and intolerable interference, impairing the very substance of the right guaranteed (see judgment of 12 July 2005, Alliance for Natural Health and Others, [C-154/04](#) and [C-155/04](#), [ECLI:EU:C:2005:449](#), paragraph 126 and the case-law cited). For example, the Court of Justice has held, in disputes relating to the interpretation of Regulation (EC) No 469/2009 of the European Parliament and of the Council of 6 May 2009 concerning the supplementary protection certificate for medicinal products (OJ 2009 L 152, p. 1), that it is necessary to balance the interests of the patent-holding pharmaceutical industry and those of public health (see, to that effect, judgment of 12 March 2015, Actavis Group PTC and Actavis UK, [C-577/13](#), [ECLI:EU:C:2015:165](#), paragraph 36 and the case-law cited).

**238**It should also be borne in mind that Article 3(3) TEU states that the European Union is to establish an internal market, which - in accordance with Protocol No 27 on the internal market and competition, annexed to the Treaty of Lisbon (OJ 2010 C 83, p. 309), which, under Article 51 TEU, has the same legal value as the Treaties - includes a system ensuring that competition is not distorted. Articles 101 and 102 TFEU are among the competition rules referred to in Article 3(1)(b) TFEU which are necessary for the

functioning of that internal market. The function of those rules is precisely to prevent competition from being distorted to the detriment of the public interest, individual undertakings and consumers, thereby ensuring the well-being of the European Union (judgment of 17 February 2011, *TeliaSonera Sverige*, [C-52/09](#), [ECLI:EU:C:2011:83](#), paragraphs 20 to 22).

**239** Although the Treaties have never expressly provided for reconciliation between intellectual property rights and competition law, Article 36 EC, the provisions of which were reproduced in Article 36 TFEU, nevertheless provided for a reconciliation of intellectual property rights with the principle of free movement of goods, by indicating that the provisions of the Treaty relating to the prohibition of quantitative restrictions between Member States were not to preclude restrictions on imports, exports or goods in transit justified, *inter alia*, on grounds of the protection of industrial and commercial property, while specifying that those restrictions should not constitute a means of arbitrary discrimination or a disguised restriction on trade between Member States. The Court of Justice considers that Article 36 EC thus intended to draw a distinction between the existence of a right conferred by the legislation of a Member State in regard to the protection of artistic and intellectual property, which cannot be affected by the provisions of the Treaty, and the exercise of such right, which might constitute a disguised restriction on trade between Member States (see, to that effect, judgment of 6 October 1982, *Coditel and Others*, [262/81](#), [ECLI:EU:C:1982:334](#), paragraph 13).

**240** The EU legislature has moreover had occasion to point out the need for such reconciliation. Thus, Directive 2004/48/EC of the European Parliament and of the Council of 29 April 2004 on the enforcement of intellectual property rights (OJ 2004 L 157, p. 45), the objective of which is to approximate national laws so as to ensure a high, equivalent and homogeneous level of protection of intellectual property in the internal market (recital 10) and 'to ensure full respect for intellectual property, in accordance with Article 17(2) of [the Charter of Fundamental Rights]' (recital 32), states that it 'should not affect the application of the rules of competition, and in particular Articles [101] and [102 TFEU]' and that 'the measures provided for in this Directive should not be used to restrict unduly competition in a manner contrary to the Treaty' (recital 12).

**241** The Court of Justice has developed case-law in relation to various types of intellectual property rights intended to reconcile the competition rules with the exercise of these rights, without affecting their substance, by using the same reasoning as that which allows it to reconcile those rights and the free movement of goods. Thus, for the Court of Justice, the misuse of intellectual property rights must be penalised, but not the lawful exercise of those rights, which it defines on the basis of their specific subject matter, a concept which is used synonymously in the Court's case-law with the concepts of the actual substance of those rights and the essential prerogatives of their proprietor. According to the Court of Justice, the exercise of the prerogatives which form part of the specific subject matter of an intellectual property right thus concerns the existence of that right (see, to that effect, Opinion of Advocate General Gulmann in *RTE and ITP v Commission*, [C-241/91 P](#), [ECLI:EU:C:1994:210](#), points 31 and 32 and the case-law cited). Nevertheless, the Court of Justice considers that the exercise of the exclusive right by the proprietor may, in exceptional circumstances, also give rise to conduct contrary to the competition rules (judgment of 6 April 1995, *RTE and ITP v Commission*, [C-241/91 P](#) and [C-242/91 P](#), [ECLI:EU:C:1995:98](#), paragraph 50; see also, to that effect, judgment of 17

September 2007, *Microsoft v Commission*, [T-201/04](#), [ECLI:EU:T:2007:289](#), paragraph 691).

**242**As regards patents, the Court of Justice has ruled that it is possible that the provisions of Article 101 TFEU may apply if the use of one or more patents, in concert between undertakings, were to lead to the creation of a situation which may come within the concepts of agreements between undertakings, decisions of associations of undertakings or concerted practices within the meaning of Article 101(1) TFEU (judgment of 29 February 1968, *Parke, Davis and Co.*, 24/67, [ECLI:EU:C:1968:11](#), p. 71). It further considered, in 1974, that although the existence of rights recognised under the industrial property legislation of a Member State is not affected by Article 101 TFEU, the conditions under which those rights may be exercised may nevertheless fall within the prohibitions contained in that article and that this may be the case whenever the exercise of such a right appears to be the object, the means or the consequences of a restrictive agreement (judgment of 31 October 1974, *Centrafarm and de Peijper*, 15/74, [ECLI:EU:C:1974:114](#), paragraphs 39 and 40).

**243**It must borne in mind that, in the absence of harmonisation at the European Union level of the patent law applicable in the present case, the extent of the patent protection conferred by a patent granted by a national patent office or by the EPO can only be determined in the light of non-European Union rules, that is to say, national law or the EPC (see, to that effect, judgments of 16 September 1999, *Farmitalia*, [C-392/97](#), [ECLI:EU:C:1999:416](#), paragraph 26, and of 24 November 2011, *Medeva*, [C-322/10](#), [ECLI:EU:C:2011:773](#), paragraphs 22 and 23). Consequently, where, in the context of an action for annulment brought against a Commission decision, the EU judicature is called upon to examine a settlement agreement in relation to a patent governed by rules other than those of EU law, it is not for it to define the scope of that patent or to rule on its validity. It should also be noted that, in the present case, in the contested decision, although the Commission referred, in recitals 113 to 123, to the applicants' strategy of creating a 'patent cluster' and 'paper patents', it did not, however, rule on the validity of the disputed patents at the time the agreements were concluded.

**244**While it is not for the Commission or the General Court to rule on the validity of a patent, the existence of the patent must nevertheless be taken into account in the analysis carried out in the framework of the EU competition rules. The Court of Justice has already stated that although the Commission is not competent to determine the scope of a patent, it is still the case that it may not refrain from all action when the scope of the patent is relevant for the purposes of determining whether there has been an infringement of Article 101 or 102 TFEU, since even in cases where the protection afforded by a patent is the subject of proceedings before the national courts, the Commission must be able to exercise its powers in accordance with the provisions of Regulation No 1/2003, the Commission's findings do not in any way pre-empt the determinations made later by national courts in disputes brought before them on the subject of patent rights and the Commission's decision is subject to review by the EU judicature (judgment of 25 February 1986, *Windsurfing International v Commission*, 193/83, [ECLI:EU:C:1986:75](#), paragraphs 26 and 27).

**245**Lastly, it must be noted that intellectual property rights are protected by the Charter of Fundamental Rights. Under Article 17(1) of the Charter of Fundamental Rights, to which the Treaty of Lisbon has conferred the same legal value as the Treaties (Article 6(1) TEU),

'everyone has the right to own, use, dispose of and bequeath his or her lawfully acquired possessions', 'no one may be deprived of his or her possessions, except in the public interest and in the cases and under the conditions provided for by law, subject to fair compensation being paid in good time for their loss', and 'the use of property may be regulated by law in so far as is necessary for the general interest'. Article 17(2) of the Charter of Fundamental Rights states, moreover, that 'intellectual property shall be protected'. Consequently, the guarantees provided for in Article 17(1) of the Charter of Fundamental Rights apply also to intellectual property. The Court of Justice has held that the recognition of intellectual property rights in the Charter of Fundamental Rights entails a need for a high level of protection of those rights and that it is necessary to strike a balance between maintaining free competition - in respect of which primary law and, in particular, Articles 101 and 102 TFEU prohibit anticompetitive agreements, decisions and concerted practices and abuses of a dominant position - and the requirement to safeguard the patent holder's intellectual property rights, guaranteed by Article 17(2) of the Charter of Fundamental Rights (see, to that effect, judgment of 16 July 2015, Huawei Technologies, [C-170/13](#), [ECLI:EU:C:2015:477](#), paragraphs 42 and 58).

### (3) Patent dispute settlements

**246**As a preliminary point, it must be noted that the discussion below does not concern patents obtained fraudulently, 'fictitious' disputes or disagreements which have not reached the judicial stage. The Commission acknowledged in recital 1170 of the contested decision that, at the time the settlement agreements were concluded, the applicants and the generic companies were all parties to, or associated with a dispute before a national court or the EPO concerning the validity of some of the applicants' patents or the infringing nature of the product developed by the generic company.

**247**First of all, it should be noted that it is a priori legitimate for the parties to a dispute relating to a patent to conclude a settlement agreement rather than pursuing litigation before a court. As the Commission rightly stated in recital 1102 of the contested decision, companies are generally entitled to settle litigation, including patent litigation, and those settlements often benefit both parties to the dispute and allow for a more efficient allocation of resources than if litigation were to be pursued to judgment. An applicant is not required to pursue litigation which it voluntarily initiated. It should be added that the settlement of disputes before the courts, in addition to the fact that it generates a cost for society, cannot be regarded as the preferred and ideal route for conflict resolution. An increase in litigation before the courts may reflect failures or shortcomings which could be remedied in other ways or be dealt with by appropriate prevention actions. If the national systems for granting patents or that of the EPO were experiencing such difficulties, for example by being too liberal in granting protection to processes which are devoid of inventive character, those problems could not justify an obligation or even an incentive for undertakings to pursue patent disputes until a judicial outcome is reached.

**248**Likewise, paragraphs 204 and 209 of the 2004 Guidelines on technology transfer agreements, which are applicable at the very least to agreements concerning the licensing of technology, acknowledge the possibility of concluding settlement and non-assertion agreements which include the granting of licences and indicate that, in the context of such a settlement and non-assertion agreement, non-challenge clauses are generally considered to fall outside the scope of Article 101(1) TFEU. Point 235 of the 2014 Guidelines on technology transfer agreements, which replaced the 2004 Guidelines, also



states that 'settlement agreements in the context of technology disputes are, as in many other areas of commercial disputes, in principle a legitimate way to find a mutually acceptable compromise to a bona fide legal disagreement'. That paragraph also states that 'the parties may prefer to discontinue the dispute or litigation because it proves to be too costly, time-consuming and/or uncertain as regards its outcome', and that 'settlements can also save courts and/or competent administrative bodies effort in deciding on the matter and can therefore give rise to welfare enhancing benefits'.

**249**Moreover, the Commission itself uses an administrative procedure in relation to agreements and concerted practices which is similar in some respects to a settlement agreement. The settlement procedure, which was established by Commission Regulation (EC) No 622/2008 of 30 June 2008 amending Regulation No 773/2004, as regards the conduct of settlement procedures in cartel cases (OJ 2008 L 171, p. 3), is intended to simplify and speed up administrative procedures and to reduce the number of cases brought before the EU judicature, and thus to enable the Commission to handle more cases with the same resources (judgment of 20 May 2015, *Timab Industries and CFPR v Commission*, [T-456/10](#), [ECLI:EU:T:2015:296](#), paragraphs 59 and 60).

**250**In addition, according to the case-law, the ability to assert one's rights through the courts and the judicial control which that entails constitute the expression of a general principle of law which underlies the constitutional traditions common to the Member States and which is laid down in Articles 6 and 13 of the ECHR. As access to the courts is a fundamental right and a general principle ensuring the rule of law, it is only in wholly exceptional circumstances that the fact that legal proceedings are brought is capable of constituting an infringement of competition law (judgment of 17 July 1998, *ITT Promedia v Commission*, [T-111/96](#), [ECLI:EU:T:1998:183](#), paragraph 60). As the Court of Justice noted, the need for a high level of protection for intellectual-property rights means that, in principle, the proprietor may not be deprived of the right to have recourse to legal proceedings to ensure effective enforcement of his exclusive rights (judgment of 16 July 2015, *Huawei Technologies*, [C-170/13](#), [ECLI:EU:C:2015:477](#), paragraph 58). Symmetrically, the fact that a company decides to use extrajudicial means of resolving a dispute rather than pursuing the litigation route is merely an expression of the same freedom to choose the means of defending its rights and cannot, in principle, constitute an infringement of competition law.

**251**Although access to the courts is a fundamental right, it cannot however be considered that it is an obligation, even if it would help to increase competition between economic operators. First, it should be noted that, despite the wide range of procedures and systems for the grant of patents in the various EU Member States and before the EPO at the time of the facts of the present case, an intellectual property right granted by a public authority is normally assumed to be valid and an undertaking's ownership of that right is assumed to be lawful (judgment of 1 July 2010, *AstraZeneca v Commission*, [T-321/05](#), [ECLI:EU:T:2010:266](#), paragraph 362). Secondly, while it is indeed in the public interest to eliminate any obstacle to economic activity which might arise where a patent was granted in error (see, to that effect, judgment of 25 February 1986, *Windsurfing International v Commission*, 193/83, [ECLI:EU:C:1986:75](#), paragraphs 92 and 93) and while it is generally acknowledged that public budgets, including those dedicated to covering health expenditure, are under significant constraints and that competition, in particular competition provided by generic medicinal products developed by generic

companies, can effectively contribute to keeping those budgets under control, it should also be borne in mind, as the Commission rightly stated in recital 1201 of the contested decision, that any undertaking remains free to decide whether or not to bring an action against the patents covering the originator medicinal products held by the originator companies. In addition, such a decision to bring or not to bring an action or to settle a dispute does not, in principle, prevent other undertakings from challenging those patents.

**252**It follows from all the foregoing that, for the purposes of reconciling patent law and competition law in the particular context of settlements between parties to a patent dispute, a balance must be struck between, on the one hand, the need to allow undertakings to make settlements, the increased use of which is beneficial for society and, on the other hand, the need to prevent the risk of misuse of settlement agreements, contrary to competition law, leading to entirely invalid patents being maintained and, especially in the medicinal products sector, an unjustified financial burden for public budgets.

(4) The reconciliation of patent settlement agreements and competition law

**253**It should be noted that the use of a settlement to resolve a patent dispute does not exempt the parties from the application of competition law (see, to that effect, judgments of 27 September 1988, Bayer and Maschinenfabrik Hennecke, 65/86, [ECLI:EU:C:1988:448](#), paragraph 15, and of 8 September 2016, Lundbeck v Commission, T-472/13, under appeal, [ECLI:EU:T:2016:449](#), paragraph 118; see, by analogy, judgment of 30 January 1985, BATCigaretten-Fabriken v Commission, 35/83, [ECLI:EU:C:1985:32](#), paragraph 33; see, also, paragraph 204 of the 2004 Guidelines on technology transfer agreements and point 237 of the 2014 Guidelines on technology transfer agreements).

**254**The Court of Justice has thus held, in particular, that a non-challenge clause in respect of a patent, including when it was inserted into an agreement intended to settle a dispute pending before a court, might, in the light of the legal and economic context, restrict competition within the meaning of Article 101(1) TFEU (judgment of 27 September 1988, Bayer and Maschinenfabrik Hennecke, 65/86, [ECLI:EU:C:1988:448](#), paragraphs 14 to 16).

**255**It is therefore necessary to identify the relevant factors which justify a conclusion that a non-challenge clause in respect of a patent and, more broadly, a patent settlement agreement restricts competition by object, bearing in mind that determining whether there is a restriction by object entails an examination of the content of the terms of the agreement in question, its objectives, and its economic and legal context (see paragraph 221 above).

**256**As a preliminary point, it should be noted that a patent dispute settlement agreement may have no negative impact on competition. That is the case, for example, if the parties agree that the patent at issue is not valid and therefore provide for the immediate market entry of the generic company.

**257**The agreements at issue in the present case do not fall into that category because they contain non-challenge clauses in respect of patents and non-marketing clauses in respect of products, which are, by themselves, restrictive of competition. The non-challenge clause undermines the public interest in eliminating any obstacle to economic activity which may arise where a patent was granted in error (see, to that effect,

judgment of 25 February 1986, *Windsurfing International v Commission*, 193/83, [ECLI:EU:C:1986:75](#), paragraph 92) and the non-marketing clause entails the exclusion from the market of one of the patent holder's competitors.

**258** Nevertheless, the insertion of such clauses may be legitimate, but only in so far as it is based on the parties' recognition of the validity of the patent in question (and, consequently, of the infringing nature of the generic products concerned).

**259** First, non-marketing and non-challenge clauses are necessary for the settlement of some disputes related to patents. If the parties to a dispute were unable to make use of such clauses, the settlement of the dispute would be of no interest in cases in which both parties agree on the validity of the patent. It must, moreover, be noted in this connection that the Commission stated, in paragraph 209 of the 2004 Guidelines on technology transfer agreements, that 'it is inherent in [settlement agreements] that the parties agree not to challenge ex post the intellectual property rights covered by the agreement [since] the very purpose of the agreement is to settle existing disputes and/or to avoid future disputes'. It is equally necessary, in order to achieve that purpose, that the parties agree that no infringing product may be marketed.

**260** Secondly, the insertion of non-marketing clauses merely, in part, reinforces the pre-existing legal effects of a patent which the parties explicitly or implicitly recognise as valid. A patent normally enables its holder to prevent its competitors from marketing the product covered by the patent or a product obtained through the process covered by the patent (see paragraph 234 above). However, by agreeing to a non-marketing clause, the generic company undertakes not to sell products likely to infringe the patent in question. If that clause is limited to the scope of the patent at issue, it may be regarded as essentially duplicating the effects of that patent, in so far as it is based on the recognition of the validity of that patent. As regards non-challenge clauses, the patent cannot be interpreted as affording protection against actions brought in order to challenge the validity of a patent (judgment of 25 February 1986, *Windsurfing International v Commission*, 193/83, [ECLI:EU:C:1986:75](#), paragraph 92). The effects of those clauses therefore do not overlap with the effects of the patent. However, when a non-challenge clause is adopted as part of the settlement of a genuine dispute in which the competitor has already had the opportunity to challenge the validity of the patent concerned and ultimately acknowledges that validity, such a clause cannot be regarded, in that context, as undermining the public interest in eliminating any obstacle to economic activity which may arise where a patent was granted in error (see paragraph 257 above).

**261** The Commission itself stated, in the contested decision, that non-marketing clauses and non-challenge clauses were generally inherent in any settlement. It thus considered that 'when in a patent dispute or patent litigation, a settlement is reached on the basis of each party's assessment of the patent case before them, such a patent settlement is unlikely to infringe competition law even though it may contain an obligation on the generic undertaking not to use the invention covered by the patent during the period of patent protection (e.g. a non-compete clause) and/or an obligation not to challenge the patent concerned in court (e.g. a non-challenge clause)' (recital 1136 of the contested decision).

**262** Thus, the mere presence, in settlement agreements, of non-marketing clauses and non-challenge clauses whose scope is limited to that of the patent in question does not - despite the fact that those clauses are, by themselves, restrictive (see paragraph 257

above) - justify a finding of a restriction of competition sufficiently harmful to be described as a restriction by object, where those agreements are based on the recognition, by the parties, of the validity of the patent (and, consequently, the infringing nature of the generic products concerned).

**263**The presence of non-marketing and non-challenge clauses whose scope is limited to that of the patent in question is, however, problematic when it is apparent that the generic company's agreement to those clauses is not based on its recognition of the validity of the patent. As the Commission rightly points out, 'even if the limitations in the agreement on the generic undertaking's commercial autonomy do not go beyond the material scope of the patent, they constitute a breach of Article 101 [TFEU] when those limitations cannot be justified and do not result from the parties' assessment of the merits of the exclusive right itself' (recital 1137 of the contested decision).

**264**In that respect, it should be noted that the existence of a 'reverse payment', that is to say a payment from the originator company to the generic company, is doubly suspect in the context of a settlement agreement. In the first place, it must be borne in mind that a patent is intended to reward the creative effort of the inventor by allowing him to make a fair profit from his investment (see paragraph 234 above) and that a valid patent must, in principle, allow a transfer of value to its holder - for example, through a licence agreement - and not vice versa. In the second place, the existence of a reverse payment gives rise to doubts as to whether the settlement is actually based on the recognition, by the parties to the agreement, of the validity of the patent in question.

**265**However, the mere presence of a reverse payment does not mean that there is a restriction by object. It is possible that some reverse payments, where they are inherent in the settlement of the dispute in question, may be justified (see paragraphs 277 to 280 below). However, where an unjustified reverse payment occurs in the conclusion of the settlement, the generic company must then be regarded as having been induced by that payment to agree to the non-marketing and non-challenge clauses and it must be concluded that there is a restriction by object. In that case, the restrictions of competition introduced by the non-marketing and non-challenge clauses no longer relate to the patent and to the settlement, but rather can be explained by the conferral of a benefit inducing the generic company to abandon its competitive efforts.

**266**It must be pointed out that, although neither the Commission nor the Courts of the European Union are competent to rule on the validity of the patent (see paragraphs 243 and 244 above), it is nevertheless the case that those institutions may, in the context of their respective powers and without ruling on the intrinsic validity of the patent, find that it has been used abnormally, in a manner which has no relation to its specific subject matter (see, to that effect, judgments of 29 February 1968, *Parke, Davis and Co.*, 24/67, [ECLI:EU:C:1968:11](#), pp. 71 and 72, and of 31 October 1974, *Centrafarm and de Peijper*, 15/74, [ECLI:EU:C:1974:114](#), paragraphs 7 and 8; see also, by analogy, judgments of 6 April 1995, *RTE and ITP v Commission*, [C-241/91 P](#) and [C-242/91 P](#), [ECLI:EU:C:1995:98](#), paragraph 50, and of 4 October 2011, *Football Association Premier League and Others*, [C-403/08](#) and [C-429/08](#), [ECLI:EU:C:2011:631](#), paragraphs 104 to 106).

**267**Inducing a competitor to accept non-marketing and non-challenge clauses, in the sense described in paragraph 265 above, or its corollary, accepting such clauses because of an inducement, constitutes an abnormal use of the patent.

**268**As the Commission rightly stated in recital 1137 of the contested decision, 'patent law does not provide for a right to pay actual or potential competitors to stay out of the market or to refrain from challenging a patent prior to entering the market'. Likewise, according to the Commission, 'patent holders are not entitled to pay generic companies to keep them off the market and reduce the risks of competition, whether in the context of a patent settlement agreement or otherwise' (recital 1141 of the contested decision). Lastly, the Commission correctly added that 'paying or otherwise inducing potential competitors to stay out of the market [was] not part of any patent right, nor [was] it one of the means provided for under patent law to enforce the patent' (recital 1194 of the contested decision).

**269**Where an inducement has been found, the parties may no longer rely on their recognition, in the context of the settlement, of the validity of the patent. The fact that the validity of the patent is confirmed by a judicial or administrative body is, in that regard, irrelevant.

**270**It is then the inducement, and not the recognition of the validity of the patent by the parties to the settlement, which must be regarded as the real cause of the restrictions of competition introduced by the non-marketing and non-challenge clauses (see paragraph 257 above), which - since they are in that case entirely illegitimate - therefore reveal a sufficient degree of harm to the proper functioning of normal competition that a restriction by object may be found.

**271**Where they involve an inducement, the agreements in question must therefore be regarded as market exclusion agreements, in which the 'stayers' are to compensate the 'goers'. Such agreements actually constitute a buying-off of competition and must therefore be classified as restrictions of competition by object, as follows from the judgment of 20 November 2008, Beef Industry Development Society and Barry Brothers (C-209/07, [ECLI:EU:C:2008:643](#), paragraphs 8 and 31 to 34), and the Opinion of Advocate General Trstenjak in Beef Industry Development Society and Barry Brothers, (C-209/07, [ECLI:EU:C:2008:467](#), point 75), referred to in inter alia recitals 1139 and 1140 of the contested decision. Moreover, the exclusion of competitors from the market constitutes an extreme form of market sharing and of limitation of production (judgment of 8 September 2016, Lundbeck v Commission, [T-472/13](#), under appeal, [ECLI:EU:T:2016:449](#), paragraph 435) which, in a context such as that of the agreements in question, reveals a degree of harm which is all the greater since the companies excluded are generic companies, the market entry of which is, as a rule, favourable to competition and which also contributes to the public interest in lowering the cost of healthcare. Lastly, that market exclusion is augmented, in the agreements at issue, by the fact that it is not possible for the generic company to challenge the patent at issue.

**272**It follows from all the foregoing that, in the context of patent dispute settlement agreements, a finding of a restriction of competition by object presupposes that the settlement agreement contains both an inducement in the form of a benefit for the generic company and a corresponding limitation of the generic company's efforts to compete with the originator company. Where those two conditions are met, a finding of restriction of competition by object must be made in view of the harmfulness of that agreement to the proper functioning of normal competition.

**273**Thus, where a patent settlement agreement contains non-marketing and non-challenge clauses, the inherently restrictive nature of which (see paragraph 257 above)

has not been validly called into question, the existence of an inducement for the generic company to agree to those clauses supports the conclusion that there is a restriction by object, even if there is a genuine dispute, the settlement agreement includes non-marketing and non-challenge clauses the scope of which does not exceed that of the patent at issue and that patent could - having regard, in particular, to the decisions adopted by the competent administrative authorities or courts - legitimately be regarded as valid by the parties to the agreement at the time it was adopted.

**274**In the contested decision, the Commission rightly examined whether the agreements at issue in the present case involved a value transfer from the originator company to the generic company representing a 'significant' inducement, that is to say liable to lead the latter to accept non-marketing and non-challenge clauses, and concluded, having found such an inducement, that there was a restriction of competition by object.

**275**It follows from all the foregoing that the Commission did not vitiate the contested decision by an error of law by applying the inducement criterion for the purpose of distinguishing settlement agreements which constitute restrictions by object from those which do not constitute such restrictions, referred to below as the 'inducement' or 'inducive benefit' criterion.

**276**Nor can such an error of law be inferred from any alleged failure to take into account the context of the agreements at issue (see, as regards the concept of context, judgment of 11 September 2014, *CB v Commission*, [C-67/13 P](#), [ECLI:EU:C:2014:2204](#), paragraph 53), since it also follows from the foregoing considerations that the inducement criterion is based on an analysis of the substance of the agreements at issue not only with regard to their stated aim, namely to settle patent disputes, but also their specific context, which is characterised by the presence, in the pharmaceutical sector, of patents constituting exclusive rights which enjoy a presumption of validity and the possession of which normally results in keeping competitors away (see paragraph 234 above). The context in which the agreements at issue were concluded was given particular attention in the present case since the Commission sought to demonstrate, for each of those agreements, that the generic company in question was a potential competitor to Servier, that is to say that it had real concrete possibilities of entering the market (see paragraph 317 et seq. below). For the purposes of supplementing the response provided to the plea alleging an error of law committed by the Commission in finding the existence of a restriction by object and making it possible subsequently to examine whether, for each agreement, the Commission committed an error of assessment, it remains necessary to set out in detail the circumstances in which an inducement may be found to exist.

#### (5) The inducement

**277**In order to establish whether or not a reverse payment, that is to say a transfer of value from the originator company to the generic company, constitutes an inducement to accept non-marketing and non-challenge clauses, it is necessary to examine, taking into account its nature and its justification, whether the transfer of value covers costs inherent in the settlement of the dispute. In the contested decision, the Commission therefore rightly examined whether the value transfer corresponded to the specific costs of the settlement for the generic company (recitals 1333 et seq., 1461 et seq., 1592 et seq. and 1969 et seq. of the contested decision).

**278**If a reverse payment provided for in a settlement agreement containing clauses restrictive of competition is aimed at compensating costs borne by the generic company

that are inherent in that settlement, that payment cannot in principle be regarded as an inducement. Because they are inherent in the settlement agreement, there is an implication that those costs are, as such, based on the recognition of the validity of the disputed patents which that settlement is intended to affirm by bringing to an end the challenges to that validity and the potential infringement of those patents. It therefore cannot be considered that such a reverse payment creates doubts as to whether that settlement is based on the parties' recognition of the validity of the patent in question (see paragraphs 264 and 265 above). Nevertheless, a finding of an inducement and of a restriction of competition by object is not ruled out in such a case. It means however that the Commission must prove that the amounts corresponding to those costs inherent in the settlement, even if they are established and precisely quantified by the parties to that settlement, are excessive (see, to that effect, recitals 1338, 1465, 1600 and 1973 of the contested decision). Such a disproportion would demonstrate that the costs concerned are not inherently linked with the settlement and, accordingly, it could not be inferred from the reimbursement of those costs that the settlement agreement is based on the recognition of the validity of the patents at issue.

**279**It may be considered, as the applicants and the Commission acknowledged at the hearing, that the costs inherent in the settlement of the dispute include, in particular, litigation expenses incurred by the generic company in the context of the dispute between it and the originator company. These expenses were incurred solely for the purposes of the litigation concerning the validity or the infringement of the patents in question, which the settlement is intended to bring to an end on the basis of an agreement acknowledging the validity of the patents. The compensation of those costs is therefore directly linked to that settlement. Consequently, where the litigation expenses of the generic company are established by the parties to the settlement, the Commission can find them to be inducive only by showing that they are disproportionate. In that respect, amounts corresponding to litigation expenses which have not been proved, on the basis of specific and detailed documents, to be objectively indispensable for the conduct of the litigation - having regard inter alia to the legal and factual complexity of the issues dealt with and the generic company's financial interest in the dispute - must be regarded as disproportionate.

**280**By contrast, some costs incumbent upon the generic company are, a priori, too extraneous to the dispute and to its settlement to be regarded as inherent in the settlement of a patent dispute. Those include, for example, the costs of manufacturing the infringing products, corresponding to the value of the stock of those products, and research and development expenses incurred in developing those products. Such costs and expenses are a priori incurred independently of the occurrence of litigation and its settlement and do not represent losses because of that settlement, as is clear from, in particular, the fact that, despite the marketing of the products in question being prohibited under the settlement agreement, they are often sold on markets not covered by that agreement and the fact that the research in question may be used to develop other products. The same is true of sums which must be paid by the generic company to third parties as a result of contractual commitments which were not undertaken in the context of the dispute (for example supply contracts). Such costs incurred in terminating contracts concluded with third parties or in compensating third parties are usually imposed by the contracts in question or are directly connected with those contracts, which, moreover, were concluded by the generic company concerned independently of any dispute with the originator company or its settlement. It is therefore for the parties

to the agreement in question, if they do not wish the payment of those costs to be regarded as an inducement, and indicative of a restriction of competition by object, to demonstrate that those costs are inherent in the dispute or in its settlement, and then to justify the amount. They could also, to the same end, invoke the insignificant amount of the repayment of those costs which are a priori not inherent in the settlement of the dispute, showing that that amount is insufficient to constitute a significant inducement to accept the clauses restricting competition stipulated in the settlement agreement (see, to that effect, judgment of 8 September 2016, *Lundbeck v Commission*, [T-472/13](#), under appeal, [ECLI:EU:T:2016:449](#), paragraph 360).

**281**It is necessary, in order to conclude the analysis of the Commission's alleged error of law in finding that there was a restriction of competition by object, to examine three subordinate arguments put forward by the applicants and the intervener, based on the applicability to the agreements at issue of the ancillary restraints doctrine, on the implications of US law for the solution to the dispute and on the ambivalent effects caused by the patent settlement agreements.

(6) Whether the ancillary restraints doctrine is applicable to settlement agreements

**282**The applicants and the intervener submit that, because of the legitimate objective of patent settlement agreements, the Commission should have applied the objective necessity test, according to which an agreement may be exempted from the application of Article 101(1) TFEU if it has a legitimate purpose and the restrictions on competition which it imposes are objectively necessary and proportionate.

**283**As a preliminary point, it should be noted that the applicants did not invoke the application of the ancillary restraints doctrine during the administrative procedure and that the contested decision does not mention it.

**284**According to the case-law, if a given operation or activity is not covered by the prohibition laid down in Article 101(1) TFEU, owing to its neutrality or positive effect in terms of competition, a restriction of the commercial autonomy of one or more of the participants in that operation or activity is not covered by that prohibition either if that restriction is objectively necessary to the implementation of that operation or that activity and proportionate to the objectives of one or the other (see judgment of 11 September 2014, *MasterCard and Others v Commission*, [C-382/12 P](#), [ECLI:EU:C:2014:2201](#), paragraph 89 and the case-law cited). Where it is not possible to dissociate such a restriction, classified as an ancillary restraint, from the main operation or activity without jeopardising its existence and aims, it is necessary to examine the compatibility of that restriction with Article 101 TFEU in conjunction with the compatibility of the main operation or activity to which it is ancillary, even though, taken in isolation, such a restriction may appear on the face of it to be covered by the prohibition in Article 101(1) TFEU (judgment of 11 September 2014, *MasterCard and Others v Commission*, [C-382/12 P](#), [ECLI:EU:C:2014:2201](#), paragraph 90).

**285**The Commission argues that the precondition for the application of the objective necessity test is not fulfilled, since a patent dispute settlement cannot, in principle, be regarded as an operation which is in no way anticompetitive because of its neutrality or its positive effect on competition. It is true that it follows from settled case-law that the settlement of a dispute does not exempt the parties from the application of the competition rules, since Article 101(1) TFEU made no distinction between agreements whose object is to put an end to litigation and those concluded with other aims in mind



(see paragraph 253 above). However, as the applicants and the intervener correctly argue, the case-law does not rule out the possibility that a settlement may not fall within the scope of the prohibition laid down in Article 101(1) TFEU because of its neutrality or its positive effects as regards competition. The application of the objective necessity test in a particular case presupposes that the main operation or activity is in no way anticompetitive because of its neutrality or its positive effect on competition, but it does not require that the main operation or activity be, by its very nature and irrespective of the circumstances of each case, in no way anticompetitive. It is also apparent from the case-law that the main operation or activity cannot be assessed in abstracto but rather depends on the ancillary clauses and restrictions specific to each case (see, to that effect, judgments of 28 January 1986, *Pronuptia de Paris*, 161/84, [ECLI:EU:C:1986:41](#), paragraph 14; of 15 December 1994, *DLG*, [C-250/92](#), [ECLI:EU:C:1994:413](#), paragraph 31; and of 12 December 1995, *Oude Luttikhuis and Others*, [C-399/93](#), [ECLI:EU:C:1995:434](#), paragraphs 12 to 14). In addition, it must be borne in mind that numerous provisions of EU law encourage the settlement of disputes (see paragraphs 247 to 250 above).

**286** Moreover, the Commission cannot rely on the judgment of 27 September 1988, *Bayer and Maschinenfabrik Hennecke* (65/86, [ECLI:EU:C:1988:448](#)), to reject, in principle, any possibility of applying the ancillary restraints doctrine to the settlement of disputes. While it is apparent from that judgment that the Court of Justice refused to follow the reasoning proposed by the Commission consisting in regarding a clause prohibiting challenges to a patent contained in a licensing agreement as compatible with Article 101(1) TFEU where certain conditions are fulfilled and stated that Article 101(1) TFEU made no distinction between agreements whose object is to put an end to litigation and those concluded with other aims in mind, it did not however rule out the possibility that a settlement agreement which contains non-challenge and non-marketing clauses might, depending on the legal and economic context, not be anticompetitive (judgment of 27 September 1988, *Bayer and Maschinenfabrik Hennecke* (65/86, [ECLI:EU:C:1988:448](#), paragraph 21). Furthermore, that judgment was delivered not in the context of the settlement of a dispute but in the context of a licence agreement.

**287** Although a patent dispute settlement agreement which has a neutral or positive effect as regards competition cannot in principle be excluded from the scope of the ancillary restraints doctrine, it is nonetheless necessary to carry out an assessment of the scope of the ancillary restraint of competition, which entails a double assessment. It is necessary to establish, first, whether the restriction is objectively necessary for the implementation of the main operation or activity and, secondly, whether it is proportionate to it (judgments of 18 September 2001, *M6 and Others v Commission*, [T-112/99](#), [ECLI:EU:T:2001:215](#), paragraph 106, and of 29 June 2012, *E.ON Ruhrgas and E.ON v Commission*, [T-360/09](#), [ECLI:EU:T:2012:332](#), paragraph 64).

**288** As regards the first condition, according to the case-law, it is necessary to establish whether that operation or activity would be impossible to carry out in the absence of the restriction in question. Thus, the fact that that operation or activity is simply more difficult to implement or even less profitable without the restriction concerned cannot be deemed to give that restriction the objective necessity required in order for it to be classified as ancillary. Such an interpretation would effectively extend that concept to restrictions which are not strictly indispensable to the implementation of the main operation or

activity. Such an outcome would undermine the effectiveness of the prohibition laid down in Article 101(1) TFEU (see, to that effect, judgment of 11 September 2014, *MasterCard and Others v Commission*, C-382/12 P, ECLI:EU:C:2014:2201, paragraph 91).

**289**As regards, non-challenge and non-marketing clauses, they are inherent in some settlement agreements, namely those which are based on the recognition of the validity of the patent or patents in question (see paragraph 259 above). Such clauses - provided that they reflect the recognition of the validity of the patents by each of the parties and that their scope is limited to that of the patent in question must therefore be regarded as capable of satisfying the first condition of the exception provided by the ancillary restraints doctrine.

**290**As regards the second condition, it must be borne in mind that, where a restriction is objectively necessary to implement a main operation or activity, it is still necessary to verify whether its duration and its material, temporal and geographic scope do not exceed what is necessary to implement that operation or that activity. If the scope of the restriction exceeds what is necessary in order to implement the main operation or activity, it must be assessed separately under Article 101(3) TFEU (judgment of 18 September 2001, *M6 and Others v Commission*, T-112/99, ECLI:EU:T:2001:215, paragraph 113). Consequently, a settlement agreement containing non-challenge and non-marketing clauses which do not exceed the duration and scope of the patent the validity of which is recognised therein could benefit from the application of the ancillary restraints doctrine.

**291**However, in the present case, the Commission was entitled to refrain from examining whether it was necessary to apply the ancillary restraints doctrine, since it considered that the non-challenge and non-marketing clauses were not based on the recognition of the validity of the patent, but on a transfer of value from the originator company to the generics company constituting an inducement, for the latter, not to exert competitive pressure on the company holding the patent. In such a case, the settlement agreement constitutes a restriction of competition by object which cannot be regarded as an operation which is in no way anticompetitive because of its neutrality or its positive effect on competition. Moreover, non-challenge and non-marketing clauses may be a necessary ancillary only to a settlement agreement based on recognition of the validity of the patent in question by the parties to that agreement (see paragraph 289 above). However, where it involves an inducement, a settlement is not based on such recognition. The non-challenge and non-marketing clauses cannot therefore be regarded as necessary for such a settlement.

(7) The reconciliation of patent settlement agreements and US competition law

**292**The applicants rely on the *Actavis* judgment, maintaining that the Supreme Court of the United States has rejected the approach adopted by the Commission in the present case. The Commission, which referred to that judgment in the contested decision (recital 1199), nevertheless argues that it adopted the same approach as the Supreme Court of the United States, by taking the view that there was no presumption that settlement agreements entailing a transfer of value from the originator company to the generic company were unlawful.

**293**The *Actavis* judgment concerns settlement agreements concluded in the pharmaceutical sector, in which generic companies undertook not to enter the market until a date prior to the expiry date of the patent of the originator company (65 months before the expiry date of the patent for *Actavis*) and to promote the medicinal product in

question to doctors, in return for significant payments (for Actavis, annual payments of USD 19 to 30 million for nine years).

**294**It should be noted that, according to settled case-law, national practices, even on the supposition that they are common to all the Member States, cannot prevail in the application of the competition rules set out in the Treaty (see, to that effect, judgment of 17 January 1984, VBVB and VBBB v Commission, 43/82 and 63/82, [ECLI:EU:C:1984:9](#), paragraph 40) and that is the case, a fortiori, as regards the national practices of third countries (see, to that effect, judgment of 28 February 2002, Compagnie générale maritime and Others v Commission, T-86/95, [ECLI:EU:T:2002:50](#), paragraph 341 and the case-law cited). The approach adopted by EU competition law as regards the distinction between restrictions on competition by object and by effect differs from United States antitrust law, which draws a distinction between restrictions of competition per se, namely cases in which the anticompetitive effects are so obvious that they require only a 'quick look' approach, without taking the context into account, and which are necessarily and irremediably prohibited, and infringements which must be proved according to the rule of reason, that is to say following an examination balancing the proand anticompetitive effects of the agreement. First, EU law does not regard any restriction of competition as necessarily and irremediably unlawful, since a restriction of competition by object may, in principle, fall within the exceptions laid down in Article 101(3) TFEU. Secondly, as noted in the case-law, the existence of a rule of reason in EU competition law cannot be upheld (judgment of 29 June 2012, E.ON Ruhrgas and E.ON v Commission, T-360/09, [ECLI:EU:T:2012:332](#), paragraph 65; see also, to that effect, judgment of 23 October 2003, Van den Bergh Foods v Commission, T-65/98, [ECLI:EU:T:2003:281](#), paragraph 106). Moreover, the differences between the prevailing regulatory context in the United States and in the European Union, as regards pharmaceutical patents in particular, make it even more difficult to apply the approach adopted in the Actavis judgment, by analogy, to the present case (see, to that effect, judgment of 8 September 2016, Lundbeck v Commission, T-472/13, under appeal, [ECLI:EU:T:2016:449](#), paragraph 513).

**295**Accordingly, the applicants' argument alleging the failure to have regard to the position of the Supreme Court of the United States must be rejected as ineffective.

(8) The ambivalent effects of the settlement agreements

**296**The applicants take the view that the effects of the settlement agreements are ambivalent in nature and cannot, therefore, be classified as a restriction of competition by object.

**297**They argue, in the first place, that such agreements have ambivalent potential effects on patent challenges, where there are parallel disputes and where, in proceedings before the EPO, the withdrawal by a party of its opposition does not preclude continuation of the proceedings, since its arguments may be raised by the EPO's Opposition Division, or Board of Appeal, of its own motion. Moreover, the contested decision failed to take into account the fact that settlement agreements have only ambivalent effects on future disputes, since generic undertakings remain free as to whether or not to bring costly legal proceedings, which may in any event prove to be pointless in certain Member States where proceedings before the EPO are pending.

**298**In the second place, the applicants take the view that the potential effects of those agreements on the entry of generics onto the market are also ambivalent, depending on

the terms of the agreements and the context in which they apply. Accordingly, it is necessary to take into account the existence of the dispute and the parties' likelihood of success, the existence of other disputes and the possibility of developing other alternative forms of the product. Moreover, those agreements could allow a faster entry of generics onto the market. Finally, the Commission should take into account the ability and intention of generic undertakings to enter the market at risk.

**299**In the third place, the applicants take the view that the Commission cannot penalise patent dispute settlement agreements without assessing their actual effects on the market, in common with the position adopted by the Supreme Court of the United States in the Actavis judgment.

**300**The Commission contends that that argument is ineffective, since, in order to determine whether an agreement constitutes a restriction of competition by object, its effects need not be taken into account and a restriction of competition by object may even, in some cases, owing to subsequent circumstances, have no effect. When analysing a restriction by object, it is therefore not necessary to establish which counterfactual situations might arise in the absence of the agreements.

**301**In the alternative, the Commission submits, with regard to the effects of the settlement agreements on the patent challenges, that, in the present case, the applicants endeavoured to conclude agreements with all their potential competitors and that only two of the five agreements concluded by them included a clause allowing the entry of the generic undertakings into the market if the patent at issue was annulled.

**302**The Commission further submits that it examined, in the contested decision, the ability and intention of each generic undertaking to enter the market at risk.

**303**Finally, the Commission argues that the contested decision is not inconsistent with the approach adopted by the Supreme Court of the United States in the Actavis judgment, in the light of the differences between the European concept of restriction by object and the American concept of restriction per se. It also recalls that the case-law of the EU Courts rejects the existence of a rule of reason, since the pro-competitive benefits of an agreement must be examined in the context of Article 101(3) TFEU.

**304**As the applicants submit, it must be held that the Commission and the Courts of the European Union cannot, when examining whether an agreement restricts competition by object and, in particular, in assessing the economic and legal context of that agreement, completely ignore its potential effects (Opinion of Advocate General Wahl in *ING Pensii*, [C-172/14](#), [ECLI:EU:C:2015:272](#), point 84). It should be borne in mind that agreements which are restrictive of competition by object are those which reveal a sufficient degree of harm, in that they are so likely to have anticompetitive effects, that it may be found that there is no need to examine their specific effects on the market (see, to that effect, judgment of 11 September 2014, *CB v Commission*, [C-67/13 P](#), [ECLI:EU:C:2014:2204](#), paragraphs 49 and 51 and the case-law cited). It follows that agreements which, having regard to their context, have ambivalent potential effects on the market cannot be regarded as being a restriction of competition by object (Opinion of Advocate General Wahl in *CB v Commission*, [C-67/13 P](#), [ECLI:EU:C:2014:1958](#), point 56).

**305**However, in the present case, in so far as the applicants are primarily putting forward, in support of their claims concerning the ambivalent potential effects of the agreements at issue, arguments based on each of those agreements and their context, it is

appropriate to respond to the claims in question in the context of the response to the criticisms levelled against the classification of each agreement as a restriction by object, especially since, as the Commission rightly points out, the assessment of the existence of a restriction by object must be made for each agreement as a whole, without separately analysing the restrictive nature of the non-challenge clauses and the non-marketing clauses.

**306**In the response to the pleas criticising the assessment of each of the agreements at issue, the question whether the Commission validly found that there was a restriction by object in spite of the claimed potentially pro-competitive effects resulting, in particular, from the context in which those agreements were concluded will therefore be examined and it should be noted in this connection that only those forming the subject matter of the analysis of the restrictions of competition by object will be taken into account (see paragraphs 525, 644 and 989 below).

**307**Moreover, as is clear from paragraphs 293 to 295 above, the applicants cannot rely effectively on the Actavis judgment.

(b) The Commission's criteria for classifying the settlement agreements as restrictions by object

**308**It is in the light of the foregoing considerations that it is necessary to examine the applicants' arguments relating specifically to each of the three main criteria used by the Commission to classify the settlement agreements at issue as restrictions of competition by object, that is to say, first, the status of the generic undertakings as potential competitors, secondly, the commitment of those undertakings to limit their efforts to enter the market with a generic product and, thirdly, a transfer of value from the originator company to the generic company representing a significant inducement for the latter to limit its efforts at entry (recital 1154 of the contested decision).

(1) The criterion of potential competition (i) Arguments of the parties

...

(ii) Findings of the Court

**316**The applicants complain, in essence, that the Commission erred in law in using incorrect criteria in order to classify as potential competitors the generic undertakings which concluded the agreements at issue with the applicants. The applicants also criticise the Commission's assessment of the obstacles to the existence of that potential competition resulting from their patents.

- The criteria for assessing potential competition The definition of the concept of potential competitor

**317**The applicants criticise the Commission for having confined itself, for the purposes of ascertaining whether there was potential competition between the parties to the agreements at issue, to verifying the absence of insurmountable barriers to the entry of generic companies to the market and for not having examined whether those companies had real concrete possibilities of entering that market (see paragraph 309 above).

**318**It is indeed apparent from the case-law cited by the applicants that an undertaking is a potential competitor if there are real concrete possibilities for it to enter the market in question and compete with established undertakings. Such a demonstration must not be based on a mere hypothesis, but must be supported by evidence or an analysis of the structures of the relevant market. Accordingly, an undertaking cannot be described as a

potential competitor if its entry into a market is not an economically viable strategy (judgment of 29 June 2012, E.ON Ruhrgas and E.ON v Commission, [T-360/09](#), [ECLI:EU:T:2012:332](#), paragraph 86; see also, to that effect, judgment of 14 April 2011, Visa Europe and Visa International Service v Commission, [T-461/07](#), [ECLI:EU:T:2011:181](#), paragraphs 166 and 167 and the case-law cited). It necessarily follows that, while the intention of an undertaking to enter a market may be of relevance in order to determine whether it can be considered to be a potential competitor in that market, nonetheless the essential factor on which such a description must be based is whether it has the ability to enter that market (judgments of 14 April 2011, Visa Europe and Visa International Service v Commission, [T-461/07](#), [ECLI:EU:T:2011:181](#), paragraph 168, and of 29 June 2012, E.ON Ruhrgas and E.ON v Commission, [T-360/09](#), [ECLI:EU:T:2012:332](#), paragraph 87).

**319**In other contexts, it has also been held that an undertaking constitutes a potential competitor if there exist no insurmountable barriers to its entry to the market (see, to that effect, judgments of 21 May 2014, Toshiba v Commission, [T-519/09](#), not published, [ECLI:EU:T:2014:263](#), paragraph 230, confirmed by the judgment of 20 January 2016, Toshiba Corporation v Commission, [C-373/14 P](#), [ECLI:EU:C:2016:26](#), paragraphs 28, 29, 32 and 34, and of 28 June 2016, Portugal Telecom v Commission, [T-208/13](#), [ECLI:EU:T:2016:368](#), paragraph 181).

**320**It thus follows from the case-law that, depending on the context and the unlawful conduct in question, the threshold for a finding of potential competition may vary. The examination solely of insurmountable barriers to market entry implies that any possibility - even hypothetical - of market entry is sufficient to establish the existence of potential competition, whereas the analysis of real concrete possibilities for market entry means that potential competition could be found to exist only if there are realistic possibilities of entry, which could have taken place in the absence of any restrictive measure

**321**Nevertheless, the fact remains that verifying whether certain barriers to entry to the market, in the present case mainly consisting of patents and the obligation to obtain a marketing authorisation, are insurmountable neither calls into question nor is inconsistent with the examination of the real concrete possibilities for entry of generic undertakings based on the examination of their ability and their intention to enter. As the Commission rightly emphasised in the contested decision (footnote 1666) and at the hearing, that verification of the absence of insurmountable barriers 'served to verify if, in spite of generic company's general ability and proven intention to enter, there were objective reasons rendering generic entry impossible' and, thus, to supplement the analysis based on the real concrete possibilities criterion. Indeed, in the presence of insurmountable barriers to entry on a market, it cannot be considered that an operator has real concrete possibilities of entering that market. Therefore, if a market is characterised by barriers to entry, an objective examination of whether those barriers are insurmountable is a useful adjunct to the examination of whether there are real concrete possibilities, based on the individual criteria of the ability and intention of the undertaking in question to enter the market.

**322**Reference to the criterion of insurmountable barriers on several occasions in the contested decision (see, in particular, recitals 1125 and 1181) cannot, therefore, lead to the conclusion, as drawn by the applicants, that the Commission adopted a definition of potential competition based solely on that criterion.

**323**This is particularly true, since the Commission cited, together with the judgment of 21 May 2014, *Toshiba v Commission* (T-519/09, not published, ECLI:EU:T:2014:263), which applied the criterion of insurmountable barriers (see paragraph 319 above), the judgments of 15 September 1998, *European Night Services and Others v Commission* (T-374/94, T-375/94, T-384/94 and T-388/94, ECLI:EU:T:1998:198), and of 14 April 2011, *Visa Europe and Visa International Service v Commission* (T-461/07, ECLI:EU:T:2011:181), which used the real concrete possibilities criterion, referring to them, moreover, in the introduction to its presentation of the rules on the determination of potential competitors (recitals 1156 and 1157 of the contested decision), as well as several other judgments recalling and applying that definition of potential competition, including the judgment of 29 June 2012, *E.ON Ruhrgas and E.ON v Commission* (T-360/09, ECLI:EU:T:2012:332) (see paragraph 318 above). The Commission also clearly indicated that the ability to enter a market, which is a characteristic of the real concrete possibilities criterion (see paragraph 318 above), remained 'the crucial aspect in demonstrating potential competition' (recital 1163 of the contested decision). Lastly, and above all, in its assessment of each of the generic companies in question as a potential competitor, the Commission concluded - on the basis of several pieces of information specific to each of them, concerning inter alia their production capacities and their stocks of products, their commercial contracts, the steps they had taken to obtain marketing authorisations and their litigation against Servier - that all of them had real concrete possibilities of entering the market (see paragraphs 432 to 438, 579 to 585 and 718 to 722 below). Such a detailed analysis on the basis of information specific to each alleged potential competitor is characteristic of the examination of its real concrete possibilities of entering the market and is not the same as merely checking whether there are insurmountable barriers to entry on a given market, which could result in a finding of potential competition simply because any operator entered the market in question.

**324**Those findings are not called into question by the applicants' claims that the Commission relied essentially on the intention of the generic undertakings to enter the market and on a set of unrealistic assumptions (see paragraph 309 above), since it is clear from the wording of the reply that the applicants are contesting, by those claims, not the criterion used, but the application in the present case of the real concrete possibilities criterion, which is examined below in the context of the response to the complaints directed against the assessment of each of the agreements at issue.

**325**It follows that, contrary to what the applicants claim, the Commission assessed potential competition on the relevant market on the basis of the real concrete possibilities criterion.

**326**Moreover, it may be noted that, contrary to what the Commission claimed in the rejoinder, referring to the judgment of 20 January 2016, *Toshiba Corporation v Commission* (C-373/14 P, ECLI:EU:C:2016:26) (see paragraph 312 above), it could not limit itself in the present case to verifying the absence of insurmountable barriers to market entry in order to infer the existence of potential competition on that market (see, to that effect, judgment of 8 September 2016, *Lundbeck v Commission*, T-472/13, under appeal, ECLI:EU:T:2016:449, paragraphs 99 to 101).

**327**It is indeed apparent from paragraphs 28, 29, 32 and 34 of the judgment of 20 January 2016, *Toshiba Corporation v Commission* (C-373/14 P, ECLI:EU:C:2016:26), that, in respect of market-sharing agreements, the analysis of the economic and legal

context of which the practice forms part may be limited to what is strictly necessary in order to establish the existence of a restriction of competition by object and, in particular, to verifying that the barriers to entry on the market at issue cannot be described as insurmountable (see also, to that effect, judgment of 28 June 2016, Portugal Telecom v Commission, T-208/13, ECLI:EU:T:2016:368, paragraphs 177 and 181).

**328** However, it must be borne in mind, first of all, that it is clear from the judgment of 20 January 2016, Toshiba Corporation v Commission (C-373/14 P, ECLI:EU:C:2016:26), read in the light of the Opinion of Advocate General Wathelet in Toshiba Corporation v Commission (C-373/14 P, ECLI:EU:C:2015:427, points 69, 70, 89 and 90), that the limitation established by that judgment of the analysis of the economic and legal context results from the particularly obvious nature of some restrictions by object which, in particular because the agreements in question are neither atypical nor complex, do not require an in-depth analysis of the economic and legal context to establish that they are by nature sufficiently harmful.

**329** In the present case, because the agreements at issue were concluded in the form of patent settlements, the unlawful nature of those agreements and the fact that they constituted restrictions on competition by object might not have been evident to an outside observer. It is, in that regard, revealing that the Commission analysed both their anticompetitive objective and their anticompetitive effect. It is also confirmed by the Commission's classification of the agreements at issue as restrictions by object within the meaning of the judgment of 20 November 2008, Beef Industry Development Society and Barry Brothers (C-209/07, ECLI:EU:C:2008:643), without it being necessary to rule at this stage on that classification. Indeed, although it is clear from paragraph 34 of that judgment that market exclusion agreements conflict 'patently' with the conception inherent in the Treaty provisions relating to competition, the Court of Justice did not hold that the agreements at issue in that case were, for an outside observer, patently or evidently, exclusion agreements and thus restrictions by object which do not require a detailed analysis of their economic and legal context. On the contrary, it carried out such an analysis of that context and of the clauses and objectives of the agreements at issue in order to conclude therefrom that they were exclusion agreements and, consequently, 'patently' agreements restrictive of competition by object (judgment of 20 November 2008, Beef Industry Development Society and Barry Brothers, C-209/07, ECLI:EU:C:2008:643, paragraphs 31 to 40).

**330** It should be noted, next, that in the case which gave rise to the judgment of 20 January 2016, Toshiba Corporation v Commission (C-373/14 P, ECLI:EU:C:2016:26), the production and marketing ability of the producers which participated in the practices at issue were not disputed and the relevant market was not subject to any monopoly. In the present case, however, the ability of the generic companies to produce and market the product at issue is precisely what is disputed, particularly in the light of the exclusive rights represented by the applicants' patents (see paragraph 234 above and paragraph 357 below). It cannot therefore be inferred from that judgment that the finding that an agreement is a restriction of competition by object does not require, in general, and in particular in circumstances such as those in the present case, verification that the parties to the agreement have real concrete possibilities of entering the relevant market.

**331** It follows from all the foregoing that the complaint based on the application of an incorrect definition of potential competition must be rejected.



The criterion of sufficiently fast entry

**332**In the contested decision, the Commission, based on the judgments of 3 April 2003, *BaByliss v Commission* (T-114/02, ECLI:EU:T:2003:100), and of 14 April 2011, *Visa Europe and Visa International Service v Commission* (T-461/07, ECLI:EU:T:2011:181), considered that the essential factor for an undertaking to be classified as a potential competitor was that it could enter the market sufficiently quickly to form a constraint on market participants. The Commission pointed out that, although delays might reflect the difficulty of entry in terms of costs and time and that market entry might be less commercially attractive because of those delays, they did not in themselves call into question the ability to enter the market or the constraint on Servier or the other generic undertakings. In the present case, the Commission concluded, referring to the temporal indications given in the exemption regulations and in its guidelines - in particular the Guidelines on the applicability of Article 101 [TFEU] to horizontal cooperation agreements (OJ 2011 C 11, p. 1, 'the 2011 Guidelines on horizontal cooperation agreements'), which provide for a period not exceeding three years - as well as the indicative and actual lengths of legal proceedings, of the granting of marketing authorisations and of the development of APIs, that the delays alleged by the applicants and the generic companies did not appear to be sufficiently long for the generic challenger not to exert competitive pressure (recitals 1158, 1159, 1182 and footnote 1669 of the contested decision, see also recitals 1125, 1126 and 1296 of that decision).

**333**Contrary to the applicants' assertions, that analysis, from a temporal perspective, of potential competition carried out by the Commission is consistent with the applicable principles.

**334**According to settled case-law, an operator cannot be described as a potential competitor unless its potential entry could take place sufficiently quickly to form a constraint on market participants and thus exert competitive pressure on them (judgment of 14 April 2011, *Visa Europe and Visa International Service v Commission*, T-461/07, ECLI:EU:T:2011:181, paragraph 189; see also, to that effect, judgment of 29 June 2012, *E.ON Ruhrgas and E.ON v Commission*, T-360/09, ECLI:EU:T:2012:332, paragraph 114).

**335**That case-law took into account the Guidelines on the applicability of Article [101 TFEU] to horizontal cooperation agreements (OJ 2001 C 3, p. 2; 'the 2001 Guidelines on horizontal cooperation agreements') (see also the 2011 Guidelines on horizontal cooperation agreements), which not only affirm the need for a sufficiently fast entry, but also set out indicative periods - of no more than one or three years, depending on the circumstances - that may constitute a sufficiently fast entry, on the basis on other guidelines as well as the Block Exemption Regulations.

**336**However, as stated in both those guidelines (footnote 9 of the 2001 Guidelines on horizontal cooperation agreements and footnote 3 of the 2011 Guidelines on horizontal cooperation agreements) and the case-law (see, to that effect, judgment of 14 April 2011, *Visa Europe and Visa International Service v Commission*, T-461/07, ECLI:EU:T:2011:181, paragraphs 171 and 189), these periods are indicative only and the concept of 'sufficiently fast' entry depends on the facts of the case at hand and its legal and economic context, which must be taken into account in order to determine whether the undertaking outside the market exerts competitive pressure on the undertakings currently operating in that market (see, to that effect, judgment of 14 April 2011, *Visa*

Europe and Visa International Service v Commission, [T-461/07](#), [ECLI:EU:T:2011:181](#), paragraph 169).

**337**In the present case, the Commission took into account the specific features of the economic and legal context of the present case by assessing the duration of each of the steps required in order to enter the market. It should be pointed out that, precisely because of the particular features of the pharmaceutical sector and in particular the various steps that must be taken and the existence of patents, generic companies often begin their efforts to enter the market well before the expiry of the patents, in order to have completed the necessary steps by the time those patents expire at the latest. These efforts are therefore likely to exert competitive pressure on the originator undertaking, before, or even well before, the expiry of the patents and the actual market entry of the generic companies (see paragraph 356 below; see also, to that effect, judgments of 6 December 2012, *AstraZeneca v Commission*, [C-457/10 P](#), [ECLI:EU:C:2012:770](#), paragraph 108; of 8 September 2016, *Lundbeck v Commission*, [T-472/13](#), under appeal, [ECLI:EU:T:2016:449](#), paragraph 163; and of 8 September 2016, *Sun Pharmaceutical Industries and Ranbaxy (UK) v Commission*, [T-460/13](#), not published, under appeal, [ECLI:EU:T:2016:453](#), paragraphs 77 to 79).

**338**As the applicants rightly maintain (see paragraph 311 above), it cannot be inferred from this that a generic undertaking may be regarded as one of their potential competitors as soon as and solely because it starts to develop a generic form of perindopril. It is true that the Commission stated, in recital 1125 of the contested decision, that potential competition from generic companies starts when the companies that want to launch a generic medicine begin developing commercially viable technologies for production of the API and the finished product. However, it is apparent from the following statements in that recital, which refer to the subsequent analysis of each of the generic undertakings in question as a potential competitor, and above all from that analysis and the general considerations of the contested decision relating to the criterion of sufficiently fast entry (see paragraph 332 above), that the Commission did not intend to find that the exertion of competitive pressure began on the date that development of the generic product commenced, but wished to highlight the possibility of the exertion of competitive pressure from that commencement date, in the event that the conditions for the exertion of such pressure were met. In any event, even if recital 1125 is interpreted as fixing the start of potential competition on the date that development of the generic product commenced, the criticism of that assessment should be rejected as ineffective, since the Commission has not relied on that recital to conclude that the generic undertakings in question were potential competitors. As the Commission rightly points out, on the date of assessing whether the generic companies were potential competitors, that is at the time of concluding the agreements at issue, it had considered that all those companies had reached an advanced stage of development of their perindopril and had not given a view on their prior status as potential competitors, when they commenced that development (see paragraph 315 above).

**339**Similarly, the Commission indeed noted, in footnote 1840 in recital 1296 of the contested decision, the three-year period mentioned in the 2011 Guidelines on horizontal cooperation agreements, but it did not draw any decisive inference from that in the present case, with the result that the complaints criticising it for taking that period into

account, in view inter alia of the time required to develop perindopril (recital 3137 of the contested decision), must be rejected as ineffective.

**340** Secondly, the Commission relied on the idea of competitive pressure inherent in potential competition in considering that any delays in the process of entering the market experienced by the generic companies were not sufficient by themselves to prevent those companies being regarded as potential competitors when they continued to exert such pressure due to their ability to enter the market and cited, to that effect, the judgment of 3 April 2003, *BaByliss v Commission* (T-114/02, ECLI:EU:T:2003:100). Contrary to the applicants' assertions, the Commission relied, correctly, on that judgment, since, even though, in that judgment, the Court was ruling on a very different context from that of the present case, it nevertheless took a position on the impact of several deferrals of BaByliss' market entry on its status as a potential competitor, an impact which is precisely examined in the contested decision. The Court held, in that respect - which, moreover, is not disputed by the applicants - that the deferrals of market entry did not call into question BaByliss' status as a potential competitor, relying on several factors showing that competitive pressure was exerted as a result of its ability to enter the market in question (judgment of 3 April 2003, *BaByliss v Commission*, T-114/02, ECLI:EU:T:2003:100, paragraphs 102 to 106). It therefore also follows that, in so far as the interest on the part of generic companies to be the first to enter the market may, at the most, have an impact on their intention to enter that market, in view of the size of the expected profits, but not, as such, on their ability to enter it, the Commission was correct, in recital 1182 of the contested decision and contrary to the applicants' submissions, to dismiss the relevance of that interest on the part of generic companies for the purposes of assessing the alleged delays. In fact, the ability to enter the market must be examined in the light of the economically viable strategy criterion (see paragraph 318 above), that is to say it corresponds to a merely profitable entry, and not to the most profitable of possible market entries, in which the generic company in question would be the first to enter the market and thus the only company to compete with the originator company during a certain period (see, to that effect, judgment of 8 September 2016, *Xellia Pharmaceuticals and Alpharma v Commission*, T-471/13, not published, under appeal, ECLI:EU:T:2016:460, paragraph 124).

**341** It follows that all the complaints directed against the Commission's temporal assessment of the potential competition must be rejected.

The criterion of the incumbent operators' perception

**342** In the contested decision, the Commission found, relying on the judgments of 12 July 2011, *Hitachi and Others v Commission* (T-112/07, ECLI:EU:T:2011:342), and of 21 May 2014, *Toshiba v Commission* (T-519/09, not published, ECLI:EU:T:2014:263), that the perception of the market incumbent should play a role in the assessment of potential competition. According to the Commission, if a market incumbent, who is an experienced operator, perceives a competitive threat from generic companies, such a threat is likely to form a competitive constraint on its behaviour on the market, which is relevant for assessing potential competition. The Commission stated, referring to the judgment of 14 April 2011, *Visa Europe and Visa International Service v Commission* (T-461/07, ECLI:EU:T:2011:181), that potential competition could be no more than the existence of an undertaking outside the market, and its mere existence could give rise to competitive pressure, which is represented by the likelihood of entry (recitals 1160 to 1162). The

Commission concluded that, in order to answer the question whether generic companies exert competitive pressure on Servier, the perception of the incumbent operator, Servier, and the perception of other generic competitors would also be taken into account (recital 1163). In the present case, the Commission considered that the generic companies were perceived as potential competitors by both Servier and their own generic rivals (recital 1183).

**343**It may be noted from the outset that the Commission, in the contested decision, used the criterion of the incumbent operator's perception as one of a number of criteria for determining the status of the generic undertakings as potential competitors, as is demonstrated both by the adverb 'also' recalled in paragraph 342 above and by the examination of the other criteria for assessing potential competition for each of those companies (see paragraphs 432 to 438, 579 to 585 and 718 to 722 below).

**344**Contrary to what the applicants claim, the use of the criterion of the incumbent's perception as one of a number of criteria for assessing potential competition is consistent with the case-law applicable in the present case, as relied on by the applicants.

**345**Indeed, contrary to the applicants' assertions, the General Court clearly took account of the criterion of the incumbent's perception in the judgment of 12 July 2011, *Hitachi and Others v Commission* (T-112/07, [ECLI:EU:T:2011:342](#)), in order to establish the existence of potential competition. It follows in particular from paragraphs 90, 226 and 319 of that judgment, referred to in recital 1160 of the contested decision, that not only did the agreements at issue in that case between the European and Japanese producers constitute serious indicators that the Japanese producers were perceived by the European producers as potential credible competitors, they also showed that there were possibilities for the Japanese producers to penetrate the European market (see also, to that effect, judgment of 21 May 2014, *Toshiba v Commission*, T-519/09, not published, [ECLI:EU:T:2014:263](#), paragraph 231). It is true that the General Court also carried out an objective analysis of potential competition, by examining inter alia the ability of the Japanese producers to enter the European market (judgment of 12 July 2011, *Hitachi and Others v Commission*, T-112/07, [ECLI:EU:T:2011:342](#), paragraphs 157 and 160), as, moreover, the Commission pointed out in recital 1160 of the contested decision. However, that objective analysis only serves to demonstrate that the subjective criterion of the incumbent's perception is only one criterion among others for assessing the existence of potential competition.

**346**In the judgment of 29 June 2012, *E.ON Ruhrgas and E.ON v Commission* (T-360/09, [ECLI:EU:T:2012:332](#), paragraph 115), invoked by the applicants, the Court held that the existence of an agreement, and thus the perception of the parties to that agreement, was not enough, by itself, to demonstrate or did not necessarily imply the existence of potential competition at the date of signature of the agreement. Contrary to the applicants' assertions, it was thus not concluded in that judgment that the criterion of the incumbent operator's perception was irrelevant, but merely that that operator's perception alone was not sufficient to establish the existence of potential competition in the absence of any other evidence capable of doing so.

**347**It follows that, according to the case-law, the criterion of the incumbent operator's perception is a relevant, but not sufficient, criterion for assessing the existence of potential competition. As the applicants rightly submit, given its subjective, and thus variable nature - which depends on the operators in question, their knowledge of the

market and their contacts with their possible competitors - the perception of these operators, even experienced ones, cannot by itself lead to the conclusion that another operator is one of their potential competitors. However, that perception may support the conclusion that an operator has the ability to enter a market and, accordingly, may contribute to its classification as a potential competitor (see, to that effect, judgments of 8 September 2016, *Lundbeck v Commission*, [T-472/13](#), under appeal, [ECLI:EU:T:2016:449](#), paragraphs 103 and 104, and of 8 September 2016, *Sun Pharmaceutical Industries and Ranbaxy (UK) v Commission*, [T-460/13](#), not published, under appeal, [ECLI:EU:T:2016:453](#), paragraph 88).

**348**The applicants' arguments directed against the Commission's taking into account of the perception of incumbent operators in order to establish the existence of potential competition must therefore be rejected.

- The barriers to potential competition constituted by the applicants' patents

**349**The applicants and the intervener criticise the Commission for classifying the generic companies as potential competitors of Servier in spite of the barriers to their entry to the market constituted by the patents held by Servier.

**350**In the contested decision, the Commission considered that the parties were wrong to contend, relying in particular on the judgment of 1 July 2010, *AstraZeneca v Commission* ([T-321/05](#), [ECLI:EU:T:2010:266](#), paragraph 362), that market entry was impossible because the existence of a patent excluded any possibility of competition, and to draw the conclusion that Servier's patents created a 'one-way blocking position' within the meaning of the 2004 Guidelines on technology transfer agreements, which, moreover, were not applicable in the present case (recitals 1167 and 1168 and footnote 1638).

**351**The Commission added that, in any event, first, the generic companies could contest the validity of Servier's patents. It referred, in that respect, to the judgment of 25 February 1986, *Windsurfing International v Commission* (193/83, [ECLI:EU:C:1986:75](#), paragraph 92), according to which it is in the public interest to eliminate, inter alia by contesting the validity of the patents, any obstacle to economic activity which may arise where a patent was granted in error, and to the judgment of 6 December 2012, *AstraZeneca v Commission* ([C-457/10 P](#), [ECLI:EU:C:2012:770](#), paragraph 108), which stated that potential competition may exist even before the expiry of the compound patent (recitals 1132, 1165 and 1169 and footnote 1640 of the contested decision). The Commission added that the fact that Servier had alleged or was expected to allege infringements of its patents was inconclusive for the determination whether those patents were able to block the entry of generics, emphasising that there was no presumption of infringement and that, throughout the relevant period, no court decision had established such an infringement (recitals 1169 to 1171 of the contested decision). It stated that, with respect to the perceived possibility of invalidity or of infringement of Servier's patents, it would rely on the assessments of the parties themselves, as well as third parties, as indicated in documents pre-dating or contemporaneous with the conclusion of the agreements at issue (recital 1172 of the decision).

**352**The Commission took the view that, secondly, the generic companies could also use alternative routes to access the markets where litigation was taking place (recital 1175). The generic companies remained free to launch perindopril at risk, that is to say with the risk that the originator undertaking might bring an infringement action. The Commission noted, in that respect, that, given the practice of filing process patents following the

expiry of the compound patent, virtually all sales after that expiry are at risk and that Apotex's market entry at risk in 2006 resulted in a judgment invalidating the 947 patent and the award of damages against Servier (recitals 1176 and 1177 of the contested decision). Furthermore, the generic companies could have changed their processes, either directly or by switching to another API supplier, in order to avoid infringement claims. According to the Commission, while those changes in the manufacturing process might have engendered some regulatory delays, they represented a viable alternative route to the market (recital 1178 of the contested decision).

**353**The Commission concluded, in recital 1179 of the contested decision, as follows:

„... the settlements were concluded in a situation where the perindopril compound patent had expired, and all of the generic parties were involved, directly or indirectly, in legal actions or disputes concerning one or more of Servier's remaining patents, whether in the form of a defence against claims of infringement or actions or counterclaims to invalidate such patents. Generics could also elect other patent related measures as potential avenues to the market. The Commission will examine in detail if generic undertakings seeking to overcome patent barriers and launch generic perindopril were a source of competitive pressure on Servier in spite of its patents. It may be recalled, in this respect, that all of the agreements covered by this Decision were concluded at a point in time where there was uncertainty whether any patent had been infringed and whether in particular the 947 patent could be invalidated. The mere existence, and enforcement, of Servier's patents thus did not bar all scope for potential or actual competition.’

**354**The applicants and the intervener argue, in essence, that that analysis by the Commission fails to take into account the effects, as provided for the legislation or established by case-law, of a patent declared or presumed to be valid. They also criticise the Commission for disregarding the 2004 and 2014 Guidelines on technology transfer agreements and certain considerations which the Commission expressed in its assessment of Servier's abuse of a dominant position in the contested decision and in other decisions.“

The failure to take into account the effects of Servier's patents declared or presumed to be valid

**355**According to the applicants and the intervener, a patent presumed to be valid constitutes, at the very least from the declaration of validity until its expiry, a legal prohibition on market entry preventing any potential competition.

**356**However, it is clear from paragraph 108 of the judgment of 6 December 2012, *AstraZeneca v Commission* (C-457/10 P, [ECLI:EU:C:2012:770](#)), cited by the Commission in the contested decision (see paragraph 351 above), that potential competition may exist in a market even before the expiry of a patent. More specifically, the Court of Justice held that supplementary protection certificates which are intended to extend the protection conferred by a patent lead to significant exclusionary effects after the expiry of the patents, but that they were also liable to alter the structure of the market by adversely affecting potential competition even before that expiry, and that finding concerning the exertion of potential competition before the expiry of the patents was independent of the fact that the supplementary protection certificates at issue in that judgment had been obtained fraudulently or irregularly (judgment of 8 September 2016, *Lundbeck v Commission*, [T-472/13](#), under appeal, [ECLI:EU:T:2016:449](#), paragraph 164).

Accordingly, the exclusive right represented by the patent does not, as such, prevent potential competition from taking place during the exclusivity period in question.

**357**Although, as the applicants and the intervener state, such an exclusive right normally has the effect of keeping competitors away, since public regulations require them to respect that exclusive right (judgment of 1 July 2010, *AstraZeneca v Commission*, [T-321/05](#), [ECLI:EU:T:2010:266](#), paragraph 362; see, also, paragraph 234 above), that competition-excluding effect concerns the actual competitors selling infringing products. A patent confers on its holder the exclusive right to use an invention with a view to manufacturing industrial products and putting them into circulation for the first time, as well as the right to oppose infringements (judgments of 31 October 1974, *Centrafarm and de Peijper*, 15/74, [ECLI:EU:C:1974:114](#), paragraph 9, and of 16 July 2015, *Huawei Technologies*, [C-170/13](#), [ECLI:EU:C:2015:477](#), paragraph 46; see, also, paragraph 234 above), but does not, by itself, preclude operators from taking the necessary steps to be in a position to enter the relevant market following the expiry of the patent and, thus, exerting competitive pressure on the patent holder characteristic of the existence of potential competition before that expiry. Nor does it preclude operators from carrying out the actions necessary for the manufacture and marketing of a non-infringing product, as a result of which they may be regarded as actual competitors of the patent holder upon their market entry and, as the case may be, as potential competitors until that market entry (see, to that effect, judgment of 8 September 2016, *Lundbeck v Commission*, [T-472/13](#), under appeal, [ECLI:EU:T:2016:449](#), paragraph 164).

**358**That is particularly the case in the pharmaceutical sector, in which, under the legislation governing the grant of the marketing authorisations required in order to market a medicinal product, the competent authorities may grant a marketing authorisation for a generic product even if the reference product is protected by a patent. It follows from Directive 2001/83/EC of the European Parliament and of the Council of 6 November 2001 on the Community code relating to medicinal products for human use (OJ 2001 L 311, p. 67), as amended, that marketing authorisation applications for generic products may be dealt with in a shortened procedure based on the results of tests and trials submitted in the marketing authorisation application for the originator product and that the data relating to these results may be used and allow, consequently, the grant of a marketing authorisation before the expiry of the patent on the originator product (Article 10 of Directive 2001/83; see also recitals 74 and 75 of the contested decision). Thus, the legislation on the marketing of pharmaceutical products itself states that a generic company can enter the market with a lawfully granted marketing authorisation or, at the very least, begin the procedure for obtaining the marketing authorisation during the protection period of the originator undertaking's patent. Contrary to the applicants' submissions, the same is true in the national legislation transposing Directive 2001/83, since it is clear from the final report of 8 July 2009 of the Commission's sector inquiry into the pharmaceutical sector, on which they rely, that the Slovak authorities amended their legislation to that effect and that the Hungarian authorities require only a 'patent declaration' whereby a generic company undertakes not to market an infringing product before the expiry of the patent in question. The fact, emphasised by the applicants, that an internal email from Servier states that 'it seems that the perindopril dossiers [of certain generic companies] are blocked by [the Slovak regulatory authority] for as long as the 947 patent is in force' cannot call that finding into question.

**359** Furthermore, the system of protection of patents is designed in such a way that, although patents are presumed to be valid from the date of their registration (judgment of 1 July 2010, *AstraZeneca v Commission*, [T-321/05](#), [ECLI:EU:T:2010:266](#), paragraph 362), that presumption of validity does not automatically imply that all products placed on the market are infringing (see, to that effect, judgment of 8 September 2016, *Lundbeck v Commission*, [T-472/13](#), under appeal, [ECLI:EU:T:2016:449](#), paragraphs 121 and 122). As the Commission rightly points out in the contested decision (see paragraph 351 above), and the applicants do not specifically dispute this, there is no presumption of infringement, since infringement must be established by a court. As can be seen from the judgment of 25 February 1986, *Windsurfing International v Commission* (193/83, [ECLI:EU:C:1986:75](#), paragraph 52), if a private operator which holds a patent could substitute its own discretion for that of the competent authority as regards the existence of an infringement of its patent, it could use that discretion in order to extend the protection of its patent (see also recital 1171 and footnote 1642 of the contested decision). It is therefore possible for an operator to take the risk of entering the market with a product, including by potentially infringing the patent in force, and that at risk entry or launch (see inter alia recitals 75 and 1176 of the contested decision) could be successful, if the patent holder decides not to bring an infringement action or, in the event that such an action is brought, if that infringement action is dismissed (see, to that effect, judgment of 8 September 2016, *Lundbeck v Commission*, [T-472/13](#), under appeal, [ECLI:EU:T:2016:449](#), paragraphs 128 and 165). It should be pointed out, in that regard, that this possibility of entering the market at risk helps to demonstrate that patents do not constitute insurmountable barriers to the market entry of generic companies, but does not in itself imply that those companies have real concrete possibilities of entering that market, which depend on their ability and their intention to make such an at risk market entry.

**360** Contrary to the intervener's assertions, the Commission's approach in that respect does not overturn the presumption of validity enjoyed by patents, by finding that potential competition exists, unless a court has confirmed the validity of the patent and a court has ruled that the valid patent was infringed. The intervener relies on an erroneous reading of the contested decision, since the Commission indicated in that decision, in essence and correctly (see paragraphs 357 to 359 above), not that the patent was presumed invalid until the adoption of a court decision relating to its validity and to the existence of an infringement, but that, until the adoption of such a decision, the presumption of validity of the patent did not prevent an at risk market entry (see recitals 1171 and 1176 of the contested decision).

**361** It should be noted that the same lack of a presumption of infringement applies where the patent in question has been declared valid by a competent authority. Since a patent does not, as such, prevent the market entry of actual or potential competitors, the declaration of validity of that patent, if it is not accompanied by a declaration of infringement, does not preclude such competition. Accordingly, contrary to the applicants' submissions, the fact that the EPO decision of 27 July 2006 declared the 947 patent valid is not in itself sufficient to prevent potential competition from taking place.

**362** Those findings are not called into question by the case-law cited by the intervener.

**363** First, the judgments of 15 September 1998, *European Night Services and Others v Commission* ([T-374/94](#), [T-375/94](#), [T-384/94](#) and [T-388/94](#), [ECLI:EU:T:1998:198](#)), and



of 29 June 2012, E.ON Ruhrgas and E.ON v Commission (T-360/09, ECLI:EU:T:2012:332), do not concern intellectual property rights, but rather exclusive rights precluding, de jure or de facto, the provision of the services at issue and access to infrastructure. In addition, even if it were considered that the 'de facto territorial monopolies' mentioned in the judgment of 29 June 2012, E.ON Ruhrgas and E.ON v Commission (T-360/09, ECLI:EU:T:2012:332, paragraph 102), are not unlike the exclusive rights which patents constitute (see paragraph 234 above), it is clear from that judgment that the Court found that there was no potential competition, not because of the mere existence of those monopolies, but because the Commission had not demonstrated to the requisite legal standard that there were real concrete possibilities for another gas supplier to enter the German gas market despite those monopolies, thereby acknowledging that such monopolies did not suffice by themselves to preclude the existence of potential competition (see, to that effect, judgment of 29 June 2012, E.ON Ruhrgas and E.ON v Commission, T-360/09, ECLI:EU:T:2012:332, paragraphs 103 to 107).

**364**Secondly, although the judgments of 31 May 1979, Hugin Kassaregister and Hugin Cash Registers v Commission (22/78, ECLI:EU:C:1979:138), and of 6 October 1994, Tetra Pak v Commission (T-83/91, ECLI:EU:T:1994:246), concern intellectual property rights and, in particular, as regards the latter, patents, it cannot however be inferred from those judgments that the patents and other intellectual property rights in question constituted insurmountable barriers to market entry precluding the existence of potential competition. In the judgment of 31 May 1979, Hugin Kassaregister and Hugin Cash Registers v Commission (22/78, ECLI:EU:C:1979:138, paragraph 9), the Court of Justice found that a monopoly existed, as moreover the applicant in that case admitted, and thus the lack of effective competition on the market for spare parts for cash registers manufactured by that party, for a number of 'commercial reasons', including, but not limited to - as is, incidentally, more apparent from the report for the hearing in that case (p. 1885) - the United Kingdom legislation on designs and trade marks. Likewise, in the judgment of 6 October 1994, Tetra Pak v Commission (T-83/91, ECLI:EU:T:1994:246, paragraph 110), the General Court indeed held that the numerous patents at issue prevented new competitors from entering the market in aseptic machines. However, it cannot be inferred from this that the patents were regarded in themselves as insurmountable barriers to market entry on the market concerned, given the large number of patents at issue, emphasised by the Court, the existence of technological obstacles which were also taken into account in concluding that there were barriers to entry, and above all the presence of a competitor holding 10% of the market in question.

**365**Nor are those findings called into question by Article 9(1) of Directive 2004/48, also referred to by the intervener, which provides that Member States are to ensure that the judicial authorities may issue against the alleged infringer an interlocutory injunction intended to prevent any imminent infringement of an intellectual property right or to forbid on a provisional basis the continuation of the alleged infringements of that right.

**366**Such interlocutory or provisional injunctions indeed preclude the entry of an alleged infringer onto the market and thus the operation of real competition on that market for the period established by those injunctions. However, in view of that provisional nature, and in the absence of a final decision finding such an infringement and adopting the necessary corrective measures, such interlocutory or provisional injunctions are only

temporary obstacles and not insurmountable barriers preventing steps being taken to market the allegedly infringing product and thus precluding the operation of potential competition.

**367**Indeed, in the light of the limited time for analysis available to the competent authority to reach its decision and of the requirements laid down by Article 9(3) of Directive 2004/48 for the imposition of a provisional measure - in particular that the competent authority must satisfy itself with a sufficient degree of certainty that an intellectual property right is being infringed - the adoption of such provisional decisions is based only on a, necessarily summary, prima facie assessment of the alleged infringement, which must be confirmed or, where appropriate, invalidated following a more in-depth assessment of the conditions required to establish the existence of an infringement. Moreover, the generic companies concerned have the possibility of preventing the adoption of a decision against them, not only by submitting contrary arguments in the course of the proceedings on the merits, but also by challenging at the same time the validity of the patent at issue by way of a counterclaim for a declaration of invalidity of that patent. Accordingly, the granting of a provisional order or interim injunction, and a fortiori the mere risk of such an order or injunction being adopted, in the light in particular of the adoption of such interim decisions against other generic companies, cannot as such prevent a generic company actually or potentially affected by that type of decision from being a potential competitor.

**368**Moreover, a judgment on the merits finding the existence of an infringement is itself provisional as long as the possible remedies have not been exhausted. Contrary to the intervener's assertions, the Commission was entitled to take the view, in recitals 1132 and 1169 of the contested decision, that patent challenges and decisions in relation to these patents constituted an 'expression of competition' as regards patents. In view of the risk of infringement to which all generic companies are exposed and the fact that private operators are not competent to determine whether infringement has occurred (see paragraph 359 above), litigation is one of the means by which generic companies can reduce that risk and enter the market, either by obtaining a declaration of non-infringement or by having the potentially infringed patent declared invalid (see, to that effect, judgment of 8 September 2016, *Lundbeck v Commission*, [T-472/13](#), under appeal, [ECLI:EU:T:2016:449](#), paragraph 122). It also follows that, as long as the generic company has the possibility to bring litigation to challenge the patents concerned and the infringement of them and thus clear a path to the market, it may be considered that those patents do not, in principle, constitute insurmountable barriers to access.

Failure to take into account the 2004 and 2014 Guidelines on technology transfer agreements

**369**It cannot be considered that the 2004 and 2014 Guidelines on technology transfer agreements, assuming that they are applicable in the present case, were disregarded by the Commission in the contested decision.

**370**First, contrary to the assertions of the applicants and the intervener, the decisions finding that the patents at issue were valid, and in particular the EPO decision of 27 July 2006, do not attest to a 'blocking position' resulting from the patents and regarded by the 2004 and 2014 Guidelines on technology transfer agreements as preventing potential competition from taking place. Indeed, in the 2004 Guidelines on technology transfer agreements (paragraph 32) and in the 2014 Guidelines on technology transfer

agreements (paragraph 32), blocking positions are defined as situations in which an operator cannot enter the market without infringing the intellectual property rights of another operator. However, it should be recalled that decisions declaring the validity of a patent do not, on their own, prevent an at risk market entry and that this can be prevented only by a decision finding an infringement of the intellectual property right concerned, that is to say an infringement of the patent at issue (see paragraphs 359 and 361 above). Thus, the 'court decisions' referred to in the 2004 Guidelines on technology transfer agreements (paragraph 32) and the 'final court decision[s]' referred to in the 2014 Guidelines on technology transfer agreements (paragraph 33) as evidence of the existence of a blocking position refer not to decisions finding the validity of a patent but to decisions finding an infringement of that patent.

**371** Secondly, contrary to the applicants' submissions, nor has the Commission disregarded the recommendations in the 2014 Guidelines on technology transfer agreements concerning the analysis of potential competition in the absence of a blocking position established by a court decision. It should be recalled in that regard that, under paragraph 31 of the 2014 Guidelines on technology transfer agreements, an operator 'can be considered a potential competitor on the product market if it is likely that, in the absence of the agreement, it would undertake the necessary additional investments to enter the relevant market in response to a small but permanent increase in product prices' and 'likely entry should be assessed on realistic grounds, that is to say based on the facts of the case at hand'. Moreover, according to paragraph 33 of those guidelines:

'In the absence of certainty, for example in the form of a final court decision, that a blocking position exists, the parties, when addressing the question whether they are potential competitors, will have to base themselves on all the available evidence at the time, including the possibility that intellectual property rights are infringed and whether there are effective possibilities to work around existing intellectual property rights. Substantial investments already made or advanced plans to enter a particular market, can support the view that the parties are at least potential competitors, even if a blocking position cannot be excluded ...'

**372** As is apparent from paragraphs 323 and 325 above, the Commission applied in the present case the real concrete possibilities criterion to establish whether the generic companies in question were potential competitors and thus relied, in accordance with the abovementioned paragraphs of the 2014 Guidelines on technology transfer agreements, not on the absence of impossibility of entry, but on the likelihood of entry assessed on realistic grounds and available information concerning, inter alia, the existence of any dispute between the parties, the state of development of their products and the steps taken by them to obtain marketing authorisation (see also paragraphs 432 to 438, 579 to 585 and 718 to 722 below). Moreover, in the event that the applicants' arguments are to be interpreted as calling into question the Commission's finding of the generic companies' probability of entry onto the market, those arguments will be examined below in the context of the analysis of the complaints challenging the status of each of those companies as potential competitors.

**373** It must also be added that, contrary to the intervener's assertions, it is precisely as a result of that analysis of the generic companies' probabilities of entry to the market, as required by the 2004 and 2014 Guidelines on technology transfer agreements and as carried out by the Commission, that the existence of potential competition is not inferred

ipso facto from the absence of an established blocking position, but requires, in order to be demonstrated, a true analysis which could lead to a company being found not to be a potential competitor in spite of the absence of a blocking position resulting from the patents.

Inconsistency in the contested decision

**374**According to the applicants, the Commission's position is contrary to its findings in the contested decision relating to Servier's abuse of a dominant position. In particular, they criticise the Commission for having, in a contradictory manner, recognised the exclusionary power of Servier's patents in the part of the contested decision dedicated to the abuse of Servier's dominant position (recitals 2572, 2857 and 2972) and ruled out the risk of the generic companies being excluded from the market as a result of those patents in the part of the contested decision relating to Article 101 TFEU.

**375**That allegation of contradiction can be rejected at this stage, without it being necessary to rule on the Commission's definition of the relevant markets in its analysis of the restrictive effects on competition of the agreements at issue and the abuse of Servier's dominant position.

**376**It should be pointed out, first, that, although the Commission did in fact conclude in the contested decision (recitals 2857 and 2972) that there was no actually viable source of competition on the market, the concept of viability used in those recitals to define the relevant market, namely the upstream technology market for the production of perindopril API, and to determine the existence of a dominant position on that market for the purposes of applying Article 102 TFEU differs from that used to determine the economically viable nature of a market entry in the context of the application of Article 101 TFEU. That concept of viability is more broadly understood as covering 'economic and regulatory viability' and that regulatory viability is strictly understood as being excluded where there is a patent on the market which prevents the technology in question being regarded as substitutable for that covered by the patent (footnote 3386 of the contested decision; see also recitals 2748 and 2754 of the contested decision). It may further be pointed out, for the purpose of ruling out the relevance in the present case of the assessments made by the Commission in recitals 2857 and 2972 of the contested decision, that they relate to the existence of actual and effective competition on the market in question, and not to the prospect of entry to the market of potential competitors.

**377**It should also be pointed out, secondly, that in the other passages of the contested decision cited by the applicants and the intervener (recitals 2571 and 2572), devoted to defining the finished product market and determining whether Servier held a dominant position on that market, the Commission considered in essence that Servier's patents were significant but not absolute barriers to market entry, in accordance with its assessment of the potential competition on that market.

The contradiction between the contested decision and other Commission decisions

**378**According to the applicants and the intervener, the Commission's position contradicts some of its previous decisions (Commission Decision 94/770/EC of 6 October 1994 relating to a proceeding pursuant to Article [101 TFEU] and Article 53 of the EEA Agreement (Case IV/34.776 - Pasteur Mérieux-Merck) and Commission Decision C(2013) 8535 final of 26 November 2013, relating to a proceeding under Article 6 of Council

Regulation No 139/2004 (Case COMP/M.6944 - Thermo Fisher Scientific/Life Technologies)). Whereas, in those other decisions, the Commission concluded from the existence of patents or patent disputes that there was no significant competitive pressure from generic companies, in the contested decision it considered that, despite the existence of those same disputes that could lead to the generic companies' market exclusion, those generic companies were potential competitors to Servier capable of exerting a significant competitive pressure on Servier's perindopril.

**379**It must be held, in that regard, that the contested decision does not, in any event, contradict the Commission decisions cited by the applicants and the intervener. It must be borne in mind, first of all, that since patents do not, in principle, constitute insurmountable barriers to the market entry of a competitor, but may give rise to such barriers depending on the outcome of patent litigation and have an impact on the real concrete possibilities of entering that market (see paragraph 359 to 368 above and paragraphs 442 to 453, 589 to 597 and 726 to 735 below), it cannot be ruled out that the Commission could, in some of its decisions, including inter alia the two abovementioned decisions, have relied on the existence of patents in order to find a lack of potential competition. It should be noted, next, that in those two decisions, the Commission found the existence of barriers to market entry and the lack of potential competition by relying, not only on the existence of patents or patent disputes, but also on other factors, such as the difficulty of obtaining marketing authorisations, the size of the investments required or the existing commercial relationships, with the result that it cannot be inferred that the existence of patents or patent disputes precludes, as such, the operation of potential competition.

**380**It follows from all the foregoing that the Commission did not err in finding that, in the present case, Servier's patents were not insurmountable barriers to the market entry of the generic companies. At the time the agreements at issue were concluded, no final decision on the merits of an infringement action had found that the products of those companies were infringing.

**381**It therefore remains to be examined whether the Commission also correctly considered that the generic undertakings had, given the particular characteristics of each, real concrete possibilities of entering the relevant market and, to that end, to respond to the arguments calling into question the existence of such possibilities put forward in the specific line of argument relating to each of the agreements at issue. It should be made clear at this stage that that examination of the complaints directed against the Commission's assessment of the real concrete possibilities for generic undertakings to enter the market must be assessed in the light of the following four principles and considerations.

**382**First, it is important to recall that it is apparent from the case-law relating to the determination of whether there are real concrete possibilities of entering a market (see paragraph 318 above) that the essential factor on which the description of an undertaking as a potential competitor must be based is whether it has the ability to enter that market and that its intention of entering that market, while relevant for the purposes of verifying whether it may be classified as a potential competitor, is used only on a supplementary basis. More specifically, while the intention to enter the market is neither necessary in order to find that there is potential competition on that market (judgment of 14 April 2011, *Visa Europe and Visa International Service v Commission*, [T-461/07](#),

ECLI:EU:T:2011:181, paragraph 169), nor capable of calling that finding into question, nevertheless, when such an intention is established, it may support the conclusion that a given operator has the ability to enter the market and thus contribute to its classification as a potential competitor.

**383**It is also apparent that the criterion based on market entry representing an economically viable strategy, as required by that case-law, does not constitute an independent criterion separate from the main criterion of the ability to enter the market and from the supplementary criterion of the intention to enter that market (see, to that effect, judgment of 8 September 2016, *Xellia Pharmaceuticals and Alpharma v Commission*, T-471/13, not published, under appeal, ECLI:EU:T:2016:460, paragraph 81). On the one hand, that criterion is referred to in the judgments in question as an elaboration of the real and concrete nature of the possibilities of entry to the market and precedes the setting out of the main criterion of the ability of entering the market and the supplementary criterion of the intention to enter that market, presented as 'necessarily result[ing]' therefrom. On the other hand, those same judgments do not examine it distinctly and independently of verification of the ability and intention to enter the market, since it can reasonably be inferred from the fact that an undertaking has both the ability to enter the market - in the light of its means of production and marketing as well as its financial resources - and the intention to enter that market - having regard in particular to the prospects of profit and profitability - that that entry represents an economically viable strategy for the undertaking concerned.

**384**Secondly, as the Commission rightly found in the contested decision (recital 1172; see also paragraph 351 above), the assessments of the parties themselves concerning the possibilities of the applicants' patents being declared invalid or being infringed may be taken into account in order to determine whether the generic companies had real concrete possibilities of entering the market (see, to that effect, judgment of 8 September 2016, *Lundbeck v Commission*, T-472/13, under appeal, ECLI:EU:T:2016:449, paragraph 141). In the absence of any decision by a public authority relating to the infringement and validity of Servier's patents, the assessments of the parties themselves concerning the possibilities of those patents being declared invalid or being infringed are liable to shed light on those parties' intentions as regards, amongst other things, litigation. In particular, when those assessments are made by generic companies, they may contribute to establishing their intention - taking into account their subjective perception of the patents concerned - of entering the market, but not their ability to enter as such, since establishing the infringement and invalidity of patents falls within the exclusive competence of the national courts and the EPO (see paragraph 243 and 359 above). Since intention is regarded as a relevant criterion for determining whether there are real concrete possibilities of entering the market (see paragraph 382 above), it follows that the parties' subjective assessments may validly be taken into account for the purpose of establishing those possibilities. It must nevertheless be pointed out that, inasmuch as the intention of entering a market, while relevant for the purposes of verifying whether a company may be classified as a potential competitor, is used only on a supplementary basis, those assessments are also used only on a supplementary basis in determining whether that company constitutes a potential competitor. They must, moreover, be compared with other elements also capable of showing a company's intentions as regards market entry.

**385**Thirdly, the existence of real concrete possibilities of entering the market is assessed on the date of conclusion of the agreements at issue (see, to that effect, judgments of 8 September 2016, *Lundbeck v Commission*, [T-472/13](#), under appeal, [ECLI:EU:T:2016:449](#), paragraphs 138, 139 and 203, and of 8 September 2016, *Sun Pharmaceutical Industries and Ranbaxy (UK) v Commission*, [T-460/13](#), not published, under appeal, [ECLI:EU:T:2016:453](#), paragraphs 94 and 95). In order to determine whether such agreements are restrictive of competition for the purposes of Article 101 TFEU, it is necessary to determine what actual or potential competition existed on the relevant market at the time the agreements were concluded. It follows that arguments and documents based on data subsequent to the conclusion of the agreements at issue cannot be taken into account, since such data reflect the implementation of those agreements and not the competitive situation on the market when they were concluded.

**386**Fourthly, the burden of proving the existence of real concrete possibilities of a competitor entering the market, like the more general burden of proving the existence of an infringement (Article 2 of Regulation No 1/2003), rests with the Commission (see, to that effect, judgment of 8 September 2016, *Lundbeck v Commission*, [T-472/13](#), under appeal, [ECLI:EU:T:2016:449](#), paragraph 105). Nevertheless, to the extent that most of the data which may be used to establish the ability and intention of generic undertakings to enter the market, and thus their real concrete possibilities of entering that market, are data internal to those undertakings, which the latter are best placed to gather, it must be held that the Commission has, in the absence of evidence to the contrary concerning technical, regulatory, commercial or financial difficulties, sufficiently established the existence of such possibilities in the circumstances of the case in question, if it has gathered a body of consistent evidence attesting, at the very least, to steps being taken to produce and market the product at issue within a sufficiently short period to form a constraint on the incumbent operator. It may be inferred from such steps that the company in question had not only the ability but also the intention to take the risk of entering the market (see, to that effect, paragraph 33 of the 2014 Guidelines on technology transfer agreements; see also, to that effect, judgment of 8 September 2016, *Arrow Group and Arrow Generics v Commission*, [T-467/13](#), not published, under appeal, [ECLI:EU:T:2016:450](#), paragraph 81).

(2) The criterion relating to the commitment of the generic companies to limit their independent efforts to enter the market (i) Arguments of the parties

...

(ii) Findings of the Court

**391**First, it must be noted that the Commission, in the contested decision, did not examine in isolation the general lawfulness of non-challenge and non-marketing clauses. It is apparent from recital 1154 of the contested decision that, in order to determine whether the agreements at issue constituted restrictions of competition by object, the Commission did not merely examine whether they contained non-challenge and non-marketing clauses, but also analysed whether the parties to the settlement were potential competitors and whether the non-challenge and non-marketing clauses were based on a transfer of value from the originator company to the generics company constituting an inducement, for the latter, not to exert competitive pressure on the company holding the patent. Consequently, the applicants and the intervener cannot criticise the Commission

for having found that the mere presence of non-challenge and non-marketing clauses in a settlement suffices to establish its anticompetitive nature.

**392**Next, as regards the arguments of the applicants and the intervener relating to the necessary presence of non-challenge and non-marketing clauses in any settlement, reference should be made to the considerations set out in paragraphs 258 to 275 above, setting out the conditions under which the Commission may establish the existence of a restriction by object where a settlement contains such clauses.

**393**As regards the arguments of the applicants and the intervener relating to the application of the ancillary restraints doctrine in the present case, it is appropriate to reject those arguments by reference to paragraph 291 above.

**394**As regards the applicants' argument that the Commission has already regarded as unproblematic an agreement requiring a generic company to withdraw from the market pending the settlement of a parallel dispute, in exchange for compensation in the event that the litigation was unsuccessful, it is important to recall that, according to the case-law, the principle of equal treatment, which constitutes a general principle of EU law, requires that comparable situations must not be treated differently and that different situations must not be treated in the same way unless such treatment is objectively justified (judgments of 13 December 1984, *Sermide*, 106/83, [ECLI:EU:C:1984:394](#), paragraph 28, and of 14 May 1998, *BPB de Eendracht v Commission*, [T-311/94](#), [ECLI:EU:T:1998:93](#), paragraph 309).

**395**It must be emphasised, however, that, when an undertaking has, by its conduct, infringed Article 101 TFEU, it cannot escape being penalised on the ground that another undertaking has not been fined. Even if the Commission had erred in considering that the Lundbeck-Neolab agreements were consistent with Article 101(1) TFEU, respect for the principle of equal treatment must be reconciled with respect for the principle of legality, according to which no person may rely, in support of his claim, on an unlawful act committed in favour of another (judgments of 31 March 1993, *Ahlström Osakeyhtiö and Others v Commission*, [C-89/85](#), [C-104/85](#), [C-114/85](#), [C-116/85](#), [C-117/85](#) and [C-125/85](#) to [C-129/85](#), [ECLI:EU:C:1993:120](#), paragraph 197, and of 14 July 1994, *Parker Pen v Commission*, [T-77/92](#), [ECLI:EU:T:1994:85](#), paragraph 86).

**396**In any event, there are important differences between the agreements at issue and the Lundbeck-Neolab agreements, which the Commission described as unproblematic in the light of competition law in Decision C(2013) 3803 final of 19 June 2013 relating to a proceeding under Article 101 [TFEU] and Article 53 of the EEA Agreement (Case AT.39226 - Lundbeck). Indeed, it is clear from recital 164 of that decision that Neolab entered the United Kingdom citalopram market in October 2002, that Lundbeck brought an action for infringement of one of its patents in November 2002 and that Neolab then lodged a counterclaim for invalidity of the patent at issue. In the context of a voluntary injunction granted in the course of the national court proceedings, Neolab undertook, by a first agreement, not to market its generic product until the judgment was delivered in a parallel case between Lundbeck and Lagap concerning the same patent or at the latest until 30 November 2003. In return, Lundbeck undertook to pay compensation to Neolab in the event of invalidation of the patent at issue. However, since Lundbeck reached a settlement with Lagap on 13 October 2003, Lundbeck and Neolab were released from their undertakings and Neolab resumed the sale of its generic product on 30 October 2003. On 22 December 2003, Neolab and Lundbeck, by a second agreement, concluded



a settlement providing for the payment by Lundbeck to Neolab of damages as compensation for the inability to sell the generic product during the period covered by the voluntary injunction and containing an undertaking by both parties to the agreement not to pursue the litigation relating to the infringement and invalidity of the patent at issue until 31 March 2004.

**397**As regards the first agreement, it differed from the agreements at issue in the present case, in so far as (i) it was concluded after the generic undertaking first entered the market, (ii) the restriction at issue appeared to result from an injunction granted in the context of court proceedings, (iii) the subject matter of the agreement was solely a non-marketing commitment of limited duration, namely pending settlement of the dispute having the same subject matter, and (iv) that agreement provided for the payment of damages by the originator company only in the event that its patent was declared invalid.

**398**As regards the second agreement, although it indeed provided for a payment from the originator company to the generic company, it nevertheless also differed from the agreements at issue in that the generic company was already present on the market when that agreement was concluded and that agreement did not call into question that presence on the market. Moreover, the payment by the originator company to the generic company was intended only to compensate for the inability to sell the generic product during the period covered by the voluntary injunction and thus to prevent Neolab from bringing an action for damages on that basis.

**399**Finally, as regards the applicants' argument that the Commission must, in order to find that the interruption of litigation constitutes a restriction of competition, establish that the continuance of litigation is necessary and sufficient to maintain competition, it is necessary to recall that the determination of a restriction of competition by object (see paragraph 220 et seq. above) requires the Commission neither to assess the degree to which competition might be affected by the agreement at issue nor to establish that the continuance of litigation is necessary to maintain competition.

(3) The criterion relating to the transfer of value to the generic companies (i) Arguments of the parties

...

(ii) Findings of the Court

**406**It must be noted at the outset that the Commission did not consider in the contested decision that the mere presence of a transfer of value from the originator company to the generic company was sufficient, in itself, to prove the existence of a sufficient degree of harm to competition. It is apparent from recital 1154 of the contested decision that, in order to determine whether the agreements at issue constituted restrictions of competition by object, the Commission examined whether the parties to the settlements were potential competitors, whether those settlements included non-challenge and non-marketing clauses and whether the originator company had obtained the non-marketing and non-challenge undertaking from the generic company in return for a transfer of value (see also paragraphs 265 to 272 above).

**407**Moreover, it is clear from paragraphs 265 to 273 above that, where a patent settlement is concluded between two potential competitors and contains non-marketing and non-challenge clauses, the existence of an inducement for the generic company to accept those clauses is, in itself, a basis for the finding of a restriction by object.

**408**The arguments put forward by the applicants and the intervener do not allow that finding to be called in question.

**409**First, as regards the argument that originator producers are required to make greater concessions in settlements than are required of generic companies, on account of the more significant litigation risks to which originator producers are exposed, it is necessary to bear in mind, as the Commission points out, that the applicants have not adduced any evidence to support that claim, and merely refer to their response to the statement of objections. Moreover, even assuming the existence of a more significant risk for the originator company, such a risk would not be such as to justify a reverse transfer of value constituting an inducement for the generic company to give up its efforts to enter the market.

**410**As regards the intervener's arguments that national pricing systems for medicinal products have an adverse effect on originator producers and that national judicial mechanisms do not provide an effective remedy to the entry of generic companies on the market at risk, it is important to recall that, assuming those facts to be established, they are not such as to justify an agreement having an anticompetitive object. According to settled case-law, it is unacceptable for undertakings to attempt to mitigate the effects of legal rules which they consider excessively unfavourable by entering into restrictive arrangements intended to offset those disadvantages on the pretext that those rules have created an imbalance detrimental to them (judgment of 27 July 2005, *Brasserie nationale and Others v Commission*, [T-49/02](#) to [T-51/02](#), [ECLI:EU:T:2005:298](#), paragraph 81; see also, to that effect, judgment of 15 October 2002, *Limburgse Vinyl Maatschappij and Others v Commission*, [C-238/99 P](#), [C-244/99 P](#), [C-245/99 P](#), [C-247/99 P](#), [C-250/99 P](#) to [C-252/99 P](#) and [C-254/99 P](#), [ECLI:EU:C:2002:582](#), paragraphs 487 and 488).

**411**As regards the applicants' arguments that the Commission should have taken account of the commercial considerations and profit expectations of the parties to the settlements in order to assess the inducive nature of the transfer of value, it is apparent from paragraph 277 above that, in order to establish whether or not the transfer of value from the originator company to the generic company constitutes an inducement to accept non-marketing and non-challenge clauses, the Commission rightly examined whether the value transfer corresponded to the specific costs of the settlement for the generic company. The relevant criterion therefore involves identification of the costs borne by the generic company that are inherent in that settlement and not the taking into account of the commercial considerations of the parties to the settlement.

**412**It should be added, as regards all the arguments referred to in the three preceding paragraphs, that the fact that the adoption of anticompetitive behaviour may be the most cost-effective or least risky course of action for an undertaking in no way excludes the application of Article 101 TFEU (see, to that effect, judgments of 8 July 2004, *Corus UK v Commission*, [T-48/00](#), [ECLI:EU:T:2004:219](#), paragraph 73, and of 8 July 2004, *Dalmine v Commission*, [T-50/00](#), [ECLI:EU:T:2004:220](#), paragraph 211), in particular if that behaviour consists in paying actual or potential competitors not to enter the market (see, to that effect, judgment of 8 September 2016, *Lundbeck v Commission*, [T-472/13](#), under appeal, [ECLI:EU:T:2016:449](#), paragraphs 379 and 380).

**413**Secondly, the applicants cannot criticise the Commission for having derogated from the three criteria set out in recital 1154 of the contested decision by classifying agreements for the early entry of generic companies to the market as lawful, even though

they include a significant inducement. It is clear from recitals 1138, 1200 and 1203 of the contested decision that the Commission merely noted that a settlement agreement authorising the entry of a generic company to the market before the expiry of the patent at issue could constitute an agreement which is favourable to competition and therefore lawful. However, in such an agreement, although the parties agree an early date for the entry of the generic product to the market, they do not provide for the originator company to grant an inducement to the generic company in order for that generic company to delay the entry of its product to the market.

**414**Moreover, the applicants cannot criticise the Commission for having failed to investigate the 57 settlements listed in its annual monitoring exercises involving a transfer of value. On the one hand, it must be recalled that, when an undertaking has, by its conduct, infringed Article 101 TFEU, it cannot escape being penalised on the ground that another undertaking has not been fined, since respect for the principle of equal treatment must be reconciled with respect for the principle of legality, according to which no person may rely, in support of his claim, on an unlawful act committed in favour of another (see paragraph 395 above). On the other hand, a patent dispute settlement cannot be regarded as unlawful merely because it involves a transfer of value from the originator company to the generic company, an approach that was not adopted by the Commission in the contested decision, in which the Commission correctly examined whether the parties to the settlements were potential competitors, whether those settlements contained non-challenge and non-marketing clauses and whether the originator company had obtained the non-marketing and non-challenge undertakings from the generic company in exchange for a transfer of value (see paragraph 406 above).

**415**Thirdly, the applicants criticise the Commission for having used a broad definition of significant value transfer, by taking into account side deals concluded at arm's length. However, as the Commission rightly pointed out in recital 1190 of the contested decision, the inducement from the originator company to accept non-marketing and non-challenge clauses may take the form of a side deal to the settlement. Although side deals are normal commercial agreements, which may exist independently, the Commission, rightly, examined in the present case whether certain side deals forming an integral part of the dispute settlements at issue involved transfers of value from the patent holder to the generic company.

**416**Fourthly, the applicants criticise the Commission for having taken into account the incentives of the generic company to continue litigation solely in the context of the analysis of the potential competition and not in the assessment of the transfer of value. However, it is apparent from paragraph 277 above that, in order to establish whether or not the transfer of value from the originator company to the generic company constituted an inducement to accept non-marketing and non-challenge clauses, the Commission rightly examined whether the value transfer corresponded to the specific costs of the settlement for the generic company. The relevant criterion therefore lies in the identification of the costs borne by the generic company that are inherent in that settlement and not in any asymmetry of information existing between the parties or in their respective commercial interests.

**417**Finally, the applicants complain that the Commission disregarded certain contractual stipulations in the agreements concluded with Teva, Krka and Lupin which were likely to

accelerate the entry of generic producers onto the market. That argument will be examined in the context of the pleas relating to the agreements at issue.

**418**It follows from all the foregoing that the Commission correctly defined the three criteria used to classify the patent dispute settlements as restrictions by object and has not, therefore, committed any error of law relating to the concept of restriction of competition by object.

6. The agreements concluded with Niche and Matrix

(a) The status of Niche and Matrix as potential competitors

...

(b) Errors of law and of assessment in relation to the classification of the Niche and Matrix agreements as restrictions of competition by object

(1) Arguments of the parties

...

(2) Findings of the Court

**525**As regards the errors of law allegedly committed by the Commission in classifying the Niche and Matrix agreements as restrictions by object, without examining whether they were 'so likely' to have negative effects and therefore whether their potential effects were ambivalent (see paragraph 503 above), reference should be made to paragraphs 223 to 226, 304 to 306 and 418 above. As regards the ambivalent potential effects relied on by the applicants, based on the patent-related difficulties and the technical, regulatory and financial difficulties faced by Niche and Matrix, it should be added that those difficulties were properly considered by the Commission as not impeding Niche and Matrix's real and concrete possibilities of competing with the applicants (see paragraph 501 above) and those difficulties therefore cannot support the conclusion that the Niche and Matrix agreements have ambivalent potential effects.

**526**As regards the errors of assessment relied on, it is necessary to examine the applicants' arguments relating to the presence in the Niche and Matrix agreements, on the one hand, of an inducement in the form of a benefit for Niche and Matrix and, on the other hand, of a corresponding limitation of their efforts to compete with the originator company, conditions which, if fulfilled, require a finding of the existence of a restriction by object (see paragraph 272 above). It must be pointed out in that regard that the applicants do not call into question the existence of non-marketing and non-challenge clauses in the Niche and Matrix agreements, which are by themselves restrictive of competition (see paragraph 257 above), but argue that those clauses do not reveal a sufficient degree of harm in the present case and dispute that the transfers of value provided for by the Niche and Matrix agreements may be regarded as inductive value transfers.

(i) The absence of inductive value transfer

**527**It should be noted, as a preliminary point, that the mere presence of a transfer of value from the originator company to the generic company cannot lead to the conclusion that there is a restriction by object. Only where an unjustified reverse payment occurs in the conclusion of the settlement, that is to say where the generic company is induced by that payment to agree to the non-marketing and non-challenge clauses, must it be concluded that there is such a restriction. In that case, the restrictions of competition

introduced by the non-marketing and non-challenge clauses no longer relate to the patent and to the settlement, but rather can be explained by the inducement (see paragraph 265 above).

**528**In order to establish whether or not a reverse payment, that is to say a transfer of value from the originator company to the generic company, constitutes an inducement to accept non-marketing and non-challenge clauses, it is necessary to examine, taking into account its nature and its justification, whether the transfer of value covers costs inherent in the settlement of the dispute (see paragraph 277 above). In the contested decision, the Commission therefore rightly examined whether the value transfer provided for in the Niche and Matrix agreements corresponded to the specific costs of the settlement for the generic company (recitals 1333 to 1337 and 1461 to 1464 of the contested decision).

**529**If a reverse payment provided for in a settlement agreement containing clauses restrictive of competition is aimed at compensating costs borne by the generic company that are inherent in that settlement, that payment cannot in principle be regarded as an inducement. Nevertheless, a finding of an inducement and of a restriction of competition by object is not ruled out in such a case. It means however that the Commission must prove that the amounts corresponding to those costs inherent in the settlement, even if they are established and precisely quantified by the parties to that settlement, are excessive (see paragraph 278 above).

**530**The costs inherent in the settlement of the dispute include, in particular, litigation expenses incurred by the generic undertaking in the context of the dispute between it and the originator company. The compensation of those costs is directly linked to that settlement. Consequently, where the litigation expenses of the generic company are established by the parties to the settlement, the Commission can find them to be inducive only by showing that they are disproportionate (see paragraph 279 above).

**531**By contrast, some costs incumbent upon the generic company are, a priori, too extraneous to the dispute and to its settlement to be regarded as inherent in the settlement of a patent dispute. Those include, for example, the costs of manufacturing the infringing products, corresponding to the value of the stock of those products, and research and development expenses incurred in developing those products. The same is true of sums which must be paid by the generic undertaking to third parties as a result of contractual commitments which were not undertaken in the context of the dispute (for example supply contracts). It is therefore for the parties to the agreement, if they do not wish the payment of those costs to be regarded as an inducement, and indicative of a restriction of competition by object, to demonstrate that those costs are inherent in the dispute or in its settlement, and then to justify the amount. They could also, to the same end, invoke the insignificant amount of the repayment of those costs which are a priori not inherent in the settlement of the dispute, showing that that amount is insufficient to constitute a significant inducement to accept the clauses restricting competition stipulated in the settlement agreement (see paragraph 280 above).

**532**In the present case, as regards the Niche agreement and as the Commission correctly observed in recital 1322 of the contested decision, the existence of such an inducement is clear from the actual wording of the agreement, which states in Clause 13 that, 'in consideration for the undertakings set out [in the agreement], and the substantial costs and potential liabilities that may be incurred by Niche and Unichem as a consequence of ceasing their programme to develop and manufacture Perindopril made using the Process

[at issue], Servier shall pay Niche and Unichem ... the sum of [GBP] 11 800 000.00'. The undertakings given are the non-marketing and non-challenge clauses, payment for which is thus expressly provided for in Clause 13.

**533** That interpretation of the wording of the Niche agreement is, moreover, not called into question by the applicants' claim that the phrase 'in consideration for' is the standard formula in English law to indicate the reciprocity necessary for the validity of any contract. Even if it were concluded that that phrase is a kind of stylistic formula to which it would not be appropriate to attach significance, the fact remains that that formula, according to the applicants themselves, indicates reciprocity and thus the fact that the sum provided for in Article 13 of the Niche agreement is given in exchange for the obligations imposed on Niche by that agreement.

**534** Nor is that interpretation of the Niche agreement invalidated by the alleged asymmetry between the risks for the originator company and those to which the generic company is exposed or by the alleged negotiating talents of Niche. It is true that such an asymmetry of risks and the negotiating talents of the generic company may partly explain why the originator company may be led to grant significant reverse payments to the generic company. However, the grant of a significant payment is intended precisely to avoid all risk, even minimal, that the generic companies may enter the market and, thus, supports the finding that the originator company has paid in order to side-line the generic companies. It must also be noted that the fact that the adoption of anticompetitive conduct may prove to be the most profitable or least risky solution for an undertaking, or that it is intended to correct an imbalance detrimental to that undertaking, in no way precludes the application of Article 101 TFEU (see, to that effect, judgments of 8 July 2004, *Corus UK v Commission*, T-48/00, [ECLI:EU:T:2004:219](#), paragraph 73; of 8 July 2004, *Dalmine v Commission*, T-50/00, [ECLI:EU:T:2004:220](#), paragraph 211; and of 27 July 2005, *Brasserie nationale and Others v Commission*, T-49/02 to T-51/02, [ECLI:EU:T:2005:298](#), paragraph 81), in particular if that behaviour consists in paying actual or potential competitors not to enter the market (judgment of 8 September 2016, *Lundbeck v Commission*, T-472/13, under appeal, [ECLI:EU:T:2016:449](#), paragraphs 379 and 380).

**535** Furthermore, it is irrelevant in this case that Clause 13 of the Niche agreement stipulates that the payment of the sum of GBP 11.8 million is consideration not only for the non-marketing and non-challenge clauses, but also - in some undefined proportion - consideration for other expenses, since that other compensation does not call into question the finding that the restrictive clauses at issue were purchased by the applicants and, thus, the existence of an inducement for Niche to accept those clauses.

**536** Those other expenses, described in the Niche agreement as 'substantial costs and potential liabilities that may be incurred by Niche and Unichem as a consequence of ceasing their programme to develop Perindopril made using the Process [at issue]', were described by Niche, during the administrative procedure (recital 1326 of the contested decision), and by the applicants themselves, in their pleadings, as covering the costs of developing Niche's perindopril and the compensation due to Niche's customers for breach of its contractual obligations to them. Such costs are not, a priori, inherent in the settlement of a patent dispute (see paragraph 531 above) and the applicants fail to establish that they are inherent in the settlement concluded in the present case.

**537**In particular, even if, as the applicants argue in essence, the compensation payable to Niche's customers would not have been payable if Niche had pursued its litigation against the applicants, such compensation is in the present case too extraneous to the dispute and to its settlement to be regarded as costs inherent in that settlement, since that compensation was payable, according to the applicants, in the event of 'voluntary termination of the project', implying termination of the contracts with their customers, and the Niche agreement gave Niche the option of merely suspending, rather than terminating, contractual relations with its customers (Clause 11 of the Niche agreement). Moreover, the applicants themselves conceded at the hearing that the compensation in question might have had to be paid to Niche's customers irrespective of the Niche agreement. It may also be noted that the information provided by the applicants to contest the amount of that compensation, as assessed by the Commission in the contested decision at GBP 1.3 million (recital 1335), is not conclusive, since it indicates either sums lower than that amount or mere claims of higher sums.

**538**As regards 'the legal costs' referred to in the contested decision (recital 1334), Niche described them during the administrative procedure as relating to legal costs included in the costs of development (recital 601 of the contested decision), which, it should be recalled, are not inherent in the settlement (see paragraph 531 above), whereas the applicants describe them as 'lawyers' fees and patent fees', which may constitute litigation expenses inherent in the settlement (see paragraph 530 above). However, even assuming that the amount of GBP 1.1 million claimed for 'lawyers' fees and patent fees' is a litigation expense the reimbursement of which may, in principle, reasonably be provided for in a settlement, that amount cannot form part of the costs inherent in the settlement concluded in the present case. It is clear from the arguments and documents produced by the applicants that the costs in question related to a period until the end of 2003, that is to say prior to the start of the litigation between Niche and the applicants (see paragraphs 11, 13 and 16 above) which was brought to an end by the Niche agreement.

**539**It may be added, for the sake of completeness, that even if that amount of GBP 1.1 million were to be added to the development costs and costs of compensation to Niche's customers assessed, respectively, at GBP 1.2 million and 1.3 million by the Commission in the contested decision (recital 1336), without those amounts being validly contested by the applicants (see in particular paragraph 537 above), the total amount resulting (GBP 3.6 million) is clearly less than GBP 11.8 million.

**540**It follows that the Commission validly found, in the contested decision (recital 1348), that the Niche agreement contained an inducement for Niche to accept the non-marketing and non-challenge clauses set out in that agreement, and the Commission was not also required, as the applicants maintain (see paragraph 513 above), to ascertain whether those clauses would have been less restrictive in scope in the absence of that inductive payment. A finding that there was an inducement to accept non-marketing and non-challenge clauses requires only the existence of such clauses - irrespective of whether they are more or less restrictive in scope - and an analysis of the costs covered by the transfer of value in question (see paragraphs 528 to 531 above).

**541**It also follows that it is necessary to reject as ineffective the complaint alleging that the Commission committed an error of assessment in declaring that the amount paid to Niche pursuant to the Niche agreement was equivalent to more than 10 years of planned sales and more than 20 years of planned gross profit (see paragraph 514 above). Even if

the Commission committed such an error, it has no bearing on the classification of the transfer of value from the applicants to Niche as an inducement, since it is clear from paragraphs 536 to 538 above that that transfer of value did not cover the costs inherent in the settlement of the dispute and it is in no way claimed, nor a fortiori established, that the amount of that transfer was insignificant and thus insufficient to qualify as an inducement.

**542**Moreover, as regards the additional inducement resulting from the amount paid to Niche pursuant to the Biogaran agreement (recitals 1349 to 1354 of the contested decision), it is necessary to consider, as will be set out in detail in paragraphs 798 to 810 below, that the fact that a commercial agreement, which does not normally have the settlement of a dispute as its subject matter, and which serves as a vehicle for a transfer of value from the originator company to the generic company, is linked with a settlement agreement containing competition-restricting clauses is a strong indication of the existence of a 'reverse payment', that is to say of a transfer of value for which there is no real consideration under that commercial side deal (see paragraph 804 below), a payment which therefore also constitutes an inducive benefit if it is not intended to compensate for costs inherent in the settlement of the dispute. Where there is information or evidence put forward by the Commission in order to support such a strong indication and thereby establish the existence of a reverse payment, the parties to the agreements may present their version of the facts, supporting their claims with the evidence that they are able to provide and which permit the conclusion that the commercial agreement, although linked to the settlement agreement, is justified by reasons other than the exclusion of a competitor by means of a reverse payment.

**543**In the present case, the Commission has put forward several items of evidence showing the existence of a link between the Niche agreement and the Biogaran agreement and of a mismatch between the transfer of value provided for by the Biogaran agreement and the obligations imposed on Niche by that agreement. First, the Commission took into account the fact that the agreements were negotiated during the same period and were concluded between the same undertakings on the same date as well as the fact that both agreements provided for a payment in two instalments, on the same dates. Secondly, while the applicants argued that there was no link between the two agreements, Niche stated that the Biogaran agreement had been proposed by the applicants in order to provide Niche with 'the total overall consideration agreed for entering into the Global Settlement Agreement'. The Commission also interpreted an email sent by Biogaran's counsel to Niche on 4 February 2005, stating that 'in consideration of the amount at stake we find it necessary to have further rights on additional products and certain freedom on the supply side of the Products', as meaning that the amount to be transferred to Niche had been fixed before the parties agreed on the scope of the products covered by the Biogaran agreement. The Commission also considered that the contractual provisions of the Biogaran agreement, and in particular Clauses 14.4 and 14.5 thereof, provided for automatic termination of that agreement in the event of a failure to obtain marketing authorisations within 18 months, without Biogaran having any entitlement to compensation from Niche, contrary to the provisions contained in other agreements concluded by Biogaran relating to the acquisition of product dossiers. Finally, the Commission noted that, with the exception of one product, Biogaran had not obtained marketing authorisations on the basis of the dossiers transferred by Niche and that



Biogaran's turnover connected with the Biogaran agreement had amounted to between EUR 100 000 and 200 000.

**544**The applicants do not put forward any argument calling into question that analysis, with the exception of a complaint alleging that Biogaran's interest in concluding the Biogaran agreement was not taken into account. Apart from the fact that such an interest cannot be regarded as sufficient to justify the amount of the transfer of value provided for by the Biogaran agreement, it may be noted that recital 1351 of the contested decision reveals a number of findings which cast doubt on the existence of such an interest on the part of Biogaran. According to those findings, which are not disputed by the applicants, the amount which was to be transferred to Niche by Biogaran had been decided before Niche and Biogaran agreed on the products covered by the Biogaran agreement, that agreement could be terminated by the parties within 18 months without either party being entitled to compensation and no provision was made for any reimbursement to Biogaran in the event that the transferred marketing authorisations were not obtained within a certain period. Accordingly, the Commission was right to consider that the Biogaran agreement constituted an additional inducement for Niche to accept the restrictive clauses of the Niche agreement.

**545**Moreover, as regards the applicants' claims seeking to be allowed to benefit from any annulment of the contested decision or from any reduction in the amount of the fine which Biogaran might obtain in Case T-677/14, it is appropriate to refer to paragraphs 89 to 99 above.

**546**As regards the Matrix agreement, it should be noted that Clause 9 thereof is similar to Clause 13 of the Niche agreement and that it is therefore necessary to reject, for the same reasons, the arguments criticising the Commission's assessments concerning the Matrix agreement in the same way as the assessments concerning the Niche agreement. As regards the argument, specifically directed against the Commission's analysis of the Matrix agreement, that the compensation of Niche's customers was also of concern to Matrix, on the basis of its joint liability with Niche, it is necessary to recall that such costs cannot be regarded as costs inherent in the settlement of a dispute (see paragraph 531 above) and, accordingly, justify the transfer of value provided for by the Matrix agreement, especially since neither the applicants nor Matrix were in a position to establish that the amount of GBP 11.8 million covered such costs or other costs inherent in the settlement of the dispute.

**547**It follows that the Commission also validly found, in the contested decision (see, in particular, recitals 1452, 1453, 1463, 1464 and 1467), that the Matrix agreement included an inducement for Matrix to agree to the non-marketing and non-challenge clauses provided for by that agreement.

(ii) The non-challenge and non-marketing clauses were not sufficiently harmful

**548**It should be noted that the applicants do not dispute the existence of non-challenge and non-marketing clauses in the Niche and Matrix agreements.

**549**Under the non-challenge clauses contained in the Niche and Matrix agreements, those two companies had to abstain from any invalidity and non-infringement actions against the 339, 340, 341, 689, 947 and 948 patents, and Niche was also required to withdraw its oppositions to the 947 and 948 patents before the EPO (Clauses 7 and 8 of the Niche agreement and Clause 5 of the Matrix agreement). Under the non-marketing clauses

contained in the Niche and Matrix agreements, those two undertakings were to refrain from making, keeping, importing, supplying, offering to supply or disposing of perindopril and from carrying out an act likely to infringe the 339 to 341 patents concerning perindopril (Clause 3 of the Niche agreement and Clause 1 of the Matrix agreement). They also had to refrain from applying for marketing authorisations for perindopril (Clause 10 of the Niche agreement and Clause 6 of the Matrix agreement) and were obliged to terminate or suspend their contracts relating to perindopril concluded with third parties (Clause 11 of the Niche agreement and Clause 7 of the Matrix agreement).

**550** However, the applicants dispute that the non-challenge and non-marketing clauses contained in the Niche and Matrix agreements were sufficiently harmful or significant in nature.

**551** In the first place, they argue that the non-challenge and non-marketing clauses are inherent in the settlement agreements.

**552** Although non-challenge and non-marketing clauses are indeed necessary for the settlement of certain patent disputes (see paragraph 259 above), it should be recalled that such clauses lose their legitimacy and reveal a sufficient degree of harm to normal competition where it is the inducement, such as that found in the present case, and not the recognition of the validity of the patents at issue by the parties, which is the real cause of the restrictions of competition introduced by those clauses (see paragraph 270 above).

**553** It should also be noted - in response to the applicants' argument that the loss of the opportunity to have a dispute settled in one's favour which is entailed by the non-challenge clause cannot be sufficient to classify an agreement intended to settle a genuine dispute as a restriction by object (see paragraph 505 above) - that, while not precluding entry to the market as such, the non-challenge clause prevents inter alia litigation intended to 'clear the way' in the context of an at-risk launch and thus the use of one of the means to allow such entry to the market (see also paragraph 257 above). It is also important to recall that the Commission, in the present case, classified as a restriction by object not merely the non-challenge clauses contained in the Niche and Matrix agreements, but those agreements in their entirety, including the non-challenge clauses and non-marketing clauses and an inducement to accept such clauses (recitals 1375 and 1481 of the contested decision).

**554** The applicants submit, in the second place, that the non-challenge and non-marketing clauses contained in the Niche and Matrix agreements do not reveal a sufficient degree of harm, in that their effects derive from the existence of the patents at issue and not from the terms of those agreements.

**555** In that regard, it should be recalled that the existence of an inducement for the generic undertaking to agree to non-marketing and non-challenge clauses supports a finding of a restriction by object, even though the settlement includes clauses having a scope not exceeding that of the patent at issue (see paragraph 273 above). Thus, even if, as the applicants claim, the non-marketing clauses do not prevent Niche and Matrix from entering the market with a non-infringing product and are limited to the effects produced by an injunction for infringement of the patents at issue, or even allow those companies, as a result also of the amount received in the context of the transfer of value, to undertake with their partners the development of a new non-infringing perindopril

project (see paragraph 506 above), the Niche and Matrix agreements nonetheless constitute a restriction by object.

**556**In the third place, the applicants dispute that the non-challenge clauses are sufficiently harmful in nature, claiming that they concerned only one of the many opponents who brought opposition proceedings against the 947 patent before the EPO and had no effect on the other generic undertakings on account of the limitation of the litigation to that concerning the infringement.

**557**It must be held that even if the claims that the Niche and Matrix agreements had effects only on the generic undertakings party to those agreements were established, those claims would not call into question the exclusion of those companies from the market imposed by the non-marketing and non-challenge clauses in return for an inducive value transfer and, thus, the sufficient degree of harm of the agreements concerned, thereby rendering the examination of their specific effects superfluous.

**558**It follows that the Commission did not wrongly consider that the Niche and Matrix agreements were restrictive of competition by object.

**559**That conclusion is not called into question by the alleged errors of assessment made by the Commission in the presentation of the economic and legal context of the Niche and Matrix agreements and in its consideration of the parties' subjective intentions.

**560**Indeed, the applicants' allegation concerning the lack of anticompetitive intent and the pursuit of legitimate objectives of the parties to the Niche and Matrix agreements, which in particular led Niche to take the initiative in contacting the applicants, is not capable of calling into question either the existence of an inducive benefit or the anticompetitive nature of the non-marketing and non-challenge clauses in the agreements. Consequently, even if the arguments in question had an established factual basis, they would not be capable, in any event, of invalidating the Commission's finding that the Niche and Matrix agreements constituted restrictions by object.

**561**It should also be added that the parties' intention is not a necessary factor in determining whether a type of coordination between undertakings is restrictive (see paragraph 222 above).

**562**In addition, since the Niche and Matrix agreements contained non-marketing and non-challenge clauses, the inherently restrictive nature of which has not been validly called into question, and since the Commission found that there was an inducement, it could correctly regard those agreements as market exclusion agreements, which thus pursued an anticompetitive objective. According to settled case-law, the mere fact that an agreement also pursues legitimate objectives is not enough to preclude the classification of that agreement as a restriction of competition by object (see paragraph 222 above).

**563**As regards the alleged errors of assessment made by the Commission in taking into account the economic and legal context of the Niche and Matrix agreements, the applicants repeat, in that regard, their arguments criticising the ability and the intention of Niche and Matrix to enter the market, having regard, in particular, to the applicants' patents and the disputes relating to those patents as well as Niche's financial and regulatory difficulties (see paragraphs 507 and 519 above). Since those arguments were examined and rejected in the context of the plea challenging the status of Niche and Matrix as potential competitors (see paragraphs 432 to 501 above), they cannot call into question the nature of the Niche and Matrix agreements as restrictions by object.

**564**It follows from the foregoing that the plea alleging errors of law and of assessment in relation to the classification of the Niche and Matrix agreements as restrictions of competition by object must be rejected in its entirety.

(c) Errors of law and of assessment in relation to the classification of the Niche and Matrix agreements as restrictions of competition by effect

**565**The applicants maintain that the Commission made various errors of law and of assessment in relation to the classification of the Niche and Matrix agreements as restrictions of competition by effect.

**566**It should be borne in mind that where some of the grounds in a decision on their own provide a sufficient legal basis for the decision, any errors in the other grounds of the decision have no effect on its operative part. Moreover, where the operative part of a Commission decision is based on several pillars of reasoning, each of which would in itself be sufficient to justify that operative part, that decision should, in principle, be annulled by the Court only if each of those pillars is vitiated by an illegality. In such a case, an error or other illegality which affects only one of the pillars of reasoning cannot be sufficient to justify annulment of the decision at issue because that error could not have had a decisive effect on the operative part adopted by the Commission (see judgment of 14 December 2005, *General Electric v Commission*, T-210/01, [ECLI:EU:T:2005:456](#), paragraphs 42 and 43 and the case-law cited).

**567**As noted in paragraph 219 above, in deciding whether an agreement is prohibited by Article 101(1) TFEU, there is no need to take account of its actual effects once it is apparent that its object is to prevent, restrict or distort competition within the internal market.

**568**Consequently, where the Commission bases a finding of infringement both on the existence of a restriction by object and on the existence of a restriction by effect, an error rendering unlawful the ground based on the existence of a restriction by effect does not, in any event, have a decisive effect on the operative part adopted by the Commission in its decision, since the ground based on the existence of a restriction by object, which can by itself justify the finding of an infringement, is not vitiated by an illegality.

**569**In the present case, it is clear from the examination of the plea alleging errors of law and of assessment in relation to the classification of the Niche and Matrix agreements as restrictions of competition by object that the applicants have not shown that the Commission erred in concluding, in the contested decision, that the agreements in question had as their object the prevention, restriction or distortion of competition within the internal market, within the meaning of Article 101(1) TFEU.

**570**The present plea in law must therefore be rejected as ineffective.

7. The agreement concluded with Teva

(a) The status of Teva as a potential competitor

...

(b) Errors of law and of assessment in relation to the classification of the Teva agreement as a restriction of competition by object

(1) Arguments of the parties

...

(2) Findings of the Court

**643**It is necessary to examine the applicants' arguments relating to the presence in the Teva agreement, first, of an inducement in the form of a benefit for Teva and, secondly, of a corresponding limitation of Teva's efforts to compete with the originator company, conditions which, if fulfilled, require a finding of the existence of a restriction by object (see paragraph 272 above). In the present case, since the finding of an inducement depends in part on the restrictive nature of certain clauses in the Teva agreement, the complaints directed against the assessment of the clauses of the agreement will be examined in the first place, before those criticising the assessment of the value transfer provided for in that agreement. As regards the alternative complaint concerning the duration of the applicants' alleged infringement on the basis of the Teva agreement, it will be examined last.

(i) The absence of a limitation of the generic company's efforts to compete with the originator company

**644**As a preliminary point, it is necessary to reject the applicants' allegations of errors of law and of assessment made by the Commission in classifying the Teva agreement as a restriction by object, although its potential effects were pro-competitive and its restrictive effects purely hypothetical (see paragraph 634 above). It must of course be recalled that the Commission and the Courts of the European Union cannot, when examining whether an agreement restricts competition by object and, in particular, in assessing the economic and legal context of that agreement, completely ignore its potential effects (see case-law cited in paragraph 304 above). However, it is also apparent from the case-law that establishing the existence of a restriction of competition by object cannot, under the guise, *inter alia*, of the examination of the economic and legal context of the agreement at issue, lead to the assessment of the effects of that agreement, since otherwise the distinction between a restriction of competition by object and by effect laid down in Article 101(1) TFEU would lose its effectiveness (see paragraph 221 above). For the purposes of verifying the specific capability of an agreement to produce competition-restricting effects characteristic of agreements with an anticompetitive object, the analysis of the potential effects of an agreement must therefore be limited to those resulting from information objectively foreseeable at the time of the conclusion of that agreement (see, to that effect, Opinion of Advocate General Wahl in *ING Pensii*, [C-172/14](#), [ECLI:EU:C:2015:272](#), point 84; see also, to that effect, judgment of 11 September 2014, *CB v Commission*, [C-67/13 P](#), [ECLI:EU:C:2014:2204](#), paragraphs 80 to 82). In the present case, the alleged potential effects, whether they are non-restrictive of competition or pro-competitive, are based on hypothetical circumstances which were therefore not foreseeable at the time of the conclusion of the Teva agreement, such as the decision of the EPO concerning the validity of the 947 patent or the entry of other generic companies into the United Kingdom market, which cannot be taken into account in assessing whether that agreement is restrictive of competition by object (see also paragraphs 667 and 668 below).

**645**As regards, next, the claims that the clauses of the Teva agreement are not by nature intrinsically anticompetitive, it should be recalled, in the first place, that the fact that non-challenge and non-marketing clauses are inherent in settlements does not prevent settlement agreements which include such clauses from being classified as restrictions of competition by object (see paragraph 273 above). It may be added that, although the applicants claim that the ancillary restraints doctrine is applicable to the Teva agreement, on the ground that its non-challenge and non-marketing clauses are necessary and

proportionate to the settlement of the dispute in question, it has already been held that that link of necessity and proportionality could be broken in the event of a finding that there is an inducement to accept such clauses (see paragraph 291 above). Thus, that doctrine could be applied to the Teva agreement only if the transfer of value provided for by that agreement did not constitute an inducement (see paragraphs 679 to 699 below).

**646**It must be considered, in the second place, that the arguments put forward by the applicants do not call into question the restrictive nature of the non-challenge clause in the Teva agreement.

**647**Under that clause, Teva undertook not to challenge the 947 and 339 to 341 patents in the United Kingdom for the duration of the Teva agreement, it being stipulated that it was not prevented from continuing opposition proceedings against those patents before the EPO (Clause 2.4 of the Teva agreement).

**648**The Commission considered, in the contested decision, that that non-challenge clause had two main consequences: first, it prevented Teva from establishing that the product it intended to market was non-infringing and, secondly, it prevented an objective legal review of the validity of the applicants' patents in the United Kingdom (recital 1546).

**649**It must be noted, first of all, that the applicants do not dispute that first consequence of the non-challenge clause contained in the Teva agreement, but maintain that such a consequence is inherent in any non-challenge clause contained in a settlement (see paragraph 625 above). It must be borne in mind, in that regard, that the fact that such a clause is inherent in the settlement is not in itself sufficient to preclude the finding of an anticompetitive objective (see paragraphs 273 and 645 above).

**650**It must be held, next, that it is irrelevant in the present case that the non-challenge clause covers only litigation in the United Kingdom and does not include proceedings before the EPO, since the territorial scope of the Teva agreement is limited to the United Kingdom, within which any challenge to the validity of the 947 patent and the process patents is prohibited. It should be borne in mind, in that respect, that an agreement may be classified as a restriction by object, even if its territorial scope is limited to one Member State (see, to that effect, judgment of 24 September 2009, *Erste Group Bank and Others v Commission*, [C-125/07 P](#), [C-133/07 P](#) and [C-137/07 P](#), [ECLI:EU:C:2009:576](#), paragraph 38 and the case-law cited).

**651**Moreover, even if, as the applicants argue, the non-challenge clause were not capable of affecting the proceedings for the revocation of the 947 patent initiated in the United Kingdom by a subsidiary of Teva, proceedings which were suspended pending a final decision in the opposition proceedings before the EPO not covered by the Teva agreement, that clause nevertheless prevents, at the very least, the introduction of other invalidity actions against that patent for the term of the Teva agreement and, under Clause 2.4 of that agreement, that prohibition applies to both Teva UK Ltd and its subsidiaries and both to direct actions and to any assistance to a third party with a view to invalidating the applicants' patents. Teva's active participation in the opposition proceedings before the EPO, inter alia by the notification of the decisions of the United Kingdom courts concerning the validity of the 947 patent, as alleged by the applicants (see paragraph 635 above), is therefore irrelevant in the present case.

**652**Nor can the Commission be criticised for not having established that there was a serious basis for calling into question the validity of the applicants' process patents (see

paragraph 635 above). Such evidence is not required to establish the restrictive nature of a non-challenge clause, which depends on the elimination of real concrete possibilities of overcoming patent-related obstacles, which, in order to be established, do not necessarily presuppose evidence of the likely success of the action for invalidity of the patents concerned (see paragraph 368 above).

**653** Lastly, the applicants' claim that the non-challenge clause did not prevent third parties from challenging their patents (see paragraph 635 above) is irrelevant. Indeed, such a claim that the Teva agreement had potential effects solely on that generic company does not call into question, as such, the restrictive nature of the non-challenge clause contained in the Teva agreement (see also paragraphs 556 and 557 above).

**654** It must be held, in the third place, that the exclusive purchasing clause was rightly classified by the Commission as restrictive of competition.

**655** That clause, as provided for in Clause 3 of the Teva agreement, reads as follows:

„3. Exclusive purchasing obligation

3.1. For the duration of this Agreement, Teva shall purchase all Teva and its Affiliates' requirements for Perindopril for supply or disposal in the United Kingdom exclusively from Servier or Servier's Affiliates.“

...

3.3. Teva shall not, and shall procure that its Affiliates shall not, actively sell or promote Product to consumers outside the United Kingdom.

3.4. Subject to receipt by Servier or its Affiliates of confirmed orders from Teva for the quantities of Product set out below, submitted on or before the Order Dates, Servier or its Affiliates shall supply Teva with the following quantities of Product by the following dates:

3.4.1. 150 000 (one hundred and fifty thousand) packs of 30, 2 mg tablets by 1 August 2006 and in subsequent months 75 000 (seventy five thousand) such packs per month;

3.4.2. 240 000 (two hundred and forty thousand) packs of 30, 4 mg tablets by 1 August 2006 and in subsequent months 120 000 (one hundred and twenty thousand) such packs per month; and

3.4.3. 80 000 (eighty thousand) packs of 30, 8 mg tablets by 1 January 2007 (or such date as the parties may agree) and in subsequent months 40 000 (forty thousand) such packs per month.

...

3.8. If, in respect of any month during the term of this Agreement:

3.8.1. Servier has received from Teva confirmed orders for Product, for delivery for the United Kingdom during such month, such confirmed orders having been submitted on or before the relevant Order Dates; and

3.8.2. Servier and its Affiliates have, within ten Working Days of the delivery date thereof, failed to deliver to Teva the total Product ordered by Teva in accordance with the provisions of Clause 3.4 and 3.8.1 for delivery during such month,

3.8.3. Servier shall, subject to Clause 3.9 pay Teva the Liquidated Damages in respect of that month and Teva and its Affiliates shall have no other right or remedy (including any right of termination) in respect of any failure by Servier to supply Product to Teva.

...'

**656**It must also be borne in mind that, under the non-marketing clause laid down in Clause 2.3 of the Teva agreement, Teva was to refrain, in the United Kingdom, from making, having made, keeping, importing, supplying, offering to supply or disposing of generic perindopril either manufactured in accordance with the process it had developed, and which Servier regarded as infringing the 947 and 339 to 341 patents, or infringing those patents until the termination or expiration of the Teva agreement or the expiration of those patents.

**657**The Commission considered, in recitals 1552 to 1555 of the contested decision, that, since the non-marketing clause (Clause 2.3) and the exclusive purchasing clause (Clause 3.1) of the Teva agreement affected Teva's ability to compete or to choose independently its source of perindopril for supply on the United Kingdom market, those clauses should be analysed together as a single non-compete obligation. It stated that, whatever the patent situation of the possible alternative sources of perindopril (infringing or non-infringing), the only options left open to Teva by the exclusive purchasing clause were either to sell Servier's product exclusively, or to receive compensation for failure to supply (liquidated damages of GBP 500 000 per month of default).

**658**It must be pointed out that the applicants' arguments challenging the Commission's assessment in that respect are based on an erroneous interpretation of the exclusive purchasing clause of the Teva agreement.

**659**It is apparent from the Teva agreement that there was an alternative between supply and the payment of damages in the event of a failure to supply, since, alongside the obligation to supply, which is indeed mentioned as such in Clause 3.4 of the Teva agreement, that agreement envisaged the possibility of non-supply, which could not be challenged before a court, would not enable Teva to terminate the agreement, and was not even subject to any conditions, such as a temporal limitation, other than the payment of damages (Clauses 3.8.2, 3.8.3 and 8.3 of the Teva agreement).

**660**It should be noted that the prohibition of challenges and of termination in the event of failure to supply provided for in Clause 3.8.3 of the Teva agreement ('the non-termination clause') played a decisive role in that interpretation of the exclusive purchase clause, since it replaced the penalisation of a breach of a contractual obligation by a court or by the termination of the contractual relationship with pre-established pecuniary compensation and thus created an alternative between supply and damages. In that regard, it is irrelevant whether those damages result from a breach of the supply obligation or from a possibility for Servier not to supply Teva.

**661**The result is, in any event, as the Commission rightly considered in the contested decision (recital 1559), a non-supply option, left entirely to Servier's discretion, which prevented Teva from entering the market and which also distinguishes the clauses concerned from the clauses typically contained in a supply agreement.

**662**By contrast, Teva was subject to an exclusive purchasing obligation, rightly described as an 'absolute' obligation by the Commission (recital 1588 of the contested decision), since Teva could not withdraw from it in order to source perindopril from other perindopril suppliers - whether that perindopril was infringing or not - and enter the market with that perindopril, even if Servier failed to supply, since, under the non-termination clause, the agreement could not be terminated on that basis. As the Commission rightly stated in



recital 1557 of the contested decision, the non-termination clause, combined with the exclusive purchasing clause, obliged Teva to source generic perindopril exclusively from Servier, and thus prevented it from sourcing from other suppliers, including those that did not infringe any of Servier's patents.

**663**It follows that the exclusive purchasing and non-termination clauses not only overlap with the non-marketing obligation laid down in Clause 2.3 of the Teva agreement, since they prohibit the acquisition and, accordingly, the sale of perindopril produced by third parties that infringes the patents at issue, but also extend that obligation beyond the patents at issue, since they prohibit the acquisition and the sale of perindopril produced by third parties that does not infringe the patents at issue.

**664**It follows that the Teva agreement's exclusive purchasing and non-termination clauses are, by themselves, particularly capable of preventing Teva from procuring and thus entering the market with a third party's product, just as that entry is moreover already prevented both as regards the applicants' products and those of third parties by the non-marketing clause set out in Clause 2.3 of the agreement, the competition-restricting nature of which is not disputed by the applicants.

**665**It must also be held that the limitation of the exclusive purchasing clause and of the non-marketing clause to perindopril erbumine cannot call into question their restrictive nature (see paragraph 626 above).

**666**The applicants point out that those clauses related only to perindopril erbumine and do not dispute that the product which Teva intended to market at the time of the conclusion of the Teva agreement was perindopril erbumine. Thus, the non-marketing and exclusive purchasing clauses prevented Teva from entering the market with perindopril erbumine, which it was planning to market for the duration of the Teva agreement. Therefore, even if Teva could have entered the market with perindopril composed of a salt other than erbumine during the period covered by the Teva agreement, the fact remains that that agreement prevented Teva from competing with the applicants using perindopril erbumine and restricted competition in that respect. In addition, it may be noted that the evidence submitted by the applicants to establish Teva's entry into the United Kingdom market with a salt other than erbumine concerns information subsequent to the expiry of the Teva agreement.

**667**The claims of the applicants concerning the ambivalent potential effects of the exclusive purchasing clause are also irrelevant in the present case (see paragraph 636 above). It must be borne in mind that such potential effects, based, in the present case, on circumstances which were not foreseeable when the Teva agreement was concluded, cannot be taken into account in assessing whether that agreement is restrictive of competition by object (see paragraph 644 above). It may be added that, in any event, contrary to the applicants' submissions, it cannot be considered that the alleged potential effects of the Teva agreement were not restrictive of competition, or indeed pro-competitive.

**668**If the 947 patent had been invalidated by the EPO, the Teva agreement would have prevented Teva from entering the market with its product or that of Krka by virtue of the non-marketing clause, which would have remained in force - as shown by the reference to the 'expiration' of the patents in Clause 2.3 of the Teva agreement, as opposed to the term 'revocation' used in Clause II of the amendment to the Teva agreement - even though that invalidation would have allowed the market entry of generic products that

potentially infringed that patent. In addition, even if the applicants supplied Teva with generic perindopril in that situation, as they assert (see paragraph 616 above), that market entry of Teva with the applicants' generic product would not have created a situation of competition as regards the applicants and Teva would not, moreover, have been the sole, and thus the first, market entrant given the abovementioned entry of other generic companies. Likewise, in the event that the validity of the 947 patent had been confirmed by the EPO, Teva would still have been prevented from obtaining generic perindopril, including non-infringing generic perindopril, from any undertakings other than the applicants, and its supply by the applicants, even more hypothetical in that case, as they themselves recognise (see paragraph 636 above), would also not have allowed it to enter into competition with the applicants. It must be added, in that latter regard, that the fact that the Commission set the end of the infringement on the date that Teva had entered the United Kingdom market with the applicants' product cannot be interpreted as acknowledgement, by the Commission, that Teva entered the market in July 2007 in competition with the applicants. The Commission itself indicated in the contested decision (recitals 2125 and 3133) that the end date of the infringement was set at 6 July 2007 in order to adopt a conservative approach and to use a date which would be favourable to the parties to the agreement.

**669**For the same reasons, the applicants' allegations concerning their intention to supply Teva in the event that the 947 patent was invalidated by the EPO and Teva's objective of early entry, or even entry as the first generic company, to the United Kingdom market are also irrelevant in the present case.

**670**Lastly, the Commission cannot be criticised (see paragraph 624 above) for relying, solely for the purposes of supporting its analysis, on the interpretation of the Teva agreement carried out by the High Court of Justice (England & Wales), Chancery Division (Patents Court), in its judgment of 9 October 2008 (recitals 1572 and 1573 of the contested decision).

**671**It follows from all the foregoing that the Commission did not erroneously assess the exclusive purchasing and non-termination clauses in the Teva agreement in considering that those two clauses, combined in the non-marketing clause set out in Clause 2.3 of the Teva agreement, had to be analysed together as a 'non-compete obligation' (recital 1552 of the contested decision) and, thus, as an overall non-marketing obligation imposed on Teva.

**672**It follows that, contrary to what the applicants essentially submit, those clauses do not correspond to those typically set out in a supply agreement, nor to those in a typical exclusive purchasing agreement (see also paragraphs 661 and 662 above), and cannot therefore be analysed in the same way as clauses contained in a side deal to a settlement, since such side deals correspond to typical commercial agreements (see paragraphs 798 to 808 below).

**673**It also follows that the applicants' arguments based on typical supply agreements or exclusive purchasing agreements must be rejected.

**674**In particular, the applicants' allegation that such agreements are a common practice in the pharmaceutical sector is irrelevant in the present case, since the exclusive purchasing clause of the agreement does not correspond to the typical clauses mentioned by the applicants. It should be added that, in any event, practices of private undertakings cannot prevail in the application of the competition rules set out in the Treaty, even where

they are tolerated or approved by the authorities of a Member State (see, to that effect, judgment of 17 January 1984, VBVB and VBBB v Commission, 43/82 and 63/82, [ECLI:EU:C:1984:9](#), paragraph 40).

**675**Nor is Regulation No 2790/1999 relevant, especially since, under Article 2(4) thereof, it does not apply to exclusivity agreements concluded by competing undertakings, such as those in question in the present case, both of which are seeking to market perindopril under their own name. Indeed, it has been found that Teva was a potential competitor of the applicants (see paragraph 614 above) and that status is not called into question by the conclusion of an agreement usually concluded between undertakings operating at different levels of the production or distribution chain.

**676**As regards the Commission's assessment of the Servier/Generics agreement concluded less than a year after the Teva agreement, it should be noted that the Commission found, in recital 745 of the contested decision, without being contradicted by the applicants, that the exclusive purchasing clause contained in the Servier/Generics agreement did not provide for any payment or damages in the event of failure to supply by the applicants. Moreover, it is clear from the file that nor was that clause combined with a non-termination clause and a non-marketing clause, since Generics had not developed any competing perindopril, with the result that the assessments relating to that agreement could not be transposed to the Teva agreement.

**677**Finally, in so far as the Commission clearly identified the specific and, in the present case, problematic aspects of the exclusive purchasing clause in the Teva agreement (see, in particular, recitals 1553 to 1574 of the contested decision), it cannot be inferred from the contested decision that the Commission prohibited, in principle, any concurrent conclusion of an exclusive distribution agreement and a settlement agreement.

**678**It follows from all the foregoing that the Commission rightly considered that the Teva agreement restricted Teva's efforts to compete with the applicants.

(ii) The absence of an inducement in the form of a benefit

**679**The Commission considered, in the contested decision, that the lump sum of GBP 5 million ('the lump sum') and the liquidated damages of GBP 500 000 per month totalling GBP 5.5 million for the 11 months of non-supply by Servier ('the final liquidated damages'), represented a substantial sum of money - GBP 10.5 million - which had served as a significant inducement for Teva to refrain from competing with the applicants (recital 1622).

**680**In order to establish whether or not a reverse payment, that is to say a transfer of value from the originator company to the generic company, constitutes an inducement to accept non-marketing and non-challenge clauses, it is necessary to examine, taking into account its nature and its justification, whether the transfer of value covers only costs inherent in the settlement of the dispute. In the contested decision, the Commission therefore rightly examined whether the value transfer corresponded to the specific costs of the settlement for the generic company (see recitals 1592 to 1599 of the contested decision).

**681**If a reverse payment provided for in a settlement agreement containing clauses restrictive of competition is aimed at compensating costs borne by the generic company that are inherent in that settlement, that payment cannot in principle be regarded as an inducement. Nevertheless, a finding of an inducement and of a restriction of competition

by object is not ruled out in such a case. It means however that the Commission must prove that the amounts corresponding to those costs inherent in the settlement, even if they are established and precisely quantified by the parties to that settlement, are excessive (see paragraph 278 above).

**682**The costs inherent in the settlement of the dispute include, in particular, litigation expenses incurred by the generic undertaking in the context of the dispute between it and the originator company. The compensation of those costs is directly linked to that settlement. Consequently, where the litigation expenses of the generic company are established by the parties to the settlement, the Commission can find them to be inducive only by showing that they are disproportionate (see paragraph 279 above).

**683**By contrast, some costs incumbent upon the generic company are, a priori, too extraneous to the dispute and to its settlement to be regarded as inherent in the settlement of a patent dispute. Those include, for example, the costs of manufacturing the infringing products, corresponding to the value of the stock of those products, and research and development expenses incurred in developing those products. The same is true of sums which must be paid by the generic undertaking to third parties as a result of contractual commitments which were not undertaken in the context of the dispute (for example supply contracts). It is therefore for the parties to the agreement, if they do not wish the payment of those costs to be regarded as an inducement, and indicative of a restriction of competition by object, to demonstrate that those costs are inherent in the dispute or in its settlement, and then to justify the amount. They could also, to the same end, invoke the insignificant amount of the repayment of those costs which are a priori not inherent in the settlement of the dispute, showing that that amount is insufficient to constitute a significant inducement to accept the clauses restricting competition stipulated in the settlement agreement (see paragraph 280 above).

- The final liquidated damages

**684**Contrary to the applicants' submissions, the Commission rightly considered that the final liquidated damages represented a payment made to Teva in exchange for its commitment not to compete with Servier (recital 1588 of the contested decision) and, accordingly, an inducement to accept a non-marketing obligation. The Commission rightly considered that the exclusive purchasing and non-termination clauses of the Teva agreement amounted to the imposition of a non-marketing obligation excluding Teva from the market (see paragraph 671 above) and, since Clauses 1.8 and 3.8.3 of the agreement provided for the payment of liquidated damages of GBP 500 000 per month in the event that Servier failed to supply the product and that market exclusion thus materialised, the liquidated damages clearly constitute the quid pro quo for Teva's not entering the market.

**685**In that respect, the applicants' argument that the liquidated damages are a traditional contractual arrangement in English law and reflect what could have been granted by a court for non-compliance with a supply obligation must be rejected as irrelevant. The existence of an inducement may be inferred in the present case from the fact that the payment was made, not in order to compensate for costs inherent in the settlement agreement or in the performance of a normal supply agreement, but as a quid pro quo for Teva's not entering the market as provided for in the abovementioned clauses, irrespective of the legal mechanism used to achieve that quid pro quo and of whether that quid pro quo corresponds to the damages that a court would have granted (see paragraphs 680 and 681 above).

**686**Nor is the applicants' comparison with the Commission's assessment relating to the Lundbeck-Neolab agreements (see paragraphs 394 to 398 above) capable of calling into question the nature of the final liquidated damages as an inducement.

- The lump sum

**687**The arguments put forward by the applicants as regards the lump sum, provided for in Clause 10.1 of the Teva agreement, do not call into question the Commission's finding of an inducement.

**688**It should be noted, in that respect, that Clause 10.1 of the Teva agreement stipulates as follows:

„Servier shall, subject to receipt of an appropriate invoice from Teva, pay or procure that one of its Affiliates shall pay, Teva [GBP] 5 000 000 ... within 10 Working Days of receipt of Teva's invoice. Such invoice may be raised on signature of this Agreement and will be due immediately, always provided that Servier shall have 10 Working Days to make payment. Such payment shall be a contribution towards the costs incurred by Teva in preparing to enter into this Agreement, including without limitation the costs of terminating its supply arrangements for the United Kingdom.’

**689**In the contested decision, the Commission found, as a preliminary point, that no specific amount had been reported by Teva ex post for the various costs alleged to have been compensated by the lump sum, with the exception of legal costs of less than EUR 100 000 for the litigation brought by Ivax against Servier in the United Kingdom (recitals 1594 and 1597). It nevertheless evaluated the other costs liable, in its view, to fall within the scope of Clause 10.1 of the Teva agreement, including those corresponding to the value of Teva's perindopril stock that had to be destroyed and to Teva's perindopril development costs, and found that they represented in total less than 40% of the lump sum (recitals 1596 to 1599 of the contested decision).“

**690**It follows that the Commission considered that, even though some of the costs covered by Clause 10.1 of the Teva agreement could be regarded as inherent in the settlement of the dispute between the applicants and Teva, the latter had not quantified the costs in question, nor a fortiori established the amount of those costs, with the exception of legal costs that had been quantified, but in an approximate way and without establishing the amount of those costs. In the contested decision, the Commission referred to the fact that Teva only 'reported' (recital 797) or 'submitted' (recital 1597) legal costs of 'less than EUR 100 000' and confirmed, in response to a question asked at the hearing, that Teva had not submitted any evidence with its estimated figure.

**691**The applicants do not put forward any argument, nor a fortiori adduce any evidence, such as the 'appropriate invoice' mentioned in Clause 10.1 of the agreement, capable of calling into question the Commission's analysis in that respect.

**692**First, the applicants merely refer to 'the destruction of stock' and indicate its value. However, compensation for the value of stock to be destroyed cannot, a priori, be described as costs inherent in a settlement (see paragraphs 280 and 683 above).

**693**In any event, the applicants fail to establish the value of that stock. On the one hand, the amount in euros claimed by them does not correspond to the amount in pounds sterling referred to in the contested decision (recital 1596), having regard to the exchange rate used by the Commission (see, in particular, footnote 4109 of the contested decision). On the other hand, and above all, the applicants adduce no evidence in support of their

claim other than their own statements and those of Teva in reply to the statement of objections, as well as a document from Teva making no reference to any specific figure. Thus, even if it were to be considered that, in the present case, payment of the value of the stock of Teva products to be destroyed was inherent in the Teva agreement, in that that destruction was provided for by that agreement (Article 2.2), that payment could not, in the absence of evidence of its amount, avoid being classified as an inducive payment (see paragraph 683 above).

**694**The applicants refer, secondly, to the sum of GBP 1 million which Teva contemplated having to pay to one of its commercial partners as a result of the termination of the commercial partnership in question. In addition to the fact that the sums to be paid by the generic undertaking to third parties by reason of the termination of ongoing contracts are not a priori costs inherent in a settlement (see paragraph 683 above), it may be noted that the alleged amount is nowhere set out in the contract in question annexed to the application.

**695**Although the applicants claim, thirdly, that the initial amount corresponded to the damages which they would have had to pay Teva in the event that an injunction was wrongly granted and which they would have avoided paying by virtue of the Teva agreement, it must be noted that, by that allegation, the applicants seek, in essence, to prove that the lump sum was justified by comparing that sum to the amount of costs of a different nature which are not covered by Article 10.1 of the agreement. That provision - although drafted in a non-restrictive manner - is limited to the 'costs incurred by Teva' and does not include costs incurred or avoided by the applicants. By their allegation, the applicants also confuse the issue whether the lump sum is justified in the light of the settlement, which is the only settlement at issue in the present case, and the issue of the proportionality of that amount; the proposed comparison might in certain circumstances be relevant for assessing the latter. However, it should be noted that they are two separate assessments that the Commission must carry out in turn. Thus, it is for the Commission, when assessing the restrictive nature of a patent dispute settlement involving a value transfer, to examine, in the first place, whether the costs covered by the value transfer are justified in the light of the settlement and, in particular, whether the value transfer corresponds to the established amount of costs which may by their very nature be regarded as inherent in the settlement, then, in the second place, if it considers those costs are justified, to verify that the amount of those costs is not disproportionate in view of, inter alia, the type of costs concerned (see paragraphs 681 and 682 above).

**696**It should also be noted that, even if the proposed comparison were relevant for the purpose of ascertaining whether the lump sum was justified in the light of the settlement, the applicants have not provided any assessment of the costs allegedly avoided. They merely refer to substantial damages in the event of a decision against them in the substantive proceedings which follow the grant of an injunction in their favour.

**697**Finally, in so far as the applicants maintain, fourthly, that the initial amount was intended to 'secure' the exclusive purchasing clause (see paragraph 628 above), it must be concluded that they regard that amount as a quid pro quo for that clause and thus, essentially acknowledge that it is an inducement, since that clause has been interpreted as imposing a non-marketing obligation on Teva (see paragraphs 684 and 685 above).

**698**It follows that the Commission validly found, in the contested decision (recitals 1608 and 1622), that the Teva agreement contained an inducement for Teva to accept the non-marketing and non-challenge clauses set out in that agreement, and the Commission was not also required to ascertain, as the applicants maintain (see paragraph 628 above), whether those clauses would have been less restrictive in scope in the absence of that inducive payment. A finding that there was an inducement to accept non-marketing and non-challenge clauses requires only the existence of such clauses - irrespective of whether they are more or less restrictive in scope - and an analysis of the costs covered by the transfer of value in question (see paragraphs 680 and 681 above).

**699**The existence of that inducement is not capable of being called into question by the applicants' allegation that the Commission wrongly 'conflated' the initial amount and the final liquidated damages in order to infer 'a net value transfer for the amount of GBP 10.5 million'. Admittedly, as the applicants rightly point out, unlike the initial amount determined by Clause 10.1 of the Teva agreement, the amount of the final liquidated damages results from the implementation of the Teva agreement, in particular from the applicants' failure to supply Teva, and not, with respect to an amount of GBP 5.5 million thereof, from the relevant clause of the agreement providing solely for monthly compensation of GBP 500 000. However, although it may be inferred that the amount of GBP 10.5 million corresponds to the amount of the transfer of value actually paid to Teva and not to the amount of the transfer of value arising solely from the clauses of the Teva agreement, the fact remains that, for the same reasons as those that led to the conclusion that the initial amount and the monthly compensation of GBP 500 000 were an inducement, the full amount of that actual transfer also constitutes an inducement.

**700**It follows that, in view of the foregoing (see, in particular, paragraphs 265 to 271 above), the Commission rightly inferred from the finding of that inducement, the two parts of which were provided for in the Teva agreement, that that agreement restricted competition by object.

**701**That conclusion is not called into question by the alleged distortion of the objective of the Teva agreement and of the intentions of the parties to that agreement.

**702**The applicants' allegation that the parties to the Teva agreement lack anticompetitive intent and that the agreement pursues legitimate objectives, including inter alia Teva's early entry - or even entry as the first generic company - to the United Kingdom market, is not capable of calling into question either the existence of an inducive benefit or the competition-restricting nature of the non-marketing and non-challenge clauses in the Teva agreement (see also paragraph 669 above). Consequently, even if the arguments in question had an established factual basis, they would not be capable, in any event, of invalidating the Commission's finding that the Teva agreement constituted a restriction by object.

**703**It should also be added that the parties' intention is not a necessary factor in determining whether a type of coordination between undertakings is restrictive (see paragraph 222 above).

**704**In addition, since the Teva agreement contained non-marketing and non-challenge clauses, the inherently restrictive nature of which has not been validly called into question, and since the Commission found that there was an inducement, it could correctly regard the Teva agreement as a market exclusion agreement, which thus pursued an anticompetitive objective. According to settled case-law, the mere fact that

an agreement also pursues legitimate objectives is not enough to preclude the classification of that agreement as a restriction of competition by object (see paragraph 222 above).

(iii) The alternative complaint concerning the duration of the infringement

**705**The applicants criticise the Commission for having fixed the start of the infringement alleged against them based on the Teva agreement on the date that that agreement was concluded (13 June 2006), instead of on the date on which Teva obtained the marketing authorisation in the United Kingdom (12 December 2006) (see paragraph 641 above).

**706**It should be recalled, in that regard, that, on the one hand, the examination of conditions of competition and the restrictions imposed on that competition must be based not only on existing competition between undertakings already present on the market but also on potential competition between those established undertakings and other undertakings not yet present on the market (see judgment of 29 June 2012, E.ON Ruhrgas and E.ON v Commission, T-360/09, ECLI:EU:T:2012:332, paragraph 85 and the case-law cited) and that, on the other hand, the Commission rightly found that Teva was a potential competitor of the applicants on the date that the Teva agreement was concluded (see paragraph 614 above), even though it did not have a marketing authorisation on that date (see paragraphs 478 and 599 above). It follows that the Commission did not err in considering that competition was restricted as soon as the Teva agreement was concluded on 13 June 2006 and that the infringement alleged against the applicants on the basis of that agreement started on that date.

**707**The complaint criticising the Commission's assessment of the duration of the infringement found to have occurred on the basis of the Teva agreement must therefore be rejected, as must the plea alleging errors of law and of assessment in classifying the Teva agreement as a restriction by object.

(c) Errors of law and of assessment in relation to the classification of the Teva agreement as a restriction of competition by effect

**708**The applicants maintain that the Commission made various errors of law and of assessment in relation to the classification of the Teva agreement as a restriction of competition by effect.

**709**It is appropriate, in applying mutatis mutandis the considerations set out in paragraphs 566 to 570 above, to reject the present plea as ineffective.

8. The agreement concluded with Lupin

(a) The status of Lupin as a potential competitor

...

(b) Errors of law and of assessment in relation to the classification of the agreement concluded with Lupin as a restriction of competition by object

(1) Arguments of the parties

...

(2) Findings of the Court

**787**As regards the plea relating to the actual finding of the infringement, it is necessary to examine, in the first place, the applicants' arguments seeking to call into question the two conditions for a finding of a restriction by object, that is to say an inducement in the form of a benefit for the generic company and the corresponding limitation of its efforts



to compete with the originator company. It will next be necessary to consider whether the Commission could properly conclude that there was an infringement. Finally, it will be necessary to ensure that the Commission did not err in the definition of the scope *ratione materiae* of that infringement.

**788**As regards the plea relating to the duration of the infringement, on which the applicants relied in the alternative, it will be examined last.

(i) The absence of an inducive benefit

**789**It follows from Article 2 of Regulation No 1/2003 and from settled case-law that, in the field of competition law, where there is a dispute as to the existence of an infringement, it is incumbent on the Commission to prove the infringements found by it and to adduce evidence capable of demonstrating to the requisite legal standard the existence of the circumstances constituting an infringement (judgments of 17 December 1998, *Baustahlgewebe v Commission*, [C-185/95 P](#), [ECLI:EU:C:1998:608](#), paragraph 58, and of 8 July 1999, *Commission v Anic Partecipazioni*, [C-49/92 P](#), [ECLI:EU:C:1999:356](#), paragraph 86; see, also, judgment of 12 April 2013, *CISAC v Commission*, [T-442/08](#), [ECLI:EU:T:2013:188](#), paragraph 91 and the case-law cited).

**790**In that context, any doubt on the part of the Court must operate to the advantage of the undertaking to which the decision finding an infringement was addressed. The Court cannot therefore conclude that the Commission has established the infringement in question to the requisite legal standard if it still entertains any doubts on that point, in particular in proceedings for annulment of a decision imposing a fine (see judgment of 12 April 2013, *CISAC v Commission*, [T-442/08](#), [ECLI:EU:T:2013:188](#), paragraph 92 and the case-law cited).

**791**It is necessary to take into account the principle of the presumption of innocence resulting in particular from Article 48 of the Charter of Fundamental Rights. Given the nature of the infringements in question and the nature and degree of severity of the penalties which may ensue, the presumption of innocence applies, *inter alia*, to the procedures relating to infringements of the competition rules applicable to undertakings that may result in the imposition of fines or periodic penalty payments (see judgment of 12 April 2013, *CISAC v Commission*, [T-442/08](#), [ECLI:EU:T:2013:188](#), paragraph 93 and the case-law cited).

**792**In addition, account must be taken of the non-negligible stigma attached to a finding of involvement in an infringement of the competition rules for a natural or legal person (see judgment of 12 April 2013, *CISAC v Commission*, [T-442/08](#), [ECLI:EU:T:2013:188](#), paragraph 95 and the case-law cited).

**793**Thus, the Commission must show precise and consistent evidence in order to establish the existence of the infringement and to support the firm conviction that the alleged infringement constitutes a restriction of competition within the meaning of Article 101(1) TFEU (see judgment of 12 April 2013, *CISAC v Commission*, [T-442/08](#), [ECLI:EU:T:2013:188](#), paragraph 96 and the case-law cited).

**794**It is not necessary for every item of evidence produced by the Commission to satisfy those criteria in relation to every aspect of the infringement. It is sufficient if the set of *indicia* relied on by the Commission, viewed as a whole, meets that requirement (see judgment of 12 April 2013, *CISAC v Commission*, [T-442/08](#), [ECLI:EU:T:2013:188](#), paragraph 97 and the case-law cited).

**795**The existence of an anticompetitive practice or agreement must sometimes even be inferred from a number of coincidences and indicia which, taken together, may, in the absence of another plausible explanation, constitute evidence of an infringement of the competition rules (judgment of 7 January 2004, *Aalborg Portland and Others v Commission*, C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P and C-219/00 P, ECLI:EU:C:2004:6, paragraph 57).

**796**For example, although parallel behaviour may not by itself be identified with a concerted practice, it may however amount to strong evidence of such a practice if it leads to conditions of competition which do not correspond to the normal conditions of the market (judgment of 14 July 1972, *Farbenfabriken Bayer v Commission*, 51/69, ECLI:EU:C:1972:72, paragraph 25).

**797**Likewise, the presence of a 'side deal' - the expression used by the Commission in recital 1190 of the contested decision - may constitute, as regards the settlement of a patent dispute, a strong indication of the existence of an inducement and, consequently, of a restriction of competition by object (see paragraphs 265 to 273 above).

**798**It should be explained in that respect that a side deal is a normal commercial agreement linked to a settlement agreement which contains clauses which are by themselves restrictive (see paragraph 257 above). Such a link exists, in particular, where the two agreements are concluded on the same day, where they are legally linked, the binding nature of one of the agreements being conditional upon the conclusion of the other agreement, or where, in the light of the context in which they are concluded, the Commission is able to establish that they are indissociable. It may be added that, the shorter the time between the conclusion of each agreement, the easier it will be for the Commission to establish that indissociable nature.

**799**It should also be noted that the fact that the settlement agreement and the side deal are concluded on the same day or that there is a contractual link between them is an indication that those agreements form part of a single contractual framework. If those agreements were not concluded on the same day (and if there were no contractual link between them), one of the parties to the negotiation would grant the other party everything it wants without any certainty of ultimately obtaining the expected quid pro quo. That temporal or legal link between the two agreements is also an indication that they were negotiated together.

**800**The side deal is a normal commercial agreement that could exist independently without the settlement of a dispute being at issue. Likewise, the conclusion of a settlement agreement does not require the concurrent conclusion of a commercial agreement. Thus, the two agreements do not need to be linked. Moreover, that linkage cannot be justified by the settlement of a dispute, because the purpose of the side deal is not to reach such a settlement but rather to carry out a commercial transaction.

**801**In addition, a side deal involves value transfers, of a financial or non-financial nature, between the parties. It may involve, in particular, the transfer of value from the patent holder to the generic company.

**802**There is therefore a risk that the linking of a commercial agreement with a settlement agreement containing non-marketing and non-challenge clauses, which are, by themselves, restrictive of competition (see paragraph 257 above), is actually intended - under the guise of a commercial transaction, taking the form, as the case may be, of a

complex contractual arrangement - to induce the generic company to accept those clauses, through a value transfer provided for in the side deal.

**803**Consequently, the fact that a commercial agreement, which does not normally have the settlement of a dispute as its subject matter (see paragraph 800 above), and which serves as a vehicle for a transfer of value from the originator company to the generic company, is, in the circumstances set out in paragraph 798 above, linked with a settlement agreement containing competition-restricting clauses is a strong indication of the existence of a reverse payment (see paragraph 264 above).

**804**However, the strong indication referred to in the preceding paragraph is not sufficient and the Commission must therefore support it with other consistent evidence justifying the conclusion that there is a reverse payment. Such a payment, in the specific context of side deals, corresponds to the part of the payment made by the originator company which exceeds the 'normal' value of the asset traded (or, as the case may be, to the part of the 'normal' value of the asset traded which exceeds the payment made by the generic company).

**805**It should be noted, in that respect, that the Commission, relying on various indicia, including the fact that Lupin gave no guarantee that a patent would be granted, that it would be valid or that the products or processes claimed would be non-infringing (Clause 2.2(a) of the Lupin agreement), stated twice in the contested decision that the acquisition of Lupin's technology had not been negotiated 'at arm's length' (recitals 1950 and 1952).

**806**It should be noted that the concept of 'normal competitive conditions', which is similar to that of 'arm's length', even though it is not used in relation to agreements, decisions and concerted practices, is not alien to competition law, since it is used in the particular field of State aid in order to determine whether a State has acted like a private investor (judgment of 2 September 2010, *Commission v Scott*, C-290/07 P, ECLI:EU:C:2010:480, paragraph 68), that is to say, whether the advantage granted to the undertakings in question constitutes the normal remuneration for a quid pro quo obtained by the State. That concept may therefore constitute, by analogy, a relevant reference parameter when determining whether two companies that concluded a commercial transaction did so on the basis of economic considerations limited to the economic value of the asset traded, for example to its prospects of profitability, and, thus, at arm's length.

**807**Where there are indicia or evidence put forward by the Commission in order to support a finding that the side deal was not concluded at arm's length, the parties to the agreements may present their version of the facts, supporting their claims with the evidence that they are able to provide and which permits the conclusion that the commercial agreement, although linked to the settlement agreement, is justified by reasons other than the exclusion of a competitor by means of a reverse payment. The parties to the agreements may thus argue that the side deal was concluded at arm's length by adducing relevant evidence concerning, for example, the industrial and commercial practices in the sector or the particular circumstances of the case.

**808**In the light of all the evidence available to it and, as the case may be, the lack of an explanation or the lack of a plausible explanation from the parties to the agreements, the Commission may be justified in finding, following an overall assessment, that the side deal was not concluded at arm's length, that is to say that the payment made by the originator company exceeds the value of the asset traded (or that the value of the asset transferred to the generic company exceeds the payment made by the latter). The

Commission may thus conclude that there is a reverse payment (see paragraph 804 above).

**809A** reverse payment, if it is not intended to compensate for costs inherent in the settlement, therefore constitutes an inducive benefit (see paragraphs 265 and 278 to 280 above). That is the case where the purpose of a side deal is not to settle a dispute but rather to carry out a commercial transaction (see paragraph 800 above).

**810** However, the parties to the agreement may still argue that the benefit in question is insignificant, if the amount of that benefit is insufficient to be regarded as a significant inducement to accept the competition-restricting clauses set out in the settlement agreement (see paragraph 280 above).

**811** The specific circumstances of the present case must be examined in the light of the foregoing considerations.

**812** It should be noted that Servier and Lupin concluded, on the same day, a settlement agreement containing non-marketing and non-challenge clauses and a technology assignment agreement by which Servier purchased from Lupin three patent applications filed by the latter. Moreover, those two agreements were concluded in the form of a single agreement. The link between the two agreements is therefore clear.

**813** In addition, the assignment agreement served as a vehicle for a transfer of value from Servier to Lupin.

**814** It follows from paragraphs 812 and 813 above that the assignment agreement constituted a side deal which served as a vehicle for a transfer of value from the originator company to the generic company. It is a strong indication that the transfer of value in question is not merely the quid pro quo for the asset transferred under the side deal, but also involves a reverse payment (within the meaning of that expression in relation to side deals).

**815** Moreover, it is common ground that Servier paid Lupin EUR 40 million under the assignment agreement, which is a significant amount in absolute terms, as the Commission correctly noted in recitals 1871 and 1947 of the contested decision.

**816** That amount exceeded the profits that Lupin could expect from its independent market entry during the first two to three years of marketing, as the Commission rightly found in recital 1974 of the contested decision.

**817** It is also common ground that the amount in question was greater than the investments made by another comparable generic company, for the purposes of developing its own perindopril, as highlighted by the Commission in recital 1962 of the contested decision. That piece of evidence, relied on by the Commission, is particularly relevant, contrary to the applicants' submissions.

**818** It should be added that Lupin did not transfer patents, but mere patent applications. In addition, it was expressly stipulated in the Lupin agreement that Lupin gave no assurance that a patent would be granted, that it would be valid or that any product or process claimed would be non-infringing (Clause 2.2(a) of the Lupin agreement).

**819** Lastly, it is common ground that although, in their replies to the statement of objections, Servier and Lupin both denied that the settlement depended on the terms of the assignment of the patent applications, Lupin had previously stated that the assignment of those applications was an integral part of the discussions concerning the

settlement of the dispute. It had also described the payments received as 'settlement monies' or 'settlement sums' (recital 1937 of the contested decision).

**820** However, the applicants have not adduced any specific evidence to show that the acquisition of Lupin's patent applications for EUR 40 million could reasonably be regarded as a profitable investment (see, to continue the analogy with the concept of a 'private investor in a market economy' begun in paragraph 806 above, paragraph 84 of the judgment of 12 December 2000, *Alitalia v Commission*, T-296/97, ECLI:EU:T:2000:289, in which it is stated that the conduct of a private investor in a market economy is guided by prospects of profitability) or, at the very least, as being such as to generate, for the acquirer of those applications, income capable of compensating for the high cost of acquiring them.

**821** Admittedly, the applicants refer, albeit in scant detail, to the existence of transactions which, in their view, are comparable to the assignment agreement concluded with Lupin. Those transactions were, however, agreements to which the applicants were parties and may therefore only on an ancillary basis serve as a reference for the purpose of establishing that a transaction was carried out at arm's length. Moreover, some of those transactions have been classified as an infringement of competition law by the Commission. Lastly, the applicants do not establish that the technology transferred in the context of those various transactions was equivalent to that at issue in the assignment agreement.

**822** It is true that the applicants also refer, in that regard, to the opinion of a person who describes himself as an intellectual property consultant. However, that person himself states that he drew up his opinion on behalf of Servier. This necessarily limits the probative value of such an opinion. Most importantly, the conclusion of that opinion ('I therefore consider that the purchases are within the limits of a company's normal practice') and the evidence upon which that conclusion is based are too general to establish that the transfer of value in question corresponded to a transaction carried out at arm's length. Moreover, the transactions serving as a reference are again transactions in which Servier was involved and which, in some cases at least, have been regarded by the Commission as infringements of competition law.

**823** Furthermore, even if it were established, as the applicants maintain, that Servier's patent and production or other departments regarded Lupin's technology as 'interesting', that fact would nevertheless not support a finding that the transfer of value in question corresponded to a transaction carried out at arm's length.

**824** Likewise, even assuming that 'the price was negotiated from the initial claims until a level acceptable to both parties was reached', this nevertheless would not support a finding that the value transfer at issue corresponded to a transaction carried out at arm's length.

**825** Thus, the evidence produced by the applicants does not justify, even taken into account cumulatively, the conclusion that the value transfer at issue corresponded to a transaction carried out at arm's length.

**826** In that respect, it should be noted that the Commission, relying, inter alia, on the case-law cited in paragraph 795 above (recital 1940 of the contested decision), considered that 'neither Servier nor Lupin were able to provide a plausible description of the factors determining how the final sum of EUR 40 million [had been] reached' (recital

1955 of the contested decision). The Commission also stated, in recital 1944 of the contested decision, that it was entitled to draw inferences from 'a situation where potential exculpatory evidence [could] only come from the parties themselves', and that 'the parties [were] unable to produce such evidence despite several requests [for] information'. It added, in recital 1964 of the contested decision, that 'Servier [had been] unable to produce any contemporaneous documents that would be informative as to the amount of savings expected from acquiring Lupin's technology'. Lastly, it concluded, having regard, inter alia, to 'the absence of evidence' of Servier's commercial interest in the technology transferred by Lupin, that the transfer of value under the assignment agreement represented a significant inducement (recital 1978 of the decision).

**827**In view of all of the evidence discussed before the Court, it must be concluded that the Commission established the existence of a reverse payment which was not inherent in the settlement agreement at issue (see paragraph 809 above) and was therefore an inducement.

**828**Lastly, it must be noted, in view of the considerations set out in paragraphs 815 to 827 above, that it has not been established that the benefit in question is insignificant, that is to say, of an amount insufficient to be regarded as a significant inducement to accept the anticompetitive clauses contained in the settlement agreement (see paragraph 810 above).

(ii) The absence of a limitation of the generic company's efforts to compete with the originator company

**829**In the present case, the Lupin agreement contains non-marketing and non-challenge clauses, which, as noted in paragraph 257 above, are, by themselves, restrictive of competition.

**830**The applicants submit however that the non-marketing and non-challenge clauses in the Lupin agreement are in no way restrictive of competition, in view of the manner in which other clauses in the agreement limit that restrictiveness. It is necessary to examine the validity of that assertion.

**831**As a preliminary point, it must be noted that the products covered by the Lupin agreement are defined in recital A of that agreement, which refers to 'pharmaceutical products containing, as an active ingredient, perindopril tert-butylamine (also known as perindopril erbumine) and any salt thereof ("the Products")'.

**832**Even though recital A of the Lupin agreement refers to ongoing litigation which, at the European level, only concerns the 947 patent, as is apparent from recitals B and D of that agreement, that clause, in view of its wording, does not appear to refer only to products containing perindopril erbumine in its alpha form, that is to say those covered by the 947 patent, but rather all products containing erbumine, regardless of its form.

**833**In addition, the expression 'any salt thereof' is ambiguous. On the one hand, from a grammatical perspective, the term 'thereof' refers more obviously to perindopril tert-butylamine, that is to say erbumine, than to perindopril in its entirety, since the latter is not mentioned, as such, in that part of the sentence. On the other hand, it is not disputed that erbumine is a salt, with the result that the term 'thereof' should not refer to erbumine, but, more generally, to perindopril in its entirety.

**834**Consequently, it is difficult to determine, in view of the wording of the clauses of the agreement, whether the products covered by that agreement are limited to the alpha

form of erbumine or also include other forms of erbumine, or even other salts of perindopril.

**835**In that context of uncertainty, it must be verified whether the scope of the non-marketing and non-challenge clauses was limited to the extent that these clauses were no longer restrictive.

**836**In the first place, the restrictive nature of the non-challenge clause is clear, since Clause 1.3 of the Lupin agreement stipulates that:

'Following the date of this Agreement Lupin shall not directly or indirectly seek or assist or procure any third party to revoke, invalidate or otherwise challenge the Patents or any patent owned by Servier or its affiliates covering the Products in any country other than [a specific non-EEA Member State].'

**837**In addition, it is apparent from the separate terms 'the Patents' and the 'Servier Patents', defined respectively in recital D and Clause 1.3 of the Lupin agreement, that that provision applies not only to the patents referred to in recitals B, C and D (including the 947 patent), which were the subject of litigation between Lupin and Servier, but also, at least potentially, to a series of patents which were not identified by name and which protect the products covered by the agreement.

**838**In the second place, as regards the scope of the non-marketing clause, Clause 1.6 of the Lupin agreement prohibits Lupin from marketing the products referred to in the agreement.

**839**It is apparent, however, from the terms of Clause 1.6 of the Lupin agreement that, where the circumstances set out in Clause 4.1 of that agreement apply, Lupin may sell or offer for sale products supplied by Servier or its own products. Clause 4.1 sets out the circumstances in which Servier is required to sell its products to Lupin. Three scenarios are envisaged in that provision.

**840**In the first scenario, Lupin may enter one of the national markets covered by the agreement if some of Servier's products are marketed by a third party in that market. In the second scenario, Lupin may enter such a market if Servier's patent application is rejected or if its patent expires, is declared invalid or is revoked. Lastly, in the third scenario, Lupin may enter such a market if a generic product not produced by Servier is sold on that market - unless Servier has applied for an injunction and that application has not been rejected - and the generic medicinal product is not being sold in breach of an injunction applying in that market.

**841**Thus, in essence, the market entry of Lupin, including with its own products (see paragraph 839 above), is possible in two cases.

**842**First, Lupin may enter the market if Servier authorises the sale of its products by a third party, decides not to submit a patent application or decides not to apply for an injunction, that is to say in circumstances that depend on a discretion on the part of Servier over which Lupin has no influence. In this first case, the application of the circumstances set out in Clause 4.1 of the Lupin agreement cannot be regarded as calling into question, by itself, the restrictive nature of the non-marketing clause (see paragraph 257 above) or, a fortiori, as facilitating Lupin's market entry.

**843**Secondly, Lupin may enter the market if Servier's patents do not allow it to oppose that entry. In that case, Clause 4.1 of the Lupin agreement does not allow Lupin to make an early market entry in relation to the effects of a patent that is still valid or enforceable.

It merely reflects the absence of a valid or enforceable patent, thus avoiding a situation in which the non-marketing clause would be devoid of any link with such a patent and would then clearly show a sufficient degree of harm to the proper functioning of normal competition for it to be classified as a restriction by object (see paragraph 877 below). In this second case, the application of the circumstances set out in Clause 4.1 cannot therefore be regarded as calling into question, by itself, the restrictive nature of the non-marketing clause (see paragraph 257 above) and, a fortiori, as facilitating Lupin's market entry.

**844**The non-marketing clause must therefore be held to be restrictive, despite the provisions of Clause 4.1 of the Lupin agreement.

**845**The above conclusion is not called in question by the other arguments put forward by the applicants.

**846**First, the applicants submit that the agreement allowed Lupin to enter the market early, that is to say before the date on which the validity of the 947 patent was expected to come to an end. According to the applicant, such early entry reduces or even neutralises the competition-restricting nature of a non-marketing clause.

**847**It should be noted that, even though that interpretation is not evident due to the complex wording of Clause 1.6 of the Lupin agreement, it could be accepted that that clause, read in conjunction with Clause 4.1(c) of the same agreement, allows the market entry of Lupin with its own products where a generic 'Product' which is not produced by Servier has entered the market without breaching an injunction (and, moreover, where an application for an injunction lodged by Servier is not currently under examination).

**848**Since the term 'Product', as set out in Clause 4.1(c) of the Lupin agreement, begins with an upper-case letter, it must be understood within the meaning of the definition given in recital A of that agreement, where that term is defined with an upper-case first letter (see paragraph 831 above).

**849**In the light of recital A of the Lupin agreement, which seems to refer to products containing erbumine, regardless of its form (see paragraph 832 above), Clause 4.1(c) of that agreement could be interpreted, where it refers to products which are not sold in breach of an injunction, as referring to products containing forms of erbumine other than the alpha form. Thus, the agreement could be interpreted as authorising Lupin to enter the market after a third party has entered the market with generic perindopril containing a non-alpha form of erbumine.

**850**In addition, the ambiguous wording of recital A of the Lupin agreement also creates uncertainty as to whether Clause 4.1(c) of that agreement could be interpreted, where it refers to products which are not sold in breach of an injunction, as also referring to products not containing erbumine (see paragraph 833 above). That could then lead to the conclusion that the agreement authorised Lupin to enter the market after a third party has entered the market with any generic perindopril in the form of a salt, including a salt other than erbumine.

**851**It may therefore be concluded that the agreement provided for the market entry of Lupin, with its own products, before the expected end date of the validity of the 947 patent, since any marketing by a third party of products which do not contain the alpha form of erbumine - because it could not breach an injunction protecting that patent - would in turn allow Lupin to enter the market with its own products.



**852** However, because of the uncertainties surrounding the scope of Clauses 1.6 and 4.1 of the Lupin agreement, set out in paragraphs 846 to 850 above, Lupin could fear that the non-marketing clause would continue to apply after a third party had entered the market with generic perindopril composed of a non-alpha form of erbumine or generic perindopril not composed of erbumine. That doubt was such as to deter it from entering the market. There was additional uncertainty due to the fact that, even if the term 'Product' were interpreted broadly (as covering any salt of perindopril), Servier could nevertheless apply for an injunction, even in respect of a product which clearly did not infringe any of its patents, in particular the 947 patent, which would effectively prevent the application of Clause 4.1(c) of the Lupin agreement until that application was rejected.

**853** In that regard, it may also be noted that, as regards the French market, the parties exchanged several letters concerning whether Sandoz's entry to the market allowed Lupin to enter the market in turn. In a letter of 17 March 2009, Lupin thus asked Servier whether it was opposed to Lupin's entry to the French market. By a letter of 31 March 2009, Servier merely stated that Sandoz's product did not infringe any of its patents. As a result of that response, Lupin felt compelled to request, by letter of 3 April 2009, clarifications from Servier. It wrote, inter alia, the following:

'Lupin does not think that Servier has any valid reason to oppose the sale by Lupin of its perindopril erbumine product in France to its local partner(s) or the resale of that product by that/those French partner(s). Your letter of 31 March 2009 does not clearly indicate whether Servier disagrees with any of those points. If Servier disagrees, please provide a full explanation of Servier's position by 9 April 2009 by close of business.'

**854** Accordingly, the very existence of Lupin's letters and the content of the last of them reveal its uncertainties as to its ability to enter the French market without infringing the agreement.

**855** Consequently, the non-marketing clause must be found to be restrictive irrespective of the interpretation given to recital A of the Lupin agreement, especially since the uncertainties arising from the complexity of an agreement or the ambiguity of its wording must not allow the parties to avoid liability as regards competition law.

**856** Even if the interpretation of the agreement presented in paragraph 851 were accepted, the hypothetical nature of the events mentioned at the end of paragraphs 849 and 850 above - that is to say the marketing of a generic product by a third party - precludes the conclusion that the restrictive nature of the non-marketing clause is neutralised and that therefore there is no infringement in that respect. It is necessary to distinguish between, on the one hand, the issue of the very existence of the infringement, which cannot be called into question by the mere possibility that future events may occur, and, on the other hand, that of the duration of the infringement, which may depend on the actual occurrence of such events.

**857** In addition, the early entry of Lupin depends, in any event, on the marketing of a generic product by a third party, that is to say a circumstance which is both unconnected with the parties to the agreement and uncertain. That entry is therefore not the result of a clear choice of those parties on which they could rely in order to establish that the agreement between them - and, in particular, the non-marketing clause in that agreement - is not restrictive of competition.

**858**Secondly, it is true that the Lupin agreement provides in Clause 4.2 for the future conclusion of a supply agreement between the parties. However, the implementation of such an agreement depends on the occurrence of one of the circumstances envisaged in Clause 4.1 of the Lupin agreement. Since, as has just been indicated, the implementation of that latter clause does not justify the conclusion that the non-marketing clause is not restrictive, the same is true of the supply agreement mentioned in Clause 4.2.

**859**In addition, it may be observed that no supply agreement has been concluded between the parties. Furthermore, the Lupin agreement did not provide that failure to adopt a supply agreement would have significant legal consequences for the parties, such as, for example, termination of the Lupin agreement as a whole or of the non-marketing and non-challenge clauses in it. Thus, even if a supply agreement could be regarded as being likely to facilitate the market entry of a generic company that would be a potential competitor of the originator company, in the present case, the Lupin agreement, which merely provided for a supply agreement in principle, without providing for measures or sanctions to ensure the implementation of that agreement, could not be regarded as facilitating Lupin's market entry.

**860**Admittedly, it is clear from Clause 4.2 of the Lupin agreement that the supply agreement was supposed to enable the application of Clause 4.1 of the Lupin agreement, which stipulated an 'irrevocable' commitment on Servier's part to supply the 'Products', within the meaning of the agreement, to Lupin. However, the binding nature of Servier's commitment must be put in perspective in the light of the considerations set out in paragraph 859 above.

**861**Thirdly, although the applicants maintain that an interpretation of Clause 1.3 of the Lupin agreement as meaning that the non-challenge clause applies beyond the 947 patent alone must lead to the conclusion, under Clause 1.7 of that agreement, that Lupin had a free licence over all those patents, that claim is erroneous in the light of the terms of Clause 1.7, as translated into the language of the case by the applicants and according to which:

'In order to avoid any confusion, this agreement does not grant Lupin any right or licence, in any jurisdiction, over the Servier Patents, it being understood that neither Servier nor its subsidiaries, licensees and/or assignees of the Servier Patents will exercise their rights over the Servier Patents in connection with Lupin's exercise of its right to sell the Products manufactured by Lupin/Lupin (Europe) Limited granted under Clause 1.6.'

**862**Indeed, the wording of that stipulation is unclear because of an at least apparent contradiction between the first part of the sentence (this agreement does not grant Lupin any right or licence, in any jurisdiction, over the Servier Patents) and the part which follows (it being understood that neither Servier nor its subsidiaries, licensees and/or assignees of the Servier Patents will exercise their rights over the Servier Patents in connection with Lupin's exercise of its right to sell the Products manufactured by Lupin/Lupin (Europe) Limited granted under Clause 1.6). Moreover, the necessity of the first part of the sentence is not clear, since no stipulation in the agreement suggests that Lupin had a licence for rights other than those relating to the technology which it had assigned to Servier. Furthermore, any understanding of the clause is further complicated by the reference in it to Clause 1.6 of the Lupin agreement, itself referring to Clause 4.1 of that agreement, which lays down the conditions under which Lupin may enter the

market with its own product. Thus, in the light of its wording, Clause 1.7 was likely to give rise to uncertainty which would deter Lupin from entering the market.

**863**Above all, the non-use by Servier of its patent rights against Lupin depends on fulfilment of one of the conditions laid down in Clause 4.1 of the Lupin agreement (to which Clause 1.6 of that agreement refers). To the extent that, as stated in paragraphs 844 and 855 above, the implementation of Clause 4.1 does not support the conclusion that the non-marketing clause is not restrictive, the same applies to the implementation of Clause 1.7 of that agreement, including where the term 'Servier Patents' is understood broadly so as to include patents relating not only to the alpha form of erbumine, but also to other forms of erbumine or even to other perindopril salts.

**864**It follows from the foregoing that the Commission was entitled to conclude that there was a limitation of Lupin's efforts to compete with Servier.

(iii) The absence of infringement

**865**In view of the considerations set out in paragraphs 789 to 864 above, it may be observed that the Commission rightly found both an inducive benefit and a corresponding limitation of Lupin's efforts to compete with Servier.

**866**As noted in paragraph 272 above, in the context of patent dispute settlement agreements, a finding of a restriction of competition by object presupposes that the settlement agreement contains both an inducive benefit to the generic company and a corresponding limitation of the generic company's efforts to compete with the originator company. Where these two conditions are met, it must be found that there has been an inducement.

**867**In the case of a patent settlement agreement containing non-marketing and non-challenge clauses, the inherently restrictive nature of which has not been validly called into question, the existence of an inducement to the generic company to accept those clauses justifies a finding of a restriction by object (see paragraph 273 above).

**868**In the present case, the finding of a significant inducement (see paragraph 828 above) allowed the Commission to find a restriction of competition by object.

**869**Consequently, contrary to the applicants' submissions, the Commission was entitled to find a restriction by object in the contested decision.

**870**However, the applicants, relying on the scope of the non-marketing and non-challenge clauses, criticise, in essence, the Commission's definition of the scope *ratione materiae* of the infringement in the contested decision.

**871**As indicated in paragraph 834 above, it is difficult to determine, in the light of the wording of the clauses of the Lupin agreement, whether the products covered by that agreement were limited to the alpha form of erbumine or whether they also included other forms of erbumine, or even other salts of perindopril.

**872**The scope of the non-marketing clause depends on the definition of the concept of 'Products' used, since both Clause 1.6 of the Lupin agreement and Clause 4.1 thereof, to which Clause 1.6 refers, make reference to that concept.

**873**In addition, as regards the scope of the non-challenge clause, that clause applied not only to the patents referred to in recitals B, C and D of the Lupin agreement (including the 947 patent), but also to a series of patents which were not identified by name and

the determination of which depended on the concept of 'Products', as defined in that agreement (see paragraph 836 above).

**874**As the Commission rightly indicated in the contested decision (recital 1912), the wording of the Lupin agreement generated uncertainty as to the scope of the non-marketing and non-challenge clauses.

**875**Thus, the wording of the Lupin agreement generated doubts as to whether the non-marketing clause could apply to any form of erbumine, or even to salts of perindopril other than erbumine, and whether the non-challenge clause could apply to patents other than the 947 patent, including patents covering products which do not contain erbumine. That doubt was likely to deter Lupin from, on the one hand, entering the market, including with products containing forms of erbumine other than the alpha form, or salts of perindopril other than erbumine, and, on the other hand, from challenging patents covering perindopril containing forms of erbumine other than the alpha form, or salts of perindopril other than erbumine.

**876**It is also appropriate to take into account that the drafting ambiguities in question are contained in an agreement which the Commission rightly found to constitute an infringement of competition law in so far as concerns the non-marketing clause and the non-challenge clause relating to the 947 patent and the products covered by that patent (see paragraph 869 above). Finally, it is common ground that the parties to the agreement had sufficient means to employ the services of capable professionals, even if they had only a short time to do so, in order to limit such ambiguities. In the light of the foregoing considerations, the Commission was entitled to conclude that the scope of the non-marketing clause extended to products not containing erbumine and, a fortiori, containing forms other than the alpha form thereof, and that the scope of the non-challenge clause extended beyond the 947 patent to any patent relating to those products (recitals 1912 and 1918 of the contested decision).

**877**In that respect, it should be noted that the existence of non-marketing and non-challenge clauses whose scope exceeds that of a specifically identified patent and the products covered by it clearly reveals a degree of harm to the proper functioning of normal competition sufficient for their inclusion to be classified as a restriction by object, without it even being necessary to prove, in addition, the existence of an inducement. Those clauses cannot, in that case, be justified in any way by the settlement of a dispute in relation to a patent and their restrictive effects do not overlap with the effects of that patent (see paragraphs 257 to 261 above).

**878**Even if the Commission had wrongly found that the infringement at issue concerned forms of erbumine other than the alpha form protected by the 947 patent, or salts other than erbumine, such an error, in view of the limited and incidental role of that finding in the Commission's reasoning, would not be capable of calling into question the Commission's conclusion concerning the existence of a restriction of competition by object arising from the Lupin agreement. The Commission's reasoning is based in essence on the existence of an inducement which justifies the conclusion - even if the scope of the restrictive clauses of the settlement agreement is limited to the scope of that patent - that the patent was misused (see paragraphs 253 to 274 above).

**879**It follows from all the foregoing that the applicants' plea relating both to the existence of a restriction by object and to the definition of that restriction adopted by the Commission must be rejected.

**880**The foregoing conclusion cannot be called into question by the applicants' other arguments.

**881**In the first place, as regards the evidence to show that the applicants' intentions, as well as those of Lupin, were legitimate, it should be recalled, on the one hand, that, in the context of patent dispute settlement agreements, a finding of a restriction of competition by object presupposes that the settlement agreement contains both an inducement in the form of a benefit for the generic company and a corresponding limitation of the generic company's efforts to compete with the originator company. Where those two conditions are met, a finding of restriction of competition by object must be made (see paragraph 272 above). On the other hand, the mere fact that an agreement also pursues legitimate objectives is not sufficient to preclude a finding of restriction of competition by object (see paragraph 222 above).

**882**It follows that the applicants' arguments relied on in the context of the present plea, according to which the applicants and Lupin had legitimate reasons for concluding the Lupin agreement, are not capable of invalidating the classification of that agreement as a restriction by object, which was rightly made by the Commission and which was confirmed above (see paragraphs 869 and 879 above). Accordingly, those arguments must be rejected.

**883**The same applies, in particular, first, to the argument that Lupin no longer had an interest in continuing the dispute; secondly, to the argument based on Lupin having initiated the settlement, and, thirdly, to the argument based on Servier no longer having an interest in protecting its competitive position against Lupin if it did not do so as regards Apotex.

**884**In the second place, although the applicants maintain that the non-challenge clause was not likely to have restrictive effects on competition as a result, in particular, of the existence of parallel disputes and the absence of intention on the part of Lupin to bring further litigation, the fact remains that, to the extent that the Lupin agreement reveals a degree of harm sufficient to be classified as a restriction by object, examination of the specific effects of that agreement, and in particular of the non-challenge clause contained therein, is not necessary (see paragraph 219 above).

**885**For the same reasons, it is appropriate to reject the applicants' argument that the non-marketing clause was, including to the extent that its scope exceeded that of the 947 patent, incapable of having restrictive effects on competition, in particular because Lupin had no real concrete possibilities of being the first to enter the market with a non-infringing product.

**886**In the third place, by alleging that the restrictive effects of the non-marketing clause are hypothetical, the applicants may be regarded as in fact contesting the existence of potential competition. However, it has been found above that Lupin was a potential competitor of Servier.

**887**In the fourth place, it must be borne in mind that, where an inducement has been found, the parties may no longer rely on their recognition, in the context of the settlement, of the validity of the patent. The fact that the validity of the patent is confirmed by a judicial or administrative body is, in that regard, irrelevant (see paragraph 269 above). The applicants therefore cannot rely on a scenario, that is moreover

hypothetical, in which the validity of the 947 patent is confirmed by both the United Kingdom courts and the EPO.

**888**It follows from all the foregoing that the present plea must be rejected.

(iv) The plea raised in the alternative by Servier concerning the error in determining the duration of the infringement

**889**In the first place, the applicants submit that the Commission could not find that the infringement period started before Lupin obtained its marketing authorisation.

**890**By that argument, the applicants in fact dispute the existence of potential competition. However, it was found in paragraph 751 above that, at the time the agreement was concluded, Lupin was a potential competitor of Servier.

**891**In the second place, the applicants maintain that the Commission should have concluded, as it did for the French market, that the infringement ceased in Belgium, the Czech Republic, Ireland and Hungary when Sandoz entered the markets of those States with a generic form of perindopril which did not infringe patent 947, that is to say, respectively, in June 2008, July 2008, December 2008 and January 2009.

**892**It must therefore be determined whether the Commission wrongly concluded that the infringement continued beyond the dates referred to in paragraph 891 above in the Member States concerned.

**893**As a preliminary point, it should be stated that the generic product with which Sandoz entered the market is a form of perindopril erbumine having 'an amorphous (noncrystalline) form and hence it was free of the alpha crystals covered by the 947 patent' (recital 212 of the contested decision).

**894**It is also necessary to recall (see paragraph 847 above) that, even though that interpretation is not evident due to the complex wording of Clause 1.6 of the Lupin agreement, it could be accepted that that clause, read in conjunction with Clause 4.1(c) of the same agreement, allows the market entry of Lupin with its own products where a generic 'Product' which is not produced by Servier has entered the market without breaching an injunction and where an application for an injunction lodged by Servier has not yet been dismissed.

**895**Since the term 'Product', as set out in Clause 4.1(c) of the Lupin agreement, begins with an upper-case letter, it must be understood within the meaning of the definition given in recital A of that agreement.

**896**The determination of the products referred to by recital A of the Lupin agreement is particularly tricky (see paragraphs 832 and 833 above), which makes it difficult to apply Clause 4.1(c) of that agreement (see paragraphs 849 and 850 above).

**897**Accordingly, there was uncertainty as to the delimitation of the scope of Clause 4.1(c) of the Lupin agreement and also, therefore, as to the possibility of applying the non-marketing clause in Clause 1.6 of that agreement (see paragraph 852 above), in particular in the event of the entry onto the market of a product, such as Sandoz's product, containing a non-alpha form of erbumine.

**898**Because of the uncertainties surrounding the scope of Clauses 1.6 and 4.1 of the Lupin agreement, set out in paragraphs 894 to 897 above, Lupin could fear that the non-marketing clause would continue to apply after a third party had entered the market with

generic perindopril composed of a non-alpha form of erbumine or generic perindopril not composed of erbumine. That doubt was such as to deter it from entering the market.

**899**That fear could be reinforced by the fact that, in any event, Servier could nevertheless apply for an injunction, even in respect of a product which clearly did not infringe any of its patents, in particular the 947 patent, which would effectively prevent the application of Clause 4.1(c) of the Lupin agreement until that application was rejected (see paragraph 852 above).

**900**In that regard, Lupin's letters reveal its uncertainties as to its possibility of entering the French market without infringing the agreement (see paragraph 853 above) and, consequently, its continued application on that market of the non-marketing clause at least until that exchange of correspondence, which seems to have ended, at the earliest, at the beginning of April 2009, that is to say just a little over a month before 6 May 2009, the date fixed by the Commission as the end of the infringement as regards Belgium, the Czech Republic, Ireland and Hungary. Similarly, a letter from Servier, referred to in paragraph 853 above, does not support the conclusion that Servier, clearly and unambiguously, took the view that Lupin could enter the market.

**901**A fortiori, as regards the four markets referred to in paragraph 900 above, the applicants do not adduce any evidence to show that, before 6 May 2009, Servier and Lupin had taken into account Sandoz's successive entries into those markets and that, in spite of the uncertainties linked to the ambiguity of the agreement, they considered that the non-marketing clause was no longer in force.

**902**However, the fact that the non-marketing clause, because of the uncertainties linked to the ambiguity of the agreement, remained in force, thus indicating continued consensus between the parties - possibly contrary to the interpretation of the conditions of application of the contractual clause, which, a posteriori, might be adopted, in particular, by a court -, was sufficient to allow the Commission to find that the consensus between Servier and Lupin, and thus the infringement, continued despite Sandoz's entries to the market.

**903**In any event, even assuming that the agreement formally ceased to be in force as from Sandoz's entries to the market, having regard to the foregoing considerations (see paragraphs 900 and 901 above), it must be concluded that the non-marketing clause continued to be applied by Servier and Lupin following the successive entries of Sandoz to the four markets in question.

**904**It is true that, as regards, as in the present case, restrictions of competition by object, there is no need to take account of their concrete effects on the market in order to establish the existence of the infringement (see, to that effect, judgment of 8 July 1999, Commission v Anic Partecipazioni, C-49/92 P, ECLI:EU:C:1999:356, paragraphs 98 and 99) and accordingly its duration (see, to that effect, judgment of 19 March 2009, Archer Daniels Midland v Commission, C-510/06 P, ECLI:EU:C:2009:166, paragraphs 113, 114 and 140). The same applies to consideration of the implementation of the agreement (see, to that effect, judgment of 29 June 2012, E.ON Ruhrgas and E.ON v Commission, T-360/09, ECLI:EU:T:2012:332, paragraph 252).

**905**However, the infringement may be found to continue beyond the period during which an agreement is formally in force, where the undertakings concerned continued to engage in prohibited conduct (judgments of 16 June 2011, Solvay Solexis v Commission, T-

195/06, not published, ECLI:EU:T:2011:280, paragraph 124, and of 29 June 2012, E.ON Ruhrgas and E.ON v Commission, T-360/09, ECLI:EU:T:2012:332, paragraph 251).

**906** That is so in the present case (see paragraph 903 above).

**907** It follows from the foregoing that the present plea, raised in the alternative by Servier, must be rejected.

(c) Errors of law and of assessment in relation to the classification of the agreement concluded with Lupin as a restriction of competition by effect

**908** The applicants maintain that the Commission made various errors of law and of assessment in relation to the classification of the agreement concluded with Lupin as a restriction of competition by effect.

**909** It is appropriate, in applying mutatis mutandis the considerations set out in paragraphs 566 to 570 above, to reject the present plea as ineffective.

9. The agreements concluded with Krka (a) Errors of law and of assessment in relation to the classification of the agreements concluded with Krka as a restriction of competition by object

**910** The applicants challenge the classification as restrictions by object of, first, the settlement and licence agreements and, secondly, the assignment agreement.

(1) The settlement and licence agreements

(i) Arguments of the parties

...

(ii) Findings of the Court

**943** By way of exception to the considerations relating to side deals set out in paragraphs 797 to 803 above, the linking of a normal commercial agreement to a settlement agreement containing non-challenge and non-marketing clauses no longer constitutes a strong indication of a reverse payment where the commercial agreement in question is a licence agreement concerning the patent in dispute.

**944** That exception can be explained by the fact that, while it is true that a licence agreement in relation to a patent does not have as its subject matter the settlement of a dispute, but rather the grant of permission to use that patent, it may nevertheless be justifiable - in contrast to the situation as regards other commercial agreements (see paragraph 800 above) - to link that licence agreement to a settlement agreement concerning a patent which is the subject matter of the licence.

**945** In principle, a patent dispute arises when the generic company's wish to enter the market comes into conflict with the patent owner's wish to safeguard the rights that he derives from that patent. Authorising such entry by concluding a licence agreement thus appears to be a particularly appropriate means of resolving the dispute, since it satisfies the wishes of both parties to the dispute.

**946** It is also acknowledged that the use of a licence agreement is an appropriate means of resolving a dispute. That is apparent from paragraph 204 of the 2004 Guidelines on technology transfer, according to which 'licensing may serve as a means of settling disputes'. That paragraph is incorporated in paragraph 205 of the 2014 Guidelines on technology transfer agreements.



**947** Linking a licence agreement to a settlement agreement is all the more justified since the presence, in a settlement agreement, of non-marketing and non-challenge clauses is legitimate only where that agreement is based on the parties' recognition of the validity of the patent (see paragraphs 258 to 261 above). The conclusion of a licence agreement, which, for any licensee, makes sense only if the licence is actually used, is also based on the parties' recognition of the validity of the patent. To that extent, the licence agreement thus supports the legitimacy of the settlement agreement, which fully justifies the linking of the two.

**948** Since it appears justified to link a patent dispute settlement agreement to a licence agreement concerning the same patent, that linking, unlike the situation as regards the other side deals, does not constitute a strong indication of the existence of a reverse payment (within the meaning of that expression in relation to side deals, see paragraph 804 above).

**949** It is therefore for the Commission to rely on indicia other than the mere linking of the licence agreement and the settlement agreement for the purpose of establishing that the licence agreement was not concluded at arm's length and that it actually masks a reverse payment inducing the generic company to accept the non-marketing and non-challenge clauses (see paragraphs 803 to 808 above).

**950** It should be noted that a finding of the existence of a reverse payment is less evident in the case of a licence agreement because such an agreement does not entail a financial transfer from the originator company to the generic company, but rather from the generic company to the originator company. Thus, in a licence agreement, the licensee pays a royalty to the patent holder.

**951** There is, however, a transfer of value from the originator company to the generic company, since the royalty paid to the patent holder constitutes a quid pro quo for the benefit that the generic company receives from the licence agreement, namely the authorisation to use the patent in order to enter the market without risk.

**952** It is therefore for the Commission to demonstrate that that quid pro quo is abnormally low, that is to say to such an extent that it cannot be explained by considerations limited to the economic value of the asset to which the contract relates (see paragraph 806 above), and that the licence agreement thus involves a reverse payment to the generic company.

**953** It must be particularly clear that the transaction in question was not concluded at arm's length in order to establish a sufficient degree of harmfulness for the purpose of classifying the settlement agreement as a restriction of competition by object, since the restriction of competition by the non-challenge and non-marketing clauses in the settlement agreement is mitigated by the licence agreement.

**954** The non-marketing clause is thus rendered ineffective, at least in part. The licence agreement goes even further than a mere partial neutralisation of the effects of that clause, since it encourages the entry of generic products on the market by eliminating the litigation risk associated with the patent.

**955** As regards the non-challenge clause, although its restrictive effects persist, they are limited by the fact that the licence allows market entry without a litigation risk. Although it is essential for the generic company to be able to challenge the validity of the patent

when it enters the market at risk, that is less the case when it is authorised by the originator company to enter this market through a licence agreement.

**956**At this stage of the analysis, it should be noted that, in the context of patent dispute settlement agreements, a finding of a restriction of competition by object presupposes that the settlement agreement contains both an inducement to the generic company and a corresponding limitation of the generic company's efforts to compete with the originator company (see paragraph 272 above). It follows from the foregoing that, where there is a licence agreement, those two elements are mitigated, or even absent, with the result that a sufficient degree of harm to the proper functioning of normal competition (see, to that effect, judgment of 11 September 2014, *CB v Commission*, [C-67/13 P](#), [ECLI:EU:C:2014:2204](#), paragraphs 49 and 50 and the case-law cited) cannot easily be identified.

**957**It should be added that the exception mentioned in paragraph 943 above is not contradicted by the fact that the linking of a licence agreement and a non-challenge clause are among the restrictions excluded from the exemption laid down in Article 2 of Commission Regulation (EC) No 772/2004 of 27 April 2004 on the application of Article [101(3) TFEU] to categories of technology transfer agreements (OJ 2004 L 123, p. 11), or by the case-law of the Court of Justice, first set out in the judgment of 25 February 1986, *Windsurfing International v Commission* (193/83, [ECLI:EU:C:1986:75](#), paragraphs 89 and 92), and clarified in the judgment of 27 September 1988, *Bayer and Maschinenfabrik Hennecke* (65/86, [ECLI:EU:C:1988:448](#)).

**958**First, according to Article 5 of Regulation No 772/2004, the linking of a licence agreement and a non-challenge clause is one of the restrictions excluded from the exemption provided for in Article 2 of that regulation. However, that exemption, as well as that exclusion, apply, pursuant to Articles 2 and 5 of that regulation, only in so far as the agreements in question contain restrictions of competition falling within the scope of Article 101(1) TFEU. Consequently, the fact that the linking of a licence agreement and a non-challenge clause is one of the restrictions excluded from the exemption provided for in Article 2 of Regulation No 772/2004 does not support the conclusion that such linking is, in all circumstances, a restriction of competition within the meaning of Article 101(1) TFEU and, in particular, a restriction by object.

**959**In that respect, the Court of Justice held that, whilst it is true that to grant the benefit of Article 101(3) TFEU to a given agreement presupposes that this agreement falls within the prohibition imposed by Article 101(1) TFEU, the authorisation in Article 101(3) TFEU to grant that same benefit to categories of agreements does not imply that because a particular agreement comes within those categories it necessarily fits the descriptions set out in Article 101(1) TFEU. Therefore, to grant exemptions by categories cannot amount, even by implication, to passing any pre-conceived judgment on any agreement considered individually (judgment of 13 July 1966, *Italy v Council and Commission*, 32/65, [ECLI:EU:C:1966:42](#), pp. 405 and 406).

**960**Secondly, the Court of Justice indeed held that a clause in a licence agreement obliging the licensee not to challenge the validity of the patent was incompatible with Article 101(1) TFEU. It added that such a clause clearly does not fall within the specific subject matter of the patent, which cannot be interpreted as also affording protection against actions brought in order to challenge the patent's validity, in view of the fact that it is in the public interest to eliminate any obstacle to economic activity which may arise

where a patent was granted in error (judgment of 25 February 1986, *Windsurfing International v Commission*, 193/83, [ECLI:EU:C:1986:75](#), paragraphs 89 and 92).

**961** However, in a judgment delivered two years later, in a case concerning a settlement agreement, the Court of Justice qualified the position it had adopted in the judgment of 25 February 1986, *Windsurfing International v Commission* (193/83, [ECLI:EU:C:1986:75](#)), this time holding only that a non-challenge clause included in a patent licensing agreement may, in the light of the legal and economic context, restrict competition within the meaning of Article 101(1) TFEU (judgment of 27 September 1988, *Bayer and Maschinenfabrik Hennecke*, 65/86, [ECLI:EU:C:1988:448](#), paragraph 16). Although it also rejected, in that same judgment, the Commission's proposal that the inclusion of a non-challenge clause fell outside the prohibition laid down in Article 101(1) TFEU where the agreement in question was intended to settle litigation pending before a court, it did not, however, conclude that all patent settlement agreements containing such a clause fell within the prohibition laid down in Article 101(1) TFEU.

**962** It is true that the licensees under a licence agreement, are, as is clear from paragraph 112 of the 2004 Guidelines on technology transfer agreements, 'normally in the best position to determine whether or not an intellectual property right is invalid' and therefore to challenge it. That is why the linking of a licence agreement and a non-challenge clause is, in principle, prohibited (Opinion of Advocate General Darmon in *Bayer and Maschinenfabrik Hennecke*, 65/86, [ECLI:EU:C:1987:336](#), point 8). However, where a licence agreement is concluded in the context of the settlement of a genuine dispute involving litigation between the parties concerned, the licensee has already had the opportunity to challenge the validity of the patent in question and if, ultimately, he agrees, without being induced, to a non-challenge clause (and a non-marketing clause), it is because he believes that the patent is valid. In that particular context of a settlement in which the parties ultimately agree that the patent is valid, the basis for prohibiting the linking of a licence agreement and a non-challenge clause no longer appears relevant, provided that the settlement agreement is based on the recognition by the parties to the agreement of the validity of the patent in question, and not on an inducement to the licensee to accept the non-challenge clause (and the non-marketing clause).

**963** It follows from the foregoing that, where there is a genuine dispute involving litigation between the parties concerned and a licence agreement that is directly connected with the settlement of that dispute, the linking of that agreement to the settlement agreement does not constitute a strong indication of the existence of a reverse payment. In such circumstances, it is therefore for the Commission to demonstrate, on the basis of other evidence, that the licence agreement does not constitute a transaction concluded at arm's length and thus masks a reverse payment (within the meaning of that expression in relation to side deals, see paragraph 804 above).

**964** It must be determined, in the light of the foregoing considerations, whether the Commission was entitled to conclude, in the present case, that the settlement and licence agreements concluded between Servier and Krka could be classified as a restriction by object.

**965** It is necessary, in the first place, to examine whether there were genuine disputes and whether the licence agreement appeared to have a sufficiently direct connection with the settlement of those disputes to justify its linking to the settlement agreement.

**966**In that regard, first, it should be noted that there were genuine ongoing disputes between Servier and Krka at the time the agreement was signed and that those disputes came to an end following the settlement agreement, which provided, in Article I(i) and (ii), that both parties were to withdraw from the ongoing proceedings between them.

**967**In 2004, 10 generic companies, including Krka, had filed opposition proceedings against the 947 patent before the EPO, seeking the revocation of that patent in its entirety on grounds of lack of novelty, lack of inventive step and insufficient disclosure of the invention. On 27 July 2006, the EPO's Opposition Division confirmed the validity of that patent following minor amendments to Servier's original claims. Seven companies then brought an appeal against the EPO decision of 27 July 2006. Krka withdrew from the opposition proceedings on 11 January 2007, pursuant to the settlement agreement concluded with Servier.

**968**Likewise, Servier had brought an action on 28 July 2006 for infringement of the 340 patent against Krka before the High Court of Justice (England & Wales), Chancery Division (Patents Court). On 2 August 2006, it had also brought an action for infringement of the 947 patent against Krka and applied for an interim injunction. On 1 September 2006, Krka had brought a counterclaim for annulment of the 947 patent and, on 8 September 2006, a separate counterclaim for annulment of the 340 patent. On 3 October 2006, the High Court of Justice (England & Wales), Chancery Division (Patents Court), granted Servier's application for an interim injunction and denied the motion brought by Krka on 1 September 2006. On 1 December 2006, the ongoing proceedings were discontinued as a result of the settlement reached between the parties and the interim injunction was lifted.

**969**Secondly, both the settlement agreement and the licence agreement related to the disputes in question. The settlement agreement and, in particular, the non-marketing and non-challenge clauses which it contained, were limited to the scope of the patents which were the subject matter of the disputes between Servier and Krka. The licence agreement concerned the 947 patent and thus also had a direct link with those disputes.

**970**Thirdly, there were, at the time the settlement and licence agreements were concluded, consistent indications capable of leading the parties to believe that the 947 patent was valid (see paragraphs 967 and 968 above).

**971**Fourthly, although there were already meetings between Servier and Krka before the EPO decision of 27 July 2006 confirming the validity of the 947 patent (see, inter alia, recital 837 of the contested decision), they had not resulted in an agreement (recitals 856 to 859 of the contested decision) and it was only after that decision that new negotiations began (recital 898 of the contested decision). The EPO decision of 27 July 2006 confirmed the validity of the 947 patent and was therefore, at the very least, one of the driving factors leading to the settlement and licence agreements.

**972**Thus, having regard to the scope of the terms of the settlement agreement and the licence agreement and the context in which those agreements were signed, it must be held that the linking of those two agreements was justified and therefore does not constitute a strong indication of the existence of a reverse payment from Servier to Krka giving rise to the licence agreement (see paragraph 948 above).

**973**In those circumstances, it is necessary to examine, in the second place, whether, in the present case, the Commission established, on the basis of indicia or evidence other

than the mere linking of the licence agreement and the settlement agreement, that the licence agreement had not been concluded at arm's length (see paragraphs 949 and 963 above).

**974**In this respect, it should be noted that it is common ground that, unlike the other agreements that were the subject of the contested decision, neither the settlement agreement nor the licence agreement gave rise to a financial transfer from Servier to Krka.

**975**The licence agreement even provided that Krka was to pay Servier a royalty of 3% of its net sales.

**976**It is true that the royalty constitutes the quid pro quo for the benefit received by the generic company under the licence agreement, namely the authorisation to use the patent in order to enter the market without risk. However, it was for the Commission to demonstrate that that quid pro quo was abnormally low and that the licence agreement thus gave rise to a reverse payment to Krka.

**977**Although the Commission presented, in the contested decision, a number of factors suggesting that the licence agreement was beneficial for Krka's commercial interests (see recitals 1738 to 1744 and, in particular, recital 1739), it did not demonstrate that the royalty rate of 3% was abnormally low, that is to say to such a degree that it could not be explained by considerations limited to the economic value of the patent to which the licence relates (see paragraph 952 above).

**978**As regards the Commission's assertion that the royalty rate was much lower than Servier's operating profit for 2007 in the Czech Republic, Hungary and Poland, it is not necessarily abnormal that the rate of an operating surplus, which represents the gross profit derived from an activity, greatly exceeds the royalty rate of a licence agreement, which represents only the cost of the right of use of a patent.

**979**The same reasoning can also be used to reject the Commission's argument that the royalty represented a small proportion of Krka's profit margins. A fortiori, the generic company would have no interest in concluding a licence agreement if the amount of the royalty did not enable it to generate a sufficient profit margin.

**980**Finally, it is not abnormal that the royalty rate of a patent used by Krka was calculated on the basis of the sales price of Krka's product and not on the basis of the sales price of Servier's product.

**981**All those elements, even taken together, can, at most, demonstrate that the price of the licence granted to Krka was favourable to its commercial interests, but do not suffice to establish that the transaction in question was not concluded at arm's length, especially since the licence agreement provided that Servier could continue to market its product in the seven Member States to which the licence applied, either directly or through one of its affiliated companies or even via a single third party per Member State. The licence granted was therefore not exclusive, which limited its advantageousness to Krka since there was a risk that Krka's product would be in competition with another generic product, whether marketed or produced by Servier or by a third party.

**982**It should be added that, during the hearing, the Commission itself indicated that it did not dispute that the royalty was consistent with market practices. By stating in the contested decision - admittedly as a subsidiary point - that 'it is not the low level of royalties but the fact that the sole licence was granted against a commitment not to enter

or challenge Servier's patents in a number of other, restricted markets, that is central to this analysis' (footnote 2354), the Commission already showed that it incorrectly attached only secondary importance to the fact that the transaction might have been concluded at arm's length.

**983**It follows from the considerations set out in paragraphs 977 to 982 above that the Commission has not established that the royalty rate of 3% laid down in the licence agreement was abnormally low, that is to say to such a degree that it could not be explained by considerations limited to the economic value of the patent to which the licence relates. The Commission has therefore not established that the licence agreement does not constitute a transaction concluded at arm's length.

**984**Consequently, the Commission has not established the existence of a reverse payment resulting from the granting of a licence at an abnormally low price (see paragraph 803 above) and which, since it is not intended to compensate for the costs inherent in the settlement of a dispute (see paragraph 809 above), constitutes an inducement.

**985**It follows that the Commission was not entitled to find in the present case that there was a restriction of competition revealing a sufficient degree of harm to be classified as a restriction by object.

**986**That conclusion is not called into question by the other factors relied on by the Commission in the contested decision.

**987**First, even if the licence agreement were inducive because it allowed, in the seven Member States in question - that is to say in a part of the market in respect of which the Commission did not find an infringement - the implementation of an advantageous duopoly between Servier and Krka, as the Commission indicated in the contested decision (see, inter alia, recital 1728, 1734 and 1742), that duopoly did not result from the agreement itself, but from the choices made by Servier and Krka after that agreement, namely, Servier's choice not to grant a licence to another generic company or to sell its own generic version of perindopril at a low price (recital 1727 of the contested decision) and Krka's choice not to adopt an aggressive pricing policy (recital 1744 of the contested decision).

**988**The restriction by object found by the Commission, in particular the inducement which is one of the conditions of that restriction (see paragraph 272 above), concerns the settlement and licence agreements concluded between Servier and Krka, and not practices subsequent to those agreements and not determined by them.

**989**Even if the duopoly in question could be regarded as an implementation of the agreements, it should be borne in mind that the Commission and the Courts of the European Union cannot, when examining whether an agreement restricts competition by object and, in particular, in assessing the economic and legal context of that agreement, completely ignore its potential effects (see case-law cited in paragraph 304 above). However, it is also apparent from the case-law that establishing the existence of a restriction of competition by object cannot, under the guise, inter alia, of the examination of the economic and legal context of the agreement at issue, lead to the assessment of the effects of that agreement, since otherwise the distinction between a restriction of competition by object and by effect laid down in Article 101(1) TFEU would lose its effectiveness (see paragraph 221 above). For the purposes of verifying the specific

capability of an agreement to produce competition-restricting effects characteristic of agreements with an anticompetitive object, the analysis of the potential effects of an agreement must therefore be limited to those resulting from information objectively foreseeable at the time of the conclusion of that agreement (see, to that effect, the Opinion of Advocate General Wahl in *ING Pensii*, [C-172/14](#), [ECLI:EU:C:2015:272](#), point 84, and also, to that effect, judgment of 11 September 2014, *CB v Commission*, [C-67/13 P](#), [ECLI:EU:C:2014:2204](#), paragraphs 80 to 82).

**990**In the present case, the alleged potential effects in question, that is to say the duopoly alleged by the Commission, are based on hypothetical circumstances which were therefore not objectively foreseeable at the time of the conclusion of the agreement.

**991**In any event, the Commission, referring to the practice of pharmacy stock saturation and to a complaint to the Polish authorities alleging the existence of unfair competition, indicated in recital 1725 of the contested decision that 'Servier's attitude towards Krka in the seven licensed markets could hardly be described as one of cooperation'. Moreover, as is apparent from recital 1728 of the contested decision, the duopoly described by the Commission between Servier and Krka did not exclude a certain degree of competition between those companies.

**992**Secondly, according to the Commission, the licence agreement was inducive, in this case, because it enabled Krka to enter certain markets without risk in return for its exclusion from other markets. From that perspective, where the scope of the non-marketing or non-challenge clauses is wider than that of the licence agreement and there is therefore a gap or an 'asymmetry' between those two agreements, according to the Commission's wording in recitals 1706 and 1736 of the contested decision, it is then possible to conclude that there is an inducement, since the licence agreement, by allowing the generic company to enter certain parts of the market without risk, is actually intended to induce that company to agree to withdraw from other parts of the market, to the originator company's advantage.

**993**Those arguments cannot be accepted.

**994**First of all, the approach put forward by the Commission, whereby the mere conclusion, even on normal market conditions, of a licence agreement linked to a settlement agreement containing restrictive clauses could constitute an inducement, would lead to a paradoxical outcome because, in that case, the wider the scope of a licence agreement, the greater the inducement and thus the easier it would be to find a restriction by object, unless the scope of the licence agreement were exactly identical to that of the settlement agreement.

**995**The wider the scope of a licence agreement, especially in relation to the scope of the settlement agreement to which it is linked, the more that agreement is procompetitive, in view of the procompetitive effects of the licence, which encourages the market entry of a generic company and limits the competition-restricting nature of the non-marketing and non-challenge clauses in the settlement agreement (see paragraphs 954 and 955 above).

**996**In that respect, it may be noted that in his Opinion in *CB v Commission* ([C-67/13 P](#), [ECLI:EU:C:2014:1958](#), point 55), Advocate General Wahl stated that the formalist approach to identifying a restriction by object was conceivable only in the case of conduct

in respect of which it could be concluded that the unfavourable effects on competition outweighed the procompetitive effects.

**997**In addition, the Commission's argument, which leads to the patent holder being obliged to conclude a licence agreement covering the entire territory to which the restrictive clauses in the settlement agreement apply, does not respect the intellectual property rights of the patent holder and, in particular, his margin of discretion as regards the grant of licences (see, for a case where the patent holder is in a dominant position, judgment of 17 September 2007, *Microsoft v Commission*, [T-201/04](#), [ECLI:EU:T:2007:289](#), paragraph 331). That argument also disregards the margin of discretion that the parties to a dispute must have in order to reach a settlement in good faith.

**998**Moreover, the conclusion of an 'asymmetric' licence agreement does not necessarily constitute - for a generic company that does not recognise the validity of the patent in question - a sufficient benefit that it would agree to the non-marketing and non-challenge clauses. For the benefit arising from such an agreement to be regarded as an inducement, it would have to offer that company compensation for the certain loss of expected profits resulting from the acceptance of a settlement with clauses prohibiting entry on certain geographic parts of the market. For a company that does not seriously believe that the patent is valid and which is able to enter the entire market covered by the non-marketing and non-challenge clauses, a licence with a geographic scope more limited than the scope of those clauses does not constitute an economically satisfactory outcome that could lead it to accept those clauses. It is true that the licence partially opens the way for that company to the market covered by the patent by offering it the possibility of obtaining the envisaged profits on that part of the market, but, if it is not established that the royalty rate of that licence is abnormally low in respect of that part of the market, that licence does not give that company any compensation for the other parts of the market, on which it could make a profit if the patent were annulled, and which it is now prevented from accessing.

**999**In the present case, Krka's expected earnings in the 18 to 20 markets to which the licence agreement did not apply were far from negligible. The Commission indicates in the contested decision that the expected earnings from western European markets roughly matched those from the three largest of the seven markets covered by the licence agreement (footnote 2348). Although it must be taken into account that the licence eliminates any risk of further infringement proceedings and that the profits that Krka could obtain through the licence agreement were therefore more certain, the importance that it could attach to such a risk depended to a large extent on its degree of conviction as to the validity of the patent. The fact that Krka recognised the validity of the 947 patent was therefore a decisive factor in its decision to choose a limited - but licence-protected - entry to the seven markets in question rather than a wider entry to all of the Member States' markets subject to a significant risk of infringement because of the validity of that patent from Krka's perspective.

**1000**Thirdly, with regard to the other elements that are supposed to establish the inducive nature of the licence agreement for Krka, it should be noted first of all that the fact that the latter estimated the opportunity cost of not entering into the agreement at more than EUR 10 million of 'lost profits' in three years (recital 1738 of the contested decision) is rather an additional indication of the fact that it considered that the 947 patent was valid.



The profits in question corresponded to those expected if it entered or stayed on the seven markets covered by the licence agreement. Thus, Krka seems to have considered that in the absence of an agreement with Servier, it was unlikely, if not impossible, that it would enter those markets at risk or stay on those markets, which confirms the fact that it acknowledged the validity of the 947 patent.

**1001**Next, although it is apparent from recital 1740 of the contested decision, which refers to recital 913 thereof, that the 18 to 20 markets were 'traditionally less important for Krka', the expected profits on those markets were far from negligible (see paragraph 999 above).

**1002**Thus, the elements set out in paragraphs 1000 and 1001 above do not establish that the licence agreement was an inducement for Krka.

**1003**Fourthly, the Commission's finding in the contested decision that the settlement and licence agreements constituted market sharing between Servier and Krka (see the title of Section 5.5.3 of the contested decision and, inter alia, recital 1745 thereof) is unfounded.

**1004**As regards the seven markets covered by the licence agreement, although the Commission did not find an infringement in respect of that part of the internal market, it nevertheless took account of the conduct of Servier and Krka on those seven markets, including the conclusion of the licence agreement, which the Commission classified as an inducement, in order to establish the existence of market sharing based on a distinction between the 18 to 20 other Member States, on the one hand, and those seven Member States, on the other.

**1005**However, Servier was not excluded from the markets of the seven Member States where Krka and it were in competition (see paragraph 991 above).

**1006**Thus, there was no part of the market which, under the agreements, was reserved for Krka. It therefore cannot be concluded that there was market sharing - in the sense of a hermetic division between the parties to the agreement - of that part of the internal market.

**1007**Furthermore, it should be noted that, in those seven Member States, the licence agreement contributed to the entry or continued presence on the market of a generic competitor of the originator company. It therefore had a positive effect on competition by comparison with the previous situation in which the generic companies could only enter or remain on the market at risk, since the validity of the main patent in question - the 947 patent - had just been confirmed by the competent authorities (see paragraph 970 above) and there was a risk, which Krka perceived as a serious risk, that its product was infringing.

**1008**It should be added that the fact that, at the time the agreements were concluded, the national equivalents of the 947 patent had not yet been granted to Servier in some of the seven markets in question, whereas Krka was already selling its product (recital 1755 of the contested decision), does not support the conclusion that the licence agreement had no positive effect on competition. Although it is true that Krka could already have entered the markets before the licence agreement without facing an immediate risk of infringement proceedings and although, consequently, the licence did not play a decisive role in relation to Krka's entry of the markets in question, it nevertheless allowed Krka to remain on those markets without the risk of facing such a challenge.

**1009**The licence agreement's positive effect on competition noted in paragraphs 1007 and 1008 above supports the conclusion that there was no market sharing as regards the seven Member States covered by the licence agreement.

**1010**The licence agreement's positive effect on competition is further confirmed by an extract from Krka's reply to a request for information which appears in recital 913 of the contested decision. That extract states, *inter alia*, as follows:

„Getting a license and withdrawing oppositions was considered as the best option for Krka at that time - to be able to sell perindopril on Krka's key markets in [central and eastern Europe] immediately, it means in 2006.“

According to all other scenarios, a launch was not possible earlier than in at least 2 years after July 2006, and even after such period a launch was not warranted (risk that 947 is maintained, development risks for non-alpha).'

**1011**The extract cited in paragraph 1010 above supports the conclusion that Krka considered that, without the licence agreement, it would be impossible to enter or remain on the market in the seven Member States covered by that licence agreement because of the 947 patent (see paragraphs 999 and 1000 above).

**1012**As regards the 18 to 20 other markets, that is to say the only part of the market in respect of which the Commission found an infringement, it should be noted that, since it has not been shown that there was an inducement (see paragraph 984 above), the non-marketing and non-challenge clauses must be regarded as arising from a legitimate patent dispute settlement agreement which is linked to a licence agreement (see paragraph 963 above). Such a contractual framework, based on the recognition of the validity of the patent, cannot, therefore, be classified as a market exclusion agreement.

**1013**Accordingly, no part of the market was unlawfully reserved for Servier.

**1014**The market sharing on which the Commission also based its finding of a restriction by object is therefore not established.

**1015**Fifthly, the Commission failed to demonstrate that Servier or Krka had intended to conclude a market sharing or market exclusion agreement, that Servier had intended to induce Krka not to compete or that Krka had intended to agree, in exchange for an inducive benefit, not to exert competitive pressure on Servier.

**1016**As a preliminary point, it should be borne in mind that it is normal for the activities which anticompetitive practices and agreements entail to take place in a clandestine fashion, for meetings to be held in secret, and for the associated documentation to be reduced to a minimum. It follows that, even if the Commission discovers evidence explicitly showing unlawful contact between traders, it will normally be only fragmentary and sparse, so that it is often necessary to reconstitute certain details by deduction (judgment of 25 January 2007, *Sumitomo Metal Industries and Nippon Steel v Commission*, [C-403/04 P](#) and [C-405/04 P](#), [ECLI:EU:C:2007:52](#), paragraph 51). It must be noted, however, that the agreements at issue in the present case are genuine contracts which, moreover, were well publicised (recital 915 of the contested decision). Since the Commission could easily obtain the full content of the agreements at issue, the applicability of the case-law which has just been cited is less evident. Thus, inferences drawn from partial extracts of emails or other documents purporting to establish the intentions of the parties cannot easily call into question a finding based on the actual

content of the agreements, that is to say on the legally binding relationship which the parties have decided to establish between themselves.

**1017**It should also be noted that, in the present case, documents which postdate the EPO decision of 27 July 2006, or the interim injunction of 3 October 2006 delivered in the United Kingdom against Krka, are best able to shed light on the intentions of the parties when they concluded the settlement and licence agreements. Those two events substantially altered the context in which the agreements were concluded, in particular as regards the perception that Krka, as well as Servier, could have of the validity of the 947 patent.

**1018**As regards Krka, the documents on which the Commission relies in order to determine Krka's intentions (see, inter alia, recitals 849 to 854 and 1758 to 1760 of the contested decision, as well as the recitals to which they refer) concern periods before those events.

**1019**The extracts cited are, in any event, too fragmentary or ambiguous to establish - contrary to what the Court has repeatedly noted (see, inter alia, paragraphs 999, 1000 and 1011 above) - that Krka did not recognise the validity of the 947 patent and, a fortiori, that, at the time the settlement and licence agreements were signed, it intended to conclude market sharing or market exclusion agreements.

**1020**As regards Servier, the only extract from a document - which postdates the two events mentioned above - purportedly showing its anticompetitive intentions and which is referred to in the section of the contested decision devoted to those intentions (recitals 1761 and 1762), is the following: '4 years gained = great success'.

**1021**That extract appears in the record of a meeting of the top management of Servier, which refers to the judgment of 6 July 2007 of the High Court of Justice (England & Wales), Chancery Division (Patents Court), according to which the 947 patent was invalid for lack of novelty and inventive step of that patent in relation to the 341 patent.

**1022**Even assuming that it could be inferred from that extract that Servier's management had considered, following that judgment, that the interest of the 947 patent lay in allowing it to gain an additional four years of protection, it cannot be concluded from this that, on 27 October 2006, when the settlement and licence agreements were concluded, Servier intended to conclude market sharing or exclusion agreements nor, a fortiori, can it be concluded that the settlement and licence agreements were restrictive of competition by object.

**1023**Furthermore, the observation made by another generic company, according to which 'it would seem the rationale for this settlement from Servier's view is that it protects the key markets where high level substitution and/or [international non-proprietary name] prescribing is prevalent' (recital 1730 of the contested decision), cannot, even taken into account with all the other evidence relied on by the Commission, establish the existence of an intention on Servier's part to adopt market sharing or market exclusion agreements with Krka.

**1024**Lastly, the Commission's repeated references in the contested decision to a document entitled 'Coversyl: defense against generics' are not convincing. That document predates the EPO decision of 27 July 2006 and the interim injunction of 3 October 2006 delivered in the United Kingdom against Krka, which considerably limits its relevance (see paragraph 1017 above). Moreover, it is apparent from the contested decision itself that

that document does not elaborate a strategy concerning Krka, but, at most, that it follows from 'the nature and structure of the document' and from 'the context in which reference is made to Krka' that a defence was 'considered' against it (footnote 2386). Lastly, it is not apparent from the extracts from that document cited in the contested decision that Servier expressed doubts as to the validity of the 947 patent.

**1025**In any event, for the purposes of casting doubt on the conclusion reached by the Court in paragraph 985 above and establishing that the aim of the agreements at issue was - contrary to the conclusion implied by an analysis of their content and of the context in which they were concluded - the buying-off of a competitor in order to exclude it from the market, it would fall to the Commission, in light of the considerations set out in paragraph 1016 above, to produce a body of relevant and consistent evidence. The Commission has not been able to produce such evidence.

**1026**Sixthly, the fact that Krka continued to challenge Servier's patents and to market its product even though the validity of the 947 patent had been upheld by the EPO Opposition Division is not a decisive factor for the purpose of establishing the existence of a restriction of competition by object, since the fact that Krka continued to exert competitive pressure on Servier can be explained by Krka's desire, despite the expected litigation risks, to strengthen its position in the negotiations that it was likely to have with Servier with a view to reaching a settlement.

**1027**In addition, continuing to challenge Servier's patent did not cause Krka to run any further risks in terms of infringement. It merely increased its litigation costs. As for the fact that it continued to market its product, it limited itself to five central and eastern European markets, and the Commission indicated, in the contested decision, that Krka 'eventually ceased to consider entering at risk in the UK, France and other western European markets in the aftermath of the Opposition [Division's] Decision' (recital 1693). In addition, in five of the seven markets covered by the licence, the equivalents of the 947 patent had not yet been granted (recital 1755 of the contested decision). Thus, the risks incurred by Krka, in at least some of the markets in which it remained, were limited.

**1028**Having regard to the considerations set out in paragraphs 1026 and 1027 above, the fact that Krka continued to challenge Servier's patents and to market its product even though the validity of the 947 patent had been upheld by the EPO Opposition Division does not - contrary to the Commission's submissions - support the conclusion that the EPO decision of 27 July 2006 did not have a decisive impact on Krka's perception of the 947 patent and, consequently, on its subsequent choice to agree to settle with Servier.

**1029**Seventhly, although the Commission has adduced some evidence showing that the settlement and licence agreements were the subject of commercial negotiations between Servier and Krka, with Krka seeking to maximise the advantages that it could gain from the agreements and even making the licence agreement a condition of its acceptance of the non-marketing and non-challenge clauses (see, inter alia, recitals 913 and 1746 to 1748 of the contested decision), that evidence, even taken together with all of the other evidence relied on by the Commission, does not establish that the licence agreement was not a transaction concluded at arm's length, that is to say that the royalty rate of 3% stipulated in the licence agreement was not chosen on the basis of commercial considerations, but rather in order to induce Krka to accept the non-marketing and non-challenge clauses in the settlement agreement.

**1030**In addition, it should be borne in mind that the conclusion of a licence agreement, which, for any licensee, makes sense only if the licence is actually used, is based on the parties' recognition of the validity of the patent (see paragraph 947 above). Thus, the fact that the generic company seeks to obtain the licence agreement which is most favourable to his commercial interests is not sufficient to show that that company did not conclude the agreement in question on the basis of its recognition of the validity of the patent.

**1031**It should be added that an agreement benefiting Krka enabled it to enter the parts of the market where its position was strongest and where it could rapidly market or continue to market its product, which is beneficial to competition. Thus, the interests of a generic company such as Krka, which seeks to obtain from the originator company the licence that is most beneficial to its commercial interests, converge with those of the consumer since, due to the licence agreement, a generic company will rapidly enter the market or remain there.

**1032**It follows from all the foregoing that the conclusion set out in paragraph 985 above must be affirmed, since the settlement and licence agreements at issue do not reveal a sufficient degree of harm to competition that the Commission could validly conclude that they constituted a restriction by object. The plea is therefore well founded.

(2) The assignment agreement (i) Arguments of the parties

...

(ii) Findings of the Court

**1041**It is necessary, at the outset, to note the decisive grounds on which the Commission relied, in the contested decision, in order to reach the conclusion that the assignment agreement could be characterised as a restriction of competition by object.

**1042**The Commission first of all found that, under the assignment agreement, Krka had assigned two patent applications to Servier, one concerning a process for the synthesis of perindopril (WO 2005 113500) and the other concerning the preparation of perindopril formulations (WO 2005 094793), and that the technology covered by those patent applications was used for the production of Krka's perindopril (recital 1770 of the contested decision).

**1043**On the basis of that finding, the Commission sought to demonstrate that the assignment agreement reinforced the competitive position of Servier and Krka which arose from the market sharing that had been established, according to the Commission, by the settlement and licence agreements (recitals 1766 and 1804 of the contested decision).

**1044**As regards, in the first place, Servier, the Commission observed that the transfer of Krka's technology had taken place in specific market conditions in which there were very few alternative sources of potentially viable API technology independent of Servier (recitals 1766 and 1772 of the contested decision). According to the Commission, Krka's technology, with which the European Pharmacopoeia requirements could be satisfied (recitals 1766, 1770 and 1793 of the contested decision), constituted 'a "key" to enter the market' (recital 1803 of the contested decision).

**1045**The Commission indicated the following in recital 1772 of the contested decision:

'By removing Krka's ability to freely license out or assign its technology to third parties, i.e. other generics, Servier effectively foreclosed the potential avenue of competition

based on the use of Krka's technology by third parties. Such technology could, for example, serve as a platform for new patent challenges. In combination with the Krka Settlement Agreement, [the assignment and licence agreement] thus provided Servier with absolute protection from any remaining potential competition stemming from Krka's technology.'

**1046** Thus, according to the Commission, by acquiring Krka's technology, Servier was certain that Krka could no longer assign a technology which could have been useful to other generic companies. The Commission therefore concluded that the assignment agreement allowed Servier to reinforce the protection that it already enjoyed because of the non-marketing and non-challenge clauses in the settlement agreement (recitals 1805 and 1806 of the contested decision).

**1047** As regards, in the second place, Krka, the Commission considered not only that the latter 'was aware that acquisitions of perindopril technology by Servier could lead to foreclosure of generic competitors' (recital 1800 of the contested decision), but above all that it benefited from the licence that was granted back to it under the assignment agreement.

**1048** As regards that latter aspect, the Commission indicated that Krka could continue to use its technology on the markets of the seven Member States in which it was able to market its product under the licence agreement (recital 1806 of the contested decision). According to the Commission, Krka's technology was useful, including for Krka, for the purpose of producing perindopril API with a purity level meeting the requirements of the European Pharmacopoeia. The favourable position that Krka already enjoyed on the seven markets due to the licence agreement was therefore maintained by the assignment agreement.

**1049** The Commission concluded that the purpose of the assignment agreement was to reinforce the market sharing put in place by the settlement and licence agreements (recitals 1803 and 1810 of the contested decision).

**1050** The Commission added that conclusion of the settlement and licence agreements and of the assignment agreement formed part of a single and continuous infringement restricting competition by sharing markets for perindopril in the European Union. The Commission relied, in that respect, inter alia, on the fact that those agreements pursued the same objective of market sharing between Servier and Krka (recital 1811 of the contested decision).

**1051** The Commission concluded the section of the contested decision devoted to the analysis of the restriction by object in relation to the various agreements between Servier and Krka by indicating that those agreements 'followed [the] objective to share markets by preventing or limiting generic competition between, or to, Krka and Servier' (recital 1812).

**1052** Lastly, it should be noted that the Commission considered that the assignment agreement introduced only an 'additional' distortion, as indicated by the heading of Section 5.5.3.4 of the contested decision.

**1053** It follows from the foregoing considerations that the Commission's finding of a restriction by object with regard to the assignment agreement is, as the applicants correctly state, based on the previous finding of market sharing as a result of the settlement and licence agreements.

**1054** However, as indicated in paragraph 1014 above, that finding is incorrect.

**1055** Consequently, the Commission's finding of a restriction by object with regard to the assignment agreement must also be held to be invalid.

**1056** It should be added that the assignment agreement is not a 'side deal' to the settlement agreement, within the meaning of the considerations set out in paragraphs 797 to 803 above.

**1057** That assignment agreement was not concluded on the same day as the settlement agreement, there is no contractual link between the two agreements and the Commission has not established that they were indissociable (see paragraph 798 above).

**1058** The Commission even stated that there was no link between, on the one hand, the EUR 30 million payment by Servier to Krka under the assignment agreement and, on the other hand, the settlement agreement, in the sense that that payment did not constitute an inducement for Krka to accept the non-marketing and non-challenge clauses in the settlement agreement. That is apparent, inter alia, from the following extracts from the contested decision:

'(1678) Two months later, Servier purchased from Krka patent applications for competing technologies to produce perindopril for EUR 30 million. Krka considered that Servier feared that this technology could otherwise be assigned or licensed to other competitors. While some elements point in the direction of the existence of a link between the Settlement Agreement and the payment of [EUR] 30 million by Servier, this decision does not draw any conclusion on this point, and the analysis of those agreements is not based on the existence of such a link.

...

(footnote 2419) Servier contests that there was a link between the payment for patent applications and the settlement agreement. (Servier's reply to the Statement of Objections, paragraph 1084, ID 10114, p. 363). As it evidently flows from Section 5.5.3.3.3, the assessment of the Krka Settlement Agreement does not consider the payment of EUR 30 million as an inducement for Krka to accept the restrictive settlement terms, and leaves open as undecided the question whether there was a link between the settlement agreement and the [assignment and licence agreement].'

**1059** Thus, the assignment agreement cannot compensate for the fact that the inducement which, according to the Commission, arises from the licence agreement and allowed it to conclude that the settlement agreement was actually intended to exclude one of Servier's competitors is not established (see paragraph 984 above).

**1060** It follows from all the foregoing that the Commission erred in finding, as regards the assignment agreement, a restriction of competition by object. The present plea is therefore well founded.

(b) Errors of law and of assessment in relation to the classification of the agreements concluded with Krka as a restriction of competition by effect

(1) Argument of the parties

...

(2) Findings of the Court

**1075** It is appropriate to examine together the error of assessment and the error of law concerning the finding of a restriction by effect.

**1076**In that regard, the Court has repeatedly held that, in order to determine whether an agreement is to be considered to be prohibited by reason of the distortion of competition which is its effect, the competition in question should be assessed within the actual context in which it would occur in the absence of the agreement in dispute (see judgments of 30 June 1966, LTM, 56/65, [ECLI:EU:C:1966:38](#), p. 250, and of 6 April 2006, General Motors v Commission, [C-551/03 P](#), [ECLI:EU:C:2006:229](#), paragraph 72; see, also, judgment of 11 September 2014, MasterCard and Others v Commission, [C-382/12 P](#), [ECLI:EU:C:2014:2201](#), paragraph 161 and the case-law cited). It is therefore necessary to show - by a comparison between the competition that existed when the agreement was in force and the competition that would have occurred if that agreement had not been concluded - that the competitive situation was worse when that agreement was in force.

**1077**As a preliminary point, it is necessary to clarify the approach adopted by the Commission, in the contested decision, in examining the restriction of competition by effect with regard, in particular, to the comparative step of that examination mentioned in paragraph 1076 above.

(i) The approach adopted by the Commission

**1078**It is necessary, first of all, to note some of the general considerations, applicable to all of the agreements between Servier and the generic companies at issue in the contested decision, set out by the Commission in Section 5.1.7 of the contested decision, entitled 'Assessment of patent settlement agreements with reverse payments as restrictions by effect pursuant to Article 101(1) of the Treaty'.

**1079**The Commission indicated, inter alia, that the examination of conditions of competition on a given market 'must be based not only on existing competition between the undertakings already present on the relevant market but also on potential competition' (recital 1215 of the contested decision).

**1080**The Commission noted, in recital 1219 of the contested decision, that, according to the Guidelines on the application of Article [101(3) TFEU] (OJ 2004 C 101, p. 97), both the 'actual and potential effects' of an agreement were to be taken into account, since the agreement only had to have 'likely anticompetitive effects'. It referred, in that regard, to paragraph 24 of those guidelines, which is based on the judgment of 28 May 1998, Deere v Commission ([C-7/95 P](#), [ECLI:EU:C:1998:256](#), paragraph 77).

**1081**The Commission then set out its method. It indicated that it would show the restrictive effects of the agreements by establishing, as a first step, that each of them had entailed the removal of a potential competitor, and then, as a second step, that the elimination of a single potential competitor was 'likely to have effects on the competitive structure' (recital 1219 of the contested decision).

**1082**The Commission therefore considered that the finding of the elimination of a potential competitor allowed it to establish only anticompetitive effects that were 'likely' to occur, that is to say 'potential' effects on competition (see paragraph 1080 above).

**1083**The Commission stated the following in recital 1220 of the contested decision:

'The assessment of restrictive effects should be carried out based on the facts at the time of the settlement, while also taking into account how the agreement was actually implemented. Some of the parties disagree and claim that the assessment should take into account all posterior factual developments, and not be based primarily on the



situation at the time the agreements were concluded. ... When elimination of potential competition is at issue, looking at what actually happened may have little to do with what would likely have happened absent the agreement, a core question for the competitive assessment. This is all the more so where the agreement significantly changes the incentives of one party, or both, to continue to compete.'

**1084**In the rather ambiguously worded first two sentences of that recital, the Commission acknowledged that it would not rely, for each agreement, on all the factual developments subsequent to its conclusion; rather, it would rely, at least primarily, on the facts at the time it was concluded. In order to justify that approach, the Commission then referred to the concept of 'potential competition', stating that, where the elimination of potential competition was at issue, taking into account certain actual events, in particular events subsequent to the conclusion of the agreement, is less relevant in order to show one side of the comparison referred to in paragraph 1076 above, namely competition as it would have occurred absent an agreement.

**1085**That approach is confirmed by an extract from recital 1264 of the contested decision, in which the Commission considers that, where the elimination of a potential competitor is at issue, it is necessary to analyse the 'potential future effects' of the agreements.

**1086**The recital of the contested decision cited in paragraph 1085 above is contained in the section of the contested decision entitled 'Prevailing market structure at the time of the settlement agreements', which is primarily concerned with describing the gradual elimination of potential competitors to Servier by the conclusion of the various agreements at issue examined by the Commission (recitals 1244 to 1269 of the contested decision).

**1087**It is true that, in that section, the Commission refers to certain events which actually occurred during the implementation of the agreements and which support the conclusion that the two companies that did not enter into an agreement with Servier continued to exert competitive pressure. The Commission thus notes that the 947 patent was invalidated in the United Kingdom as a result of the litigation pursued by one of those two companies, Apotex, in that country.

**1088**However, the Commission states that there was still a strong 'possibility', after the conclusion of the agreements that Servier entered into with various generic companies, that it would again try to reach an agreement with Apotex, and with the other company representing a potential threat to it (recital 1268), even though the Commission could have observed, when it adopted the contested decision, that no such agreements had been concluded.

**1089**The Commission's assertion referred to in paragraph 1088 above confirms that, in order to show the competition that would have occurred had an agreement not been concluded (one side of the comparison mentioned in paragraph 1076 above), it relied on a hypothetical approach, which was partly indifferent to the actual events that took place, in particular after the conclusion of the agreements at issue.

**1090**The Commission thus relied on the premiss that it could, in the event of an agreement eliminating a potential competitor, show merely the potential effects of that agreement, that is to say those that the agreement is 'likely' to have, which allows it to base its description of competition as it would have occurred absent an agreement on

hypotheses or 'possibilities' rather than on the events that actually took place, which it could have observed when it adopted its decision.

**1091**In that regard, the Commission stated as follows in paragraph 152 of its defence:

'... Servier claims that the Commission did not take into account the correct counterfactual situation. The Commission rejects that criticism. The events indicating whether a potential competitor will eventually become an actual competitor or fail to enter the market are limited in scope because the exclusion of a potential competitor at the date of the agreement in a context in which there are no actual competitors and very few potential competitors is in itself a restriction of competition by effect falling within the scope of Article 101 TFEU. The essential question is whether a generic company fulfils the requirements for classification as a potential competitor. A company may disappear from or never enter a market for a variety of reasons which do not counter the fact that it was a sufficiently serious threat at the time of the agreement.'

**1092**It follows from the foregoing that the Commission considered that, where it had established that an agreement excluded a potential competitor, it was not necessary, in order to determine the competition that would have occurred had that agreement not been concluded, to rely on the actual events that occurred, in particular after the conclusion of the agreement. Rather, the Commission considered - relying on its usual practice in taking into account the potential effects of an agreement, according to which it suffices to demonstrate that that agreement is 'likely' to have anticompetitive effects (see paragraphs 1080 and 1085 above) - that it could base its description of the competition that would have occurred had an agreement not been concluded on hypotheses or 'possibilities'.

**1093**The Commission's general approach having been set out, it must be determined whether, in the particular context of its analysis of the effects of the agreements between Servier and Krka on competition, the Commission took an approach consistent with that general approach.

**1094**In recitals 1813 and 1814 of the contested decision, that is to say in the first recitals of the section devoted to the restriction by effect with regard to the agreements concluded with Krka, the Commission indicated that the purpose of that section was to determine whether the agreements at issue 'were likely to entail restrictive effects on competition'. Similarly, in the title of the conclusion of the section devoted to the restriction by effect with regard to the agreements concluded with Krka, the Commission indicated that those agreements 'were likely to entail restrictive effects for competition'. Finally, in its defence, the Commission confirmed that 'the decision verified whether the agreements were likely to have anticompetitive effects' (paragraph 135).

**1095**It follows from the wording used by the Commission in paragraph 1094 above that its approach is based on the finding of potential effects of the agreements (see paragraph 1080 above).

**1096**Moreover, in order to carry out the comparison mentioned in paragraph 1076 above, the Commission relied on the fact that, had an agreement not been concluded, Krka would have remained a 'competitive threat' to Servier (recitals 1828 and 1830 of the contested decision).

**1097**On the face of it, that 'competitive threat' allegedly eliminated by the agreements relates, given its hypothetical nature, more to potential effects on competition than actual effects.

**1098**The elimination of the 'competitive threat' mentioned in paragraphs 1096 and 1097 above constitutes a key element in the Commission's demonstration intended to establish that the competitive situation on the market became worse because of the settlement (see paragraph 1076 above).

**1099**It is true that the Commission subsequently devotes - in relation to Servier's market power which it previously examined (recitals 1817 to 1819 of the contested decision) - a section of the contested decision to the structure of the relevant market, characterised by a lack or shortage of sources of competition (recitals 1835 to 1846).

**1100**However, it is the prior finding of the existence, absent an agreement, of a 'competitive threat', made in the foregoing section of the contested decision (recitals 1825 to 1834), which constitutes the starting point for the analysis of the market structure.

**1101**The Commission concludes its analysis of the structure of the market in question by indicating that there was a strong possibility that the remaining sources of competition at the time the agreements between Servier and Krka were concluded would be removed from competition by a future agreement or otherwise, but it does not specify whether that actually occurred during the period when the agreements concluded with Krka were in force (recital 1846 of the contested decision).

**1102**The element mentioned in paragraph 1101 above confirms the findings set out in paragraph 1092 above. Thus, the Commission considered that, since it had established that the settlement agreement excluded Krka and that Krka was at least a potential competitor to Servier, it was not required, in order to demonstrate the competition that would have occurred had an agreement not been concluded (one side of the comparison, mentioned in paragraph 1076 above), to take into account the events that actually occurred, which it could have observed at the time it adopted its decision. Rather, the Commission considered - relying on its usual practice in taking into account the potential effects of an agreement, according to which it suffices to demonstrate that that agreement is 'likely' to have anticompetitive effects - that it could base its description of the competition that would have occurred had an agreement not been concluded on hypotheses or 'possibilities'.

**1103**The Commission's analysis of the agreements concluded between Servier and Krka was therefore consistent with the general approach it had set out for examining the various settlement agreements found to be infringing in the contested decision.

**1104**Having noted the Commission's approach to the comparative step of the examination of the restriction by effect mentioned in paragraph 1076 above, it is necessary to determine whether the Commission was entitled to find that the agreements concluded between Servier and Krka restricted competition by effect.

**1105**That examination requires, as a preliminary point, a review of the relevant case-law.

**1106**In particular, in view of the approach taken by the Commission and the key role played in its reasoning by the multiple references to the 'potential effects' of the agreements and to the fact that they were 'likely to entail restrictive effects on competition', it is necessary to review the case-law, already referred to in paragraph 1080

above and mentioned at the hearing, according to which account should be taken of the potential effects of an agreement, a concerted practice or a decision by an association of undertakings for the purpose of determining whether such measures fall within the scope of Article 101(1) TFEU.

(ii) The relevant case-law in the present case

**1107** Whilst the Court of Justice, in the context of references for a preliminary ruling, has often reiterated the principle that Article 101(1) TFEU does not restrict the assessment of an agreement or practice to actual effects alone, since that assessment must also take account of the agreement's potential effects on competition within the internal market (judgments of 21 January 1999, *Bagnasco and Others*, [C-215/96](#) and [C-216/96](#), [ECLI:EU:C:1999:12](#), paragraph 34; of 23 November 2006, *Asnef-Equifax and Administración del Estado*, [C-238/05](#), [ECLI:EU:C:2006:734](#), paragraph 50; of 28 February 2013, *Ordem dos Técnicos Oficiais de Contas*, [C-1/12](#), [ECLI:EU:C:2013:127](#), paragraph 71; and of 26 November 2015, *Maxima Latvija*, [C-345/14](#), [ECLI:EU:C:2015:784](#), paragraph 30), it has rarely had the opportunity to examine itself whether a practice or agreement has potential effects such that a restriction of competition may be found.

**1108** The Court of Justice first examined the taking into account of the potential effects of an agreement in the judgment of 17 November 1987, *British American Tobacco and Reynolds Industries v Commission* (142/84 and 156/84, [ECLI:EU:C:1987:490](#)). In the case that gave rise to that judgment, the Commission had rejected a complaint and found that the agreements to which that complaint related did not constitute an infringement of the Treaty rules on competition (judgment of 17 November 1987, *British American Tobacco and Reynolds Industries v Commission*, 142/84 and 156/84, [ECLI:EU:C:1987:490](#), paragraph 1). The Court of Justice held in that case that, where the Commission finds that an agreement does not breach competition law, it is required not only to take account of the effects that the clauses of that agreement had at the time of their examination by the Commission but also the effects that they could have in the future in the light of the as yet unrealised possibilities they open to the parties. For example, in that case, an agreement relating to acquisitions of shareholdings in a competing undertaking gave the investing undertaking the possibility of reinforcing its position at a later stage by taking effective control of the other undertaking, which could have consequences on the competitive situation examined (judgment of 17 November 1987, *British American Tobacco and Reynolds Industries v Commission*, 142/84 and 156/84, [ECLI:EU:C:1987:490](#), paragraphs 37, 39, 54, 57 and 58).

**1109** Thus, according to the judgment referred to in paragraph 1108 above, the Commission must take into account, in the examination of the effects of an agreement, not only the actual effects of clauses which are already being implemented when it adopts its decision, but also the potential effects of clauses which have not yet been implemented.

**1110** The Court of Justice subsequently acknowledged the taking into account of potential effects of an agreement in the judgment of 28 May 1998, *Deere v Commission* ([C-7/95 P](#), [ECLI:EU:C:1998:256](#)). The case that gave rise to that judgment concerned a Commission decision following the notification of an agreement aimed at obtaining, under Article 2 of Regulation No 17, a negative clearance, by which the Commission could certify, upon application by the undertakings concerned, that there were no grounds for

action on its part in respect of an agreement. In its decision, the Commission had found that the agreement notified to it constituted a restriction of competition by effect.

**1111**In that case, the General Court, and subsequently the Court of Justice, upheld that finding, which was based on the existence of potential effects.

**1112**The applicant in that case relied on the fact that the information exchange system established by the agreement had been applied for several years before the notification of the request for negative clearance to support its argument that the Commission's assessment should be limited to taking into account the actual effects of the exchange of information. However, the General Court considered that that argument was not relevant, since the Treaty prohibited both actual and potential effects of agreements (judgment of 27 October 1994, *Deere v Commission*, [T-35/92](#), [ECLI:EU:T:1994:259](#), paragraphs 59 and 61).

**1113**It is necessary, however, to qualify the conclusion that the argument based on the fact that the agreements or practices in question had been implemented was ineffective.

**1114**First, the circumstances of the case were unusual, because the agreement for which negative clearance was requested had replaced a previous agreement which had not been notified to the Commission. The Commission therefore had to decide on the compliance of that new agreement with the competition rules, and not on that of the previous agreement. It is therefore not certain that the Commission would have been able to draw definitive conclusions as regards that new agreement from the application of the previous agreement, despite their similarity. As regards the new agreement, it had been applied for only a few months before the participants decided to suspend it. The Commission thus did not have the necessary perspective to examine its actual effects on competition (judgment of 27 October 1994, *Deere v Commission*, [T-35/92](#), [ECLI:EU:T:1994:259](#), paragraphs 2 and 4).

**1115**Secondly, the General Court, when examining the potential effects on competition of an agreement in the judgment of 27 September 2006, *GlaxoSmithKline Services v Commission* ([T-168/01](#), [ECLI:EU:T:2006:265](#), paragraph 163), indicated that the fact that the agreement in question had been suspended only a few months after its entry into force, until the adoption of the Commission decision contested in that case, led it to interpret the Commission's examination of the agreement as being mainly devoted to its potential effects.

**1116**The General Court, in that judgment, therefore established an explicit link between the fact that an agreement has not been implemented and the examination of its potential effects.

**1117**Thirdly, in the judgment of 30 June 2016, *CB v Commission* ([T-491/07](#) RENV, not published, [ECLI:EU:T:2016:379](#), paragraphs 243, 247, 248 and 250), the General Court examined the potential effects on competition of a decision of an association of undertakings by taking into account the effects that the measures in question would produce if they were applied, which again establishes a link between the examination of the potential effects of the association's decision and the fact that it has not yet been implemented. It should be highlighted that the Commission had distinguished, in the decision in question (Commission Decision C(2007) 5060 final of 17 October 2007 relating to a proceeding under Article [101 TFEU] (COMP/D 1/38606 - Groupement des cartes bancaires 'CB')), between the analysis of potential effects, that is to say those that the

measures would produce if they were no longer suspended (recital 261 et seq.), and the analysis of the effects that had occurred in the course of the period during which the measures at issue had been applied (recital 310 et seq.).

**1118**It should be noted that, in the cases that gave rise to the judgments of 27 September 2006, *GlaxoSmithKline Services v Commission* (T-168/01, [ECLI:EU:T:2006:265](#)), and of 30 June 2016, *CB v Commission* (T-491/07 RENV, not published, [ECLI:EU:T:2016:379](#)), the Commission did not penalise the undertakings concerned, but ordered them to bring an immediate end to the infringement in question.

**1119**It should also be added that, in the cases mentioned in paragraph 1118 above, it was the undertakings concerned that had referred the measures in question to the Commission (see, to that effect, judgments of 27 September 2006, *GlaxoSmithKline Services v Commission*, T-168/01, [ECLI:EU:T:2006:265](#), paragraph 10, and of 30 June 2016, *CB v Commission*, T-491/07 RENV, not published, [ECLI:EU:T:2016:379](#), paragraph 8).

**1120**Thus, in most of the cases in which the EU Courts have applied to an agreement, a concerted practice or a decision of an association of undertakings the case-law according to which a finding of restriction by effect may arise from the potential effects of those measures, the Commission decision at issue did not penalise past conduct constituting a restriction by effect, but rather prevented the occurrence of such conduct by envisaging the effects that the measures in question could have if they were applied. That was the situation, inter alia, in the case which gave rise to the judgment of 17 November 1987, *British American Tobacco and Reynolds Industries v Commission* (142/84 and 156/84, [ECLI:EU:C:1987:490](#)), in which the Commission rejected a complaint by examining the effects that a clause of the agreement might have if the possibility that it provided were implemented.

**1121**There is therefore no previous case-law, concerning agreements, decisions and concerted practices, in which the Court of Justice or the General Court has accepted that the Commission may rely only on the potential effects of the measure at issue in order to find that an infringement has been committed and impose a fine on the infringers on the basis of that finding.

**1122**It appears paradoxical - where the clauses of an agreement have been implemented and their impact on competition can be measured by taking into account the relevant factual developments, including those subsequent to the conclusion of the agreement, which took place before the Commission issued its decision - to allow the Commission to demonstrate merely the anticompetitive effects that such clauses are likely to have and, to that end, to make the comparison mentioned at paragraph 1076 above without taking those developments into account (see paragraphs 1084, 1092 and 1102 above).

**1123**It also appears paradoxical to allow the Commission, in order to find that an infringement in the form of a restriction of competition by effect was committed (and can therefore be penalised by a fine), to rely on the mere fact that clauses of an agreement that were implemented are likely to have anticompetitive effects and not on whether they had such effects, even though the Court of Justice has held that the burden of proving the anticompetitive effects of an agreement can be waived only in the case of a restriction of competition by object, which should concern only agreements so likely to have negative effects, in particular on the price, quantity or quality of the goods and services, that it may be considered redundant, for the purposes of applying Article 101(1) TFEU, to prove

that they have actual effects on the market (judgment of 11 September 2014, *CB v Commission*, [C-67/13 P](#), [ECLI:EU:C:2014:2204](#), paragraph 51). If it were possible for the Commission to rely, in relation to agreements which have been implemented, solely on the effects that they are likely to have, in order to demonstrate that they had an anticompetitive effect, the distinction between restrictions of competition by object and by effect, established by Article 101(1) TFEU, would lose its relevance.

**1124**It follows from the foregoing that, since the agreements at issue were implemented and since, by the contested decision, the Commission found that an infringement had been committed, which enabled it to impose a fine on the parties to the agreements, the case-law just referred to in paragraphs 1107 to 1120 above, as regards taking the potential effects of agreements into account in relation to restrictions by effect, is not applicable.

**1125**It must also be noted, moreover, that the case-law mentioned in paragraph 1124 above must be distinguished from that concerning the taking into account of the effects on competition of a limitation of competition, including where that competition is only potential.

**1126**In that regard, in the judgment of 12 June 1997, *Tiercé Ladbroke v Commission*, [T-504/93](#), [ECLI:EU:T:1997:84](#), paragraphs 157 to 160), which is cited in recital 1217 of the contested decision, the General Court examined the legality of a Commission decision whereby the Commission had rejected a complaint on the ground, inter alia, that, in the absence of present competition on the relevant market, the agreement in question did not fall within the scope of Article 85(1) of the Treaty, now Article 101(1) TFEU. The General Court held that the Commission had not examined with the required diligence all the matters of fact and of law brought to its attention by the applicant, because the agreement was likely to restrict potential competition. It therefore annulled the decision before it on that point.

**1127**It cannot be inferred from that case-law, which concerned a rejection of a complaint, that the mere fact that an agreement is 'likely' to restrict potential competition must necessarily lead to a finding of a restriction of competition by effect, but rather that the Commission cannot exclude from the outset the possibility of a restriction by effect where an agreement is only likely to restrict potential competition and not present competition.

**1128**Thus, when the Commission adopts a decision finding an infringement of Article 101(1) TFEU, which allows it to impose a fine on the infringers on the basis of that finding, the mere fact that the Commission has established the existence of potential competition and a limitation of the autonomy of a potential competitor, or even the elimination of that autonomy, does not release it from its obligation to demonstrate an analysis of the actual effects of the measure in question on competition if the case-law cited in paragraphs 1107 to 1120 above is not applicable.

**1129**It must be borne in mind in that regard that the finding of anticompetitive effects of an agreement requires evidence that competition has, 'in fact', been prevented, restricted or distorted (judgment of 30 June 1966, *LTM*, 56/65, [ECLI:EU:C:1966:38](#), p. 249).

**1130**Thus, demonstrating that an agreement has anticompetitive effects requires that the Commission, in the light of the need to be realistic that arises from the case-law of the Court of Justice, take into account, in the context of the comparison referred to in

paragraph 1076 above, all the relevant factual developments, including those subsequent to the conclusion of the agreement, which took place before it adopts its decision.

**1131**In that regard, the Court of Justice has held that, when appraising the effects of an agreement between undertakings in the light of Article 101 TFEU, it is necessary to take into consideration the actual context in which the agreement in question is situated, in particular the economic and legal context in which the undertakings concerned operate, the nature of the goods or services affected, as well as the real conditions of the functioning and the structure of the market or markets in question (judgment of 11 September 2014, MasterCard and Others v Commission, C-382/12 P, ECLI:EU:C:2014:2201, paragraph 165).

**1132**It follows that the scenario envisaged on the basis of the hypothesis that the agreement in question was not concluded must, according to the Court of Justice, be 'realistic' (see, to that effect, judgment of 11 September 2014, MasterCard and Others v Commission, C-382/12 P, ECLI:EU:C:2014:2201, paragraph 166).

**1133**The Court of Justice indicated that taking into account developments that were likely to have occurred on the market in the absence of that agreement was necessary when examining the agreement's restrictive effects on competition (see, to that effect, judgment of 11 September 2014, MasterCard and Others v Commission, C-382/12 P, ECLI:EU:C:2014:2201, paragraphs 167 to 169).

**1134**Moreover, the requirement of likelihood and realism applying to the description of the competition that would have occurred had an agreement not been concluded (one side of the comparison mentioned in paragraph 1076 above) is consistent with the approach adopted by the Commission in several guidelines, which requires it to establish the sufficiently likely nature of the restrictive effects of the measures that it examines.

**1135**Thus, first, paragraph 24 of the Guidelines on the application of Article [101(3) TFEU], to which the Commission refers in recital 1219 of the contested decision, states that 'for an agreement to be restrictive [of competition] by effect it must affect actual or potential competition to such an extent that on the relevant market negative effects on prices, output, innovation or the variety or quality of goods and services can be expected with a reasonable degree of probability'.

**1136**Secondly, in paragraph 19 of the 2001 Guidelines on horizontal cooperation agreements, it is indicated that many horizontal cooperation agreements do not have as their object a restriction of competition and that an analysis of the effects of each agreement is therefore necessary. It is added that, for that analysis, it is not sufficient that the agreement limits competition between the parties, but that the agreement must also be likely to affect competition in the market to such an extent that it is possible to expect negative market effects as to prices, output, innovation or the variety or quality of goods and services.

**1137**Thirdly, the Commission confirmed that it maintained that approach in the 2011 Guidelines on horizontal cooperation agreements. It thus states, in paragraph 28 of those guidelines, to which it refers in footnote 1733 of the contested decision, that restrictive effects on competition within the relevant market are likely to occur where it can be expected with a reasonable degree of probability that, due to the agreement, the parties would be able to profitably raise prices or reduce output, product quality, product variety or innovation.



**1138**Moreover, in the contested decision itself (recital 1218), the Commission noted that restrictive effects on competition must be established with a sufficient degree of probability.

**1139**In the light of all the foregoing, it must be determined whether, in the present case, the Commission - despite the hypothetical approach that it adopted as regards the comparative step of the examination of restriction of competition by effect (see paragraphs 1076 to 1102 above) - established the sufficiently realistic and probable nature of the restrictive effects of the agreements concluded between Servier and Krka.

(iii) The error of assessment

**1140**The Commission analysed the effects of the non-marketing and of the non-challenge clause contained in the settlement agreement between Servier and Krka, as well as the licensing of Krka's technology to Servier, by examining, for each of those three measures, the competition that would have occurred in its absence (see, inter alia, recitals 1825 to 1829 of the contested decision).

**1141**It is necessary to determine, for each of the three measures, whether the Commission was entitled to find a restriction of competition by effect.

- The non-marketing clause in the settlement agreement

**1142**It must be borne in mind that, in order to determine whether an agreement is to be considered to be prohibited by reason of the distortion of competition to which it gives rise, the competition in question should be assessed within the actual context in which it would occur in the absence of the agreement at issue (see paragraph 1076 above).

**1143**In the present case, the scope of the non-marketing clause is limited to that of the 947 patent, which is the subject of proceedings between Servier and Krka.

**1144**The actual context of the competition, absent the settlement agreement, consisted of the attempts of generic companies, including Krka, to enter the market by overcoming obstacles linked to Servier's patents, in particular the 947 patent, and the patent litigation between those companies and Servier.

**1145**As noted in paragraph 234 above, the specific purpose of awarding a patent is, inter alia, to ensure that the patentee, in order to reward the creative effort of the inventor, has the exclusive right to use an invention with a view to manufacturing industrial products and putting them into circulation for the first time, either directly or by the grant of licences to third parties, as well as the right to oppose infringements (judgment of 31 October 1974, Centrafarm and de Peijper, 15/74, [ECLI:EU:C:1974:114](#), paragraph 9). When granted by a public authority, a patent is normally assumed to be valid and an undertaking's ownership of that right is assumed to be lawful. The mere possession by an undertaking of such an exclusive right normally results in keeping competitors away, since public regulations require them to respect that exclusive right (judgment of 1 July 2010, AstraZeneca v Commission, [T-321/05](#), [ECLI:EU:T:2010:266](#), paragraph 362).

**1146**It is true that the at risk market entry of a generic company is not unlawful in itself (see, to that effect, judgment of 8 September 2016, Lundbeck v Commission, [T-472/13](#), under appeal, [ECLI:EU:T:2016:449](#), paragraph 122). However, such entry is much less likely where the generic company recognises the validity of the patent or believes that its chances of having that patent declared invalid are low.

**1147A** generic company's recognition or non-recognition of the validity of the patent in question or its perception of the strength of that patent is therefore decisive when determining whether it is likely to enter the market at risk.

**1148**The Commission did not properly take into account the effects that the 947 patent and Krka's recognition of its validity could have on the assessment, for the purpose of the comparison referred to in paragraph 1076 above, of Krka's likely behaviour in the absence of an agreement, in the section of the contested decision devoted to the examination of that conduct (recitals 1825 to 1834).

**1149**Events decisive for assessing whether Krka recognised the validity of the 947 patent, or its perception of its prospects of success in having that patent declared invalid, such as the EPO decision of 27 July 2006 confirming the validity of the patent and the interim injunction against Krka issued by a court in the United Kingdom, are not mentioned in that section of the contested decision, despite the fact that they occurred even before the conclusion of the settlement agreement between Servier and Krka.

**1150**In addition, the Commission, in recitals 1828 to 1834 of the contested decision, in the analysis of Krka's likely behaviour absent the agreements, does not refer to the circumstance - which is significant in this context - that several pieces of evidence in the case file supported the finding that Krka might be infringing the 947 patent.

**1151**That confirms that the hypothetical approach adopted by the Commission (see paragraphs 1077 to 1103 above) led it not only to disregard the events that occurred after the conclusion of the agreements but, more generally, to disregard the actual course of events as it could have been observed when it adopted its decision.

**1152**The Commission's reluctance to take into account in particular the effects of the 947 patent can be explained by the fact that, in its analysis of the restriction by object, it considered that the real basis for the settlement agreement between Servier and Krka was the inducement of the latter to comply with the restrictive clauses of that agreement and not a genuine recognition of the validity of the 947 patent. From that perspective, Krka could not in any way, according to the Commission, rely on the recognition of the validity of the 947 patent, since that recognition was vitiated in its very principle.

**1153**However, the finding of an inducement and of a restriction by object made by the Commission has been invalidated by the General Court as regards the settlement and licence agreements between Servier and Krka, which gives renewed relevance to the taking into account of Krka's perception of the strength of the 947 patent or its recognition of the validity of that patent.

**1154**It must be borne in mind that there were, at the time the settlement and licence agreements were concluded, strong indications capable of leading the parties to believe that the 947 patent was valid (see paragraphs 967 and 968 above). In the United Kingdom, that is to say one of the three countries (with France and the Netherlands) in which the Commission analysed and found a restriction by effect, Krka and Apotex, another competitor of Servier, were even the subject of an interim injunction.

**1155**Although the request for an interim injunction prohibiting the marketing of a generic version of perindopril placed on the market by Krka because of the infringement of the 947 patent, which was introduced by Servier in Hungary, was rejected in September 2006, it was a procedure which, unlike those mentioned in paragraph 1154 above, did not concern any of the countries in which the Commission found a restriction by effect.

**1156**Moreover, although there were already meetings between Servier and Krka before the EPO decision of 27 July 2006 (see, inter alia, recital 837 of the contested decision), they had not resulted in an agreement (recitals 856 to 859 of the contested decision) and it was only after that decision that new negotiations began (recital 898 of the contested decision). The EPO decision of 27 July 2006 confirming the validity of the 947 patent was therefore, at the very least, one of the catalysts which led to the settlement and licence agreements, which is further evidence that those agreements were based on the parties' recognition of the validity of the patent (see paragraph 971 above).

**1157**It should also be added that, as noted above (see paragraph 947 above), the conclusion of a licence agreement, which, for any licensee, makes sense only if the licence is actually used, is based on the parties' recognition of the validity of the patent. Thus, the very conclusion of the licence agreement, supported by a number of pieces of evidence (see paragraphs 999 and 1001 above), confirms that Krka ultimately recognised the validity of the 947 patent.

**1158**It is even apparent from documents in the file that Krka seemed to consider that, in the absence of a licence agreement with Servier, entry at risk to the 18 to 20 markets in question was very unlikely, or even impossible (see paragraphs 1001 and 1012 above).

**1159**Lastly, the Commission indicated, in the contested decision (recital 1693), that Krka had 'eventually ceased to consider entering at risk in the UK, France and other western European markets in the aftermath of the Opposition [Division's] Decision'.

**1160**In the light of the factors set out above, it must be concluded that it has not been established that, in the absence of an agreement, Krka would probably have entered at risk the markets of the 18 to 20 Member States in question, in particular the markets of France, the Netherlands and the United Kingdom.

**1161**The above conclusion is not called into question by the other elements in the file which might be relevant for the purposes of establishing that Krka would have entered the market had an agreement with Servier not been concluded. Those elements are contained primarily in the part of the contested decision devoted to the Commission's demonstration that Krka was a potential competitor of Servier.

**1162**First, it must be borne in mind (see paragraph 1026 above) that the fact that Krka continued to challenge Servier's patents and to market its product even though the validity of the 947 patent had been upheld by the EPO's Opposition Division can obviously be explained by Krka's desire to strengthen its position in the negotiations that it might engage in with Servier with a view to reaching a settlement.

**1163**In addition, continuing to challenge Servier's patent did not cause Krka to run any further risks in terms of infringement. It merely increased its litigation costs. With regard to the continued marketing of its product, the Commission confined itself to the five central and eastern Europe markets, in respect of which the Commission did not find a restriction of competition by effect. In addition, in five of the seven markets covered by the licence, the equivalents of the 947 patent had not yet been granted (recital 1755 of the contested decision). Thus, the risks incurred by Krka, in at least some of the markets in which it remained, were limited (see paragraph 1027 above).

**1164**Krka's decision to continue challenging Servier's patent and to continue marketing its product therefore do not support the conclusion that Krka did not recognise the validity of the 947 patent and would therefore have probably entered at risk the markets of the

18 to 20 Member States in question or, at the very least, the three markets in respect of which the Commission found a restriction of competition by effect.

**1165**Secondly, although the comments made by Krka's representatives show their surprise and discontent following the EPO decision of 27 July 2006 (recital 1688 of the contested decision), those comments cannot establish that, despite that decision, Krka would probably have entered the three national markets in respect of which the Commission found a restriction by effect.

**1166**Thirdly, the Commission devotes a section of the contested decision to Krka's 'intention to enter' the market. That very short section is composed of only one recital, which is itself rather short: recital 1699. In that recital, the Commission states that, 'even' after the EPO decision of 27 July 2006, Krka 'appeared' willing to support launches at risk by its partners and that it remained committed to supply its product 'in case the patent barriers were overcome'. It is added in that recital that one of Krka's commercial partners urged it to supply its product 'in case the 947 patent was invalidated' and that some of Krka's partners entered the market with that product 'once the 947 patent was invalidated in the [relevant] markets'.

**1167**The extracts cited in paragraph 1166 above attest less to Krka's intention to enter the three national markets in respect of which the Commission found a restriction by effect than to the importance attached to the 'patent barrier' represented by the 947 patent after the EPO decision of 27 July 2006, both for Krka and its commercial partners.

**1168**In view of all the elements set out above, it has not been established that, had the settlement and licence agreements not been concluded, Krka would probably have entered the three national markets in respect of which the Commission found a restriction of competition by effect.

**1169**Nor was it established by the Commission in the contested decision that, absent those agreements, Krka would have probably entered the markets concerned before the date on which the infringement came to an end, namely before 6 July 2007 for the United Kingdom, 12 December 2007 for the Netherlands and 16 September 2009 for France.

**1170**The hypothetical approach adopted by the Commission (see paragraphs 1079 to 1103 above) led it to pay little attention to the actual course of events - in particular those that occurred after the conclusion of the agreements - and therefore to possible changes in Krka's perception of the validity of the 947 patent as a result of those events.

**1171**However, it is not for the Court, as regards the appraisal of the constituent elements of an infringement - which do not fall within the scope of its unlimited jurisdiction, but rather the review of legality - to substitute its own reasoning for that of the Commission (see, to that effect, judgment of 21 January 2016, Galp Energía España and Others v Commission, C-603/13 P, ECLI:EU:C:2016:38, paragraphs 73 and 75 to 77).

**1172**Therefore, it is not for the Court to examine, for the first time, on the basis of the evidence in the file, whether a restriction of competition by effect could have arisen during the period after the conclusion of the agreements as a result of a decline in Krka's recognition of the validity of the 947 patent.

**1173**In any event, the evidence in the file does not support the conclusion that, had the agreements not been concluded, Krka would probably have entered the three national markets concerned during the period between the conclusion of the agreements and the end of the infringement.

**1174**Moreover, it should be emphasised that the Commission does not even allege that Krka would have probably entered the market in the absence of an agreement. In the section of the contested decision entitled 'Likely behaviour absent the Krka Agreements', the Commission does not rely, at least explicitly, on a hypothesis of an early market entry by Krka on the three markets concerned in the absence of an agreement, but only on the hypothesis that it would have remained a 'competitive threat' on those markets (see paragraph 1096 above).

**1175**Thus, according to the Commission, 'Krka would have remained a competitive threat as a potential generic entrant with perindopril in the UK, France and the Netherlands' (recital 1825 of the contested decision). The Commission notes that Krka would, inter alia, have continued to be a threat as a supplier to local distribution partners (recital 1828 of the contested decision).

**1176**The Commission also indicates that the parties to the agreement, in the absence of an inducement, could have negotiated a less restrictive agreement granting Krka earlier entry or a licence for the entire EU territory (recital 1831 of the contested decision).

**1177**The Commission concludes by indicating that, 'in the absence of the restrictions in the ... Agreements, Krka would have remained a prominent potential competitor to Servier' (recital 1834 of the contested decision).

**1178**It should be noted that, by merely invoking the 'competitive threat' that Krka would have continued to represent for Servier, even though the procompetitive effects of a mere 'threat' are not - unlike those of the market entry of a generic company - evident and, moreover, the effects of that 'threat' were, in the present case, largely mitigated by the presence of the 947 patent and the confirmation of its validity by the competent authorities (see paragraphs 1142 to 1169 above), the Commission failed to establish that the competition that would have occurred in the absence of the settlement agreement would probably have been more open.

**1179**It may be noted, in that respect, that the Commission should have specified the probable effects, in particular on prices, production, quality, diversity of products or innovation (see paragraphs 1135 to 1137 above), of the 'competitive threat' that Krka would have continued to represent for Servier in the absence of the settlement agreement, which it could have done, for example, by demonstrating that, because of the absence of a threat, Servier had limited its research and development expenditure.

**1180**It should be noted that, although the Commission's analysis of Servier's market power, and the structure of the relevant market, characterised by a lack or shortage of sources of competition, could have supported a finding of restrictive effects of an agreement preventing the market entry of a potential competitor, it is not enough to make probable and concrete the restrictive effects of an agreement undermining the existence of a 'competitive threat'.

**1181**Irrespective of the structure of the market, the anticompetitive effects of the non-marketing clause remain largely hypothetical if it is likely, given the actual course of events as it could have been observed when the Commission adopted its decision, that, even in the absence of that clause, the potential competitor concerned might have behaved similarly to how it did in the presence of the clause, that is to say, in the present case, that Krka would have remained outside the three markets in respect of which the Commission found a restriction by effect.

**1182**The credibility of the hypothesis that, in the absence of the settlement and licence agreements between Servier and Krka, and, in particular, of the inducement that, according to the Commission, they contained, another agreement allowing the early entry of Krka or granting it a licence for the European Union in its entirety would have been concluded (see paragraph 1176 above and recital 1142 of the contested decision), is in no way established, especially since, as is apparent from the examination of the plea alleging the absence of restriction of competition by object, the existence of an inducement has not been established by the Commission.

**1183**Lastly, it must be highlighted that the specific context of the settlement and licence agreements between Servier and Krka, which was characterised by the presence of a patent the validity of which was confirmed by the EPO (see paragraph 1144 above), is different from that at issue in the case that gave rise to the judgment of 14 April 2011, *Visa Europe and Visa International Service v Commission* (T-461/07, ECLI:EU:T:2011:181, paragraphs 187 and 191), which is cited by the Commission, in particular, in recital 1219 of the contested decision. In the absence of background factors comparable to those, relating to the existence of a patent and the recognition of its validity, which have been set out (inter alia, in paragraphs 1145 to 1159 above) and which are decisive in the present proceedings, the Court considered, in that judgment, on the basis of the sole fact that an undertaking subject to an exclusion clause by the measure at issue was a potential competitor, that the Commission had been entitled to conclude that that undertaking would have entered the market in the absence of the exclusion clause.

**1184**It should also be noted that, in the judgment of 14 April 2011, *Visa Europe and Visa International Service v Commission* (T-461/07, ECLI:EU:T:2011:181), the Court did not confirm a decision-making practice of the Commission whereby it could, in cases involving the elimination of a potential competitor, ignore the actual course of events as it could have been observed when it adopted its decision.

**1185**Moreover, such a practice, if it were valid, could lead to an inconsistent outcome in some cases, for example, where the only potential competitor, which is eliminated by an agreement, has been wound up by the time it is implemented, as a result of insolvency for example, which would obviously neutralise the exclusionary effects of the agreement, except if those effects were envisaged in a hypothetical manner, and not realistically, as required by the case-law (see paragraphs 1129 and 1132 above).

**1186**A restriction of competition by effect therefore cannot be found in the present case by reference to the judgment of 14 April 2011, *Visa Europe and Visa International Service v Commission* (T-461/07, ECLI:EU:T:2011:181).

**1187**It follows from the foregoing that the competition-restricting effects of the non-marketing clause in the settlement agreement have not been established by the Commission.

- The non-challenge clause in the settlement agreement

**1188**As a preliminary point, it should be observed that, in the section of the contested decision entitled 'Likely behaviour absent the Krka Agreements', the Commission does not mention anything relating to Krka's likely behaviour as regards the 340 patent, in respect of which the settlement agreement also contains a non-challenge clause.

**1189**Consequently, in the stage of the analysis of restriction by effect consisting in a comparison between the competition in the presence of the agreements and the competition that would have existed in their absence (see paragraphs 1076 above), the Commission limited its analysis to the 947 patent.

**1190**The failure to take into account the 340 patent may be explained by the fact that, according to the Commission, that patent affords only minor protection to Servier against the market entry of generic companies (recital 114 of the contested decision).

**1191**Furthermore, the Commission indicated, also in the section of the contested decision entitled 'Likely behaviour absent the Krka Agreements', that 'it appears plausible that, absent the non-challenge obligation, Krka would have remained a challenger to the validity of the '947 [patent] before the UK courts and the EPO' (recital 1827 of the contested decision).

**1192**The Commission therefore based its finding of a restriction by effect on the fact that, in the absence of the non-challenge clause, Krka would have continued the proceedings in which it was engaged before the United Kingdom courts and the EPO.

**1193**In that respect, it should be noted that a non-challenge clause is, by itself, restrictive of competition, since it undermines the public interest in eliminating any obstacle to economic activity which may arise where a patent was granted in error (see, to that effect, judgment of 25 February 1986, *Windsurfing International v Commission*, 193/83, [ECLI:EU:C:1986:75](#), paragraph 92).

**1194**It is therefore necessary to determine whether the application of the non-challenge clause and, in particular, Krka's withdrawal from the proceedings in which it was engaged, had an effect as regards the elimination of the 947 patent.

**1195**It should be borne in mind that, at the time the agreements were concluded, Krka and Servier were engaged in two sets of proceedings against one another and that it was the settlement agreement that led Krka not to pursue those proceedings.

**1196**Thus, in the United Kingdom, on 2 August 2006, Servier had brought an action for infringement of the 947 patent against Krka before the High Court of Justice (England & Wales), Chancery Division (Patents Court). It had also made an application for an interim injunction. On 1 September 2006, Krka had lodged a counterclaim for the annulment of the 947 patent. On 3 October 2006, the High Court of Justice (England & Wales), Chancery Division (Patents Court), had upheld Servier's application for interim relief and had refused the motion for summary judgment lodged by Krka on 1 September 2006, seeking a declaration of invalidity of the 947 patent. On 1 December 2006, the ongoing proceedings were discontinued as a result of the settlement reached between the parties and the interim injunction was lifted.

**1197**As regards the proceedings before the EPO, in 2004, 10 generic companies, including Krka, filed opposition proceedings against the 947 patent before the EPO seeking the revocation of that patent on grounds of lack of novelty, lack of inventive step and insufficient disclosure of the invention. On 27 July 2006, the EPO's Opposition Division had confirmed the validity of that patent following minor amendments to Servier's original claims. Seven companies had brought an appeal against that decision of the Opposition Division. Krka withdrew from the opposition procedure on 11 January 2007, pursuant to the settlement agreement reached between the parties.

**1198**It must be borne in mind, however, that, on 1 August 2006, Servier had also brought an action for infringement before the High Court of Justice (England & Wales), Chancery Division (Patents Court), against the company Apotex, claiming infringement of the 947 patent, since Apotex had launched a generic version of perindopril in the United Kingdom on 28 July 2006. Apotex had brought a counterclaim for annulment of that patent. An interim injunction prohibiting Apotex from importing, offering to sell or selling perindopril had been obtained on 8 August 2006.

**1199**On the basis of the counterclaim lodged by Apotex, the High Court of Justice (England & Wales), Chancery Division (Patents Court), ruled, on 6 July 2007, that the 947 patent was invalid because it lacked novelty and inventive step over the 341 patent. Consequently, the injunction was lifted immediately and Apotex was able to resume selling its generic version of perindopril on the United Kingdom market.

**1200**The Commission considered that the infringement concerning the agreements concluded between Servier and Krka had ended on that date in the United Kingdom.

**1201**Furthermore, as regards the litigation before the EPO, on the basis of the proceedings initiated by Krka, amongst others, the EPO's Technical Board of Appeal, by decision of 6 May 2009, annulled the EPO decision of 27 July 2006 and dismissed the 947 patent.

**1202**The Commission found that the infringement concerning the agreements concluded between Servier and Krka, in so far as it was still taking place in certain Member States, had ended on that date.

**1203**In the light of the proceedings relating to the 947 patent, which continued after Krka's withdrawal from the proceedings to which it was a party, as mentioned above, it cannot be considered that, in the absence of the settlement agreement reached between the parties, Krka's continuation of the proceedings would probably, or even plausibly, have allowed a faster or more complete invalidation of the patent.

**1204**However, the Commission has not established, or even alleged, in the contested decision, that the invalidation of the 947 patent would have been more rapid or more complete if Krka had not agreed to the non-challenge clause in the settlement agreement.

**1205**The fact that 'Krka previously considered that its patent case was amongst the best ones, and that it was a particular threat to the 947 patent' or that the courts of the United Kingdom, despite their rejection of the motion for summary judgment lodged by Krka, had considered that it had a 'powerful base' to challenge the validity of the 947 patent (recital 1827 of the contested decision) does not support the conclusion that Krka's participation in the proceedings in question would have led to the faster or more complete invalidation of the patent.

**1206**Likewise, to note, as the Commission does in recital 1712 of the contested decision, that 'eliminating a strong challenger may impact the final outcome of the litigation/opposition' does not justify a finding that the effects of the non-challenge clause that applied to Krka are probable, or plausible.

**1207**It was for the Commission to demonstrate, in a sufficiently precise and substantiated manner, how Krka's arguments or its particular position as regards the litigation could, if it had continued the proceedings in which it was engaged, have had a decisive impact, not on the outcome of disputes, since two of those cases - namely that before the EPO, which continued after Krka's withdrawal and that between Servier and Apotex before the



High Court of Justice (England & Wales), Chancery Division (Patents Court) - in any event, resulted in the invalidation of the 947 patent, but on the period in which that invalidation occurred or its scope.

**1208**Moreover, it is not for the Court, as regards the appraisal of the constituent elements of an infringement - which do not fall within the scope of its unlimited jurisdiction, but rather the review of legality - to substitute its own reasoning for that of the Commission (judgment of 21 January 2016, *Galp Energía España and Others v Commission*, [C-603/13 P](#), [ECLI:EU:C:2016:38](#), paragraphs 73 and 75 to 77).

**1209**Therefore, it is not for the Court to examine for the first time, on the basis of elements in the file other than those relied upon by the Commission in order to establish the restrictive effects of the non-challenge clause, whether Krka's continued participation in the ongoing litigation would have resulted in the faster or more complete invalidation of the 947 patent.

**1210**It should also be added that, irrespective of the structure of the relevant market, including where, as in this case, it is characterised, according to the Commission, by a lack or shortage of sources of competition, the anticompetitive effects of a non-challenge clause remain largely hypothetical if it is likely, given the actual course of events as it could have been observed when the Commission adopted its decision, that, in the absence of that clause, the patent in question, namely, in the present case, the 947 patent, would have been invalidated at the same time and in equal measure (see paragraph 1181 above).

**1211**Moreover, the Commission has not demonstrated, contrary to what recital 1712 of the contested decision suggests, that the proceedings between Servier and Krka before the courts of the United Kingdom could have established that Krka's technology was non-infringing. The proceedings concerning Krka and Apotex consisted of actions for infringement brought by Servier and counterclaims for annulment of the 947 patent lodged by those two generic companies in response. These proceedings were therefore similar. The proceedings concerning Apotex were brought to an end in their entirety by the invalidation of the 947 patent and, thus, without it being necessary to determine whether its technology was infringing. It is plausible, given the similarity of the proceedings and in the absence of evidence to the contrary adduced by the Commission, that the same would have happened to Krka.

**1212**A fortiori, it has not been shown that the procedure before the EPO could have established that Krka's technology was a non-infringing technology since that procedure concerned only the validity of the 947 patent.

**1213**It follows from the foregoing that the restrictive effects on competition of the non-challenge clause in the settlement agreement have not been established by the Commission.

- The licensing of Krka's technology

**1214**As regards the licence agreement by which Krka sold its technology to Servier, the Commission merely noted that, absent that agreement, 'Krka would have retained the freedom to sell or license out the rights to its perindopril technology' (recital 1829 of the contested decision), which is not sufficient - in relation to a mere transfer of property accompanied by a licence agreement and not an exclusionary measure as a non-marketing clause may be - to establish the existence of probable effects, in particular on

prices, production, quality, diversity or innovation (see paragraphs 1135 to 1137 above). The existence of anticompetitive effects is even less established since Krka's technology did not make it possible to circumvent the 947 patent, which, in view of the serious indications suggesting that that patent was valid, renders implausible the assumption that generic companies competing with Servier would, absent the assignment agreement, have sought to acquire Krka's technology.

**1215**It follows from the foregoing that the restrictive effects on competition of the licensing of Krka's technology have not been established by the Commission.

**1216**It follows from all the foregoing that the Commission has not established the existence of a restrictive effect on competition resulting from the settlement agreement or the assignment agreement which is sufficiently realistic and likely as to be able to support the finding of a restriction by effect. It should be added that such a restrictive effect is no more likely to be found if the two agreements are considered as a whole.

**1217**The complaint alleging an error of assessment must therefore be upheld, and the applicants' plea alleging that the Commission erred in finding a restriction by effect as a result of the agreements between Servier and Krka, may, on that basis alone, be declared well founded in its entirety.

**1218**It is also necessary to determine whether the Commission has, in addition, vitiated its decision by errors of law.

(iv) Error of law

**1219**As mentioned (see paragraphs 1092 and 1102 above), the Commission considered that, since it had established that the settlement agreement excluded a potential competitor of Servier, it was not required, in order to demonstrate the competition that would have occurred had an agreement not been concluded (one side of the comparison mentioned in paragraph 1076 above), to take into account the actual course of events which it could have observed at the time it adopted its decision. Rather, the Commission considered - relying on its usual practice in taking into account the potential effects of an agreement, according to which it suffices to demonstrate that that agreement is 'likely' to have anticompetitive effects (see paragraphs 1080 and 1085 above) - that it could base its description of the competition that would have occurred had an agreement not been concluded on hypotheses or possibilities.

**1220**As is apparent from the above examination of the complaint alleging an error of assessment, some of the events that the Commission did not take into account were not only relevant, but also decisive for the purposes of the comparison referred to in paragraph 1076 above.

**1221**Thus, as regards the non-marketing clause, although the Commission took into account the EPO decision of 27 July 2006 and the interim injunctions issued by the United Kingdom courts against Krka and Apotex in order to establish that Krka was a potential competitor, it did not take due account of those events for the purpose of determining whether Krka would probably have entered the market absent an agreement, merely stating in that regard that, absent an agreement, the 'competitive threat' from Krka would have persisted.

**1222**As regards the non-challenge clause, the Commission did not take into account the outcome of the proceedings brought against the 947 patent by other generic companies, which continued despite the fact that Krka had ceased any challenge.

**1223**As regards, lastly, the market structure, a cross-cutting issue which concerns both the non-marketing clause and the non-challenge clause, the Commission merely identified the remaining sources of competition at the time the last of the settlement agreements referred to in the contested decision was concluded and indicated that there was a 'strong possibility' that those sources would be removed from competition by an agreement or otherwise, without taking account of the fact that that possibility did not occur during the infringement period (recital 1846 of the contested decision).

**1224**That reasoning is expressly apparent from footnote 2445 of the contested decision, in which the Commission relies - in order to prove that the non-challenge clause had restrictive effects - on the fact that there were few companies competing with Servier likely to pursue the ongoing proceedings or to launch new ones and that 'it was plausible that Servier would consider reaching settlements with these companies', which would have eliminated any possibility that proceedings against the 947 patent would continue or be launched. While it is true that Servier approached those companies, it did not reach a settlement with them and in particular with one of them which ultimately obtained the annulment of the 947 patent at the very time the non-challenge clause was applied by Krka.

**1225**The limited nature of the review undertaken by the Commission cannot be justified in the light of the case-law of the EU Courts. The case-law on taking into account the potential effects of agreements, examined in paragraph 1107 to 1120 above, was not applicable in the present case (see paragraph 1124 above).

**1226**The same is true, for the reasons indicated in paragraphs 1183 to 1186 above, as regards the applicability of the solution adopted, in relation to agreements eliminating potential competition, in the judgment of 14 April 2011, *Visa Europe and Visa International Service v Commission* (T-461/07, [ECLI:EU:T:2011:181](#)) (see paragraphs 1183 to 1186 above).

**1227**It must therefore be concluded that the Commission carried out an incomplete examination of the situation that it was required to assess in order to determine whether the agreements between Servier and Krka were restrictive of competition by effect, and that the incompleteness of the Commission's examination shows a misapplication of the case-law of the EU courts and thus an error of law.

**1228**Moreover, according to the Commission's approach, it had only to demonstrate the elimination of a potential competitor in order to be able to find - in the context of a market structure characterised by a lack or shortage of sources of competition and by market power on the part of the originator company - a restriction of competition by effect.

**1229**If it were accepted, that approach would allow the Commission, in cases such as the present case concerning restrictive clauses linked to a settlement agreement in relation to medicinal product patents, to find a restriction of competition by effect by, in essence, ensuring that only two of the three conditions required in order to find a restriction by object, namely the existence of potential competition and the presence of clauses restrictive of competition, are met.

**1230**Since demonstrating that the third condition, namely the existence of an inducement, is met is, as is clear from the examination of the plea on restriction by object, particularly difficult, the Commission's task would be made significantly easier.

**1231**In the light of the higher evidential requirements that apply to the demonstration of a restriction of competition by effect (see paragraphs 1123 and 1128 to 1139 above), that solution - which runs counter to the spirit of the distinction established by the Treaty between restrictions of competition by object and restrictions of competition by effect - cannot be accepted.

**1232**It follows from the foregoing that the complaint alleging an error of law must be upheld, and the applicants' plea alleging that the Commission erred in finding a restriction by effect resulting from the agreements between Servier and Krka may, on that basis alone, be declared well founded in its entirety.

**1233**Since the plea relating to the absence of a restriction by object has also been found to be well founded, it must be concluded that the Commission erred in finding an infringement under Article 101(1) TFEU as regards the agreements between Servier and Krka.

**1234**It is therefore appropriate, without there being any need to examine the other complaints relied on by the applicants in the present plea or the plea relating to the status of Krka as a potential competitor, to annul Article 4 of the contested decision in so far as, by that provision, the Commission found that Krka had participated in an infringement of Article 101(1) TFEU as regards the agreements between Servier and Krka.

10. The plea relating to the definition of the concept of restriction of competition by effect  
(a) Arguments of the parties

...

(b) Findings of the Court

**1247**For the reasons already referred to in paragraphs 566 to 570, 743 and 909 above, regarding other pleas raised against the finding of a restriction by effect resulting from the agreements concluded by Servier with Niche and Unichem, Matrix, Teva and Lupin, this plea must be rejected as ineffective.

11. Errors of law and of assessment in relation to the classification as separate infringements  
(a) The classification of the five agreements as separate infringements

(1) Arguments of the parties

...

(2) Findings of the Court

**1254**It is apparent from the contested decision and is not disputed by the applicants that they concluded separate agreements, signed on different dates (with the exception of the agreements concluded with Niche and with Matrix), with different parties, in different economic and legal contexts and with different scopes. The applicants maintain, however, that, in spite of those differences, the conclusion of those agreements constitutes a single infringement, on account of the identity of the product concerned, a certain spatial and temporal identity of the agreements, the identity of the method and arrangements for implementing the agreements and the identity of the natural person involved, for their part, in the conclusion of the agreements.

**1255**It should be noted, as a preliminary point, that the present plea in law, criticising the failure to recognise that there was a single infringement in the present case, is raised in the alternative (see paragraph 1248 above), in the event that the pleas alleging errors of law and of assessment in classifying the agreements at issue as restrictions by object

and by effect are rejected. Accordingly, and since the pleas directed against the classification of the agreements concluded by the applicants with Krka as restrictions of competition have been upheld, the present plea will be examined only in so far as it challenges the classification of the agreements concluded by the applicants with Niche, Matrix, Teva and Lupin as separate infringements.

**1256**As regards the effectiveness of the plea, the Commission argues, in essence, that it must be rejected as ineffective, since, in any event, the applicants have not established that the fine would necessarily have been lower if the Commission had considered that the agreements at issue constituted a single infringement.

**1257**It must be borne in mind, first, that the effective or ineffective nature of a plea which has been raised refers to its capacity, in the event that it is well founded, to lead to the annulment sought by an applicant; it does not refer to the interest which that applicant may have in bringing such an action or even in raising a specific plea, since those are issues relating to the admissibility of the action and the admissibility of the plea respectively (judgment of 21 September 2000, *EFMA v Council*, C-46/98 P, ECLI:EU:C:2000:474, paragraph 38).

**1258**Next, since, inter alia, if the Commission establishes the existence of a legitimate interest in making such a finding, it has the power to adopt a decision finding an infringement without imposing a fine with that decision (see, to that effect, judgments of 6 October 2005, *Sumitomo Chemical and Sumika Fine Chemicals v Commission*, T-22/02 and T-23/02, ECLI:EU:T:2005:349, paragraph 31, and of 16 November 2006, *Peróxidos Orgánicos v Commission*, T-120/04, ECLI:EU:T:2006:350, paragraph 18), the lawfulness of a decision finding that an undertaking participated in an infringement cannot depend on the legality of the fine imposed on that undertaking. That is why the pleas relating to the imposition of penalties can by definition concern only the imposition of the fine and not the finding of infringement itself (see, to that effect, judgment of 27 June 2012, *Bolloré v Commission*, T-372/10, ECLI:EU:T:2012:325, paragraph 81). On the other hand, the pleas relating to the finding of infringement itself are, in principle, capable of bringing about the annulment not only of the decision finding that an undertaking participated in an infringement, but also, as a consequence, the fine imposed on that undertaking.

**1259**It follows, in the present case, that if the Court were to consider that the Commission wrongly identified separate infringements on the basis of each of the agreements at issue instead of a single infringement, the contested decision should be annulled in so far as it finds, as against the applicants, separate infringements and, as a result, in so far as it imposes fines on them on the basis of those infringements, irrespective of whether the annulment would have a favourable impact for the applicants on the total amount of the separate fines which were imposed on them and which, where appropriate, should be recalculated if a single fine is imposed on them in the context of a new decision. It should be recalled that the unlimited jurisdiction enjoyed by the General Court on the basis of Article 31 of Regulation No 1/2003 concerns solely the assessment by that Court of the fine imposed by the Commission, to the exclusion of any alteration of the constituent elements of the infringement lawfully determined by the Commission in the decision under examination by the General Court (judgment of 21 January 2016, *Galp Energía España and Others v Commission*, C-603/13 P, ECLI:EU:C:2016:38, paragraph 77).

**1260**For the sake of completeness, in any event, it must be considered that, if the Court were to hold that the Commission wrongly identified separate infringements instead of a single infringement, that would have an effect on the amount of the fine.

**1261**It must be borne in mind that describing certain unlawful acts as constituting one and the same infringement or as a number of separate infringements is not, in principle, without consequence as regards the penalty that may be imposed, since a finding that a number of separate infringements have been committed may lead to the imposition of several separate fines, each time within the limits laid down in Article 23(2) of Regulation No 1/2003 and thus within the upper limit of 10% of turnover in the business year preceding the adoption of the decision. Thus the Commission may find, in a single decision, two separate infringements and impose two fines the total amount of which exceeds the upper limit of 10% laid down in Article 23(2) of Regulation No 1/2003, provided that the amount of each fine does not exceed that upper limit. It is irrelevant, for the application of that upper limit of 10%, whether fines are imposed for the various infringements of the EU competition rules in a single set of proceedings or in separate proceedings at different points in time, as the maximum limit of 10% applies to each infringement of Article 101 TFEU (see judgment of 6 February 2014, AC-Treuhand v Commission, [T-27/10](#), [ECLI:EU:T:2014:59](#), paragraphs 230 to 232 and the case-law cited). In the present case, however, it must be stated, as the applicants acknowledge in the application, that the total amount of the fines imposed on them for the infringements of Articles 101 and 102 TFEU is lower than the ceiling of 10% of turnover in the business year preceding the adoption of the decision, laid down in Article 23(2) of Regulation No 1/2003. Consequently, the applicants cannot criticise the Commission for having decided to impose on them separate fines in order to be able to exceed that 10% ceiling when those fines are taken as a whole.

**1262**However, recitals 3120, 3121 and 3128 of the contested decision show that, since the Commission imposed separate fines on the applicants for each infringement of Article 101 TFEU, it applied to those amounts a downward correction factor to avoid a potentially disproportionate outcome due to the parallel imposition of multiple fines. It is because it decided to impose on the applicants several separate fines that the Commission applied an average reduction of 54.5% to the amount of the value of the applicants' sales taken into account in order to determine the amount of each of the fines, reflecting the degree of temporal and geographic overlap of the corresponding infringements. In any event, in order to show that the plea is ineffective, the Commission must therefore establish that the fine imposed on the applicants would have been as high in the case of a single infringement, which seems unlikely.

**1263**Accordingly, it is necessary to examine the substance of the plea.

**1264**According to settled case-law, an infringement of Article 101(1) TFEU can result not only from an isolated act, but also from a series of acts or from continuous conduct, even if one or more aspects of that series of acts or continuous conduct could also, in themselves and taken in isolation, constitute an infringement of that provision. Accordingly, if the different actions form part of an 'overall plan', because their identical object distorts competition within the internal market, the Commission is entitled to impute responsibility for those actions on the basis of participation in the infringement considered as a whole (judgments of 6 December 2012, Commission v Verhuizingen Coppens, [C-441/11 P](#), [ECLI:EU:C:2012:778](#), paragraph 41, and of 24 June 2015, Fresh

Del Monte Produce v Commission and Commission v Fresh Del Monte Produce, [C-293/13 P](#) and [C-294/13 P](#), [ECLI:EU:C:2015:416](#), paragraph 156).

**1265**An undertaking which has participated in such a single and complex infringement through its own conduct, which fell within the definition of an agreement or a concerted practice having an anticompetitive object for the purposes of Article 101(1) TFEU and was intended to help bring about the infringement as a whole, may accordingly be liable also in respect of the conduct of other undertakings in the context of the same infringement throughout the period of its participation in the infringement. That is the position where it is shown that the undertaking intended, through its own conduct, to contribute to the common objectives pursued by all the participants and that it was aware of the offending conduct planned or put into effect by other undertakings in pursuit of the same objectives or that it could reasonably have foreseen it and was prepared to take the risk (judgments of 6 December 2012, *Commission v Verhuizingen Coppens*, [C-441/11 P](#), [ECLI:EU:C:2012:778](#), paragraphs 42 and 60, and of 24 June 2015, *Fresh Del Monte Produce v Commission and Commission v Fresh Del Monte Produce*, [C-293/13 P](#) and [C-294/13 P](#), [ECLI:EU:C:2015:416](#), paragraph 157).

**1266**Thus, according to the case-law of the Court of Justice, application of the concept of 'single infringement' makes it possible, under certain circumstances, to impute responsibility for a series of unlawful acts to every participant in any one of the acts in that series. That possibility arises, however, only if, inter alia, it is possible to identify an objective common to all the participants.

**1267**The need for a common objective, purpose or goal follows not only from the judgments cited in paragraphs 1264 and 1265 above, but also from earlier case-law.

**1268**Accordingly, in the judgment of 8 July 1999, *Commission v Anic Partecipazioni* ([C-49/92 P](#), [ECLI:EU:C:1999:356](#), paragraphs 82 and 83), the Court of Justice confirmed the reasoning of the General Court that, first, because of their identical object, the agreements and concerted practices found to exist, formed part of systems of regular meetings, target-price fixing and quota-fixing, and that those schemes were part of a series of efforts made by the undertakings in question in pursuit of a single economic aim, namely to distort the normal movement of prices, and, secondly, it would be artificial to split up such continuous conduct, characterised by a single purpose, by treating it as consisting of several separate infringements, when what was involved was a single infringement which progressively manifested itself in both agreements and concerted practices.

**1269**Similarly, the Court of Justice held, in the judgment of 7 January 2004, *Aalborg Portland and Others v Commission* ([C-204/00 P](#), [C-205/00 P](#), [C-211/00 P](#), [C-213/00 P](#), [C-217/00 P](#) and [C-219/00 P](#), [ECLI:EU:C:2004:6](#), paragraphs 258 and 259), that, when the different actions form part of an 'overall plan', because their identical object distorts competition within the internal market, the Commission is entitled to impute responsibility for those actions on the basis of participation in the infringement considered as a whole. The Court of Justice stated in that regard that it was artificial to subdivide into a number of distinct actions an agreement, which is characterised by a series of efforts pursuing a single economic end, namely non-transshipment to home markets.

**1270**Moreover, it must be pointed out that the existence of a common objective is inherent in the concept of 'overall plan' to which the case-law of the Court of Justice

refers, since such a plan could not exist without a common objective to which all participants adhere.

**1271** Finally, it should be noted that links of complementarity between agreements or concerted practices may constitute objective indicia supporting the existence of an overall plan aimed at attaining a single anticompetitive objective. Such links exist if those agreements or concerted practices are intended to deal with one or more consequences of the normal pattern of competition and, through their interaction, contribute to the attainment of a single anticompetitive objective (see, to that effect, judgments of 28 April 2010, *Amann & Söhne and Cousin Filterie v Commission*, [T-446/05](#), [ECLI:EU:T:2010:165](#), paragraph 92 and the case-law cited, and of 16 September 2013, *Masco and Others v Commission*, [T-378/10](#), [ECLI:EU:T:2013:469](#), paragraphs 22, 23 and 32 and the case-law cited). It is on the basis of the foregoing general considerations that the facts specific to the present case must be examined.

**1272** In that regard, it must first be pointed out that the applicants were parties to separate settlement agreements each concluded with one or more generic companies, which differed depending on the agreements, and that - as is clear from the examination of the pleas specific to each of those agreements - those agreements constituted, in themselves and considered in isolation, an infringement of Article 101 TFEU.

**1273** In that context, the Commission could consider, in the light of the case-law referred to above, that the settlement agreements at issue constituted a single and continuous infringement of Article 101 TFEU only if it was in a position to establish, in particular, that those agreements formed part of an overall plan.

**1274** Therefore, the finding of a single infringement presupposed that Servier and all the generic companies concerned had concluded the agreements at issue in pursuit of at least one common objective.

**1275** The applicants do not argue, at least explicitly, that there existed such an objective which they specifically identify.

**1276** Moreover, the existence of such an objective is not apparent from the documents in the file.

**1277** In that regard, it must be made clear that the concept of a common or single objective cannot be determined by a general reference to the distortion of competition on the market concerned by the infringement, since a restriction on competition, whether it is the object or the effect of the conduct in question, constitutes an element consubstantial with any conduct covered by Article 101(1) TFEU. Such a definition of the concept of a single objective is likely to deprive the concept of a single and continuous infringement of part of its meaning, since it would have the consequence that different instances of conduct which relate to a particular economic sector and are prohibited under Article 101(1) TFEU would have to be systematically characterised as constituent elements of a single infringement (see judgment of 28 April 2010, *Amann & Söhne and Cousin Filterie v Commission*, [T-446/05](#), [ECLI:EU:T:2010:165](#), paragraph 92 and the case-law cited).

**1278** However, it does not appear from the documents in the file that there was an objective common to Servier and to the generic companies which may be defined more precisely than by a simple general reference to the distortion of competition on the market concerned by the infringement.



**1279**Moreover, the generic companies did not conclude settlement agreements which were binding upon each of them in relation to one another, but only agreements binding upon each of them in relation to Servier. Furthermore, with the exception of the Matrix agreement, the agreements thus concluded followed, in particular, national disputes specific to each generic company between it and Servier, and the other generic companies in question were not involved in those disputes. Finally, those agreements, which were concluded at different times, differed in their content, the Niche and Matrix agreements involving a simple reverse payment, the Teva agreement providing for an exclusive purchasing clause and the Lupin agreement being linked to the conclusion of an agreement for Lupin to assign patent applications to Servier.

**1280**It should be added that the entry into force of each agreement was not subject to the entry into force of the other agreements and no clause in the agreements provided for or gave rise to a coordination of behaviour between the various generic companies. Moreover, it is not apparent from the documents in the file that those companies have, in one way or another, coordinated their efforts to restrict competition. In the absence of such links between the agreements or of evidence that there was, at the time of the conclusion of the agreements, collusion between the generic companies, the only coordination apparent from the documents in the file is that on the part of Servier in concluding the various agreements.

**1281**In the light of the foregoing considerations, it cannot be concluded that the generic companies in question participated in an overall plan. On the contrary, it must be found that they confined themselves, as the Commission rightly points out in its defence, to seizing the opportunity presented to each of them by the proposed draft agreement with Servier. Each of the generic companies thus participated in an autonomous market exclusion agreement without contributing to a set of agreements having a common objective.

**1282**In the absence of an objective common to Servier and to each of the generic companies and therefore of an overall plan, the Commission was correct in not finding that the settlement agreements at issue constituted a single infringement.

**1283**The foregoing finding cannot be called into question by the applicants' other arguments.

**1284**In the first place, although the applicants were parties to all the settlement agreements at issue and the Commission could consider that some generic companies had been informed that the applicants had concluded other settlements with generic companies, the fact remains that mere knowledge of other anticompetitive practices is not sufficient to establish the existence of a single infringement. Although such knowledge is a requirement for holding an undertaking liable for the behaviour of other undertakings in the context of a single infringement (see paragraph 1265 above), it does not, as such, prove the existence of a subjective common element and, in particular, the pursuit of a purpose or objective common to all the participants, which alone are capable of demonstrating the existence of a single infringement (see, to that effect, judgments of 12 December 2007, BASF and UCB v Commission, [T-101/05](#) and [T-111/05](#), [ECLI:EU:T:2007:380](#), paragraph 205, and of 28 April 2010, Amann & Söhne and Cousin Filterie v Commission, [T-446/05](#), [ECLI:EU:T:2010:165](#), paragraph 108).

**1285**In the second place, the applicants complain that, in recital 3120 of the contested decision, the Commission referred to three precedents in case-law which were irrelevant

or could not be relied upon, since some of the decisions in question had not been published. However, it must be pointed out, in any event, that for objective reasons the Commission may initiate separate procedures, find a number of separate infringements and impose a number of separate fines (see judgment of 28 April 2010, *Amann & Söhne and Cousin Filterie v Commission*, [T-446/05](#), [ECLI:EU:T:2010:165](#), paragraph 93 and the case-law cited). Consequently, in the present case, whether or not the Commission cited relevant precedents and whether or not they were published cannot render the contested decision unlawful, since the Commission is required, in each case, to ascertain whether there are objective reasons for establishing the existence of a single infringement. It may also be added, for the sake of completeness, that the Commission in the present case referred to the criticised precedents only as an illustration of the imposition of separate fines for separate infringements, after having recalled that it followed from Article 23(2) of Regulation No 1/2003 and was consistent with the Guidelines on the method of setting fines that separate fines should be imposed for each infringement.

**1286**In the third place, the applicants criticise the Commission for vitiating its analysis with contradictory reasoning. In their view, the Commission could not rule out the classification of the settlement agreements as a single infringement, under Article 101 TFEU, since it considered, in the part of the contested decision relating to abuse of a dominant position, that those same agreements constituted a single infringement of Article 102 TFEU.

**1287**However, that line of argument cannot be accepted.

**1288**The concept of a single infringement for the purposes of Article 101 TFEU concerns the bilateral or multilateral conduct of several undertakings, whereas the concept of abuse by an undertaking of its dominant position covers that undertaking's unilateral conduct, such as the conduct found to exist by the Commission in the section of the contested decision relating to the application of Article 102 TFEU. Since those two concepts are distinct and based on different criteria, a finding of the existence of a single infringement for the purposes of Article 101 TFEU cannot arise as a result of the fact that the conduct of one of the undertakings party to that infringement is classified as abuse of a dominant position. That applies a fortiori where, as in the present case, the classification of abuse of a dominant position is, in part, based on the taking into account of conduct which has not been examined in the context of Article 101 TFEU, namely the acquisition by the applicants of the Azad technology.

**1289**Moreover, it should be noted that the Commission did not find in the section of the contested decision relating to the application of Article 102 TFEU that the applicants, in the implementation of their strategy of foreclosure of their competitors by means of the conclusion of settlement agreements and the acquisition of the Azad technology, pursued a common objective with the generic companies, a requirement for a finding of a single infringement for the purposes of Article 101 TFEU. Furthermore, the applicants do not claim that the Commission made such a finding. Consequently, they cannot reasonably rely on that section of the contested decision to conclude that the Commission should have considered that the settlement agreements constituted a single infringement.

**1290**It follows from all the foregoing that the present plea must be rejected.

(b) The classification of the agreements concluded with Niche and Matrix as separate infringements

(1) Arguments of the parties

...

(2) Findings of the Court

**1293**It is apparent from paragraph 5 and recital 3120 of the contested decision that the Commission considered that the two agreements concluded by the applicants (and Biogaran) with Niche (settlement agreement and licensing and supply agreement) and the settlement agreement concluded with Matrix constituted two separate infringements of Article 101 TFEU. The applicants maintain that those agreements constitute a single infringement.

**1294**The Commission argues that the plea must be rejected as ineffective, since, in any event, the applicants have not established that the fine would necessarily have been lower if the Commission had considered that the agreements concluded with Niche and with Matrix constituted a single infringement. It is apparent, however, from paragraphs 1256 to 1263 above that, if this plea is well founded, the contested decision must be annulled and the fine recalculated. Consequently, like the plea criticising in general terms the classification of the various agreements concluded by the applicants as separate infringements, the present plea must be regarded as effective.

**1295**As to the merits of this plea, it must be borne in mind that, in order to find a single infringement, it is for the Commission to establish that the agreements at issue form part of an overall plan knowingly implemented by the undertakings in question with a view to achieving a single anticompetitive objective and that the Commission is required to examine in that regard all the facts capable of establishing or of casting doubt on that overall plan (see, to that effect, judgment of 16 September 2013, *Masco and Others v Commission*, [T-378/10](#), [ECLI:EU:T:2013:469](#), paragraphs 22 and 23; see, also, paragraphs 1264 to 1269 above).

**1296**In the present case, it may indeed be inferred from the arguments put forward by the applicants that the latter were driven by 'similar motives' in concluding the agreements in question, as the Commission rightly pointed out in recital 1472 of the contested decision, and pursued in that respect an identical objective, namely definitively to settle the ongoing dispute and to avoid any future litigation concerning the Niche/Matrix product and to eliminate that product as a source of potential competition in return for payment. In particular, the fact that the applicants actually pursued that same objective when they concluded the agreements with Niche and Matrix is evidenced by the fact that those agreements were signed on the same day and at the same place by the same representative of the applicants, the fact that their temporal and geographic scope was identical, the fact that the agreements related in particular to the same product - imposing similar obligations on Niche and Matrix - and, finally, the undisputed fact that it was in the applicants' interest to conclude agreements with the stakeholders in the relevant joint perindopril project (see, in that regard, recital 2940 of the contested decision).

**1297**However, such factual evidence does not establish that Niche and Matrix were together pursuing the same objective, thus attesting to a common plan, by concluding the agreements at issue, nor a fortiori that they participated in that common plan with the applicants.

**1298**Indeed, the conclusion of the agreements on the same day and in the same place attests to their links and to the common objective pursued by Servier, a signatory of both

agreements, but does not in itself allow the finding of a common plan between the others signatories, Niche and Matrix. Similarly, the representation of Niche and Matrix by the same lawyer - which also explains the payment of the two transfers of value into the same account, that of their common representative - reveals the absence of a conflict of interest between them, but does not in itself make it possible to establish a community of interest, especially since the representative in question was Niche's representative, who represented Matrix only for the signing of the Matrix agreement (recitals 575 and 576 of the contested decision). Moreover, although the two agreements effectively prohibit the marketing of the Niche/Matrix product, it should be noted that the Niche agreement covers, in general, all the potentially infringing products which Niche might develop, alone or with other partners, just as the Matrix agreement covers, in general, all the potentially infringing products which Matrix might develop, alone or with other partners (in accordance with the definition of 'process' used in each agreement), which, furthermore, places in context the similarity between the clauses of the agreements. It should also be added, in that respect, that the clauses of the Niche and Matrix agreements are not strictly identical, notably in the light of the different litigation between Servier and Niche, on the one hand, and between Servier and Matrix, on the other. Thus, only the Niche agreement contains clauses providing for the termination of ongoing litigation before the United Kingdom courts and the EPO (Clauses 2 and 7 of the Niche agreement), since Matrix was not directly involved in any of those disputes (see also Clause 9 of the Niche agreement, which has no equivalent in the Matrix agreement).

**1299**Nor can the existence of a plan common to Niche and Matrix be demonstrated by their alleged arrangement concerning implementation of the agreements they concluded with the applicants. Such an arrangement cannot be regarded as having been adequately established by the mere mention of an oral agreement jointly to compensate Niche's customers and of a request from Niche to Matrix for written confirmation of that agreement. It is even contradicted by the actual implementation of the agreements, which resulted in particular in Matrix's unilateral suspension of the Niche-Matrix agreement.

**1300**Nor is it apparent from the course of the negotiations for the agreements in question that Niche and Matrix pursued the same objective in concluding the agreements. Indeed, several uncontested pieces of evidence in the file and in the contested decision (recitals 574 to 577 of the contested decision) show that the conclusion by Matrix of its agreement with Servier is indicative of its intention to seize an opportunity offered by the applicants (see also paragraph 1281 above) rather than of a common plan with its partner Niche to terminate their joint perindopril project. In particular, first, Matrix was informed of the existence of negotiations between Niche and the applicants only two days before the conclusion of its own agreement with the applicants and was briefly informed of the state of those negotiations only the day before. Secondly, it may be inferred from recital 577 of the contested decision that Matrix's participation in the negotiations mainly concerned the amount of the transfer of value.

**1301**Finally, it may be pointed out that the classification of the Niche and Matrix agreements as a single infringement would lead to the inclusion in that infringement of the agreement concluded between Niche and Biogaran, which the Commission regarded, without this being disputed by the applicants, as forming part of the infringement alleged against them on the basis of the Niche agreement (see in particular recital 3006 of the contested decision). However, such an agreement - negotiated between Biogaran and

Niche without the knowledge of Matrix, unrelated to the Niche/Matrix product and having an objective different from that of the Matrix agreement (licensing and supply agreement relating to other medicinal products) - cannot be regarded as forming part of a plan which could be common to both Niche and Matrix and a fortiori to those two undertakings and the applicants.

**1302**It must therefore be held that the Commission did not commit an error of law or an error of assessment in classifying the agreements respectively concluded by the applicants (and Biogaran) with Niche and with Matrix as separate infringements. It also follows that the applicants cannot criticise the Commission for having penalised them twice for the same acts. Since the Commission found two separate infringements, it was entitled to impose two separate fines on the applicants. However, the particular circumstances of the conclusion of the Matrix agreement and the specific scope of that agreement mean, as will be set out in paragraphs 1692 to 1699 below, that due account must be taken of those characteristics in assessing the proportionality of the fine imposed in connection with that agreement in relation to that imposed in relation to the Niche agreement.

**1303**It follows from all the foregoing that it is necessary to reject in their entirety the present plea and the pleas alleging errors of law and of assessment in relation to the classification as separate infringements.

12. Errors of law and of assessment in relation to the definition of the relevant finished product market (a) Arguments of the parties

...

(b) Findings of the Court

**1367**The applicants, supported by the intervener, raise, in essence, three complaints.

**1368**First of all, by their first complaint, the applicants criticise the Commission for having disregarded the particular features of the pharmaceutical sector in that it based its analysis of the relevant market primarily on the price of medicinal products and not on therapeutic substitutability. There are two parts to that complaint, the first alleging that the Commission did not take into account the overall economic context and the second that the Commission attached excessive importance to the price factor.

**1369**Next, by their second complaint, the applicants challenge the Commission's view that ACE inhibitors were not sufficiently substitutable from a therapeutic point of view. They call into question the distinction between perindopril and other ACE inhibitors in terms of efficacy and side effects, the phenomenon of doctors' 'inertia' with respect to new patients, the low propensity to switch of continued-use patients and the Commission's analysis of promotional activities.

**1370**Finally, by their third complaint, the applicants contest, in the alternative, the methodological shortcomings of the Commission's econometric analysis of natural events seeking to demonstrate that ACE inhibitors did not exert significant competitive constraints on perindopril.

**1371**Before proceeding to the examination of each of those three complaints, it is appropriate to recall, in the context of a series of preliminary remarks, on the one hand, the extent of the review carried out by the EU courts in matters of competition law and, on the other hand, the factors of analysis established in the case-law relating to the definition of the relevant product market, in particular in the pharmaceutical sector, in

the light, also, of the parties' responses to the questions from the Court concerning the respective place of therapeutic substitutability and price factors in that analysis.

(1) Preliminary remarks (i) The extent of review carried out by the EU Courts

**1372**It must be recalled that EU law provides for a system of judicial review of Commission decisions relating to proceedings under Article 102 TFEU (see judgment of 10 July 2014, *Telefónica and Telefónica de España v Commission*, [C-295/12 P](#), [ECLI:EU:C:2014:2062](#), paragraph 42 and the case-law cited). That system of judicial review consists in a review of the legality of the acts of the institutions for which provision is made in Article 263 TFEU, which may be supplemented, pursuant to Article 261 TFEU, by the exercise of unlimited jurisdiction with regard to the penalties provided for by the legislation (judgment of 21 January 2016, *Galp Energía España and Others v Commission*, [C-603/13 P](#), [ECLI:EU:C:2016:38](#), paragraph 71).

**1373**As the Court of Justice has stated, the scope of judicial review provided for in Article 263 TFEU extends to all the elements of Commission decisions relating to proceedings applying Articles 101 TFEU and 102 TFEU which are subject to in-depth review by the General Court, in law and in fact, in the light of the pleas raised by the applicants and taking into account all the elements submitted by the latter, whether those elements pre-date or post-date the contested decision, whether they were submitted previously in the context of the administrative procedure or, for the first time, in the context of the proceedings before the General Court, in so far as those elements are relevant to the review of the legality of the Commission decision (judgment of 21 January 2016, *Galp Energía España and Others v Commission*, [C-603/13 P](#), [ECLI:EU:C:2016:38](#), paragraph 72).

**1374**In that regard, it must be borne in mind that, according to settled case-law, although the EU judicature undertakes a comprehensive review of the question as to whether or not the conditions for the application of the competition rules are met, the review of complex economic appraisals made by the Commission is necessarily limited to checking whether the relevant rules on procedure and on stating reasons have been complied with, whether the facts have been accurately stated and whether there has been any manifest error of assessment or a misuse of powers (judgments of 11 July 1985, *Remia and Others v Commission*, [42/84](#), [ECLI:EU:C:1985:327](#), paragraph 34; of 17 November 1987, *British American Tobacco and Reynolds Industries v Commission*, [142/84](#) and [156/84](#), [ECLI:EU:C:1987:490](#), paragraph 62; and of 10 April 2008, *Deutsche Telekom v Commission*, [T-271/03](#), [ECLI:EU:T:2008:101](#), paragraph 185).

**1375**The Court of Justice has held that whilst, in areas giving rise to complex economic assessments, the Commission has a margin of discretion with regard to economic matters, that does not mean that the Courts of the European Union must refrain from reviewing the Commission's interpretation of information of an economic nature. Those Courts must establish, among other things, not only whether the evidence relied on is factually accurate, reliable and consistent but also whether that evidence contains all the information which must be taken into account in order to assess a complex situation and whether it is capable of substantiating the conclusions drawn from it (judgments of 15 February 2005, *Commission v Tetra Laval*, [C-12/03 P](#), [ECLI:EU:C:2005:87](#), paragraph 39; of 8 December 2011, *Chalkor v Commission*, [C-386/10 P](#), [ECLI:EU:C:2011:815](#), paragraph 54; and of 10 July 2014, *Telefónica and Telefónica de España v Commission*, [C-295/12 P](#), [ECLI:EU:C:2014:2062](#), paragraph 54). Where, in order to classify a practice

in the light of the provisions of Article 102 TFEU, the Commission attaches real importance to an economic analysis of whether rebates were capable of excluding as efficient a competitor ('the as efficient competitor test', 'the AEC test'), the EU judicature is required to examine all the arguments put forward by the penalised undertaking concerning that test (see, to that effect, judgment of 6 September 2017, *Intel v Commission*, [C-413/14 P](#), [ECLI:EU:C:2017:632](#), paragraphs 141 to 144).

**1376** Moreover, it should be pointed out that, according to settled case-law of the Court of Justice, in the field of competition law, where there is a dispute as to the existence of an infringement, it is for the Commission to prove the infringements found by it and to adduce evidence capable of demonstrating to the requisite legal standard the existence of the circumstances constituting an infringement. Where the Court still has a doubt, the benefit of that doubt must be given to the undertakings accused of the infringement (judgments of 22 November 2012, *E.ON Energie v Commission*, [C-89/11 P](#), [ECLI:EU:C:2012:738](#), paragraphs 71 and 72, and of 16 February 2017, *Hansen & Rosenthal and H& R Wax Company Vertrieb v Commission*, [C-90/15 P](#), not published, [ECLI:EU:C:2017:123](#), paragraphs 17 and 18).

**1377** Although it is for the authority alleging an infringement of the competition rules to prove it, it is for the undertaking raising a defence against a finding of an infringement of those rules to demonstrate that the conditions for applying the rule on which such defence is based are satisfied, so that the authority will then have to resort to other evidence. Moreover, even if the burden of proof rests, according to those principles, on the Commission or on the undertaking concerned, the evidence on which a party relies may be of such a kind as to require the other party to provide an explanation or justification, failing which it is permissible to conclude that the rules on the burden of proof have been satisfied (see judgment of 17 June 2010, *Lafarge v Commission*, [C-413/08 P](#), [ECLI:EU:C:2010:346](#), paragraphs 29 and 30 and the case-law cited).

**1378** Accordingly, when the Commission relies on evidence which is in principle sufficient to demonstrate the existence of the infringement, it is not sufficient for the undertaking concerned to raise the possibility that a circumstance arose which might affect the probative value of that evidence so that the Commission bears the burden of proving that that circumstance was not capable of affecting the probative value of that evidence. On the contrary, except in cases where such proof could not be provided by the undertaking concerned on account of the conduct of the Commission itself, it is for the undertaking concerned to prove to the requisite legal standard, on the one hand, the existence of the circumstance relied on by it and, on the other, that that circumstance calls in question the probative value of the evidence relied on by the Commission (judgment of 22 November 2012, *E.ON Energie v Commission*, [C-89/11 P](#), [ECLI:EU:C:2012:738](#), paragraph 76).

**1379** It should be noted, finally, that the Court of Justice and the General Court cannot, in the context of the review of legality referred to in Article 263 TFEU, substitute their own reasoning for that of the author of the contested measure (judgments of 27 January 2000, *DIR International Film and Others v Commission*, [C-164/98 P](#), [ECLI:EU:C:2000:48](#), paragraph 38; of 24 January 2013, *Frucona Košice v Commission*, [C-73/11 P](#), [ECLI:EU:C:2013:32](#), paragraph 89; and of 21 January 2016, *Galp Energía España and Others v Commission*, [C-603/13 P](#), [ECLI:EU:C:2016:38](#), paragraph 73). Since the review of the legality of the contested decision covers the reasons given in that decision, the

Court cannot, either of its own motion or at the request of the administrative authority, add further reasons to those used by the administrative authority in that decision.

(ii) The definition of a relevant product market in the pharmaceutical sector

**1380**In the first place, the definition of the relevant market is carried out in order to define the boundaries within which it must be assessed whether a given undertaking is able to behave, to an appreciable extent, independently of its competitors, its customers and, ultimately, consumers (judgment of 9 November 1983, *Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin v Commission*, 322/81, [ECLI:EU:C:1983:313](#), paragraph 37).

**1381**According to settled case-law, for the purposes of investigating the possibly dominant position of an undertaking on a particular market, the possibilities of competition must be judged in the context of the market comprising the totality of the products which, with respect to their characteristics, are particularly suitable for satisfying constant needs and are only to a limited extent interchangeable with other products (judgments of 9 November 1983, *Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin v Commission*, 322/81, [ECLI:EU:C:1983:313](#), paragraph 37, and of 21 October 1997, *Deutsche Bahn v Commission*, [T-229/94](#), [ECLI:EU:T:1997:155](#), paragraph 54). The Commission cannot limit itself to examining only the objective characteristics of the goods and services in question. Indeed, the competitive conditions and the structure of supply and demand on the market must also be taken into consideration in order to assess whether the undertaking concerned is in a position to prevent effective competition from being maintained. and behave, to an appreciable extent, independently of its competitors, its customers and consumers (judgments of 9 November 1983, *Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin v Commission*, 322/81, [ECLI:EU:C:1983:313](#), paragraph 37, and of 17 December 2003, *British Airways v Commission*, [T-219/99](#), [ECLI:EU:T:2003:343](#), paragraph 91).

**1382**As is apparent inter alia from paragraph 7 of the Notice on the definition of the relevant market, the relevant product market comprises all those products or services which are regarded as substitutable by the consumer, by reason of the products' characteristics, their prices and their intended use.

**1383**As is further stated in paragraph 25 of the Notice on the definition of the relevant market, the definition of the market is the result of a body of evidence permitting an assessment of the extent to which substitution would take place. The definition of the boundaries of the market must be made by examining empirical evidence, aimed at making an effective use of all information which is relevant in an individual case.

**1384**In paragraphs 15 to 19 of the Notice on the definition of the relevant market, the Commission states that the exercise of market definition focuses on prices for operational and practical purposes, and more precisely on demand substitution arising from small, permanent changes in relative prices. The Commission states that it seeks to assess demand substitutability in the light of a theoretical approach which presupposes a small (in the range 5% to 10%) but permanent relative price increase in the product on the basis of which the relevant market is defined, and to evaluate whether that hypothetical increase could be applied profitably by the hypothetical monopolist of the relevant product. According to that economic test, as set out in paragraph 17 of the Notice on the definition of the relevant market, if substitution were enough to make such a price increase unprofitable because of the resulting loss of sales, substitutes must be regarded as exercising a significant competitive constraint over the relevant product.



**1385**In the second place, it should be noted that competitive relationships in the pharmaceutical sector respond to mechanisms which differ from those determining competitive interactions normally present in markets which are not so heavily regulated (judgment of 1 July 2010, AstraZeneca v Commission, [T-321/05](#), [ECLI:EU:T:2010:266](#), paragraph 183). Indeed, as described, moreover, in the communication from the Commission entitled 'Executive Summary of the Pharmaceutical Sector Inquiry Report' of 8 July 2009, the pharmaceutical sector is 'unusual' in that the demand for prescription medicines is guided by the prescribing doctor and not the ultimate consumer (the patient). Similarly, doctors are primarily guided by the therapeutic effect of medicines when choosing what to prescribe. Consequently, in so far as they determine doctors' choices, non-price factors, such as therapeutic use, constitute, alongside price-based indicators, relevant factors for the purposes of market definition (see, to that effect, judgment of 1 July 2010, AstraZeneca v Commission, [T-321/05](#), [ECLI:EU:T:2010:266](#), paragraph 187).

**1386**It is also clear from the case-law that the specific features which characterise competitive mechanisms in the pharmaceutical sector do not negate the relevance of price-related factors in the assessment of competitive constraints, although those factors must be assessed in their specific context (judgment of 1 July 2010, AstraZeneca v Commission, [T-321/05](#), [ECLI:EU:T:2010:266](#), paragraph 183).

**1387**In the context of proceedings brought for abuse of a dominant position in the pharmaceutical sector, the Commission may, for the purposes of definition of the relevant market, base its assessment inter alia on the greater efficacy of the pharmaceutical product concerned, a therapeutic use which differs from those of other pharmaceutical products, the trend of asymmetrical substitution that characterised the growth in sales of that product and the corresponding decrease or the stagnation in sales of the other products and price indicators, such as they resulted from the regulatory framework in force (see, to that effect, judgment of 1 July 2010, AstraZeneca v Commission, [T-321/05](#), [ECLI:EU:T:2010:266](#), paragraphs 61, 153, 182, 183, 203 and 219 to 222).

**1388**As regards therapeutic use, for the purposes of the definition of the relevant market, it is necessary to assess the differences and similarities in use of pharmaceutical products or categories of pharmaceutical products. The Commission may reasonably consider that a difference in the therapeutic use of two pharmaceutical products intended for the treatment of the same conditions is an element supporting the conclusion that the relevant market includes only one of those products (see, to that effect, judgment of 1 July 2010, AstraZeneca v Commission, [T-321/05](#), [ECLI:EU:T:2010:266](#), paragraph 153).

**1389**At the hearing, the Court invited the parties to comment on the respective significance of therapeutic substitutability and price in the definition of the relevant market in the pharmaceutical sector, particularly in the light of the judgment of 1 July 2010, AstraZeneca v Commission ([T-321/05](#), [ECLI:EU:T:2010:266](#)).

**1390**As the Commission rightly pointed out at the hearing, the fact that competitive price pressure is largely mitigated in the pharmaceutical sector - on account of the importance which prescribers attach to the therapeutic aspects of medicinal products intended for the treatment of the same condition and the regulatory framework governing pricing and the arrangements for the reimbursement of medicinal products by the social security system

- is an important factor in the analysis of the relevant market, which may justify a narrow market definition.

**1391**The fact that that mitigation results, in part, from the regulatory framework is not capable of changing that finding. Indeed, the fact that the absence or insignificance of competitive constraints is due to the regulatory framework which determines the conditions of the competitive interactions between products and the extent to which those interactions take place does not affect the relevance, in the context of market definition, of the finding that those competitive constraints are non-existent or insignificant. Where it is established that a group of products is not subject to a significant extent to competitive constraints from other products, so that that group may be considered to form a relevant product market, the type or nature of the factors that shield that group of products from any significant competitive constraint is of only limited relevance, since the finding of an absence of such competitive constraints leads to the conclusion that an undertaking in a dominant position on the market thus defined would be able to affect the interests of consumers on that market by preventing, through abusive behaviour, the maintenance of effective competition (see, to that effect, judgment of 1 July 2010, *AstraZeneca v Commission*, [T-321/05](#), [ECLI:EU:T:2010:266](#), paragraphs 97, 174 and 175).

**1392**The regulatory framework in the pharmaceutical sector, while often mitigating the competitive constraints by means of prices between substitutable medicinal products, nonetheless has mechanisms which accentuate those constraints, by facilitating the granting of marketing authorisations for generic medicinal products, by allowing the prices of those medicinal products to be set at levels far lower than those of the reference originator medicinal products and by strongly encouraging or even compelling prescribing doctors and pharmacists to substitute the generic version of a medicinal product for the originator medicinal product. It is therefore very easy to identify the competitive constraints on the price and sales of an originator medicinal product resulting from the entry to the market of its generic version. In the present case, for example, it is common ground that the entry of generic perindopril in the United Kingdom led to a fall of the order of 90% in the price of perindopril. However, that substitution, where it is provided for by the legislation, can take place only between the reference originator medicinal product and generic versions of it and cannot apply between different compounds, including where the medicinal products concerned belong to the same therapeutic class and have the same mode of action.

**1393**However, while the definition of the relevant market in the pharmaceutical sector must take due account of the relative weakness of price pressure, linked in particular to the regulatory framework, it must also take into account another essential factor in the analysis of competitive interactions, specific to that sector, that is to say the choice of treatment by prescribers, which is primarily determined not by the cost of the available medicinal products, or even in the light of a conventional assessment of the value for money of those medicinal products, but on the basis of prescribers' perceptions of the therapeutic advantages and disadvantages of those medicinal products (see, by analogy, as regards the definition of the relevant market for the purposes of the application of Article 101(1) TFEU, judgment of 23 January 2018, *F. Hoffmann-La Roche and Others*, [C-179/16](#), [ECLI:EU:C:2018:25](#), paragraph 65).

**1394** Medicinal products issued on prescription are not like other products, which are freely traded on a market between sellers and consumers and whose prices are set at the point where supply and demand align, but products which patients access through health professionals such as doctors and pharmacists and for which the financial liability is, in large part, collective. The rules governing the price of medicinal products and the conditions for their reimbursement by the social security system reflect the specific nature of those products, as do the rules limiting their advertising or restricting their sale to pharmacies, under the responsibility of pharmacists.

**1395** Doctors' freedom of choice, between the originator medicinal products available on the market or between originator medicinal products and generic versions of other compounds, and the priority focus of prescribers on therapeutic aspects permit, where appropriate, the operation of significant qualitative and non-price competitive constraints in addition to the usual mechanisms of price pressure. Such constraints may also exist where the therapeutic value of a medicinal product is clearly superior to that of other medicinal products available for treatment of the same condition and where the available medicinal products are recognised or perceived as equivalent by prescribers.

**1396** Indeed, when a medicinal product proves to be clearly superior to others in therapeutic terms, or even represents the only therapeutic option recommended by the scientific community, it may be chosen by prescribers regardless of its price, even if that price is significantly higher than that of the other available medicinal products. The low level of prices of other medicinal products, which would, in a conventional market, nonetheless constitute a strong competitive constraint, therefore does not have a decisive effect. The price difference between those products is of even less importance since the level of reimbursement reduces the financial burden on the patient of the chosen treatment. As a result, a pharmaceutical company whose medicinal product is no longer recognised or perceived favourably by practitioners and which seeks to lower the price of that product in the hope of maintaining its market shares would have little chance of success. In other words, a medicinal product which is recognised as superior can exert significant competitive pressure on the other medicinal products available for the treatment of the same condition, even though it is more expensive. Thus, in the case which gave rise to the judgment of 1 July 2010, *AstraZeneca v Commission* (T-321/05, ECLI:EU:T:2010:266), it was found by both the Commission and the Court that the therapeutic superiority of proton pump inhibitors (PPIs) to H<sub>2</sub>blockers had allowed PPIs to gradually eliminate H<sub>2</sub>blockers from the market, despite the much higher price of PPIs. Conversely, medicinal products which are not or are no longer in a position to compete therapeutically with the 'blockbuster' medicinal product can no longer exert competitive pressure on it. Such factors may justify the medicinal product on its own constituting a market, limited to its compound, in both its originator and generic versions.

**1397** Where, for the treatment of the same condition, prescribers have a choice between medicinal products of which none is recognised or perceived as superior to the others, in particular because their mode of action is the same or because their therapeutic benefits or their adverse or side effects do not make it possible to distinguish between them, the analysis of the competition between those medicinal products also relies, in large part, on a qualitative comparison. In general, the practitioner's choice depends primarily not on the respective cost of those treatments, but on the degree to which they differ therapeutically, on their suitability to the profile of patients, on the doctor's knowledge of

the various medicinal products or even on his personal experience and that of his patients. There is in principle no clear correlation between the price level of a medicinal product and its therapeutic value: a medicinal product is not better because it is more expensive than its competitors and is not inferior to its competitors because of its lower price. The higher price of a more recent medicinal product does not necessarily depend on the therapeutic innovations which that medicinal product offers, especially if it belongs to the same therapeutic class as other medicinal products and has the same mode of action as those products, and may be explained in particular by the amortisation of higher research or manufacturing costs or of promotion costs more significant than those of an older medicinal product.

**1398**It is true, as the Commission pointed out at the hearing, that between medicinal products recognised or perceived as fully equivalent, the variable of price may be important. A significant decrease in the price of a medicinal product, in particular through the introduction of its generic version on the market, may justify that medicinal product being favoured by doctors and the prescription of its generic version being encouraged by those managing the social security system and the regulatory authorities. Likewise, the entry of the generic version of another medicinal product recognised or perceived as equivalent or substitutable may weaken the position of the originator medicinal product concerned on the market. Competitive constraint by means of price may then be exerted and maintenance of the price of the medicinal product concerned could be indicative of the weakness of the competitive pressure on that medicinal product.

**1399**However, as the applicants rightly argued at the hearing, it cannot be inferred solely from the maintenance of the price of a medicinal product on the market that it is not exposed to significant competitive constraints, exerted by medicinal products perceived or recognised as equivalent or substitutable, in both their originator and generic versions.

**1400**Since doctors are able to choose freely between those medicinal products for reasons unrelated to their cost, it is possible for large variations to appear in the frequency of use of those products, in the degree of loyalty to those products that doctors demonstrate and in the perception which doctors have of their benefits at a given moment in their choices of prescription. The decisions taken by doctors are thus able to change considerably the respective market shares of the various medicinal products available and to place pharmaceutical companies in a dependent situation vis-à-vis the choices of prescribers, as with any producer of goods in relation to consumers in a situation where goods are easily substitutable.

**1401**That is why the companies manufacturing those medicinal products, which, incidentally, put little emphasis on the price of their product in their commercial strategy, often make significant efforts to promote their product in order to increase prescriber loyalty or attract new prescribers, either by carrying out scientific studies which they finance and which attempt to distinguish their product from those of their competitors, or by direct promotion to prescribing doctors, which takes the most diverse forms. Those promotional activities represent a considerable percentage of the net sales of the products concerned, sometimes close to 30%, which distinguishes the pharmaceutical sector from other sectors in which promotional activities are not as intensive. As the applicants have argued, such efforts may constitute an indication of the existence of a situation of effective competition between the undertakings concerned.

**1402**In such a situation, where medicinal products are recognised or perceived as equivalent or substitutable, the market analysis must pay particular attention to the factors making it possible to identify qualitative or non-price competitive constraints, reflected, inter alia, in efforts to make a medicinal product the initial choice of treatment for new prescribers, in switching by continued-use patients to other competing medicinal products and in the intensity of promotional activities carried out for a medicinal product where equivalent or less expensive alternatives exist.

**1403**If it is not possible to establish the existence of evidence indicating non-price competitive pressure such as that referred to in paragraph 1402 above, in particular because of a high level of inertia among doctors in their prescription choices, as a result of loyalty effects leading to market foreclosure, the medicinal product concerned may be shielded from effective competitive pressure, as long as its generic version does not enter the market, a fortiori because the regulatory framework mitigates the role of competition factors based on pricing. This may then justify definition of the relevant market at the level of the compound of that medicinal product, in both its originator and generic versions.

**1404**It follows from the foregoing that, in the present case, it will be necessary, in response to the arguments of the applicants and the Commission, first, to consider whether there were during the relevant period, as the applicants maintain, any medicinal products recognised or perceived as equivalent to perindopril, and thus easily substitutable for it, or whether the therapeutic merits of perindopril had sufficiently distinguished it from the competition and, secondly, to identify whether there was evidence of non-price competitive pressure exerted on perindopril by other medicinal products, which may justify a broader market definition than that of that single medicinal product, despite the relative price inelasticity of demand for perindopril, as emphasised by the Commission.

**1405**It is in the light of all those considerations, set out in paragraphs 1380 to 1404 above, that it is necessary to examine the three main complaints raised by the applicants seeking to challenge the Commission's analysis in the contested decision of the relevant market for the product.

(2) The first part of the first complaint, alleging a failure to take into account the overall economic context

**1406**In the first complaint, the applicants argue, in essence, that the Commission infringed the fundamental principle that the definition of the market in pharmaceutical products must take account of the overall economic context. The Commission relied excessively on price, without taking sufficient account of the therapeutic substitutability of the products in question.

**1407**More specifically, the applicants criticise the Commission, by the first part of that complaint, for not having taken into account all the elements of the context in defining the market. By the second part of the complaint, the applicants take the view that the Commission attached excessive importance to the price factor.

**1408**It is necessary at the outset to examine the merits of the first part of the complaint, alleging that the Commission did not take into account the overall economic context in defining the relevant market. However, in order to be able to assess the relative weight attached by the Commission to the price factor, the Court will examine the second part

of the complaint after assessing the legality of the contested decision as regards all the non-price factors capable of playing a role in defining the relevant market.

**1409**It is therefore necessary to consider in the present case whether the Commission took into account the overall economic context, in particular factors other than price, in defining the relevant product market.

**1410**As a preliminary point, as is apparent from the considerations set out in paragraphs 1380 to 1404 above, the pharmaceutical sector is an 'unusual' sector, the specific features of which require the market to be defined through an approach based on a number of criteria, in particular the therapeutic use of the products.

**1411**First of all, as regards taking into account the therapeutic use of the products in question, it should be noted that the Commission found, in recitals 2432 to 2459 of the contested decision, that perindopril belonged to the ACE inhibitor class, listed at the ATC 3 level of the WHO classification. However, on the basis of the evidence on which it relied, the Commission considered that medicinal products belonging to the ACE inhibitor class were not homogeneous products, since perindopril is, in the Commission's view, scientifically recognised as having certain characteristics differentiating it from other ACE inhibitors.

**1412**As is apparent in particular from recitals 2496 to 2513 of the contested decision, concerning switching patterns, the Commission also took into account, on the one hand, the existence of a mechanism of doctors' 'inertia' and of a growing group of 'loyal' perindopril prescribers capable of limiting competitive constraints as regards new patients and, on the other hand, the low propensity of patients treated with perindopril to switch medicinal products.

**1413**Moreover, the Commission referred, in its analysis of the relevant market, to the promotional activities of Servier, considering inter alia that the stability of the promotional expenditure suggested the absence of exposure to strong competitive pressures.

**1414**Finally, in carrying out an analysis of natural events relating to price, the Commission considered that the generic perindopril constraint should be regarded as critical for the analysis of the relevant market and that the fact that the generic constraint outweighed all other potential constraints naturally led to a restriction of the relevant market solely to the perindopril compound (recital 2546 of the contested decision). Moreover, with regard to the impact of the regulatory framework, the Commission noted that the regulatory systems limited to a large extent Servier's exposure to price constraints, thus allowing Servier to act free of competitive pressure (recital 2527 of the contested decision).

**1415**Consequently, it is clear from the contested decision that the Commission did not restrict itself solely to the price factor in order to define the relevant market. In particular, the therapeutic use of perindopril was considered a relevant element of the market analysis. Therefore, although, as is clear from the framework for analysis set out in paragraphs 1380 to 1404 above, the applicants are justified in pointing out that the therapeutic characteristics of the medicinal products must be taken into account in order to define the relevant market, they cannot reasonably argue that the Commission did not take into consideration, in the present case, the overall economic context, in particular the therapeutic use of the medicinal products.

**1416**The Commission therefore did not make the error of law attributed to it by the applicants in that regard.

**1417**The first part of the first complaint must therefore be rejected.

(3) The second complaint, alleging that the Commission failed to take into account the therapeutic substitutability of ACE inhibitors

**1418**By their second complaint, the applicants maintain, in essence, that the Commission failed to take into account the therapeutic substitutability between ACE inhibitors. They argue, first, that the Commission wrongly considered that perindopril has particular qualities which differentiated it from other ACE inhibitors; secondly, that there was lively competition between ACE inhibitors with regard to new patients; thirdly, that the Commission underestimated the propensity of patients treated with perindopril to switch medicines and, finally, that promotional activities are one of the key aspects of competition in the relevant market.

(i) The distinction between perindopril and other ACE inhibitors in terms of efficacy and side effects

**1419**In the contested decision, in particular in recitals 2449, 2499 and 2519, the Commission considered, in essence, that ACE inhibitors were a class of therapeutically heterogeneous medicinal products, that that heterogeneity could be linked to differences in efficacy and tolerance at the individual level and that perindopril had a therapeutic use which differed from that of other ACE inhibitors. It noted that, although ACE inhibitors formed a class of medicinal products in accordance with the third level of the ATC classification system used by the WHO, it would nevertheless be incorrect to regard ACE inhibitors as a simple homogeneous class. According to the Commission, perindopril was scientifically recognised for certain characteristics that differentiated it from other ACE inhibitors. In support of those considerations, the Commission relied, in particular, on medical guidelines, a range of scientific studies, internal documents from Servier and a survey of perindopril prescribers.

**1420**The applicants dispute the Commission's assessment that other ACE inhibitors cannot be substituted therapeutically for perindopril, having regard inter alia to its particular characteristics in terms of efficacy and side effects. They argue that ACE inhibitors form part of a homogeneous class within which there is no significant difference justifying a finding that the perindopril compound, by itself, constitutes a separate market.

**1421**It is necessary to examine all the relevant elements making it possible to assess whether perindopril was perceived by prescribing doctors as being such that other ACE inhibitors could be substituted therapeutically for it. In the present case, account will be taken, in turn, of the following: the basic information concerning that medicinal product set out in the contested decision, the ATC classification system, medical guidelines, medical studies, policies implemented by certain local authorities in the United Kingdom, internal documents from Servier, the Commission's survey of prescribers and the responses of producers of other ACE inhibitors to the questions asked by the Commission.

**1422**In the first place, the contested decision sets out as a preliminary matter, in recitals 2143 to 2164, basic information concerning perindopril, in particular as regards the mode of action, main indications, contraindications and side effects of that medicinal product.

**1423**It should be noted that no factor differentiating between perindopril and other ACE inhibitors is apparent from that description of basic information concerning perindopril.

**1424**As regards side effects, the contested decision indeed states, in recital 2149, that according to the medical literature, perindopril is generally well tolerated, with an adverse effect profile similar to that of other ACE inhibitors, and that Servier, in its internal documents, praised its product for its high level of tolerance and compliance. It should nevertheless be pointed out that it is apparent from the actual wording of the medical literature cited by the Commission in recital 2149 of the contested decision that the adverse effect profile of perindopril is similar to that of other ACE inhibitors. In the defence, the Commission now expressly acknowledges that ACE inhibitors have similar side effects, which is not stated in the contested decision.

**1425**It follows from the presentation of the basic information relating to perindopril in the contested decision that the mode of action, main indications, contraindications and side effects of the ACE inhibitors are similar.

**1426**In the second place, the ATC classification system, which the competition authorities take into account for the purposes of assessing therapeutic substitutability between medicinal products and determining the relevant market, divides pharmaceutical products into five different levels and classifies them according to the organs on which they act and their chemical, pharmacological and therapeutic properties. The third ATC classification level groups pharmaceutical products according to their therapeutic indications, the fourth takes into consideration the mode of action and the fifth defines the narrowest classes, including active substances taken individually.

**1427**It is clear from the Commission's decision-making practice in the pharmaceutical sector, concerning market definition, that the analysis generally starts from the third level. However, the other ATC classification levels may also be taken into consideration where it appears that sufficiently strong competitive constraints operate at other levels and that, consequently, the third level does not seem to allow a correct market definition (judgment of 1 July 2010, AstraZeneca v Commission, [T-321/05](#), [ECLI:EU:T:2010:266](#), paragraph 154).

**1428**In the present case, the Commission did not end its analysis at the third level of the ATC classification, but defined the relevant market at the fifth level of that classification, namely the perindopril compound, the active ingredient of Coversyl. Although the definition of the relevant market at the fifth level of the ATC classification is not open to criticism in itself, it should be noted that all ACE inhibitors, of which there are 16, are grouped together both at the third level of the ATC classification, corresponding to therapeutic indications, and at the fourth level of that classification, corresponding to the mode of action, in the same group called 'ACE inhibitors, plain'.

**1429**Thus, the ATC classification system does not permit a distinction of any kind between perindopril and other ACE inhibitors with respect to therapeutic use. It confirms, which is not disputed moreover, that there are no differences between ACE inhibitors in terms of indications and mode of action.

**1430**In the third place, as the Commission rightly points out in recital 2172 of the contested decision, the analysis of the relationships between the various antihypertensive medicinal products takes into account the relevant medical guidelines.



**1431**Medical guidelines are intended to provide balanced information to practitioners to help them make decisions in everyday practice. Those guidelines are based on all the available sources of scientific evidence, including large clinical trials and their meta-analysis. Such guidelines offer a summary of the medical knowledge that was available during the period under investigation.

**1432**In the contested decision, the Commission analysed joint guidelines issued by the WHO and the International Society of Hypertension in 1999, guidelines issued by the European Society of Hypertension and the European Society of Cardiology in 2003 and 2007, guidelines issued by the British Hypertension Society in 1999 and 2004 and guidelines issued by the National Institute for Health and Clinical Excellence (NICE, UK) in 2004 and 2006.

**1433**However, the joint guidelines of the WHO and the International Society of Hypertension of 1999 mention, as regards ACE inhibitors, the same primary and secondary indications and the same primary and secondary contraindications. The contested decision does not identify, in those guidelines, any element of differentiation between ACE inhibitors.

**1434**The guidelines of the European Society of Hypertension and the European Society of Cardiology of 2003 and 2007, which were approved by national cardiology societies, in particular in France, the Netherlands and Poland, provide an overall analysis of the properties, effects and indications of all ACE inhibitors and contain no recommendations specifically covering any one of the compounds in that class of medicinal products. There is in those guidelines no subdivision between medicines in the ACE inhibitor class, unlike, for example, in the case of medicines in the class of calcium channel blockers and of diuretics. Those guidelines recommend changing the class of medicinal product if a medicine is not effective or not tolerated.

**1435**The guidelines of the European Society of Hypertension and the European Society of Cardiology state, it is true, that even different products in the same class of medicinal product differ in relation to the types and frequency of side effects. However, that consideration does not refer specifically to the ACE inhibitor class and is not accompanied by any clarification as to the medicinal products concerned or the nature of the side effects in question. Consequently, a mere reference in the guidelines to a difference in the side effects caused by different products in the same class of medicinal product does not establish the actual existence of a difference between perindopril and the other ACE inhibitors as regards side effects.

**1436**Similarly, the Commission states, in recital 2181 of the contested decision, that, according to the guidelines of the European Society of Hypertension and the European Society of Cardiology, the selection of a hypertension medicine needs to be based on the individual patient and that this point is of considerable importance in the assessment of the relevant market. However, the fact that those guidelines state that different individuals may be differently prone to develop a given adverse effect does not suggest that there is a difference between ACE inhibitors as regards side effects. It follows that the European guidelines for the management of hypertension do not contain any information making it possible to differentiate perindopril from other ACE inhibitors in terms of therapeutic use.

**1437**The guidelines of the British Hypertension Society of 1999 and 2004 mention the existence of indications, contraindications and side effects, including coughing, which are

common to all medicinal products in the ACE inhibitor class. The NICE guidelines of 2004 and 2006 include recommendations on which medicinal products should be prescribed as the first and second line of treatment, but do not, in that respect, make any distinction between ACE inhibitors.

**1438** Accordingly, the medical guidelines analysed in the contested decision, which provide balanced information to practitioners based on all the available sources of scientific evidence, including large clinical trials and their meta-analysis, do not distinguish between medicinal products in the ACE inhibitor class. Those guidelines confirm, like the ATC classification, the homogeneity of the ACE inhibitor class in terms of therapeutic use.

**1439** In the fourth place, the Commission examined in the contested decision medical studies relating to perindopril: both studies available at the beginning of the period under investigation and studies published in the 2000s.

**1440** As regards the medical studies relating to perindopril available in the early 2000s, the contested decision relies on two articles published in 2001.

**1441** The first article states, in particular, that perindopril is a well-tolerated ACE inhibitor, which, for patients with mild to moderate hypertension, is significantly better in terms of clinical response than captopril and as effective as other ACE inhibitors. The second article indicates that the ability of perindopril to lower blood pressure is comparable to or better than that of other antihypertensive agents in its therapeutic class and that first-dose hypotension caused by an acute reduction in blood pressure occurs less frequently with perindopril than with other ACE inhibitors, an advantage with certain categories of patients.

**1442** The contested decision concludes from this that, as of the date of publication of those articles, there was already an important body of scientific evidence suggesting that perindopril should be regarded as a leading ACE inhibitor. However, it should be noted that, although those 2 articles do indeed consider that perindopril is as effective or better than other therapies in terms of reducing blood pressure, perindopril is claimed to be superior in that regard, in just 1 of the 2 articles, only to 1 of the 16 ACE inhibitors, captopril. Moreover, those articles do not suggest that perindopril offers advantages, in terms of reducing blood pressure, over other ACE inhibitors, in particular the medicinal products which Servier regards as competitors of perindopril, such as ramipril, lisinopril or enalapril.

**1443** Furthermore, while the second article states that perindopril offers advantages over other ACE inhibitors as regards first-dose hypotension caused by an acute reduction in blood pressure, it gives no view on the weight to be given to that relative superiority of perindopril and fails to examine the therapeutic benefits which other ACE inhibitors, for their part, have in relation to perindopril.

**1444** With regard to the medical studies published in the 2000s, that is to say during the period under investigation, the Commission states, in recital 2208 of the contested decision, that it analysed the major studies involving the use of perindopril which are referred to in Servier's internal strategy documents.

**1445** Accordingly, the Progress study (published in 2001), the Europa study (published in 2003), the ASCOT-BPLA study (published in 2005), the Preami and CAFE studies (published in 2006), the Advance study (published in 2007) and the HYVET study

(published in 2008) show that there is scientific evidence of perindopril's efficacy, whether or not associated with other medicinal products, in reducing the risk of stroke, preventing risks of major cardiovascular events causing coronary heart disease and reducing progressive left ventricular remodelling.

**1446** However, none of the medical studies referred to in paragraph 1445 above compares the efficacy of perindopril to that of other ACE inhibitors or asserts that the relative efficacy of perindopril is superior to that of the other ACE inhibitors. In those circumstances, the studies analysed by the Commission do not suggest that perindopril differs from other ACE inhibitors in terms of efficacy.

**1447** Moreover, the contested decision did not analyse all the studies involving the use of perindopril in the 2000s, in particular one which does not appear favourable to that medicinal product. The PEP-CHF study (published in 2006), which aimed to demonstrate the efficacy of perindopril in the treatment of heart failure, was not analysed by the Commission. According to Professor V.'s report, drawn up at the request of Servier and submitted by it as part of its observations in reply to the statement of objections, the results of that study, which were published notwithstanding the interruption of the study, failed to demonstrate any efficacy of perindopril in heart failure. That medical study puts into perspective the scientific evidence of efficacy existing for perindopril during the period under investigation

**1448** Moreover, the contested decision did not analyse the medical studies published in the 2000s involving the use of other ACE inhibitors, even though those studies were included in Servier's internal strategy documents. The Commission did not examine the medical studies relating to ramipril (ASCOT-BPLA, HOPE), enalapril (SOLVD and ANBP2) and trandolapril (TRACE), referred to in recital 2234 of the contested decision. The Cochrane study, to which Servier referred in the context of its observations in reply to the statement of objections and which analyses the relative efficacy of 14 ACE inhibitors in terms of antihypertensive efficacy, is not referred to in the contested decision.

**1449** The absence of analysis by the Commission of studies involving the use of other ACE inhibitors prevents, for the sake of completeness, the medical studies presented in the contested decision from being regarded as demonstrating that perindopril is of particular efficacy among the ACE inhibitors.

**1450** Of those studies, the HOPE study (published in 2000) was not analysed by the Commission, whereas it is cited on numerous occasions in Servier's internal strategy documents and constitutes, according to Servier's orientation plan, a significant study which allowed ramipril to benefit from a new indication contributing to considerable commercial success and which was used by Sanofi-Aventis in the context of a communication highlighting the ability of ramipril to save lives. Contrary to what the Commission maintains, the content of the HOPE study was not analysed in the contested decision, which merely states, in recital 2493, that the potential interpretation that is given to that study depends to a large degree on the way in which studies are communicated to prescribers as a part of producers' promotional activities, a consideration which does not constitute an analysis of the content of that study.

**1451** The Cochrane medical study (published in April 2009) is a meta-analysis which assesses the relative efficacy of ACE inhibitors in reducing blood pressure based on 92 previous studies involving 14 ACE inhibitors. It should be noted that the ability to reduce blood pressure is clearly an essential element in assessing the relative efficacy of ACE

inhibitors. The Cochrane study, as the applicants rightly point out, concludes that no ACE inhibitor appears better or worse than the others in terms of antihypertensive efficacy. Although the Cochrane study was published at the end of the period under investigation, it is nevertheless relevant for assessing the relative efficacy of ACE inhibitors, in so far as it is based on a large number of previous studies, including those which were not analysed by the Commission in the contested decision.

**1452**The Commission argues that the conclusion of the Cochrane study is that it is not possible to rule out that there may be a difference between one or more of the medicinal products concerned with regard to their ability to lower blood pressure and that, for the purpose of analysing whether or not such differences exist between the various medicinal products, comparative trials of the various ACE inhibitors at equivalent doses for lowering blood pressure are necessary. That argument must be rejected, since the study's consideration of the existence of uncertainty as to the differences in the ability of ACE inhibitors to lower blood pressure is included in the 'Discussion' section of the study and is not one of its conclusions. The relevant paragraph of the 'Discussion' section of the study concludes with the observation that it is very likely that the near-maximal effect on blood pressure reduction of the various ACE inhibitors is the same.

**1453**The Commission also states that the Cochrane study could not properly analyse, on the basis of the data available to its authors, the issue of side effects. However, that fact is, in any event, irrelevant to the conclusion of the study concerning the absence of a significant difference between the ACE inhibitors in terms of reducing blood pressure. Moreover, with regard to the Commission's argument that the study highlights differences between ACE inhibitors as regards dose-response relationship, the availability of the various dosages and the time to take effect, it should be pointed out that the study does not indicate the existence of significant therapeutic differences between ACE inhibitors and concludes instead that prescribing the cheapest ACE inhibitor at the lowest dosage will result in substantial savings.

**1454**Accordingly, the Commission's arguments cannot call into question one of the main conclusions of the Cochrane study, explicitly stated in its conclusions and summary, that no ACE inhibitor appears better or worse than the others in terms of antihypertensive efficacy.

**1455**The lack of differentiation of perindopril with respect to other ACE inhibitors, in particular in terms of efficacy, is confirmed by Professor V.'s report, drawn up at the request of Servier, which is not contested by the Commission. That report, which examines the results of medical studies involving the use of perindopril as well as the results of medical studies from the 1980s, 1990s and 2000s involving the use of other ACE inhibitors, including the SAVE study on captopril, the AIRE and HOPE studies on ramipril and the Consensus and SOLVD studies on enalapril, states that, with the exception of captopril and, to a far lesser extent, enalapril, all ACE inhibitors are compatible with single daily administration for the two main indications of that class, namely high blood pressure and heart failure. The report points out, like the Cochrane study, that the medical studies do not reveal any difference in the antihypertensive efficacy of the various ACE inhibitors. It states that, in the context of heart failure, the beneficial effects of that therapeutic class are, according to the available studies for captopril, enalapril, ramipril, quinapril and lisinopril, shared by all ACE inhibitors. Although

there is evidence of the efficacy of perindopril in cardiovascular disease prevention, there is no such evidence in the context of heart failure.

**1456** Professor V.'s report concludes that, for each of the five therapeutic classes used in the treatment of high blood pressure, in particular the ACE inhibitors, the therapeutic effects are attributable to class effects and not to the individual properties of the prescribed compounds. Ramipril is, according to that report, the second-generation ACE inhibitor for which it is possible to obtain the most evidence-based data derived from randomised clinical trials and which has become, on the basis of its excellent pharmacological profile and the high quality of the evidence supporting it, especially in the context of heart failure, the undisputed leader in the antihypertensive medicinal product market. Perindopril is, according to that report, an ACE inhibitor like any other, which is neither the most powerful one nor the one with the best pharmacological profile. For perindopril, evidence-based data can be found in the context of cardiovascular disease prevention, although the results obtained do not necessarily indicate that the observed effect is attributable to perindopril. On the other hand, evidence-based data is not available in the areas of heart failure and diabetic nephropathy.

**1457** It follows from the foregoing that the published medical studies do not establish that perindopril differs therapeutically from the other ACE inhibitors, particularly in terms of efficacy. The analysis of the medical studies shows, moreover, that, although evidence of the efficacy of perindopril is available, that is also true of other ACE inhibitors, such as enalapril, lisinopril or ramipril, and there is, incidentally, more evidence of the efficacy of the latter in heart failure.

**1458** In the fifth place, the applicants claim that the policies implemented by local health authorities in the United Kingdom support the fact that it is possible to substitute perindopril for other ACE inhibitors from the therapeutic point of view. They provide, in support of their arguments, several annexes relating to the policy implemented by Primary Care Trusts (PCTs).

**1459** In that regard, the Commission contends, first, that Annex C 29, relating to the PCTs for Scotland and Northern Ireland and presented by the applicants, must be rejected as inadmissible and, secondly, that the applicants' use of Annexes A 286, A 287 and C 29 as a whole, relating to the policies implemented by the local authorities of the United Kingdom, is contrary to Article 21 of the Statute of the Court of Justice of the European Union and Article 76 of the Rules of Procedure of the General Court.

**1460** Pursuant to Article 85(2) of the Rules of Procedure, the main parties may produce or offer further evidence in the reply and the rejoinder in support of their arguments, provided that the delay in the submission of such evidence is justified. However, according to the case-law, evidence in rebuttal and the amplification of the offers of evidence submitted in response to evidence in rebuttal from the opposite party in the defence are not covered by the time-bar laid down by that provision. That provision concerns offers of fresh evidence and must be read in the light of Article 92(7) of those rules, which expressly provides that evidence may be submitted in rebuttal and previous evidence may be amplified (judgments of 17 December 1998, *Baustahlgewebe v Commission*, [C-185/95 P](#), [ECLI:EU:C:1998:608](#), paragraphs 71 and 72, and of 5 December 2006, *Westfalen Gassen Nederland v Commission*, [T-303/02](#), [ECLI:EU:T:2006:374](#), paragraph 189).

**1461**In the present case, the evidence relating to the PCTs of Scotland and Northern Ireland submitted by the applicants in Annex C 29 cannot be declared inadmissible on the ground that it was produced in the reply in breach of Article 85(2) of the Rules of Procedure. As the applicants state in paragraph 417 of the reply, the evidence set out in Annex C 29 responds to the criticism in the Commission's defence concerning the individual nature and purely theoretical impact of the policies implemented by the PCTs. Consequently, the time-bar rule in Article 85(2) of the Rules of Procedure does not apply to it, so that the evidence in question is admissible.

**1462**Turning next to the use of Annexes A 286 and A 287, attached to the application lodged on 21 September 2014 and relating to the guidelines and policies implemented by the local authorities in the United Kingdom, it must be noted that their use is consistent with Article 21 of the Statute of the Court of Justice of the European Union and Article 44(1) of the Rules of Procedure of the General Court of 2 May 1991, then applicable. Similarly, the use of Annex C 29, attached to the reply lodged on 29 July 2015 and relating to the documents from the PCTs of Scotland and Northern Ireland, is consistent with Article 21 of the Statute of the Court of Justice of the European Union and Article 76 of the Rules of Procedure of the General Court. According to consistent case-law it is necessary, for an action to be admissible, that the basic matters of law and fact relied on be indicated, at least in summary form, coherently and intelligibly in the application itself. That interpretation of Article 21 of the Statute of the Court of Justice of the European Union and Article 44(1) of the Rules of Procedure of the General Court of 2 May 1991 also applies to the conditions for admissibility of a reply, which is intended to supplement the application (judgment of 17 September 2007, *Microsoft v Commission*, [T-201/04](#), [ECLI:EU:T:2007:289](#), paragraphs 94 and 95 and the case-law cited). In the present case, even though Annexes A 286, A 287 and C 29 are large and contain a succession of documents, the applicants set out in the body of the application, and then in the reply, the arguments of fact and law on which they rely. The applicants support, through the production of those annexes containing documents from the PCTs of the United Kingdom, including Scotland and Northern Ireland, their arguments seeking to show, first, that the PCTs have taken views on the therapeutic equivalence between perindopril and other ACE inhibitors and have encouraged general practitioners to replace perindopril with other ACE inhibitors and, secondly, that those policies, which are not individual in nature, have had a real impact on local demand.

**1463**The Commission therefore has no basis for maintaining that Annexes A 286, A 287 and C 29, produced by the applicants, must be excluded from the proceedings.

**1464**Moreover, it is apparent from the documents in the file, in particular from recital 2280 of the contested decision, that certain PCTs expressly considered, as from 2005, that perindopril was no more effective than any other ACE inhibitor and recommended, for cost reasons, the use of ACE inhibitors other than perindopril, or even the substitution of another ACE inhibitor for perindopril, in particular lisinopril or ramipril. The Commission is wrong to argue that the documents relating to the PCTs produced by the applicants contain individual considerations and opinions. Indeed, those policies implemented by competent authorities, which were also drawn up by a non-negligible number of PCTs located in several regions of the United Kingdom, cannot be regarded as mere expressions of individual opinions. Regardless of the actual effects of the initiatives of the PCTs, the assessment of those entities concerning the possibility of substituting other ACE inhibitors

for perindopril tends to contradict the Commission's analysis of the heterogeneity of the ACE inhibitor class.

**1465**Consequently, the policies implemented by local health authorities in the United Kingdom support the fact that perindopril is indistinguishable from other ACE inhibitors from a therapeutic point of view.

**1466**In the sixth place, the Commission wrongly relied on Servier's internal documents to establish that perindopril had particular therapeutic qualities as compared with the other ACE inhibitors.

**1467**As a preliminary point, it should be recalled that, according to the generally applicable rules on evidence, the reliability and, therefore, the probative value of a document depends on its origin, the circumstances in which it was drawn up, the person to whom it is addressed and the reputed and reliable nature of its content (see, to that effect, judgments of 24 October 1991, *Atochem v Commission*, [T-3/89](#), [ECLI:EU:T:1991:58](#), paragraphs 31 to 38, and of 11 March 1999, *Ensidesa v Commission*, [T-157/94](#), [ECLI:EU:T:1999:54](#), paragraph 312; Opinion of Judge Vesterdorf, acting as Advocate General in *Rhône-Poulenc v Commission*, [T-1/89](#), [ECLI:EU:T:1991:38](#)).

**1468**In the present case, Servier's internal documents, in so far as they contain assessments of the therapeutic use of ACE inhibitors intended for the promotion of perindopril, do not constitute, unlike the medical guidelines, a balanced summary of scientific knowledge. Unlike the medical studies, they are not based on a methodology designed to ensure the reliability of the results obtained. Extracts from those internal documents must therefore be analysed taking into account the fact that they have, in some cases, a promotional purpose.

**1469**Thus, it is clear from the internal strategy documents that Servier presented the characteristics of perindopril favourably in the context of promotional messages intended for doctors. The documents summarising Servier's promotional activities emphasise the positive results of perindopril and even refer, based on medical studies, to a unique mode of action, the possibility of differentiating perindopril from its competitors in a positive way, or even the superiority of perindopril to other ACE inhibitors with respect to such matters as the trough-to-peak ratio, efficacy in reducing blood pressure, synergy in combination with a diuretic or cardiovascular protection.

**1470**However, as stated above, the content of those messages must be analysed in the light of their promotional purpose. In that regard, it should be noted, first of all, that the Commission does not dispute the applicants' assertion that all the ACE inhibitors were presented in their respective promotional messages as being the best. Moreover, Servier's internal strategy documents, as well as the orientation plans, launch plans and promotional messages for the other ACE inhibitors in the file, show that the promotional campaigns for other ACE inhibitors, such as those for ramipril, lisinopril or trandolapril, are also very laudatory in presenting the therapeutic characteristics of those medicinal products. The promotional campaigns for other ACE inhibitors frequently describe their medicinal product as a leading product and a unique medicinal product among the ACE inhibitors and describe it as a reference product or a better choice. Those communication campaigns highlight the alleged benefits of the medicinal product in question within the ACE inhibitor class in terms of indications, efficacy or tolerance. They sometimes include direct comparisons with perindopril and, in some cases, claim that the medicinal product is superior to perindopril. In those circumstances, the content of the messages seeking

to promote perindopril in Servier's internal strategy documents does not support the conclusion that that medicinal product differs from the other ACE inhibitors in therapeutic terms.

**1471** Moreover, Servier's internal strategy documents, taken as a whole, do not show the therapeutic superiority of perindopril over other ACE inhibitors. Those documents show that other ACE inhibitors, such as ramipril, lisinopril and enalapril, have strengths in terms of evidence of indications and efficacy, thanks to studies such as TRACE, AIRE or HOPE. In particular, ramipril is mentioned as a medicinal product for which there is evidence of efficacy in heart failure, for patients at high cardiovascular risk and for diabetic patients.

**1472** Finally, the Commission states, inter alia in recitals 2224 to 2236 of the contested decision, that, according to Servier's internal documents, the purpose of the promotional campaigns was in particular to differentiate perindopril from other ACE inhibitors. However, it is clear from those documents that communication campaigns have not been sufficient, from the point of view of doctors, to allow perindopril to be differentiated from other ACE inhibitors. Those documents refer, for example, to a qualitative study conducted in July 2007 among general practitioners and cardiologists, among whom perindopril and ramipril were perceived as similar. The 2009-2010 orientation plan highlights, at the end of the period under investigation, the lack of differentiation with respect to ramipril. With regard to the Netherlands, the 2006-2007, 2007-2008 and 2008-2009 orientation plans indicate that many general practitioners considered lisinopril as equivalent to perindopril.

**1473** Therefore, Servier's internal documents do not demonstrate that perindopril was recognised for particular therapeutic qualities that differentiated it from other ACE inhibitors. While the undertaking attempted, like other undertakings marketing ACE inhibitors, to promote and differentiate perindopril in a positive way by means of laudatory communications, that strategy was, according to those documents, incapable of sufficiently differentiating perindopril from other ACE inhibitors.

**1474** In the seventh place, the Commission based its assessment of the therapeutic substitutability of perindopril on a survey of prescribers.

**1475** In order to determine the recipients of the questionnaires, the Commission relied on a list of perindopril prescribers - supplied by Servier - which was to include, in particular, all the cardiologists and general practitioners with whom Servier had professional and commercial relationships. While some of those lists contained almost all prescribers, that is not the case with the list of general practitioners from France and from the United Kingdom. In those circumstances, there is, as Servier argues, a selection bias relating to those two categories of recipients. It is clear that that bias may have had an effect on the results of the survey for those two categories, in so far as it is possible that doctors having professional relationships with Servier favoured, more than other prescribers not in that situation, the prescription of perindopril in their professional practice.

**1476** Moreover, the presentation of some survey results does not correspond to the questions put to the prescribing doctors. Thus, in recital 2392 of the contested decision, the Commission presented the percentage of respondents for whom perindopril was a preferred first or second-line treatment for essential (primary) hypertension, for chronic ischemic heart disease and for heart failure. However, the applicants point out, without being challenged, that the survey itself does not mention any 'preferred' treatment, but asks for which cardiovascular conditions perindopril is prescribed as a 'first-/second-line



treatment in preference to other treatments'. A positive answer to that question does not imply that perindopril is prescribed in preference to other ACE inhibitors and does not indicate the extent to which perindopril is prescribed as a first-line treatment for high blood pressure. Similarly, a positive response to the questions concerning the specific efficacy of perindopril in certain categories of patients and its rarer side effects in certain categories of patients does not necessarily imply, given the wording of the questions, that perindopril differed from other ACE inhibitors, according to the prescribing doctor.

**1477** Furthermore, the results of that survey show that, according to 51% of responding prescribers, there was an equivalent medicinal product for 81 to 100% of patients who started treatment with perindopril. It follows that, for a majority of the doctors surveyed, it was possible from a therapeutic point of view to substitute another medicinal product for perindopril for the majority of patients who started treatment. The Commission also acknowledges, in recital 2454 of the contested decision, that a majority of the responding prescribers considered other medicines as equivalent alternative therapies to perindopril. The Commission also states that the alternative most often used by practitioners is ramipril in France, Poland and the United Kingdom and enalapril and lisinopril in the Netherlands.

**1478** It follows from the foregoing that the Commission's survey does not support the argument that perindopril differs from other ACE inhibitors.

**1479** In the eighth place, it is clear from the replies to the questions put by the Commission to the producers of other ACE inhibitors, analysed in recital 2255 et seq. of the contested decision, that AstraZeneca, a producer of lisinopril, regarded perindopril as being among five other ACE inhibitors which were substitutes for its lisinopril until the expiry date of its patent. Similarly, Merck Sharp & Dohme (MSD), which produces enalapril and lisinopril, stated that Servier is one of the undertakings competing with it in the field of hypertension and that its product, perindopril, is one of the treatments which may be used as an alternative treatment for its antihypertensive treatments. Moreover, although Sanofi-Aventis takes the view, as the Commission stated in the contested decision, that perindopril and ramipril should not be regarded as 'substitute to each another', it does so on account, on the one hand, of the significantly larger population likely to benefit from ramipril given its broader indications for use in reducing cardiovascular mortality and, on the other hand, of the wider range of starting doses for ramipril. Although those elements, if proved, are likely to limit the possibilities of substituting perindopril for ramipril, they are not, in any event, such as to limit the possibilities of substituting ramipril for perindopril. They therefore do not prevent ramipril from being regarded as a product that is therapeutically substitutable for perindopril.

**1480** It follows from the foregoing that the responses from the originator producers to the questions put by the Commission tend to confirm that the other ACE inhibitors may be therapeutically substituted for perindopril.

**1481** In the light of all the documents in the file, it must be concluded that there is no significant difference between perindopril and the other ACE inhibitors in therapeutic terms, including in terms of efficacy and side effects. There is in the file no objective scientific evidence of the therapeutic superiority of perindopril over other ACE inhibitors. ACE inhibitors are widely perceived as substitutable by prescribers and there are numerous medicinal products regarded by doctors as therapeutic equivalents to perindopril. Accordingly, the Commission erred in considering that the ACE inhibitor class

was heterogeneous and that perindopril exhibited particular therapeutic characteristics within that class of medicinal products.

**1482**It is therefore appropriate to uphold the applicants' argument that the Commission erred in the analysis of the therapeutic substitutability of ACE inhibitors.

(ii) The phenomenon of doctors' 'inertia' with respect to new patients

**1483**It is apparent from recitals 2388, 2511 et seq. and 2539 et seq. of the contested decision that the Commission regarded perindopril as an 'experience good' subject to limited competitive pressure with respect to new patients because of a well-known phenomenon of doctors' 'inertia'. Indeed, even if doctors have access to several therapies, they naturally tend to prescribe to new patients medicinal products which have proven effective in the past.

**1484**According to the Commission, perindopril had, even before the period under investigation, built up a large base of continued-use patients. The phenomenon of doctors' 'inertia', which restricts substitutability between available therapies, is a mechanism which allowed the consolidation of perindopril's customer base. The existence of a growing group of loyal prescribers among doctors explains the continued growth of perindopril's patient base.

**1485**The applicants dispute that assessment by the Commission, arguing, in essence, that there was strong competition between ACE inhibitor producers for new patients and that there was no significant doctors' 'inertia', but merely a lack of price-sensitivity among prescribers.

**1486**As a preliminary point, it should be pointed out that the phenomenon of doctors' 'inertia', which the Commission defines as the 'natural' tendency to prescribe to new patients medicinal products which have proven to be successful for their previous patients, is, as the Commission itself notes in recital 2540 of the contested decision, a factor which may differ over time and depends on the type of pathology. This is an empirical question which requires due consideration on a case-by-case basis.

**1487**As the General Court held in the case which gave rise to the judgment of 1 July 2010, *AstraZeneca v Commission* (T-321/05, [ECLI:EU:T:2010:266](#)), the 'inertia' characterising prescribing practices may, in particular, stem from the caution that normally characterises doctors' attitudes towards a new product with whose properties they are not yet very familiar and, more specifically, from their significant concerns as to the possible side effects of that product, for example possible carcinogenic effects (see to that effect, judgment of 1 July 2010, *AstraZeneca v Commission*, [T-321/05](#), [ECLI:EU:T:2010:266](#), paragraphs 91, 92 and 98).

**1488**In the circumstances of the present case, it is therefore appropriate to assess the extent to which a phenomenon of doctors' 'inertia' was able to restrict substitutability between the available therapies and explain the changes in perindopril's patient base, described as continuous growth by the Commission.

**1489**In the first place, it is not apparent from the documents in the file, as previously stated, that ACE inhibitors were therapeutically heterogeneous. On the contrary, there is no significant therapeutic difference between perindopril and the other ACE inhibitors, including in terms of efficacy and side effects. In the absence of heterogeneity of the ACE inhibitor class, there was consequently no factor that limited the leeway available to doctors to prescribe ACE inhibitors other than perindopril. The documents in the file do

not suggest, in particular, that the other ACE inhibitors gave rise to any particular concerns as to their possible side effects. In those circumstances, there are in the present case no particular concerns regarding the therapeutic use or possible side effects of ACE inhibitors which might have given rise to a high degree of 'inertia' of doctors who had already had occasion to prescribe perindopril, when those doctors were choosing to prescribe any one of the ACE inhibitors for new patients.

**1490**It should be emphasised that the situation of perindopril in relation to other ACE inhibitors is distinct from the situation of PPIs in relation to H2blockers in the case giving rise to the judgment of 1 July 2010, *AstraZeneca v Commission* (T-321/05, ECLI:EU:T:2010:266). In that case, PPIs and H2blockers were used differently, since PPIs were essentially prescribed to treat the severe forms of gastrointestinal acid-related conditions and H2blockers were prescribed to treat the less severe, or mild, forms of those conditions (see, to that effect, judgment of 1 July 2010, *AstraZeneca v Commission*, T-321/05, ECLI:EU:T:2010:266, paragraph 72). H2blockers could not exert a significant competitive constraint on PPIs, especially given the importance accorded by doctors and patients to the therapeutic superiority of PPIs (see, to that effect, judgment of 6 December 2012, *AstraZeneca v Commission*, C-457/10 P, ECLI:EU:C:2012:770, paragraph 58). In the present case, there is no evidence of any therapeutic superiority of perindopril to the other ACE inhibitors capable of preventing the ACE inhibitors from exerting significant competitive pressure on perindopril with respect to new patients.

**1491**Moreover, perindopril was launched after several other ACE inhibitors, notably after lisinopril and enalapril on the markets of France, the Netherlands and the United Kingdom, and after enalapril on the Polish market. Perindopril was therefore not likely to benefit, by comparison with the ACE inhibitors placed on the market before it, from a phenomenon of 'inertia' linked to the caution normally characterising doctors' attitudes towards a new product with whose properties they are not very familiar.

**1492**Thus, it is not apparent from the documents in the file that perindopril could benefit, by comparison with other ACE inhibitors, from a particular degree of 'inertia' in doctors' prescribing practices in the light of the therapeutic properties of ACE inhibitors and the date on which that medicinal product was placed on the market.

**1493**In the second place, the ground of the contested decision according to which perindopril had already built up, prior to the period under investigation, a large base of continued-use patients must be significantly qualified.

**1494**It is apparent from the documents in the file that, in January 2000, perindopril had, in all the countries concerned, a much smaller patient base than other ACE inhibitors such as ramipril, enalapril or lisinopril. In terms of sales of tablets and capsules, perindopril ranked fourth in the United Kingdom, behind lisinopril, enalapril and ramipril, with sales volumes more than three times lower than those of lisinopril; third in the Netherlands, behind enalapril and lisinopril, with sales volumes more than 10 times lower than those of enalapril; second in France, behind ramipril, and second in Poland, behind Enalapril, with sales volumes nearly six times lower than those of enalapril.

**1495**In those circumstances, assuming that there exists a mechanism of 'inertia' in doctors' prescribing practices, such a phenomenon was not likely to be of particular benefit to perindopril in the light of the relative size of its continued-use patient base as compared with that of other ACE inhibitors with a stronger position in terms of sales volumes.

**1496**In the third place, the finding by the contested decision of the continued growth of perindopril's patient base and, more generally, the finding of the commercial success of perindopril must also be qualified in the light of the situation of other ACE inhibitors.

**1497**It is apparent from the documents in the file that, among the ACE inhibitors, perindopril was not the most successful medicinal product in the ACE inhibitor class during in the relevant period. Although the contested decision states, in recital 2129, that worldwide sales of products containing Servier's perindopril reached over EUR 800 million in the peak year, there is in that decision no indication of the order of magnitude of the worldwide turnover achieved by the other ACE inhibitor producers. In that regard, the applicants stated at the hearing, without being challenged, that, at the material time, perindopril was ranked as the 143<sup>rd</sup> bestselling compound in the world, whereas, for example, Sanofi-Aventis' ramipril was ranked 72<sup>nd</sup> in the world. Present on some national markets, perindopril is almost absent from markets as significant as the German market, on which perindopril, at the material time, accounted for less than 1% of sales of medicinal products in the ACE inhibitor class. Ramipril was, as the applicants maintain, the world leader in the ACE inhibitor class of medicines during the period in question.

**1498**On the four national geographic markets chosen by the Commission, it is apparent from the documents in the file that Servier's perindopril, despite the growth in its sales, was never in a leading position among the ACE inhibitors in terms of sales of tablets and capsules, during the period of the practices referred to in the contested decision. According to the sales data for tablets and capsules in the contested decision, perindopril was in third position in the Netherlands (in November 2007) and in the United Kingdom (in June 2007), in second position in France (in August 2008) and in Poland (in May 2006), with, on each national market except France, sales volumes very far below those of the leader.

**1499**In terms of growth, while perindopril sales increased on the four national markets taken as a whole during the period in question, the same is true of other ACE inhibitors, such as ramipril and lisinopril. In the light of the sales data for tablets and capsules in the contested decision, it must be concluded that the growth in lisinopril sales was sustained in the 2000s, while the growth of ramipril sales was clearly higher than the growth of perindopril sales over that period.

**1500**Given the changes in the sales of the other ACE inhibitors, the significance of the phenomenon of continuous growth in perindopril sales referred to in the contested decision must be placed in context.

**1501**In the fourth place, the significant fluctuations in the relative sales of ACE inhibitors during the 2000s tend to call into question the existence of a high degree of 'inertia' in doctors' ACE inhibitor prescribing practices.

**1502**First of all, according to the CRA's report, commissioned by Servier and dated January 2013, the relative sales of ACE inhibitors were subject to significant fluctuations between 2001 and 2010, since the respective positions of the medicinal products changed in contrasting ways. For example, between 2001 and 2010, the share of perindopril sales in total ACE inhibitor sales, expressed in defined daily doses, increased little in the United Kingdom (remaining between 5 and 10%), while the share of ramipril sales almost doubled (from between 30 and 40% to between 60 and 70%) and the share of lisinopril sales declined sharply. In Poland, during the same period, perindopril saw its share of sales fall sharply (from a share of between 15 and 20% to a share between 10 and 15%),

while that of ramipril grew considerably (from a share of between 0 and 5% to a share of between 60 and 70%). In the Netherlands, perindopril and ramipril made little progress, with the share of sales of each of those two medicinal products reaching between 10 and 20% in 2010, while enalapril still accounted for between 40 and 50% of the share of sales at that date. In France, lisinopril declined sharply (from a share of sales of between 30 and 40% in 2001 to a share of between 5 and 10% in 2010), while the share of sales of perindopril increased substantially (from a share of between 10 and 15% to a share of between 20 and 30%), though less significantly than that of ramipril (increasing from a share of between 20 and 30% to a share of between 50 and 60%).

**1503**The Commission argues that the calculation of the share of sales of each ACE inhibitor in the total sales of that class of medicinal products is incorrect, in so far as that calculation is based on sales expressed in defined daily doses, which overestimates the growth in sales of other ACE inhibitors, including ramipril.

**1504**In that regard, it should be noted that the Commission itself primarily analysed the sales volumes of the ACE inhibitors using defined daily doses and cannot therefore, in principle, consider that such a calculation is irrelevant for analysing the change over time of sales of ACE inhibitors, unless it is calling into question its own analysis. Moreover, the Commission does not provide any alternative analysis of the change in the relative sales of the various ACE inhibitors based on more reliable data. Furthermore, while the Commission states that that method of calculation leads to an inflation of the value of ramipril sales by a factor of two or more, it does not put forward any explanation in support of the argument that that method of calculation also results in an overestimate of the share of sales of ACE inhibitors other than ramipril. Finally, in any event, it is apparent from the limited sales data for ACE inhibitors expressed in terms of tablets and capsules contained in the contested decision that, in each of the countries examined by the contested decision, significant changes, the existence of which is also not disputed by the Commission, took place in the respective positions of the various ACE inhibitors between January 2000 and the years 2006 to 2008.

**1505**In addition, the Commission states, on the one hand, that the comparison between the market shares of ACE inhibitors is based on the premiss of a market comprising all the ACE inhibitors whereas the market definition is specifically intended to define the relevant market and, on the other hand, that the analysis does not make it possible directly to assert that the increase in sales of ramipril occurred at the expense of sales of perindopril.

**1506**Nevertheless, while it is true that the calculation of the perindopril market shares requires the prior definition of the market and that, consequently, the concept of market shares of the various ACE inhibitors cannot be accepted in the present case, the analysis of the change in the relative sales of the ACE inhibitors, which does not, for its part, presuppose the existence of an ACE inhibitor market, is not irrelevant for the purposes of defining the relevant market.

**1507**Moreover, the applicants do not claim that changes in the relative sales of the ACE inhibitors make it possible directly to assert that perindopril is subject to competitive pressure from other ACE inhibitors. They argue that changes in the relative sales of ACE inhibitors within a single country do not support the existence of a high degree of doctors' 'inertia' in ACE inhibitor prescribing practices. In that regard, the Commission does not put forward any explanation as to the compatibility between the doctors' 'inertia'

mechanism, which it emphasises in the contested decision, and the fluctuations over time in the relative sales of the ACE inhibitors. In those circumstances, it must be held, as the applicants rightly argue, that the significant changes in the relative sales of ACE inhibitors during the period under investigation tend to call into question the importance of the alleged mechanism of doctors' 'inertia' in their ACE inhibitor prescribing practices.

**1508**In the fifth place, the documents in the file - in particular the Thalès study, commissioned by Servier as part of its strategic planning, the Commission's survey of prescribers and the answers of the ACE inhibitor producers to the Commission's questions - do not establish the existence of a significant degree of 'inertia' in the behaviour of doctors in their perindopril prescribing practices.

**1509**The Thalès study, conducted from December 2003 to February 2004, focuses on changes in French general practitioners' perindopril prescribing practices. That study places perindopril prescribers into 3 categories: 'big prescribers' with over 10 prescriptions per trimester, 'medium prescribers' with 6 to 10 prescriptions per trimester and 'small prescribers' with 1 to 5 prescriptions per trimester. The study analyses changes in the categorisation of prescribers between the period from April to June 2003 (T 0) and the period from December 2003 to February 2004 (T 2). The Commission notes, in support of its proof of the existence of a growing group of 'loyal' perindopril prescribers, that 80 to 90% of 'big prescribers', 50 to 60% of 'medium prescribers' and 60 to 70% of 'small prescribers' in T 0 still belong to the same category in T 2.

**1510**However, those changes do not demonstrate a high degree of doctors' 'inertia' in the prescription of perindopril, since, on the one hand, they were observed over a limited time period of 8 to 10 months and, on the other hand, the proportion of doctors who changed category over that limited time period is significant. It should be pointed out, moreover, that the Thalès study relied upon by the Commission classifies general practitioners into one of four groups of doctors, 'loyal', 'lapsed', 'new customer' or 'occasional', on the basis of the changes in their prescribing habits between period T 0 and period T 2. The study indicates that the proportions of 'loyal', 'lapsed', 'new customer' or 'occasional' general practitioners are, respectively, 30 to 40%, 5 to 10%, 10 to 15% and 40 to 50% of all general practitioners. It is thus clear from the results of the Thalès study that the proportion of 'loyal' general practitioners is a minority and less than the proportion of 'occasional' general practitioners. The results of the Thalès study, limited solely to French general practitioners, therefore establish neither the significance of the mechanism of doctors' 'inertia' as regards the prescription of perindopril nor the high proportion of prescribing doctors 'loyal' to perindopril.

**1511**Furthermore, the Commission does not dispute the applicants' assertion that 52% of the doctors interviewed in the Commission's survey of prescribers of perindopril responded that they prescribed more alternative medicinal products than they did perindopril. However, the fact that a majority of doctors prescribe more medicinal products which are alternatives to perindopril than they do perindopril also tends to call into question the existence of a mechanism of 'inertia' which might particularly benefit perindopril.

**1512**Finally, it follows from the responses of the three ACE inhibitor producers surveyed by the Commission that those ACE inhibitor producers consider perindopril as a competitor of their own medicinal product. In particular, Sanofi-Aventis, in its response to the Commission, expressly states that perindopril is its largest competitor in the Netherlands,

in Poland and, as from 2001, in France, and its second largest competitor in the United Kingdom. There is no evidence in the responses of the originator producers of ACE inhibitors surveyed that the competitive pressure between ACE inhibitors was limited by a significant phenomenon of doctors' 'inertia' with respect to new patients.

**1513**In the light of the foregoing, it must be concluded that the Commission has not established that a phenomenon of doctors' 'inertia' and the existence of a growing group of 'loyal' perindopril prescribers had significantly restricted the competitive pressure exerted on perindopril by other ACE inhibitors with respect to new patients.

(iii) The propensity of continued-use patients to switch

**1514**The Commission considered, in particular in recitals 2496 to 2510 of the contested decision, that continued-use patients treated with perindopril were unlikely to switch to alternative medicines once they had settled on the use of perindopril. Due to the nature of perindopril as an 'experience good', Servier enjoyed an information advantage in the sense that the continued-use perindopril patients knew more about that product than about other treatments that had not yet been tried.

**1515**On account of the heterogeneity between the medicinal products in the ACE inhibitor class, which may be linked to differences in efficacy and tolerance at the individual level, therapy switching between medicinal products in the same therapeutic class would, according to the Commission, have to be regarded as unlikely to occur. Indeed, such therapy switching could be associated with costs resulting from additional medical consultations and potentially very serious risks relating to the onset of side effects and sub-optimal control of blood pressure.

**1516**The improbability of treatment switching among continued-use patients receiving a treatment which meets their needs is supported, according to the Commission, by a series of longitudinal studies, the results of the prescriber survey and Sanofi-Aventis' response to the Commission's questionnaire to the effect that switching between ramipril and perindopril was very limited. The Commission argues that the average duration of perindopril treatment may be estimated at seven to eight years and that the 90% 'loyalty' rate measured by repeat prescriptions for perindopril confirms the lock-in effects of perindopril's patient base.

**1517**The applicants, bringing to the attention of the Court a number of items of evidence, argue that the Commission underestimated the propensity of continued-use patients to switch.

**1518**In the first place, it should be noted that the Commission's analysis of the switching patterns of continued-use patients is based on the heterogeneity of medicinal products belonging to the ACE inhibitor class. It is clear from the grounds of the contested decision, in particular recitals 2496 and 2499, that the Commission relied on the heterogeneity of the ACE inhibitor class in its analysis of the patterns of switching between perindopril and other antihypertensive medicinal products. It is in the light of the alleged heterogeneity of medicinal products in the ACE inhibitor class that the Commission considered that therapy switching between medicinal products in the same therapeutic class could be associated with potentially very serious risks accompanying the treatment switch.

**1519**However, as has been stated previously, the Commission has not demonstrated the heterogeneity of the medicinal products belonging to the ACE inhibitor class. On the contrary, there is no significant therapeutic difference between perindopril and the other

ACE inhibitors, including in terms of efficacy and side effects. In particular, it is not apparent from the documents in the file that the other ACE inhibitors raised, on the part of prescribers, particular concerns relating to their side effects or reduced efficacy. It follows that, since doctors did not regard ACE inhibitors as heterogeneous, the Commission's analysis as regards the association of switching between medicinal products of the same therapeutic class with potentially very serious risks is called into question. In the absence of differences in efficacy and tolerance between ACE inhibitors, it has not been established that switching between ACE inhibitors raised particular concerns on the part of doctors.

**1520**In the second place, the Commission's assessment of the low propensity to switch of patients treated with perindopril was based on longitudinal studies prepared by Thalès. Those studies analyse the prescribing habits of general practitioners between July 2005 and June 2006 in France and the United Kingdom. According to those studies, more than 90% of perindopril prescriptions were repeat prescriptions. The Commission infers from this that the level of 'loyalty' to perindopril was very high at 90%. It takes the view that analysing patients' propensity to switch based on the number of prescriptions issued is a better reflection of the nature of demand for perindopril than relying on the number of patients.

**1521**However, the proportion of repeat prescriptions in the total number of prescriptions gives only partial information on the propensity for patients treated with perindopril to switch. Indeed, the rate of repeat prescriptions depends in particular on the frequency of patients' visits to doctors' surgeries, which may vary considerably and is also not referred to in the contested decision. Moreover, the number of repeat prescriptions in relation to the total number of prescriptions does not measure the level of patient loyalty, in the sense of the proportion of patients treated with perindopril in period N who are still being treated with perindopril in period N + 1.

**1522**In those circumstances, the Thalès studies are insufficient to establish the loyalty to perindopril of patients commencing treatment with that medicinal product.

**1523**In the third place, the Cegedim and IMS Health studies provide information, in relation to France and the United Kingdom, on the propensity of patients treated with perindopril to switch treatment over a five-year period.

**1524**The Cegedim study, dated October 2012 and produced by Servier in the context of its observations in reply to the statement of objections, analyses, over a period of five years, the treatment continuance of patients with perindopril by general practitioners in France. The analysis concerns patients treated with perindopril who consulted the same general practitioner for a period of five years. It shows that 20 to 30% of patients commencing perindopril treatment stop the treatment within six months and that, among patients maintained on perindopril beyond six months, 30 to 40% are switched to other antihypertensive medicinal products and no longer follow that treatment after a period of five years. The switching to other antihypertensive medicinal products after a period of six months primarily involves switches to treatments with sartans, while about 40% of patients are switched to a treatment with another ACE inhibitor used alone or in combination. Ultimately, more than 50% of patients starting perindopril treatment are no longer treated with that medicinal product after a period of five years. As a result, for patients under the regular supervision of a single French general practitioner, treatment switching for patients starting treatment with perindopril is significant over a period of



five years. It is also clear from the Cegedim study that, in 2005, the flows of incoming and outgoing patients (that is, respectively, a proportion of 30 to 40% and of 15 to 20%) accounted for half the patients treated with Coversyl.

**1525**The IMS Health study, dated December 2013 and produced by Servier, analyses the prescriptions of ramipril, lisinopril and perindopril during the period from 2003 to 2008, for patients under the supervision of general practitioners in the United Kingdom.

**1526**The Commission objects to the IMS Health study being taken into consideration by the Court, since that study was communicated by the applicants to the Commission late in the administrative procedure. However, as recalled in paragraph 1373 above, the Court ensures an in-depth review of legality taking into account all the elements submitted by the applicants, whether those elements pre-date or post-date the contested decision, in so far as those elements are relevant to the review of the legality of the Commission decision. In the present case, the IMS Health study of December 2013, submitted by Servier to the Commission during the administrative procedure, in response to the Letter of Facts of 18 December 2013, addresses the Commission's argument that patients treated with perindopril are unlikely to switch treatment. That study therefore cannot be regarded as constituting evidence submitted out of time which cannot be taken into consideration at the stage of the review of legality of the contested decision.

**1527**As to the credibility of the study, the Commission cannot reject the IMS Health study on the ground that it was 'tailor-made' for the applicants. The fact that the applicants themselves requested IMS Health to produce that study does not necessarily affect its probative value, particularly since it was not drawn up on the basis of information provided by the applicants themselves. As the Court has already held (judgment of 3 March 2011, *Siemens v Commission*, T-110/07, [ECLI:EU:T:2011:68](#), paragraph 137), an analysis is devoid of credibility and, therefore, of probative value beyond that of a mere statement from the applicants when it is drawn up on the basis of information provided by the applicants, without the accuracy or the relevance of that information being subject to any kind of independent assessment. In the present case, the study commissioned by Servier was drawn up on the basis of information from a third party, IMS Health, which, the Commission does not dispute, as is clear in particular from footnote 2843 of the contested decision, was a reference institution in the supply of data in the pharmaceutical sector. The Commission has itself relied on IMS Health data on a number of occasions in the context of defining the relevant market.

**1528**Moreover, the fact that the commissioning of the study was not provided to the Commission and that the Commission was unable fully to reproduce the results of the study is not sufficient to call into question, in the circumstances of the present case, the credibility of that study. Indeed, in its reply to the Commission's questionnaire of 17 February 2014, Servier gave a detailed description of the instructions given to IMS Health. IMS Health described, in the study, the methodology, assumptions and definitions used and provided the raw data as well as the algorithm allowing replication of the study. While it is true that IMS Health did not provide the new patients tab, it should be noted that, following the transmission of the algorithm and the databases, the Commission did not draw Servier's attention to the existence of a methodological obstacle likely to undermine the credibility of the study. Moreover, IMS Health stated in the study that new patients were those who had not received the medicinal product in question within the 12 months preceding that prescription and indicated, in a letter of 1 September 2014, that Servier

had not been involved in the analysis of the study, that the study was conducted by IMS Health using the methodology and definitions described in the study, that the new patients tab corresponded to a standard definition used in similar studies and that the new patients data had been obtained from a database using integrated reporting accessible from a workstation within the undertaking or where a customer has subscribed to that database. In those circumstances, having regard in particular to the adequate explanations provided by Servier and IMS Health, the Commission is not justified in maintaining that the IMS Health study cannot be accepted as reliable evidence.

**1529**The IMS Health study shows, with regard to the patients under the supervision of English general practitioners during the years 2003 to 2008, that, in a given year, new perindopril patients represented a third of the total number of patients following that treatment. It also shows that the substitutes for perindopril are primarily other classes of antihypertensive medicinal products, but also other ACE inhibitors. It indicates that among patients commencing perindopril treatment, the average length of treatment, excluding treatment interruptions, is less than six months for 24% of patients, less than three years for 57% of patients and less than five years for 76% of patients.

**1530**The Commission submits that the switching process is regressive, that is to say that patients were less and less likely to discontinue perindopril the more extended the length of the treatment. However, it should be noted that, according to the Cegedim study, the average net loss of patients treated with perindopril over the course of the fourth and fifth years of treatment is close to 5% per year for patients under the supervision of French general practitioners. According to the IMS Health study, the proportion of patients under the supervision of English general practitioners whose average length of treatment, excluding interruptions of treatment, is between three and four years, on the one hand, and four and five years, on the other hand, amounts respectively to 12% and 7%. Therefore, it is apparent from the documents in the file that the proportion of patients likely to discontinue their perindopril treatment during the fourth and fifth year of treatment with perindopril is significant.

**1531**Thus, the Cegedim and IMS Health studies show that patients treated with perindopril and under the supervision of general practitioners in France and the United Kingdom during the period under investigation had an average length of treatment of less than five years. A significant proportion switched their treatment not only within the first six months of treatment, but also within five years of commencing treatment.

**1532**In the fourth place, the PCT documents support the existence, as regards the United Kingdom, of switching by patients treated with perindopril to other ACE inhibitors.

**1533**As stated above, a number of PCTs considered, as of 2005, that perindopril was no more effective than the other ACE inhibitors and recommended the use of ACE inhibitors other than perindopril, or even the substitution of another ACE inhibitor for perindopril. Those policies, which have on occasion taken the form of guidelines, formularies or standard letters to patients to switch their treatment from perindopril to ramipril or lisinopril, are significant, given the number of PCTs involved and the fact that those PCTs were from various regions of the United Kingdom.

**1534**It is apparent from the documents in the file that those policies, identified as threats in Servier's internal strategy documents as of 2005, had a real negative effect on perindopril sales at the local level. It is true, as the Commission points out, that there is no evidence that the policies implemented by the PCTs had a significant impact at national

level. Although the figure in recital 2286 of the contested decision shows a virtual stagnation of sales of perindopril expressed in defined daily doses as from September 2006, the documents in the file do not establish the reality of a causal link between the recommendations of the PCTs and changes in the relative sales of perindopril and other ACE inhibitors across the United Kingdom as a whole. However, those recommendations are not irrelevant, in that they illustrate in practical terms the possibilities of switching between ACE inhibitors in one of the geographic markets selected by the Commission in its analysis.

**1535**The Commission cannot claim that the applicants' argument relying on the policies implemented by the PCTs contradicts their assertion that the price factor plays a limited role in the relationships between the various ACE inhibitors. As is clear from the considerations set out in paragraphs 1380 to 1404 above, the pharmaceutical sector is an 'unusual' sector, the specific features of which require the market to be defined through an approach based on a number of criteria, in particular the therapeutic use of the products. In the present case, the PCT policies do not call that finding into question. Although those policies support the existence of therapeutic substitutability between ACE inhibitors and the possibilities of switching treatment for patients treated with perindopril, it does not follow that the price factor plays a decisive or predominant role in the analysis of the competitive pressures between those medicinal products.

**1536**In the fifth place, the Commission submits, based in particular on the results of the survey of prescribers, that treatment switching of patients treated with perindopril is unlikely where the patients are 'successfully' treated with perindopril.

**1537**However, the results of the Commission's survey of prescribers - according to which a large majority of doctors (76%) considered that patients who were treated 'successfully' during the initial period and for whom that treatment was not changed were likely to continue perindopril treatment for more than five years - do not call into question the findings of the Cegedim and IMS Health studies relating to the average length of treatment of patients treated with perindopril and to treatment switching by them. Indeed, the question put to the prescribers is based on an estimate of the likelihood that perindopril treatment will continue and not on an estimate of the actual proportion of patients who continue treatment beyond five years. Moreover, the question put to the prescribers concerns only patients treated 'successfully' and for whom the treatment was not changed, while the Cegedim and IMS Health studies provide information on the average length of treatment of patients treated with perindopril and on all treatment switches occurring, regardless of the doctors' assessment of the results of the perindopril treatment. Finally, even as regards patients 'successfully' treated with perindopril and for whom that treatment was not changed, only a minority of doctors surveyed consider that those patients are likely to continue treatment with perindopril for more than 10 years.

**1538**Although patients 'successfully' treated with perindopril naturally have a lower propensity to switch treatment than those who do not fall into that category, the findings of the Cegedim and IMS Health studies remain relevant for quantitatively assessing the extent to which patients who commence treatment remain 'loyal' to perindopril over a five-year period. Those studies show the existence of significant treatment switching, which calls into question the assertions made by the Commission in the contested decision concerning the lock-in effects of perindopril's patient base.

**1539**In the sixth place, the Commission relies, in the contested decision, on the fact that Sanofi-Aventis stated in the response to its questionnaire that treatment switching between ramipril and perindopril was very limited and that for both products their growth was based on newly-acquired patients commencing treatment. However, apart from the fact that that assertion concerns only the French market, Sanofi-Aventis explains in its response, as previously stated, that the patient population which could be treated with ramipril was wider than that for perindopril and that the dose range of ramipril was broader than that of perindopril until 2007, factors which are more likely to limit patient switching from ramipril to perindopril than vice versa. Moreover, Sanofi-Aventis did not comment on treatment switching in the Netherlands and the United Kingdom and stated, with regard to the Polish market, that it regarded perindopril as a product at whose expense ramipril had obtained patients. It follows that Sanofi-Aventis' responses to the Commission's questionnaire do not call into question the extent of treatment switching for patients treated with perindopril.

**1540**It follows from the foregoing that the Commission underestimated the propensity of patients treated with perindopril to switch treatment, relying, moreover, on the erroneous assumption of the heterogeneity of medicinal products in the ACE inhibitor class. It is apparent from the documents in the file that treatment switching of patients commencing treatment with perindopril is significant over a period of five years, which calls into question the average length of treatment as assessed by the Commission and the significance of the lock-in effects of perindopril's patient base.

(iv) Promotional activities

**1541**The Commission considered, in recitals 2515 to 2521 of the contested decision, that promotion could extend the degree of competition if, as a consequence, the medical community was informed about additional therapeutic alternatives, in particular new products or new important indications for existing products. However, it considered that, in the present case, competition in promotion should not be regarded as a source of significant competitive constraints from the specific perspective of the relationship between perindopril and its potential competitors, in so far as any new promotional activities, for medicinal products which had been marketed for some time, would only add to the existing goodwill capital already accumulated with 'loyal' prescribers. The Commission noted that, in view of the barriers to treatment switching and the predominance of the continued-use patients, the potential impact of promotional activities undertaken by the producers of other ACE inhibitors on the sales of perindopril were limited. The Commission added that the lack of competitive constraints from other ACE inhibitor producers was also demonstrated by the categories of patients targeted by Servier as part of its promotional policy, by the analysis of the promotions contained in Servier's internal strategy documents and by the stability of its promotional expenditure.

**1542**The applicants argue, in essence, that the Commission erred by failing to take due account of the companies' significant promotional activities, which constitute one of the key aspects of competition and a necessity, in the absence of 'inertia' of patients and doctors, in facing the competition.

**1543**In the first place, the Commission based its analysis of the promotional activities on the phenomenon of doctors' 'inertia' and the existence of barriers to treatment switching.

**1544**As previously stated, the prescribing behaviour of doctors was not characterised by a high degree of 'inertia' and treatment switching by continued-use patients was

significant. It is therefore on the basis of erroneous assumptions liable to vitiate its analysis that the Commission considered that the potential impact which the promotional activities of producers of other medicinal products had on sales of perindopril should be regarded as particularly limited.

**1545**In the second place, the Commission's analysis of the promotional activities was based on the categories of patients targeted by Servier as part of its promotions and on the alleged particular qualities of perindopril in terms of therapeutic use. It noted, in recitals 2366 and 2519 of the contested decision, that Servier's promotional expenditure was focused on potential new patients, comprising newly diagnosed hypertensive patients and patients whose high blood pressure was not being controlled satisfactorily by other antihypertensive medicines, and on specific groups of patients for whom perindopril had been shown to have particular qualities.

**1546**In that regard, it should be pointed out that promotion may be an instrument of competition, particularly where products are broadly similar. The absence of any positive differentiation of perindopril with regard to other ACE inhibitors is consistent with the need for Servier to undertake significant promotional activities to stay in the market and win over prescribing doctors. Indeed, in the absence of any therapeutic superiority of perindopril, prescribers have no incentive, on that basis alone, to prescribe perindopril rather than another medicinal product.

**1547**Moreover, it is clear from the actual wording of recitals 2366 and 2519 of the contested decision that Servier carried out promotional activities aimed at both new patients and patients who had already used another antihypertensive medicinal product. Furthermore, the Commission has not demonstrated, as previously stated, that perindopril had particular qualities which differentiated it therapeutically from other ACE inhibitors. Although Servier sought to differentiate perindopril from other ACE inhibitors, those efforts by Servier were not as successful as had been hoped and were incapable of sufficiently differentiating perindopril from the other ACE inhibitors.

**1548**The promotional strategy of perindopril, in so far as it targets certain categories of patients, therefore does not allow the conclusion that the impact of competition between ACE inhibitors through promotion was limited.

**1549**In the third place, Servier's internal documents, the responses of the producers of the other ACE inhibitors and the other documents in the file tend to show, contrary to the Commission's arguments, that the promotional activities of the other ACE inhibitor producers were able to exert competitive pressure on perindopril.

**1550**Thus, it is clear from Servier's internal strategy documents, in particular the document entitled '2005/2006 orientation plan' and the document entitled 'Coversyl 2006/2007 orientation plan', that Servier considered, in the years 2000 to 2009, that competition on the high blood pressure and heart failure markets was strong. It also appears from those documents that Servier considered other ACE inhibitors as competitors, in particular ramipril, captopril, lisinopril, enalapril, fosinopril and trandolapril. On several occasions, ramipril is included in the section of the strategic documents concerning threats to the development of perindopril. For example, the launch in 2005 of a new product, Cotriatec, making it possible to ensure continuity of communication of the ramipril product range, is presented as a threat.

**1551**The three originator producers of ACE inhibitors surveyed by the Commission also regard perindopril as a competitor or rival to their own medicinal product. Admittedly, as the Commission has pointed out, the fact that other undertakings take a certain product to be the main competitive target does not mean that the product in question is subject to a significant competitive constraint on the part of those other undertakings. However, that body of evidence may be useful in that it allows for consideration of how undertakings assess their own position in the market. In that regard, it is clear from the responses of the undertakings questioned by the Commission on their perception of competition that Sanofi-Aventis, the producer of ramipril, AstraZeneca AB, the producer of lisinopril, and MSD, the producer of enalapril and lisinopril, regarded perindopril as a competitor to their own medicinal product. The documents provided by Sanofi-Aventis, namely presentations concerning the Polish market and the business plans for 2008-2009, show in particular that perindopril and enalapril were, according to that undertaking, the first and second closest rivals of ramipril and that ramipril generally enjoyed the best perception as a brand.

**1552**Moreover, the documents in the file suggest that the promotional materials of the other ACE inhibitors could have had a significant impact on the sales of perindopril.

**1553**Servier's internal strategy documents and the documents relating to the promotion of the other ACE inhibitors show that the other ACE inhibitors were presented as the best in that class of medicinal products, or even presented as superior to the other ACE inhibitors. Some promotional plans for other ACE inhibitors directly targeted Servier's perindopril.

**1554**Although the strong promotional pressure of sartans coupled with the reduction in ACE inhibitor promotion is presented as a threat by Servier's internal documents, the promotion of ramipril is presented as a threat to perindopril, while the reduction in that promotion is perceived as a favourable prospect. Servier's internal documents stress that the promotion of ramipril is based on the HOPE study, presented as a major event in 2001, which allowed ramipril to achieve strong growth and obtain new indications. It is stated in Servier's strategy documents that the results of the HOPE study and the positioning of ramipril had a strong impact on sales of Servier's Coversyl 4 mg.

**1555**It is also apparent from the documents in the file, in particular the information provided by IMS Health contained in the contested decision and Sanofi-Aventis' response to the Commission's request for information, that the promotional expenditure incurred by the other ACE inhibitor producers was significant during certain periods, in particular the expenditure relating to ramipril in the Netherlands and the United Kingdom until 2003 or in France until the beginning of 2006.

**1556**Consequently, the documents in the file, in particular Servier's internal strategy documents and the responses of the other ACE inhibitor producers, tend to show that the promotional activities of the other ACE inhibitors were likely to have a significant impact on the sales of Servier.

**1557**In the fourth place, the significance of Servier's promotional expenditure during the period under investigation is also consistent with the fact that competition through promotion could have constituted a source of competitive pressure in the relationships between ACE inhibitors, without this being called into question by the alleged stability of that promotional expenditure.

**1558**The significance of Servier's promotional expenditure, which is not contested, is apparent in particular from the data relating to the main cost items contributing to the total cost of variants of perindopril. That expenditure was significant, in particular in France, the Netherlands and the United Kingdom, as indicated in the information provided by IMS Health contained in the contested decision. For example, in 2000, EUR 70 to 80 million was spent by Servier in France to promote perindopril, while total net sales of the product were between EUR 180 and 200 million. In 2004, promotional expenditure in that country reached EUR 100 to 120 million, or approximately one third of the total net sales of the product (300 to 350 million euros).

**1559**It must be added that the fact that, despite the very significant level of Servier's promotional expenditure for perindopril, the profitability of perindopril remained high during the period under investigation does not imply that perindopril was not subject to significant competitive pressure from other ACE inhibitors. Moreover, although the Commission notes the generally high level of profitability of perindopril in recitals 2369 to 2371 of the contested decision, it draws no conclusions from this in the context of the definition of the relevant market and does not rely on that profitability in concluding, in recitals 2403 to 2546 of the contested decision, that the relevant product market is limited to the originator and generic versions of perindopril.

**1560**Servier's internal strategy documents highlight the link between the competitive environment and Servier's promotional expenditure, and indicate that the competitive environment requires a very significant promotional effort, primarily through medical sales visits. Those documents express the intention of Servier to acquire new customers, to the detriment of other antihypertensive medicinal products, inter alia ACE inhibitors, and refer to Servier's difficulty in engaging with general practitioners especially in view of the financial and human investments made by other producers of antihypertensive products.

**1561**The Commission argues that the stability of Servier's promotional expenditure during the period under investigation suggests the largely independent nature of perindopril promotion and the absence of exposure to strong competitive pressures.

**1562**However, the stability of Servier's promotional expenditure is not apparent from the documents in the file, in particular from the data of the IMS Health study, since the level of expenditure varied significantly during the period under investigation. Moreover, the stability of promotional expenditure, even if it were established, does not necessarily imply a lack of significant competitive pressure from other ACE inhibitors. The maintenance of such a high level of promotional expenditure may demonstrate the undertaking's intention to maintain sales when faced with therapeutically substitutable products exerting significant competitive pressure on perindopril. The Commission does not explain the reasons why an operator in a dominant position like Servier needed, in the absence of significant competitive pressure, to spend such a proportion of its total turnover on promotional expenditure over such a long period.

**1563**Nor does the discontinuity in Servier's promotional activities at the time of generic entry indicate the absence of significant competitive pressure prior to the entry of generics onto the market. Although an expected absence of profits is likely to deter a producer from engaging in promotional activities, the prospect of making profits is such as to encourage that producer to invest in promoting the product. However, it is possible that, before the entry of generics onto the market, Servier could reasonably expect to

benefit from its promotional investment. Prior to the market entry of generics, Servier might have been prompted to undertake promotional activities in the context of competition between ACE inhibitors, stemming in particular from the absence of heterogeneity of the medicinal products in that class.

**1564**Therefore, Servier's promotional expenditure during the period under investigation does not indicate that Servier was not subject to significant competitive pressures from other ACE inhibitors.

**1565**Accordingly, it follows from the foregoing that the Commission did not give due consideration to the companies' promotional activities and their significance in the analysis of the competitive relationships between perindopril and the other ACE inhibitors.

**1566**It follows from all the considerations set out in paragraphs 1418 to 1565 above that the second complaint raised by the applicants is well founded.

(4) The second part of the first complaint, alleging that excessive importance was attached to the price criterion in the market analysis, and the third complaint, raised in the alternative, alleging that the Commission's econometric analysis is flawed

**1567**In recitals 2460 to 2495 of the contested decision, the Commission, for the purposes of defining the market for the products at issue, carried out an analysis of the 'natural' events occurring on the markets in France, the Netherlands, Poland and the United Kingdom.

**1568**The Commission considered that, where two products are close substitutes, a substantial decrease in the price of one should lead to a decrease in the turnover from the other. The Commission attempted to assess, by means of a preliminary visual assessment and then an econometric calculation, the impact of a reduction in the prices of other antihypertensive medicinal products on perindopril sales. In order to do so, the Commission inter alia compared the effect of the entry of perindopril generics on the sales of perindopril to the effect of the entry of other ACE inhibitor generics on the sales of perindopril. According to the Commission, the fact that the sales of perindopril were less affected by the entry of other ACE inhibitor generics than by the entry of its own generics shows that the ACE inhibitors did not exert significant price constraints on perindopril (recital 2494 of the contested decision).

**1569**At the end of its analysis of natural events, the Commission considered that perindopril was not subject to substantial price constraints from other products, in particular from other ACE inhibitors, except for the constraints exerted by generic perindopril. According to the Commission, the reductions in the price of other ACE inhibitors did not have a significant adverse impact on perindopril sales and turnover.

**1570**By the second part of their first complaint, the applicants maintain that the Commission attached excessive importance to the price factor in its analysis of the relevant product market. They submit, in the alternative, in the context of their third complaint, that the Commission's econometric analysis is flawed.

**1571**In the first place, as was stated at the outset in paragraphs 1385 to 1404 above, it is clear from the case-law that the specific features which characterise competitive mechanisms in the pharmaceutical sector do not negate the relevance of price-related factors in the assessment of competitive constraints, although those factors must be assessed in their specific context (judgment of 1 July 2010, AstraZeneca v Commission, T-321/05, [ECLI:EU:T:2010:266](#), paragraph 183).



**1572**In the present case, the Commission could therefore examine, in the definition of the relevant market, whether perindopril was subject to significant competitive pressures resulting from the relative price changes of other ACE inhibitors and take into account the outcome of that examination.

**1573**The Commission inferred from its analysis of the price changes of other ACE inhibitors that perindopril was not subject to significant competitive pressures resulting therefrom. The low sensitivity of perindopril to the price changes of other ACE inhibitors is apparent from several documents in the file, inter alia Servier's internal documents or the survey of prescribers carried out by the Commission. Nor is that conclusion challenged as such by the applicants. The applicants themselves indicate that doctors are generally not very price-sensitive, that doctors' choices are primarily guided by the therapeutic relevance and efficacy of different medicinal products rather than by their price and that competition between companies mainly involves aspects other than prices, such as innovation, product quality and promotion.

**1574**However, as the applicants rightly point out, the analysis of natural events, as understood by the Commission, that is through the prism of price changes, does not support the conclusion that there was an absence of qualitative and non-price competitive pressure.

**1575**As stated in paragraphs 1395 and 1397 above, doctors' freedom of choice, between the originator medicinal products available on the market or between originator medicinal products and generic versions of other compounds, and the priority focus of prescribers on therapeutic aspects permit, where appropriate, the operation of significant qualitative and non-price competitive constraints in addition to the usual mechanisms of price pressure. Such constraints may also exist where the therapeutic value of a medicinal product is clearly superior to that of other medicinal products available for treatment of the same condition and where the available medicinal products are recognised or perceived as equivalent by prescribers.

**1576**Where, for the treatment of the same condition, prescribers have a choice between medicinal products of which none is recognised or perceived as superior to the others, in particular because their mode of action is the same or because their therapeutic benefits or their adverse or side effects do not make it possible to distinguish between them, the analysis of the competition between those medicinal products also relies, in large part, on a qualitative comparison. In general, the practitioner's choice depends primarily not on the respective cost of those treatments, but on the degree to which they differ therapeutically, on their suitability to the profile of patients, on the doctor's knowledge of the various medicinal products or even on his personal experience and that of his patients.

**1577**Moreover, as follows from the response to the second complaint, perindopril could, in view of the absence of significant therapeutic differentiation between perindopril and the other ACE inhibitors, be exposed to non-price and qualitative competitive pressures, which the Commission should have taken into due consideration. Those competitive pressures, which could in particular be exerted through the promotional activities of the producers of other ACE inhibitors, concerned both new patients and patients who had already commenced treatment with perindopril.

**1578**The fact that perindopril is not very sensitive to changes in the prices of the other ACE inhibitors did not therefore necessarily imply that that medicinal product was not subject to significant competitive pressure from those medicinal products. That fact does

not support the inference that perindopril was shielded from significant competitive pressure resulting, as the applicants argue, from aspects other than prices, such as innovation, product quality and promotion. In that regard, the Commission itself notes, in recital 2543 of the contested decision, that economic substitutability may exist where changes affecting important economic variables other than prices shift a significant proportion of the sales from one product to another.

**1579**Consequently, the fact that the sales and prices of perindopril fell only after the entry of generic perindopril and remained stable or were less affected by the occurrence of natural events relating to changes in the price of other compounds does not support the conclusion that there was an absence of competitive constraints until the entry of the perindopril generics.

**1580**In the second place, it is apparent from the documents in the file that the Commission, as the applicants rightly point out, attached excessive importance to the price factor in the definition of the product market, by inferring from the analysis of natural events an absence of significant competitive pressure on perindopril exerted by ACE inhibitors.

**1581**It is apparent from the documents in the file that the price factor played, in the Commission's analysis, a decisive role in the exclusion of other ACE inhibitors from the relevant market. It is clear from the actual wording of the contested decision that the Commission relied essentially on the analysis of natural events relating to price in order to exclude from the relevant market ACE inhibitors, such as ramipril, enalapril or lisinopril, presented by Servier as its close competitors. The Commission emphasised, for example in recital 2460 and footnote 3245 of the contested decision, the importance of the results of its econometric analysis seeking to ascertain whether or not the fall in the price of certain medicinal products in the ACE inhibitor class, following the introduction of generic medicinal products, had an effect on the sales of perindopril. In the contested decision, the Commission stated on several occasions, in particular in recitals 2527 and 2534, that the absence of price constraints resulting from the regulatory framework and revealed by the analysis of natural events supported the conclusion that no other compound had exerted a significant competitive constraint on perindopril. In recital 2546 of the contested decision, the Commission considered that the fact that the generic competitive constraint outweighs by an order of magnitude all other potential competitive constraints facing perindopril led naturally to the finding of a narrow market comprising only the medicine in question.

**1582**The importance, in the Commission's definition of the market, of the analysis of natural events relating to price changes is, moreover, emphasised in the Commission's defence, which states that that analysis indicates, for the four Member States concerned, that the applicants did not face significant competitive pressure from the producers of other ACE inhibitors. The defence states, as regards Poland, that the analysis of natural events shows that the other medicinal products in the same class did not exert competitive constraints on perindopril.

**1583**At the hearing, the Commission further pointed out that the finding of the absence of a decline in sales of perindopril with the entry onto the market of generic versions of other ACE inhibitors, far less expensive than perindopril, was central to its analysis and supported the conclusion that no significant competitive pressure was exerted by the other ACE inhibitors.

**1584**By attaching decisive importance to the results of its analysis of natural events, which is essentially based on the impact of price changes, the Commission has not fully taken into account the specific context of the pharmaceutical sector and has not paid sufficient attention to evidence supporting the existence of qualitative or non-price competitive pressures.

**1585**In those circumstances, it is appropriate to uphold the second part of the first complaint raised by Servier, concerning the excessive importance which the Commission attached to changes in the relative prices of medicinal products. The Commission could not infer from the analysis of natural events and the low sensitivity of perindopril to changes in the price of other ACE inhibitors that Servier was not subject to any kind of competitive constraints from other products, except for the constraints exerted by generic perindopril.

**1586**In so far as the Court upholds the second part of the first complaint, concerning the analysis of prices and raised by the applicants as their principal argument, there is no need to respond to the third complaint raised by the applicants, by which they argue, in the alternative, that the Commission's econometric analysis of prices is vitiated by a methodological flaw.

#### (5) Conclusion

**1587**As a preliminary point, it must be borne in mind, as was stated in paragraphs 1373 to 1375 above, that the scope of judicial review provided for in Article 263 TFEU extends to all the elements of Commission decisions relating to proceedings applying Articles 101 and 102 TFEU which are subject to in-depth review by the General Court, in law and in fact, in the light of the pleas raised by the applicants and taking into account all the elements submitted by the latter (judgment of 21 January 2016, *Galp Energía España and Others v Commission*, [C-603/13 P](#), [ECLI:EU:C:2016:38](#), paragraph 72).

**1588**Moreover, whilst, in areas giving rise to complex economic assessments, the Commission has a margin of discretion with regard to economic matters, that does not mean that the Courts of the European Union must refrain from reviewing the Commission's interpretation of information of an economic nature. Those Courts must establish, among other things, not only whether the evidence relied on is factually accurate, reliable and consistent but also whether that evidence contains all the information which must be taken into account in order to assess a complex situation and whether it is capable of substantiating the conclusions drawn from it (judgments of 15 February 2005, *Commission v Tetra Laval*, [C-12/03 P](#), [ECLI:EU:C:2005:87](#), paragraph 39; of 8 December 2011, *Chalkor v Commission*, [C-386/10 P](#), [ECLI:EU:C:2011:815](#), paragraph 54; and of 10 July 2014, *Telefónica and Telefónica de España v Commission*, [C-295/12 P](#), [ECLI:EU:C:2014:2062](#), paragraph 54). Where, in order to classify a practice in the light of the provisions of Article 102 TFEU, the Commission attaches real importance to an economic analysis of whether a rebate was capable of excluding as efficient a competitor (the AEC test), the EU judicature is required to examine all the arguments put forward by the penalised undertaking concerning that test (see, to that effect, judgment of 6 September 2017, *Intel v Commission*, [C-413/14 P](#), [ECLI:EU:C:2017:632](#), paragraphs 141 to 144).

**1589**In the present case, at the end of the overall assessment of the elements on which the Commission based its assessment and of the examination of the applicants'

complaints, it must be concluded that the Commission made a series of errors in the analysis of the definition of the relevant market. The Commission:

- wrongly considered, with regard to therapeutic use, that ACE inhibitors were a class of heterogeneous medicinal products and that perindopril had particular characteristics within that class of medicinal products;
- wrongly concluded that a mechanism of doctors' 'inertia' had significantly restricted the competitive pressure exerted on perindopril by the other ACE inhibitors with respect to new patients;
- underestimated the propensity of patients treated with perindopril to switch treatment;
- failed to give due consideration to the companies' promotional activities and their significance in the analysis of competitive relationships;
- disregarded the particular characteristics of competition in the pharmaceutical sector, erroneously inferring from an analysis of natural events based primarily on price changes that perindopril was not subject to significant competitive pressures from other ACE inhibitors.

**1590**By relying on an analysis vitiated by the errors referred to above, the Commission restricted the relevant market to the perindopril compound alone, while the documents in the file show that perindopril may have been exposed to significant non-price competitive pressures from the other ACE inhibitors. In those circumstances, it must be held that the Commission's errors are such as to vitiate the result of its analysis.

**1591**It must therefore be concluded, following an assessment made by the Court in accordance with the limits on judicial review referred to in paragraphs 1587 and 1588 above, that it has not been established that the relevant product market is limited solely to originator and generic perindopril.

**1592**In the light of the foregoing, the 14th plea in law, directed against the definition of the finished product market as the market for originator and generic perindopril, must be upheld.

13. Errors of assessment concerning the existence of a dominant position on the finished product market (a) Arguments of the parties

...

(b) Findings of the Court

**1595**It should be recalled at the outset that it is settled case-law that a dominant position under Article 102 TFEU concerns a position of economic strength held by an undertaking which enables it to prevent effective competition from being maintained on the relevant market by giving it the power to behave to an appreciable extent independently of its competitors, its customers and, ultimately, consumers (judgments of 14 February 1978, *United Brands and United Brands Continentaal v Commission*, 27/76, [ECLI:EU:C:1978:22](#), paragraph 65, and of 13 February 1979, *Hoffmann-La Roche v Commission*, 85/76, [ECLI:EU:C:1979:36](#), paragraph 38).

**1596**In the present case, the Commission concluded, in recital 2593 of the contested decision, that Servier had held a dominant position within the meaning of Article 102 TFEU on the market for originator and generic perindopril in the United Kingdom from January 2000 to June 2007, in the Netherlands from January 2000 to December 2007, in

France from January 2000 to December 2009 and in Poland from January 2000 to December 2009.

**1597**In reaching the conclusion that Servier held a dominant position on the market for originator and generic perindopril, the Commission relied on the market shares of Servier on the relevant market, on the existence of barriers to entry to the market, on the existence of substantial economic rents as well as the lack of countervailing buying power exercised by the public authorities. In recitals 2594 to 2600 of the contested decision, the Commission added that, irrespective of the definition of the market which it had adopted, there was strong evidence, namely the existence of substantial economic rents, which gave a direct indication of the market power enjoyed by Servier.

**1598**The applicants dispute the existence of a dominant position and argue in particular that the product market is not limited to originator and generic perindopril.

**1599**Since the market definition is, as stated in response to the preceding plea, erroneous in so far as it restricts the product market solely to originator and generic perindopril, it is appropriate to conclude, as a consequence, that the examination of the economic power of Servier on the market is also flawed.

**1600**Moreover, the Court notes that, at the very least, two of the main criteria for assessing Servier's economic power, that is to say market shares and the existence of substantial economic rents, are called into question by the erroneous definition of the relevant market.

**1601**As regards market shares, the Commission stated, in recital 2561 of the contested decision, that modest market shares were generally a good indicator of the absence of strong market power. It also considered that market shares of more than 50% constituted very large market shares and were in themselves, save in exceptional circumstances, evidence of the existence of a dominant position, and that market shares of between 70 and 80% were a clear indication of a dominant position.

**1602**The Commission took the view, in recitals 2563 to 2567 of the contested decision, that Servier had very large market shares on the relevant market (in particular a market share of 90 to 100% in France, Poland and the United Kingdom, from 2000 to 2005), in any event continually larger than 50% even taking into account the role of parallel traders in the Netherlands.

**1603**Since the Commission erred in holding that the relevant product market was limited solely to originator and generic perindopril, the Commission's calculation of market shares is necessarily erroneous.

**1604**The Court notes that it is not disputed that, if the relevant market had been defined by the Commission at the level of all the ACE inhibitors and not at the level of the perindopril compound, Servier's average market share in the four Member States analysed by the Commission would have been lower than 25%, under the thresholds for market shares which, according to the contested decision, constitute evidence of the existence of a dominant position.

**1605**In that regard, the Commission states, in the contested decision, that Servier's calculations of ACE inhibitor market shares are based not on the value of sales but on the volume of sales expressed in defined daily doses, which leads to an overestimate of the value of ramipril sales. However, apart from the fact that the Commission provides no alternative analysis of the relative sales of the various ACE inhibitors, it is clear from

paragraphs 1494 and 1498 above that, in January 2000, perindopril had in all the countries concerned a far smaller patient base than other ACE inhibitors such as ramipril, enalapril or lisinopril. Irrespective of the geographic market, Servier's perindopril was never the leading ACE inhibitor in terms of sales of tablets and capsules, during the period of the practices covered by the contested decision.

**1606**As regards economic rents, the Commission considered that Servier enjoyed substantial economic rents. It defined economic rents as persistent significantly high returns relative to those which would prevail in a competitive market for the product in question. It estimated the rents Servier had received prior to the entry of generics by multiplying the difference in prices before and after the entry of generics by the amounts sold by the originator producer. However, that reasoning is based on the premiss that the market is limited solely to originator and generic perindopril and that, as a result, there was no competitive market prior to the entry of generic perindopril. Since the Commission has not shown that the market was limited solely to originator and generic perindopril, it could not, on the basis of such a calculation, estimate the level of Servier's economic rents. In those circumstances, the existence of substantial economic rents for Servier is not established.

**1607**Accordingly, the Commission's assessment concerning two essential elements of its reasoning, that is to say the market shares and the existence of economic rents, is called into question by the erroneous definition of the market. Consequently, without it being necessary to assess the existence of barriers to entry and the countervailing buying power of the public authorities, the Commission could not, in any event, conclude by the grounds which it has stated that Servier held a dominant position and was able to behave, to an appreciable extent, independently of its competitors, its customers and consumers

**1608**Accordingly, the present plea, alleging the absence of a dominant position on the finished product market, must be upheld.

14. Errors of law and errors of assessment concerning the existence of a dominant position on the technology market (a) Arguments of the parties

...

(b) Findings of the Court

**1611**The Commission considered, in recitals 2667 and 2758 of the contested decision, that the relevant technology market was limited to perindopril API technology and that Servier held a dominant position on that market within the meaning of Article 102 TFEU.

**1612**The applicants dispute the Commission's conclusions and argue, in particular, that the Commission's errors in the definition of the finished product market also vitiate the definition of the technology market and the analysis of Servier's dominant position on that market.

**1613**In that regard, the Court asked the parties, at the hearing, to state their views on the consequences to be drawn concerning the lawfulness of the decision in so far as it is based on Article 102 TFEU, in the event that the plea alleging the incorrect definition of the finished product market is upheld.

**1614**The Commission considered that any error in the definition of the finished product market did not call into question Servier's dominant position on the technology market. The Commission argues that the finding that Servier held a dominant position is based

on the assessment of a set of relevant criteria, in particular the demand for perindopril API, which is not dependent on the definition of the finished product market.

**1615**As regards the definition of the technology market, it is clear from the contested decision that, in concluding that the relevant technology market was that for the perindopril API technology, the Commission relied in particular on the fact that the finished product market, vertically linked to the technology market, was limited solely to originator and generic perindopril. It thus considered that the demand for API technology derives from the demand for the finished medicinal product of perindopril (recitals 2648 to 2651 of the contested decision). The Commission therefore used the erroneous definition of the relevant market which it adopted for the finished product market in its analysis of the technology market, in particular with regard to the assessment of demand on the technology market.

**1616**Nevertheless, as the Commission argues, it also used, in its analysis of the technology market, other elements to define that market, in particular an analysis of supply-side substitutability (recital 2657 et seq. of the contested decision).

**1617**In the present case, however, it is not necessary to rule on whether or not the definition of the technology market is erroneous in order to assess the plea alleging errors in the Commission's finding that Servier held a dominant position on that market.

**1618**It is clear from recitals 2668 and 2669 of the contested decision that the Commission considered that Servier was in a dominant position on the technology market in the light of the manifestations of its dominant position on the finished product market.

**1619**In particular, the Commission assessed Servier's position in the API technology market by relying, in recital 2735 et seq. of the contested decision, on Servier's market shares on the finished product market. The Commission expressly stated, in recital 2738 of the contested decision, that the market position of a given API technology crucially depended on whether the final pharmaceutical product can be viably marketed or not. Accordingly, the Commission considered, in recitals 2743, 2746, 2751 and 2755 of the contested decision, that Servier was, with certain exceptions, the only undertaking marketing perindopril, from which it inferred that it was in a dominant position on the perindopril technology market. As analysed by the Commission, Servier's position on the upstream market in terms of market shares is therefore essentially the reflection of Servier's position on the finished product market.

**1620**It follows that the Commission relied decisively on the definition of the finished product market in order to conclude that Servier was in a dominant position on the technology market.

**1621**Since the definition of the finished product market is erroneous, the Commission could not establish, on that basis, that Servier held a dominant position on the technology market.

**1622**In the light of the foregoing, the plea alleging errors in the Commission's finding that Servier held a dominant position on the technology market must be upheld, without it being necessary to respond to the applicants' complaint concerning the erroneous nature of the definition of that market.

15. Errors of law and of fact relating to the existence of an abuse of a dominant position  
(a) Arguments of the parties

...

(b) Findings of the Court

**1625**The Commission considered, in recital 2997 of the contested decision, that Servier's strategy combining the acquisition of API technology with the conclusion of patent settlement agreements with reverse payments constituted a single and continuous infringement of Article 102 TFEU.

**1626**However, having regard to all the considerations set out in response to the three preceding pleas, it must be concluded that the errors made by the Commission in the examination of Servier's dominant position on the finished product market and on the technology market necessarily call into question the existence of an abuse of a dominant position. Indeed, in the absence of a dominant position, the issue of abuse of that position becomes entirely irrelevant.

**1627**For the sake of completeness, the Court notes that Servier's lack of a dominant position on the finished product market calls into question, in itself, the existence of the abuse of a dominant position alleged against Servier in the contested decision.

**1628**In that regard, the Court, as stated in paragraph 1613 above, asked the parties, at the hearing, to state their views on the consequences to be drawn concerning the existence of an infringement of Article 102 TFEU, if the plea alleging the incorrect definition of the finished product market is upheld

**1629**The Commission argued in that regard that, even if the definition of the finished product market was criticised by the Court, the existence of the infringement of Article 102 TFEU would not be called into question. In particular, the Commission explained that the two abuse practices covered by the abuse of a dominant position alleged against Servier, namely the acquisition of the Azad technology and the series of patent settlements with generic companies, were related to the technology market.

**1630**Nevertheless, it must be pointed out that the Commission found that there was an abuse of a dominant position seeking essentially, according to recital 2765 of the contested decision, to protect Servier's perindopril market position against generic entry, in order to protect Servier's income from perindopril. The Commission thus alleged that Servier had committed a single and continuous infringement seeking essentially to protect Servier's position and income on the finished product market for perindopril by delaying the entry of generics. The Commission therefore relied, for the purposes of explaining and characterising the alleged practice of Servier, on that undertaking's imputed willingness to defend its position on the finished product market.

**1631**Moreover, the Commission, which referred essentially to the finished product market for the purposes of characterising the practice, classified the acts as a single and continuous infringement covering both the upstream technology market and the finished product market. Although the contested decision draws a distinction, as the Commission points out, between the acquisition of the Azad technology and the settlement agreements, it nevertheless fails to draw a distinction, in the context of the single and continuous infringement, between Servier's conduct relating only to the technology market and other conduct of Servier founded on its dominant position on the finished product market. Neither the acquisition of the Azad technology nor the patent settlement agreements are classified by the contested decision as infringements of Article 102 TFEU solely on the basis of Servier's dominant position on the technology market. Since Servier does not have a dominant position on the finished product market, the finding of the



existence of the single and continuous infringement is therefore deprived of one of its essential grounds, and it is not possible to identify any of Servier's conduct which is separable and the infringing nature of which does not depend on the undertaking's dominant position on the perindopril market and which relates solely to the technology market.

**1632** Accordingly, the present plea must be upheld.

**1633** It follows from the examination of the preceding four pleas that the contested decision must be annulled in part, in so far as it found the existence of an infringement of Article 102 TFEU. Consequently, Article 6 of that decision must be annulled.

16. The alternative claims, seeking cancellation of the fines or a reduction in the amount of those fines

**1634** The applicants seek the cancellation of the fines imposed on them or a reduction in the amount of those fines.

**1635** In order to obtain the cancellation of those fines or a reduction in the amount of those fines, the applicants rely on seven pleas which must be examined in turn.

**1636** In order to take account of the annulment of Article 4 of the contested decision in so far as the Commission found in that provision that the applicants had participated in an infringement of Article 101(1) TFEU relating to the agreements concluded between Servier and Krka (see, above, the section concerning the agreements concluded with Krka), it is necessary, at the outset, to annul Article 7(4)(b) of the contested decision, by which the Commission imposed a fine totalling EUR 37 661 800 on Servier in respect of that infringement.

**1637** In the light of the cancellation of that fine, it is not necessary to examine the merits of the pleas or complaints raised in support of the claim relating to the fine referred to in paragraph 1636 above.

**1638** Similarly, in order to take account of the annulment of Article 6 of the contested decision, by which the Commission found an infringement of Article 102 TFEU (see, above, the sections concerning the definition of the relevant market, the existence of a dominant position on the two relevant markets and the abuse of a dominant position), it is necessary to annul Article 7(6) of the contested decision, by which the Commission imposed a fine totalling EUR 41 270 000 on Servier in respect of that infringement.

**1639** In the light of the cancellation of that fine, it is not necessary to examine the merits of the pleas or complaints raised in support of the claim relating to the fine referred to in paragraph 1638 above.

**1640** Consequently, in the discussion below, the complaints or arguments relating to the agreements concluded with Krka or to the abuse of a dominant position will not, in principle, be examined or even referred to. Where, exceptionally, they are, that examination will be carried out for the sake of completeness.

(a) The unforeseeability of the interpretation adopted in the contested decision

(1) Arguments of the parties

...

(2) Findings of the Court

**1655** As a preliminary point, it should be observed that the effective penalisation of infringements of competition law cannot go so far as to disregard the principle that

offences and penalties must have a proper legal basis as enshrined in Article 49 of the Charter of Fundamental Rights (see, by analogy, as regards criminal penalties and the Member States' obligation to counter illegal activities affecting the financial interests of the Union, judgment of 5 December 2017, M.A.S. and M.B., [C-42/17](#), [ECLI:EU:C:2017:936](#), paragraph 61).

**1656**It must next be observed that, according to the case-law of the Court of Justice, the principle that offences and penalties must have a proper legal basis implies that legislation must define clearly offences and the penalties which they attract. That requirement is satisfied where the individual concerned is in a position to ascertain from the wording of the relevant provision and, if need be, with the assistance of the courts' interpretation of it, what acts and omissions will make him criminally liable (see judgment of 22 October 2015, AC-Treuhand v Commission, [C-194/14 P](#), [ECLI:EU:C:2015:717](#), paragraph 40 and the case-law cited).

**1657**The principle that offences and penalties must have a proper legal basis cannot be interpreted as precluding the gradual, case-by-case clarification of the rules on criminal liability by judicial interpretation, provided that the result was reasonably foreseeable at the time the offence was committed, especially in the light of the interpretation put on the provision in the case-law at the material time (see judgment of 22 October 2015, AC-Treuhand v Commission, [C-194/14 P](#), [ECLI:EU:C:2015:717](#), paragraph 41 and the case-law cited).

**1658**The scope of the notion of foreseeability depends to a considerable degree on the content of the text in issue, the field it covers and the number and status of those to whom it is addressed. A law may still satisfy the requirement of foreseeability even if the person concerned has to take appropriate legal advice to assess, to a degree that is reasonable in the circumstances, the consequences which a given action may entail. This is particularly true in relation to persons carrying on a professional activity, who are used to having to proceed with a high degree of caution when pursuing their occupation. Such persons can therefore be expected to take special care in evaluating the risk that such an activity entails (see judgment of 22 October 2015, AC-Treuhand v Commission, [C-194/14 P](#), [ECLI:EU:C:2015:717](#), paragraph 42 and the case-law cited).

**1659**It should be added that the need for professional advice appears all the more evident where, as was the case here, it is necessary to prepare and draft agreements intended to prevent or to settle disputes.

**1660**In that context, even though, at the time of the infringements found in the contested decision, the Courts of the European Union had not yet had the opportunity to rule specifically on a settlement agreement of the type concluded by Servier, Servier should have expected, if necessary after taking appropriate legal advice, its conduct to be declared incompatible with the EU competition rules, especially in the light of the broad scope of the terms 'agreement' and 'concerted practice' established by the case-law of the Court of Justice (see, to that effect, judgment of 22 October 2015, AC-Treuhand v Commission, [C-194/14 P](#), [ECLI:EU:C:2015:717](#), paragraph 43).

**1661**In particular, Servier could assume that by inducing generic companies to accept non-marketing and non-challenge clauses, by themselves restrictive of competition, it rendered the inclusion of such clauses in a patent settlement agreement entirely illegitimate. Indeed, their inclusion was no longer based on recognition by the parties to the agreements of the validity of the patent and thus indicated a misuse of the patent,

unrelated to its specific purpose (see paragraph 267 above). Servier could therefore reasonably have foreseen that its conduct was caught by the prohibition laid down in Article 101(1) TFEU (see, to that effect, judgments of 22 October 2015, *AC-Treuhand v Commission*, [C-194/14 P](#), [ECLI:EU:C:2015:717](#), paragraph 46, and of 8 September 2016, *Lundbeck v Commission*, [T-472/13](#), under appeal, [ECLI:EU:T:2016:449](#), paragraph 764).

**1662**In addition, as the General Court has already noted, well before the date of conclusion of the agreement at issue, there was case-law on the application of competition law in fields characterised by the presence of intellectual property rights (see, to that effect, judgment of 8 September 2016, *Xellia Pharmaceuticals and Alpharma v Commission*, [T-471/13](#), not published, under appeal, [ECLI:EU:T:2016:460](#), paragraphs 314 and 315).

**1663**Thus, the Court of Justice held, as early as 1974, that although the existence of rights recognised under the industrial property legislation of a Member State is not affected by Article 101 TFEU, the conditions under which those rights may be exercised may nevertheless fall within the prohibitions contained in that article and that this may be the case whenever the exercise of such a right appears to be the object, the means or the consequence of an agreement (judgment of 31 October 1974, *Centrafarm and de Peijper*, 15/74, [ECLI:EU:C:1974:114](#), paragraphs 39 and 40).

**1664**Next, since the judgment of 27 September 1988, *Bayer and Maschinenfabrik Hennecke* (65/86, [ECLI:EU:C:1988:448](#)), it is clear that patent dispute settlements may be categorised as agreements within the meaning of Article 101 TFEU.

**1665**Moreover, it must be pointed out that, by the agreements at issue, Servier and the generic companies concerned actually decided to conclude market exclusion agreements (see, *inter alia*, paragraphs 271, 562 and 704 above). Although it was only in a judgment delivered after the conclusion of the agreements at issue that the Court of Justice held that market exclusion agreements, in which the stayers are to compensate the goers, constitute a restriction on competition by object, it nonetheless made clear that that type of agreement conflicts patently with the concept inherent in the provisions of the Treaty relating to competition, according to which each economic operator must determine independently the policy which it intends to adopt on the market (judgment of 20 November 2008, *Beef Industry Development Society and Barry Brothers*, [C-209/07](#), [ECLI:EU:C:2008:643](#), paragraphs 8 and 32 to 34). In concluding such agreements, Servier could not, therefore, have been unaware of the anticompetitive nature of its conduct.

**1666**Indeed, although, because the agreements at issue were concluded in the form of patent settlements, the unlawful nature of those agreements might not have been evident to an outside observer such as the Commission or lawyers specialising in the fields in question, the same could not be said for the parties to the agreement.

**1667**The difficulties likely to be encountered by the Commission in identifying an infringement were, moreover, capable of justifying, at least in part, the length of the proceedings or the length of the contested decision.

**1668**The conclusion in paragraph 1661 above is not called in question by the other arguments submitted by the applicants.

**1669**In the first place, the argument alleging that the Commission has a practice of not imposing fines or imposing merely symbolic fines when it examines new legal issues

cannot be accepted in the present case, since, in spite of the novelty of the questions raised in the present case, Servier could reasonably have foreseen that, in acting as it did, that is to say by paying generic companies to stay out of the market, its conduct was caught by the prohibition laid down in Article 101(1) TFEU (see paragraph 1661 above). In that regard, it should be noted that, in one of the Commission decisions cited by the applicants, it is apparent that 'it was not sufficiently clear to [the party concerned] that its behaviour would constitute an infringement'. Accordingly, the Commission was faced with a situation different from that in the present dispute.

**1670** Moreover, it was stated in paragraph 1665 above that Servier could not in the present case have been unaware of the anticompetitive nature of its conduct.

**1671** In any event, according to the case-law, the Commission has a margin of discretion when setting the amount of fines, in order that it may channel the conduct of undertakings towards compliance with the competition rules. The fact that in the past the Commission has applied fines of a particular level for certain types of infringements does not mean that it is precluded from increasing that level within the limits indicated in Regulation No 1/2003, if that is necessary to ensure the implementation of EU competition policy. The proper application of the European Union competition rules in fact requires that the Commission may at any time adjust the level of fines to the needs of that policy (judgment of 8 September 2016, *Lundbeck v Commission*, [T-472/13](#), under appeal, [ECLI:EU:T:2016:449](#), paragraph 773).

**1672** In the second place, although the applicants refer to the existence of a legal opinion that had been sought by one of the generic companies in question and which is mentioned in recital 3074 of the contested decision, they have not adduced sufficient evidence to support a conclusion that there was genuine uncertainty concerning the infringing nature of the agreements at issue in the light of the EU competition rules.

**1673** In the third place, although the applicants maintain that the solution adopted by the Commission in the contested decision conflicts with the principles set out in the 2004 Guidelines on technology transfer agreements, that argument must be rejected.

**1674** Indeed, even if the applicants had intended to rely in that way on an infringement of paragraph 209 of the 2004 Guidelines on technology transfer agreements, it is clear from that paragraph that non-challenge clauses are 'generally' considered to fall outside Article 101(1) TFEU. Accordingly, in view of the use of that word, that provision does not preclude that non-challenge clauses may, in certain circumstances, constitute an infringement of the competition rules.

**1675** In addition, paragraph 209 of the 2004 Guidelines on technology transfer agreements provides that non-challenge clauses may fall outside Article 101(1) TFEU in so far as the 'very purpose' of those clauses, by preventing future challenges to the intellectual property rights covered by the agreements, is 'to settle existing disputes and/or to avoid future disputes'.

**1676** Where, as in the present case, it is a reverse payment, and not the recognition by each of the parties of the validity of the patent, which led to the adoption of the agreements at issue, it cannot be considered that the 'very purpose' of those agreements - which are actually market exclusion agreements with anticompetitive objectives - is 'to settle existing disputes and/or to avoid future disputes'.

**1677**Moreover, contrary to what the applicants seem to claim, there is no evidence to support the conclusion that the solution adopted by the Commission in the contested decision was unforeseeable to the extent that the Commission considered it necessary to amend the provisions of the 2004 Guidelines on technology transfer agreements.

**1678**It is true that paragraph 243 of the 2014 Guidelines on technology transfer agreements provides that a non-challenge clause may infringe Article 101(1) TFEU if the licensor, besides licensing the technology rights, induces, financially or otherwise, the licensee to agree not to challenge the validity of the technology rights.

**1679**However, that new provision merely clarified the provisions previously contained in the 2004 Guidelines on technology transfer agreements.

**1680**In the fourth place, as regards the argument alleging contradictions in the contested decision concerning the interpretation of the concept of potential competition, it is necessary to point out that that argument has already been rejected and to refer to the considerations already set out in that regard (see paragraphs 374 to 377 above).

**1681**It follows from the foregoing that the plea, in so far as it relates to the infringements found in the contested decision under Article 101 TFEU, must be rejected.

(b) The error of law relating to the imposition of cumulative fines

**1682**The applicants rely on two complaints, alleging, first, the existence of a single infringement comprising all the settlement agreements at issue concluded by Servier, which prevents the Commission from imposing five separate fines on Servier and, secondly, the unlawfulness of imposing the fine under Article 101 TFEU cumulatively with that imposed under Article 102 TFEU.

(1) Infringement of the concept of single infringement (i) Arguments of the parties

...

(ii) Findings of the Court

**1685**The applicants put forward two arguments, both relating to the concept of a single infringement and alleging, first, the existence of a single infringement comprising all the settlement agreements at issue concluded by Servier and, secondly, in the alternative, the existence of a single infringement comprising the Niche and Matrix agreements.

**1686**As regards the first argument, as is clear from paragraph 1282 above, the existence of an objective common to Servier and to each of the generic companies and therefore of an overall plan could not be established by the Commission.

**1687**In the absence of such a common objective as well as an overall plan, the Commission was not in a position to conclude that there was a single infringement. It was therefore entitled to impose a separate fine on Servier for each of the infringements found.

**1688**Thus, the Commission's imposition of cumulative fines in the contested decision, which is based on the justified finding of the existence of separate infringements, cannot, contrary to the applicants' argument, be regarded as being 'unfair and disproportionate'.

**1689**On the contrary, it would be unfair to the generic companies for Servier, like them, to be penalised only once, even though, unlike them, Servier participated in several separate agreements.

**1690**Moreover, the imposition of cumulative fines is, in principle, even less disproportionate since the Commission took into account, in the contested decision

(recital 3128), the fact that Servier committed several infringements which - although different - relate to the same product, perindopril, and largely to the same geographic areas and periods of time. In that particular context, in order to avoid a potentially disproportionate result, the Commission decided to limit, in respect of each infringement, the proportion of the value of sales made by Servier taken into account for the purpose of determining the basic amount of the fine. It thus applied a correction which led to an average reduction of 54.5% in the overall values of the sales relating to the various infringements of Article 101 TFEU.

**1691**The present argument must therefore be rejected.

**1692**As regards the specific argument relating to the Niche and Matrix agreements, as is apparent from the considerations set out in paragraphs 1295 to 1302 above, those agreements constituted two separate infringements of Article 101 TFEU.

**1693**However, as stated in paragraph 1296 above, it may be inferred from the analysis of the context and the terms of those agreements that Servier was driven by 'similar motives' in concluding the agreements in question and pursued in that respect an identical objective, namely definitively to settle the ongoing dispute and to avoid any future litigation concerning the Niche/Matrix product and to eliminate that product as a source of potential competition in return for payment. In particular, the fact that Servier actually pursued that same objective when it concluded the Niche and Matrix agreements is evidenced by the fact that those agreements were signed on the same day and at the same place by the same representative of the applicants, the fact that their temporal and geographic scope was identical, the fact that the agreements related in particular to the same product - imposing similar obligations on Niche and Matrix - and, finally, the undisputed fact that it was in Servier's interest to conclude agreements with the two stakeholders in the relevant joint perindopril project.

**1694**Although the factual information set out in paragraph 1693 above does not establish that Niche and Matrix were together pursuing the same objective - attesting to a common plan - in concluding that the agreements in question, or a fortiori that they shared that common plan with Servier, that information does show that Servier was pursuing the same objective when concluding the Niche and Matrix agreements (see paragraphs 1296 to 1301 above).

**1695**Moreover, the harmful effects of the agreements in question related in part to the product developed jointly by Niche and Matrix, the marketing of which was prohibited during the same period and in the same territory. The degree of overlap between the anticompetitive effects of those agreements was therefore particularly high.

**1696**In the light of the elements referred to in the preceding paragraphs, which are specific to the Niche and Matrix agreements and thus distinguish them from the settlement agreements which Servier concluded with other generic companies, it must be held that the reduction used by the Commission on the basis of overlapping infringements (see paragraph 1690 above), since it failed to apply special treatment to the Matrix agreement, did not take sufficient account of the links between that agreement and the Niche agreement.

**1697**Moreover, the amount of the fine imposed by the Commission does not adequately reflect the degree of gravity of the infringement consisting in the Matrix agreement, which, as regards Servier, is lower than the degree of gravity of the infringement

consisting in the Niche agreement, because the Matrix agreement was concluded by Servier for the purpose of strengthening the effects of the Niche agreement (see paragraph 1300 above) and because, in the light of the Biogaran agreement, the overall transfer of value to Niche and Unichem is greater than that to Matrix.

**1698**Therefore, in the exercise its unlimited jurisdiction, the Court has decided, for the purpose of observing the principle of proportionality (see, to that effect, judgment of 4 September 2014, *YKK and Others v Commission*, C-408/12 P, ECLI:EU:C:2014:2153, paragraph 66), to reduce the amount of the fine imposed on Servier on the basis of the Matrix agreement by 30%, that is to say EUR 23 736 510.

**1699**Consequently, the amount of the fine imposed on Servier in respect of the infringement referred to in Article 2 of the contested decision, as set out in Article 7(2)(b) thereof, is set at EUR 55 385 190 instead of EUR 79 121 700.

(2) The imposition of cumulative fines under Articles 101 and 102 TFEU

(i) Arguments of the parties

...

(ii) Findings of the Court

**1702**In the light of the annulment of Article 7(6) of the contested decision (see paragraph 1638 above), Servier is now penalised only under Article 101 TFEU. In the absence of any cumulation of penalties under Articles 101 and 102 TFEU, it is not necessary, in any event, to examine the merits of the present complaint, which must be rejected.

(c) The calculation of the value of sales

**1703**The applicants rely on three discrete complaints which must be examined separately.

(1) The taking into account of hospital sales (i) Arguments of the parties

...

(ii) Findings of the Court

**1706**It should be noted that the applicants refer, in support of the present complaint, to recitals 2408 to 2412 of the contested decision, in which the Commission states that it excluded the hospital sector from its market analysis.

**1707**Recitals 2408 to 2412 of the contested decision are set out in Section 6.5 of that decision, which deals with the assessment of Servier's dominance on the finished product market.

**1708**The Commission stated in recital 2412 of the contested decision that perindopril was predominantly distributed in the retail channel and that, accordingly, the sales taking place at hospitals could not affect the overall prices and volumes obtained in the retail sales. The Commission therefore considered that the competitive constraints resulting from the hospital sector could not prevent Servier from behaving independently of competitive pressure. It therefore excluded the hospital sector from the analysis of the finished product markets.

**1709**The Commission also stated, in recital 2595 of the contested decision, that the finding of independence of competitive pressure made it possible to establish the existence of market power.

**1710**It follows from the foregoing that the Commission intended to exclude the hospital sector from the market analysis, on the ground that it considered that that portion of the

market was not relevant for the purpose of determining whether or not Servier had market power.

**1711**When examining the agreements at issue under Article 101 TFEU, the Commission referred to Section 6.5 of the contested decision in the context of the analysis of the restriction by effect for which determining whether Servier had market power was relevant, as is apparent, in particular, from recitals 1397, 1503, 1656, 1847 and 2048 of the contested decision and, above all, from recital 1224 thereof, in which the Commission stated that the notion of market power was central to the analysis of the restrictive effects of agreements.

**1712**The Commission therefore intended to exclude the hospital sector from the analysis of the restriction by effect.

**1713**As regards its analysis of the restriction by object, the Commission made no reference to Section 6.5 of the contested decision and at no time did it state that it was excluding the hospital sector from its analysis. Moreover such exclusion was of no relevance to the Commission, because the analysis of the restriction by object did not lead it to determine whether or not Servier had market power.

**1714**Furthermore, in order to establish the existence of a restriction by object, the Commission relied on the presence of restrictive clauses in the agreements at issue. It is therefore the existence of those clauses and, consequently, their scope which enabled the Commission to determine the scope of the restriction by object. For example, as regards the geographic scope of the restriction by object found, with respect to each agreement, by the Commission, the Commission included only the Member States in which the restrictive clauses applied, as is apparent from Table 50, set out in recital 3134 of the contested decision.

**1715**However, the non-marketing clauses in the agreements at issue did not exclude the hospital sector from their scope. Similarly, even if such an exclusion is possible for a non-challenge clause, the non-challenge clauses in those agreements did not exclude that sector from their scope.

**1716**In the light of the foregoing considerations, it must be concluded that the Commission did not exclude the hospital sector when it found that there was a restriction of competition by object.

**1717**In order to determine whether, on account of the exclusion of the hospital sector from the analysis of the restriction by effect noted above, the applicants could nonetheless obtain a reduction in the amount of the fines imposed under Article 101 TFEU, it is necessary to ensure that the taking into account of the finding made by the Commission of a restriction by effect did not allow it to impose on Servier a penalty going beyond what the mere finding of a restriction by object allowed it to impose.

**1718**In that regard, it must be pointed out that at no time did the Commission state in the contested decision that it was extending the material, temporal or geographic scope of the infringement beyond what the finding of a restriction by object permitted it to do.

**1719**On the contrary, the Commission found the existence of a restriction by effect only in four Member States, namely France, the Netherlands, Poland and the United Kingdom, whereas, for the purposes of calculating the amount of the fine, as regards the infringements concerning Niche and Unichem, Matrix, Krka and Lupin, it extended the



geographic scope of the infringements to all the Member States in which the agreements were applied.

**1720**Moreover, it may be noted that it is only in the alternative, 'for the sake of completeness' (recital 1213 of the contested decision), that the Commission analysed the restrictive effects of the agreements at issue on competition.

**1721**Finally, the applicants themselves state that the calculation of the amount of the fine 'is based solely on the premiss that the agreements constitute restrictions by object'.

**1722**Accordingly, the taking into account of the finding made by the Commission of a restriction by effect did not allow it to impose on Servier a penalty going beyond what the mere finding of a restriction by object allowed it to impose.

**1723**It follows from the foregoing that the Commission was right not to exclude the hospital sector from the calculation of the amount of the fine with respect to the part of that fine relating to Article 101 TFEU.

**1724**It follows from all the foregoing that the present complaint must be rejected.

(2) The failure to state sufficient reasons for the calculation of the value of sales (i)  
Arguments of the parties

...

(ii) Findings of the Court

**1727**It is clear from the settled case-law that, in the determination of the amount of the fine in a case of infringement of the competition rules, the Commission fulfils its obligation to state reasons when it indicates in its decision the factors which enabled it to determine the gravity of the infringement and its duration, and it is not required to indicate the figures relating to the method of calculating the fines (see judgment of 22 October 2015, *AC-Treuhand v Commission*, C-194/14 P, ECLI:EU:C:2015:717, paragraph 68 and the case-law cited).

**1728**In the present case, the applicants criticise only the correction coefficient which the Commission applied to the value of sales.

**1729**In that regard, the Commission stated, in recital 3128 of the contested decision, that, in view of the fact that Servier committed several infringements which - although different - relate to the same product, perindopril, and largely to the same geographic areas and periods of time, it applied a correction factor making it possible to limit, in respect of each infringement, the proportion of the value of sales made by Servier taken into account for the purpose of determining the basic amount of the fine. The Commission also stated that that correction factor led, on average, in respect of each of the five infringements of Article 101 TFEU, to the application of a reduction of 54.5% in the values of sales.

**1730**Accordingly, in the light of the case-law cited in paragraph 1727 above and the fact that the application of the correction coefficient in question, even though it is not provided for in the Guidelines on the method of setting fines, benefits the applicants, the Commission stated sufficient reasons for its decision, and the fact that the applicants are not in a position to reproduce all the calculations which led, on the one hand, to the rate of 54.5% referred to above and, on the other hand, to the amount of the fine ultimately imposed in respect of each infringement of Article 101 TFEU cannot lead to a different conclusion.

**1731**Admittedly, it may be noted that, following a measure of organisation of procedure conducted by the Court in order to facilitate, where appropriate, the exercise of its unlimited jurisdiction, the Commission forwarded more precise information on the calculations allowing it to obtain the rate of 54.5% referred to above and the amount of the fine ultimately imposed in respect of each infringement of Article 101 TFEU, and that that information permitted the Court and the applicants to understand in greater detail how the Commission had determined that rate and those amounts.

**1732**However, the fact that more specific information concerning the calculation of the amount of the fine for infringement of the competition rules is communicated subsequently, in the course of the judicial proceedings, is not such as to show that the contested decision was in that regard, vitiated by inadequate reasoning. Where the author of a contested decision provides explanations to supplement a statement of reasons which is already adequate in itself, that does not go to the question whether the duty to state reasons has been complied with, though it may serve a useful purpose in relation to review by the EU Court of the adequacy of the grounds of the decision, since it enables the institution to explain the reasons underlying its decision (see, to that effect, judgment of 16 November 2000, *Weig v Commission*, C-280/98 P, [ECLI:EU:C:2000:627](#), paragraph 45).

**1733**Moreover, contrary to the applicants' submissions, the partial nature of the reduction applied as a result of the correction coefficient is justified by the fact that, as was stated in response to the plea relating to the existence of a single and continuous infringement, the various agreements in question constitute not a single infringement but separate infringements in respect of each of which the Commission was entitled to apply a separate fine.

**1734**It follows from all the foregoing that the present complaint must be rejected.

(3) The geographic scope of the value of sales (i) Arguments of the parties

...

(ii) Findings of the Court

**1738**The applicants submit that in the contested decision, in particular in Table 50, contained in recital 3134 thereof, the Commission erroneously defined the geographic scope of the infringements of Article 101 TFEU, since, on the one hand, the 947 patent was granted in Poland only after all the infringements had come to an end, and, on the other hand, Bulgaria, the Czech Republic, Estonia, Cyprus, Latvia, Lithuania, Hungary, Malta, Poland, Romania, Slovenia, Slovakia and Finland were not covered by the 939 to 941 patents.

**1739**It should be pointed out that the aforementioned Table 50 shows the dates of the beginning and end of each infringement by Member State.

**1740**As a preliminary point, the infringement concerning Teva should be excluded from the analysis. Indeed, that infringement concerns only the United Kingdom. However, none of the applicants' arguments concerns that Member State. Those arguments therefore have no bearing on the geographic scope of that infringement.

**1741**As regards the other infringements, it should be noted that the scope, in particular the geographic scope, of each infringement necessarily depends on the scope of the non-marketing and non-challenge clauses in the agreement in question. It is those clauses which restrict competition and which, when they are entirely illegitimate, reveal a

sufficient degree of harm to the proper functioning of normal competition that a restriction by object may be found (see paragraph 270 above).

**1742**In that regard, the applicants merely infer from the absence of one or more patents in a given Member State that there is no infringement in respect of that State, without drawing any distinction between infringements and, above all within each infringement, between the potentially different effects of the absence of a patent on the geographic scope of the non-marketing clause and on the geographic scope of the non-challenge clause.

**1743**Accordingly, the applicants do not specify, or even refer to, the consequences which a difference between the respective geographic scopes of the non-marketing clause and the non-challenge clause might have on the assessment of the gravity of the infringement.

**1744**The applicants' line of argument seeks therefore only to exclude, for a given Member State, the existence of any infringement.

**1745**However, it is sufficient for either the non-marketing clause or the non-challenge clause to have applied in a Member State for a particular period for the Commission to be entitled to include that State within the geographic scope of that infringement for the period in question.

**1746**The plea, as relied upon by the applicants, can therefore succeed only in so far as it is possible to conclude that neither the non-marketing clause nor the non-challenge clause applied in a given Member State during a period in respect of which the Commission nonetheless found an infringement in that Member State.

**1747**It is necessary first of all to examine, in the light of the various arguments put forward by the applicants, the geographic scope of the non-marketing clause for each of the agreements other than the Teva agreement.

**1748**The applicants put forward two arguments, the first relating to the 947 patent and the second to the 339, 340 and 341 patents.

**1749**With regard to the Lupin agreement, Clause 1.6 thereof provides that Lupin may not sell the 'product' in any Member State. The term 'product' refers, in particular, to medicinal products containing erbumine. In that agreement, the non-marketing clause is therefore not subject to the existence of a patent, whether the 947 patent or the 339, 340 and 341 patents. Accordingly, it applied to all the Member States without it being necessary to determine whether, in each of them, the patents just referred to existed at the time of the infringement. Since the Commission did not erroneously define the geographic scope of the infringement as regards the non-marketing clause, the applicants' plea may therefore be rejected in so far as it concerns the Lupin agreement (see paragraphs 1741 to 1746 above).

**1750**As regards the Niche and Matrix agreements and the settlement agreement concluded with Krka, the scope of the non-marketing clause is, on the contrary, subject to the existence of Servier's patents. The applicants' arguments may therefore reasonably be relied upon.

**1751**It is necessary, first, to examine the argument relating to the 947 patent.

**1752**The applicants maintain that that patent had not been granted in Poland at the time of the infringement.

**1753**As regards, in any event (see paragraphs 1636, 1637 and 1640 above), the settlement agreement concluded with Krka, as is clear from Table 50 - set out in recital 3134 of the contested decision, which is not disputed on that point - the Commission has not found the existence of an infringement concerning Poland. It is therefore irrelevant whether that Member State was or was not covered by the 947 patent during the period of the infringement.

**1754**As regards the Niche agreement, the non-marketing clause provided for in Clause 3 applies in countries in which there exists, inter alia, an 'alpha patent right', which includes the 947 patent and all equivalent patents or patent applications, as provided for in Clause 1(ii), contained in Section 1, entitled 'Definitions'.

**1755**Similarly, as regards the Matrix agreement, the non-marketing clause provided for in Clause 1 applies to 'the territory', that is to say in all countries in which there exists, inter alia, an 'alpha patent right', which includes the 947 patent and all equivalent patents or patent applications, as provided for in Clause 1(ii), contained in Section 1, entitled 'Definitions'.

**1756**However, it is not disputed, as is clear from recital 120 and footnote 155 of the contested decision, that Servier had applied for a patent covering 'its alpha-crystalline form of perindopril erbumine (corresponding to the 947 patent)' in Poland on 6 July 2001.

**1757**Consequently, the applicants' argument relating to the 947 patent (see paragraph 1752 above) must be rejected with regard to the Niche and Matrix agreements.

**1758**It follows from the foregoing that that argument must be rejected for all the agreements.

**1759**It is appropriate, secondly, to examine the applicants' argument concerning the 339, 340 and 341 patents.

**1760**The applicants submit that, at the time of the infringements, Bulgaria, the Czech Republic, Estonia, Cyprus, Latvia, Lithuania, Hungary, Malta, Poland, Romania, Slovenia, Slovakia and Finland were not covered by the patents in question.

**1761**As regards the settlement agreement concluded with Krka, it is sufficient, in any event (see paragraphs 1636, 1637 and 1640 above), to note that the scope of the non-marketing clause is not subject to the existence of patents 339 to 341. It is therefore irrelevant that those patents or an application relating to them were not granted in each of the Member States for which the applicants claim that those patents did not apply.

**1762**With respect to the Niche and Matrix agreements, the non-marketing clause in those agreements applies in countries in which the 339 to 341 patents 'and/or' the 947 patent exist, as provided for in Clause 3 of the Niche agreement and Clause 1(xiii) of Section 1 of the Matrix agreement and Clause 1 of Section 2 of that agreement.

**1763**With the exception of the argument relating to Poland, which has already been rejected above, the applicants do not claim and, a fortiori, do not establish that the 947 patent was absent from one of the Member States referred to in paragraph 1760 above.

**1764**Since the applicants had precise knowledge of the scope of the agreements because of their status as co-author of those agreements, it was incumbent upon them to adduce evidence establishing, or at the very least to claim, such an absence.

**1765**Thus, even assuming that the Member States referred to in paragraph 1760 above were not covered by the 339, 340 and 341 patents, that fact would not, in the light of

the arguments put forward by the applicants, support the conclusion that the non-marketing clauses in the Niche and Matrix agreements were not applicable in those States, since the applicants do not dispute that the 947 patent covered them.

**1766**It follows from the foregoing that the arguments and evidence put forward by the applicants do not support the conclusion that the Commission erroneously defined the geographic scope of the infringement as regards the non-marketing clause.

**1767**In view of the considerations set out in paragraphs 1741 to 1746 above, the present plea may be rejected without it being necessary to determine whether the Commission erroneously defined the geographic scope of the infringement as regards the non-challenge clause.

(d) The gravity of the infringements

(1) Arguments of the parties

...

(2) Findings of the Court

**1784**It is necessary to examine, in the first place, the applicants' complaint concerning the lack of anticompetitive intent.

**1785**The applicants are, in fact, criticising recital 3064 et seq. of the contested decision, in which the Commission confined itself to finding that the infringements in question had been committed either intentionally or negligently, which allowed it, as provided for in Article 23(2) of Regulation No 1/2003, to impose fines on the undertakings in question.

**1786**In that respect, with regard to whether an offence was committed intentionally or negligently and is therefore liable to be penalised by the imposition of a fine in accordance with the first subparagraph of Article 23(2) of Regulation No 1/2003, it is settled case-law that that condition is satisfied where the undertaking concerned cannot be unaware of the anticompetitive nature of its conduct (judgments of 18 June 2013, *Schenker & Co. and Others*, [C-681/11](#), [ECLI:EU:C:2013:404](#), paragraph 37; of 10 July 2014, *Telefónica and Telefónica de España v Commission*, [C-295/12 P](#), [ECLI:EU:C:2014:2062](#), paragraph 156; and of 8 September 2016, *Lundbeck v Commission*, [T-472/13](#), under appeal, [ECLI:EU:T:2016:449](#), paragraph 762).

**1787**However, it follows from the examination of the various agreements at issue, with the exception of the agreements concluded with Krka, that Servier paid generic companies to stay out of the market. It therefore could not have been unaware of the anticompetitive nature of that conduct. The exclusion of competitors from the market constitutes an extreme form of market sharing and of limitation of production (see, to that effect, judgment of 8 September 2016, *Lundbeck v Commission*, [T-472/13](#), under appeal, [ECLI:EU:T:2016:449](#), paragraph 435), which, according to the case-law, is 'patently' unlawful (see paragraph 1665 above).

**1788**Although, because the agreements at issue were concluded in the form of a patent settlement, the unlawful nature of those agreements might not have been evident to an outside observer, the same could not be said for the parties to those agreements (see paragraph 1666 above).

**1789**Moreover, it must be pointed out that the agreements at issue, with the exception of the agreements concluded with Krka, pursued anticompetitive objectives.

**1790**In the event that - as is the case with each of the agreements at issue - a reverse payment and not recognition by each of the parties of the validity of the patent leads to the adoption of a settlement agreement, that is to say when the generic company is induced to accept non-marketing and non-challenge clauses, the restrictions on competition introduced by those clauses are no longer linked to the settlement of litigation, whether it be real or notional, relating to a patent. It is then the inducement, and not the recognition of the validity of the patent at issue by the parties to the agreement, which is the real cause of the restrictions of competition introduced by those clauses. In such a situation, that agreement as a whole may properly be regarded as a market exclusion agreement pursuing anticompetitive objectives.

**1791**Thus, the existence of an anticompetitive objective is established and it is in that respect irrelevant whether or not Servier concluded an agreement with all the generic companies contesting its patents, whether or not it took the initiative in the agreements and whether or not the agreements in question were secret.

**1792**Those elements will, however, be taken into consideration subsequently in order to determine whether the rates used by the Commission were disproportionate.

**1793**It is necessary to examine, in the second place, the applicants' complaint that the Commission failed to take into account the existence of Servier's patents.

**1794**In that regard, contrary to what the applicants claim, the Commission did not overlook the fact that the agreements related to intellectual property rights.

**1795**The finding of an inducement implies that the market exclusion entailed by the agreement results, not from the effects of the patents at issue and from their legitimate use, in particular in the context of a settlement, but rather from a value transfer, representing the financial consideration for that exclusion (see paragraphs 253 to 276 above).

**1796**It should also be underlined that the Commission complied with the conditions for the application of competition law to intellectual property rights and the presumption of validity enjoyed by those rights, since it classified as restrictions by object only those agreements which constituted abnormal use of the patent in that they were based on an inducement and not on the recognition of the validity of the patent (see paragraphs 266 and 267 above).

**1797**Finally, where, as is the case for all the agreements at issue with the exception of the agreements concluded with Krka, the existence of an inducement is established, the parties can no longer rely on their recognition, in the context of the settlement, of the validity of the patent. The fact that the validity of the patent is confirmed by a court or administrative body is, in that respect, immaterial. The same applies to the validation of the 947 patent by the EPO Opposition Division or the findings, favourable to the applicants, made by the United Kingdom courts (see paragraph 269 above).

**1798**Moreover, the applicants' argument that it is 'paradoxical and unlawful' for the duration of the infringements to depend on the length and outcomes of the litigation concerning Servier's patents must be rejected.

**1799**The duration of the infringements alleged against the applicants depends on the temporal scope of the non-marketing and non-challenge clauses in the agreements at issue, which in turn depends on the existence of Servier's patents and therefore on the outcomes of proceedings seeking to challenge those patents.

**1800**It should be added that Servier is all the more incapable of contesting the link between the length of the litigation relating to its patents and the duration of the infringements, since the interdependence referred to in paragraph 1799 above, which creates such a link, arises from contractual clauses that it co-authored.

**1801**It is necessary to examine, in the third place, the applicants' complaint concerning the absence of any actual impact of the infringements on the market.

**1802**In that regard, it must first be recalled that Article 23(3) of Regulation No 1/2003 provides that, in determining the amount of the fine, it is necessary to consider the duration of the infringement and its gravity, but does not specify that the infringement has to be assessed by reference to the actual results which occur on the market (Opinion of Advocate General Mischo in *Mo och Domsjö v Commission*, [C-283/98 P](#), [ECLI:EU:C:2000:262](#), point 96).

**1803**It is true that the Guidelines on the method of setting fines imposed pursuant to Article 15(2) of Regulation No 17 and Article 65(5) of the ECSC Treaty (OJ 1998 C 9, p. 3) provide that, in assessing the criterion of the infringement's gravity, account must be taken of, inter alia, its actual impact on the market, where this can be measured.

**1804**However, no reference is made to such a requirement in the Guidelines on the method of setting fines imposed pursuant to Article 23(2)(a) of Regulation No 1/2003.

**1805**In that regard, it may be noted that the factor relating to 'whether or not the infringement has been implemented', referred to in point 22 of the Guidelines on the method of setting fines, concerns the conduct of the participants in the infringement and not its effects on the market.

**1806**Accordingly, the Commission was under no obligation, pursuant to the Guidelines on the method of setting fines, to take into consideration the actual impact of the infringement on the market in order to determine the percentage of the value of sales used for gravity in accordance with points 19 to 24 of the Guidelines on the method of setting fines (see, to that effect, judgments of 14 March 2013, *Fresh Del Monte Produce v Commission*, [T-587/08](#), [ECLI:EU:T:2013:129](#), paragraphs 773 to 775, and of 16 June 2015, *FSL and Others v Commission*, [T-655/11](#), [ECLI:EU:T:2015:383](#), paragraph 539).

**1807**Secondly, the case-law of the EU Courts does not require the Commission to take into consideration the actual impact of the infringement on the market.

**1808**It is clear from the case-law of the Court of Justice that the gravity of infringements must be determined by reference to numerous factors such as, in particular, the particular circumstances of the case, its context and the dissuasive element of fines, although no binding or exhaustive list of the criteria to be applied has been drawn up (order of 25 March 1996, *SPO and Others v Commission*, [C-137/95 P](#), [ECLI:EU:C:1996:130](#), paragraph 54; judgments of 17 July 1997, *Ferriere Nord v Commission*, [C-219/95 P](#), [ECLI:EU:C:1997:375](#), paragraph 33, and of 28 June 2005, *Dansk Rørindustri and Others v Commission*, [C-189/02 P](#), [C-202/02 P](#), [C-205/02 P](#) to [C-208/02 P](#) and [C-213/02 P](#), [ECLI:EU:C:2005:408](#), paragraph 241).

**1809**The effects on the market may indeed be taken into account amongst the very numerous factors referred to in paragraph 1808 above, but they are crucial only when one is dealing with agreements, decisions or concerted practices which do not directly have as their object the prevention, restriction or distortion of competition and which are not therefore liable to fall within the scope of application of Article 101 TFEU except as a

result of their actual effects (Opinion of Advocate General Mischo in *Mo och Domsjö v Commission*, C-283/98 P, ECLI:EU:C:2000:262, point 101).

**1810**To require that the Commission, at the stage of calculating the amount of the fine, take into consideration the actual impact of the infringement on the market would have the effect of imposing on the Commission an obligation to which, according to settled case-law, it is not subject for the purposes of applying Article 101 TFEU where the infringement in question has an anticompetitive object (see judgment of 3 September 2009, *Prym and Prym Consumer v Commission*, C-534/07 P, ECLI:EU:C:2009:505, paragraph 64 and the case-law cited).

**1811**It is true, as the applicants point out, that the Commission did not rely in the contested decision solely on the finding of the existence of restrictions of competition by object, but also found the existence of restrictions by effect.

**1812**However, it is only in the alternative, 'for the sake of completeness' (recital 1213 of the contested decision), that the Commission analysed the restrictive effects of the agreements at issue on competition. Moreover, it may be noted that the Commission considered that it had established the existence of a restriction by effect only in four Member States, namely France, the Netherlands, Poland and the United Kingdom. For the purpose of calculating the amount of the fine, a geographic scope of the infringements which included all the Member States in which the agreements had applied was taken into account by the Commission.

**1813**Furthermore, the applicants themselves state that the calculation of the amount of the fine 'is based solely on the premiss that the agreements constitute restrictions by object'.

**1814**It follows from the foregoing that the Commission was not required to take into account the alleged absence of any actual impact of the infringements on the market when it determined the amount of the fine for the infringements of Article 101 TFEU.

**1815**In any event, even assuming that the Commission had to establish that the infringements in question had an actual impact on the market and failed adequately to do so, this would have no effect on the rates the Commission used, in so far as it is possible to conclude, even in the absence of such an impact, that those rates are not disproportionate.

**1816**In that regard, it should be noted that the agreements at issue are market exclusion agreements pursuing anticompetitive objectives (see paragraph 1790 above). The exclusion of competitors from the market constitutes an extreme form of market sharing and of limitation of production (see paragraph 271 above). Thus, under point 23 of the Guidelines on the method of setting fines, such agreements are, in principle, to be heavily fined.

**1817**It should also be added that the restrictive clauses contained in the agreements at issue were implemented.

**1818**In view of those factors, the proportion of the value of sales used by the Commission, that is 10 or 11%, depending on the circumstances, which is only approximately a third of the maximum proportion that may be used, does not appear disproportionate. On the contrary, those percentages adequately reflect both the gravity of the infringements found, which were particularly harmful because of their anticompetitive objective, and the specific context in which they occurred, characterised by the defence of intellectual



property rights and the uncertainty surrounding the outcome of litigation relating to Servier's patents.

**1819**In that regard, it should be noted that the applicants are even less justified in relying on the absence of actual effects on competition of the agreements at issue, since those agreements, based on an inducement and not on the recognition by the parties of the validity of the patent at issue, specifically allowed the applicants to replace the vicissitudes of patent litigation and the uncertainties surrounding the conditions and possibilities of market entry by generic companies with the certainty of excluding from the market those companies in respect of which an agreement was concluded.

**1820**Similarly, the conclusion set out in paragraph 1818 above could not be called into question even if the existence of the elements relied on by the applicants and referred to in paragraph 1791 above were established.

**1821**Moreover, the failure to state adequate reasons which the applicants rely on, with no clarification, cannot be upheld. Servier was actually in a position - in the light of all the findings made by the Commission in the contested decision, in particular in recital 3130 thereof, and in view of the context in which that decision was adopted - to understand the reasons for using the rates of 10 and 11% of the value of sales.

**1822**The Commission has, in particular, adequately justified applying different proportions of the value of sales depending on the agreements. It stated that the rate used for the Niche, Matrix and Lupin agreements was higher than that used for the Teva and Krka agreements, because the geographic scope of the first group of agreements was wider than that of the second group of agreements (recital 3131 of the contested decision).

**1823**It follows from all the foregoing that the present plea must be rejected.

(e) The duration of the infringements

**1824**The applicants rely on two complaints, alleging, first, errors relating to the determination of the starting point of the infringements and, secondly, errors relating to the determination of the end of the infringements.

(1) The starting point of the infringements (i) Arguments of the parties

...

(ii) Findings of the Court

**1833**It is necessary to examine, in the first place, the argument that the challenge to Servier's patents did not end and was not even delayed.

**1834**In that regard, it should be noted that the applicants do not establish, or even claim, that one of the generic companies which concluded the agreements at issue challenged one of Servier's patents, in spite of being subject to a non-challenge clause.

**1835**The applicants therefore rely not on non-implementation of the agreements, but rather on the fact that generic companies other than those which concluded the agreements at issue challenged Servier's patents.

**1836**The applicants' argument therefore consists essentially in relying on the absence of actual effects on competition of the agreements at issue.

**1837**In that regard, it should be recalled that, as regards restrictions of competition by object, there is no need to take account of their concrete effects on the market in order to establish the existence of the infringement (see, to that effect, judgment of 8 July

1999, Commission v Anic Partecipazioni, C-49/92 P, ECLI:EU:C:1999:356, paragraphs 98 and 99) and, consequently, define the temporal scope of that infringement and thereby determine its duration (see, to that effect, judgment of 19 March 2009, Archer Daniels Midland v Commission, C-510/06 P, ECLI:EU:C:2009:166, paragraphs 113, 114 and 140).

**1838**The fact that the agreements at issue had no effect on competition cannot therefore be validly relied upon for the purpose of calling into question the duration of the infringements, since that duration is adequately established on the basis of the finding of a restriction by object.

**1839**In any event, if the applicants' challenge is to be regarded as relating not to the finding of the infringements, in that the duration of those infringements was incorrectly determined, but to the assessment of the gravity of the infringements found by the Commission in the contested decision, it should be recalled that the complaint relating to the absence of actual effects of the agreements and to the consequences of that absence on the assessment of the gravity of the infringements has already been rejected (see paragraphs 1801 to 1820 above).

**1840**In the second place, as regards the arguments that some of the infringements could not be found until Teva and Lupin had a marketing authorisation, those arguments have already been examined in the context of the response to the pleas relating to the lack of potential competition (see paragraphs 604 and 743 above). It is clear from that response that the Commission rightly considered that Teva and Lupin were, at the date of the conclusion of the agreements, potential competitors of Servier. The Commission therefore did not incorrectly use that date as the starting date of the infringements in question.

**1841**As regards the argument that the SPC relating to the patent protecting the perindopril compound had not expired, it may be disregarded on the basis of the considerations set out in the response to the plea concerning the lack of potential competition.

**1842**Indeed, as stated in paragraph 359 above, it is possible for an operator to take the risk of entering the market with a product, including by potentially infringing the patent in force, and that 'at risk' entry or launch could be successful, if the patent holder decides not to bring an infringement action or, in the event that such an action is brought, if that infringement action is dismissed. That possibility of 'at risk' entry helps to show that patents do not pose insurmountable barriers to the market entry of generic companies.

**1843**Moreover, a patent does not prevent operators from carrying out the operations required for the manufacture and marketing of a non-infringing product. They are therefore regarded as potential competitors of the patent holder until they enter the market, after which they become the patent holder's actual competitors (see paragraph 357 above).

**1844**In that regard, the Commission stated in recital 3137 of the contested decision that generic companies sometimes started to prepare their entry to the market several years before the expiry of the SPC relating to a patent and that, as regards perindopril, this period was on average two to three years. Those considerations supported the finding that the infringements in question had started before the expiry date of the SPC relating to the patent protecting the perindopril compound.

**1845**The Commission added, however, that, where the SPC had expired in a Member State after the launch of generic perindopril had taken place in other Member States, it preferred, 'in view of ... the existence of accelerated mutual recognition procedures under which the Member States agree to recognise the validity of the [marketing authorisation] issued by another Member State' (footnote 4073 of the contested decision), to adopt a conservative approach and to fix the starting date of the infringement at the time of expiry of the SPC. The Commission went on to say that it had adopted such an approach in relation to Italy. It stated that, in France, by contrast, no generic product had been launched in any other Member State before the expiry of the SPC (footnote 4073 of the contested decision).

**1846**The evidence set out in paragraphs 1844 and 1845 above is not disputed by the applicants.

**1847**Having regard to the considerations set out in paragraphs 1842 to 1846 above, it must be concluded that the Commission was correct to consider that certain infringements had started in France on 8 February 2005, before the expiry of the SPC.

**1848**Moreover, the applicants' complaint is effective only with respect to the infringements corresponding to the Niche and Matrix agreements, which are the only agreements at issue concluded before the expiry in France of the SPC.

**1849**However, those agreements were concluded only on 8 February 2005, that is to say a little over a month prior to the expiry in France of the SPC on 22 March 2005.

**1850**It is therefore particularly easy to note that, on 8 February 2005, the generic companies concerned were in a position to prepare a market entry which could take effect as soon as the SPC expired and therefore to exert competitive pressure.

**1851**Moreover, even assuming that the applicants may be regarded as relying on an infringement of the principle of equal treatment and that the reference to that plea is not out of time, the fact that Servier was able, as regards the determination of the start of the infringement in respect of Italy, to receive favourable treatment which was unnecessary (having regard, in particular, to the considerations set out in paragraph 1842 above) does not justify Servier's receiving such treatment in respect of all the other Member States, unless it is established that such a difference in treatment is arbitrary (see paragraphs 1868 to 1871 below).

**1852**However, that is not the case here. There was an objective difference between France and Italy which was not unrelated to the possibility of finding an infringement (see paragraph 1845 above).

**1853**For the sake of completeness, the difference between the situations of France and Italy on which the Commission relied (see paragraphs 1844 and 1845 above) could justify the application of different treatment.

**1854**It follows from all the foregoing that the present complaint must be rejected in its entirety.

(2) The end date of the infringements (i) Arguments of the parties

...

(ii) Findings of the Court

**1859**In the context of the present complaint, the applicants rely on the entry onto several Member States' markets of generic companies which are not party to any of the agreements at issue and on the subsequent fall in the prices of perindopril.

**1860**Their line of argument essentially amounts to an assertion that the agreements at issue had no actual effect on competition as from the market entry of those generic companies.

**1861**In that regard, it is necessary to recall, with regard to restrictions of competition by object, the case-law cited in paragraph 1837 above.

**1862**An absence of effect of the agreements at issue on competition cannot therefore be reasonably relied upon in order to call into question the duration of the infringements since that duration is sufficiently established on the basis of the finding of a restriction by object.

**1863**In any event, if the applicants' challenge is to be regarded as relating not to the finding of the infringement, in that the duration of that infringement was incorrectly determined, but to the assessment of the gravity of the infringement found by the Commission in the contested decision, it should be recalled that the complaint relating to the absence of actual effects of the agreements and to the consequences of that absence on the assessment of the gravity of the infringement has already been rejected (see paragraphs 1801 to 1820 above).

**1864**However, the applicants also rely on an infringement of the principle of equal treatment.

**1865**In that regard, the applicants rely on the fact that the Commission reduced the duration of the infringements in the Netherlands and the United Kingdom to take account of the entry of generic products onto those two markets, whereas it did not do so in other markets for which the Commission relied, as a general rule, on the expiry or invalidation dates of Servier's patents (recital 3133 of the contested decision).

**1866**However, it must be pointed out that, as regards the United Kingdom, the accepted end date of the infringement indeed corresponds to the entry onto the market of a generic product (recital 776 of the contested decision), but also to a judgment of a court of that State invalidating the 947 patent (recitals 180, 776 and 2125 of the contested decision).

**1867**The relevance of the applicants' argument, alleging different treatment depending on the Member States in which the infringements were committed, is therefore not established with regard to the United Kingdom.

**1868**Moreover, the fact that Servier was able, in respect of certain Member States as regards the determination of the end of the infringement, to receive more favourable treatment which was unnecessary - since it was based on an absence of restrictive effects which is irrelevant where the Commission finds, as in the present case, the existence of a restriction by object (see paragraph 1862 above) - does not justify Servier's receiving such treatment in respect of all the other Member States concerned. The principle of equal treatment is not intended to secure for an undertaking receiving favourable treatment, which was necessary under neither legislation nor case-law, a right not to be penalised when the Commission correctly establishes the existence of an infringement.

**1869**It is true, however, that the Commission cannot apply, including to the same undertaking, methods of calculating the amount of the fine which vary arbitrarily in that such variations are devoid of any relevant justification.

**1870**In the present case, however, the existence of such variation is not established. Indeed, the Commission stated that it adopted for the Netherlands and the United Kingdom a specific approach, which it described as 'conservative', that approach leading it to reduce the duration of the infringement periods to take account of the dates of full-scale entries into those two Member States of generic products which had a significant impact on the sales of Servier's perindopril (recital 3133 of the contested decision).

**1871**However, the only evidence relied on by the applicants in this connection, that is to say the existence of a significant reduction in the price of Servier's perindopril and a continuing decline in its market shares following the introduction of a generic product in France, is not sufficient to establish that the situations in the Netherlands and in the United Kingdom, on the one hand, and in France, on the other hand, were so similar that a difference in treatment was arbitrary. A fortiori, the evidence relied on does not establish that a difference in treatment between the Netherlands and the United Kingdom, on the one hand, and Belgium, the Czech Republic and Ireland, on the other hand, is arbitrary in nature, since that evidence does not concern the situation of those three Member States.

**1872**For the sake of completeness, although it is clear from Tables 43 and 44 of the contested decision that the entry of generic products led to a massive and sudden fall in the value of Servier's perindopril sales in the Netherlands and the United Kingdom, it is not apparent from Table 45 of the contested decision that such a fall was noted in France following that entry. The difference between the situations of the Netherlands and the United Kingdom, on the one hand, and France, on the other hand, thus allowed the Commission rightly to apply a difference in treatment in finding, solely for the Netherlands and the United Kingdom, that the infringement ended upon the entry of the generic products onto those markets.

**1873**The existence of a difference in situation, noted in paragraph 1872 above, is not called into question by the fact that the entry onto the French market of a generic product led to a 30% fall in the price of perindopril and 'Servier's market share diminishing continuously'. Indeed, that evidence does not demonstrate a fall in the value of sales of Servier in France as massive and sudden as that observed in the Netherlands and the United Kingdom.

**1874**As regards Belgium, the Czech Republic and Ireland, there is in the file no evidence on which the applicants rely that, on the markets of those Member States, a massive and sudden fall in the value of Servier's sales of perindopril - equivalent to that observed for the Netherlands and the United Kingdom - had been noted upon the entry of the generic products.

**1875**It follows from all the foregoing that the present complaint and, consequently, the plea as a whole must be rejected.

(f) The application of an additional amount

(1) Arguments of the parties

...

(2) Findings of the Court

**1883**It must be borne in mind that the agreements at issue are agreements allowing Servier to exclude competitors from the market, and the fact that the latter were potential competitors does not alter that assessment. Such agreements, concluded between

competitors, constitute horizontal agreements. Moreover, the exclusion of competitors from the market constitutes an extreme form of market sharing and of limitation of production (judgment of 8 September 2016, Lundbeck v Commission, [T-472/13](#), under appeal, [ECLI:EU:T:2016:449](#), paragraph 435). Accordingly, the Commission was entitled to apply point 25 of the Guidelines on the method of setting fines, which provides for the application of an additional amount for horizontal output-limitation agreements.

**1884**The foregoing finding cannot be called into question by the applicants' other arguments.

**1885**In the first place, contrary to the submissions of the applicants, the Commission did not disregard the fact that the agreements at issue related to intellectual property rights (see paragraphs 1794 to 1797 above).

**1886**In the second place, contrary to the submissions of the applicants and as has already been noted in the various sections relating to the response to the pleas alleging the lack of potential competition, the generic companies were potential competitors of Servier when each of them signed the agreement or agreements at issue relating to that company.

**1887**In the third place, contrary to the submissions of the applicants, Servier could reasonably have foreseen that its conduct was caught by the prohibition laid down in Article 101(1) TFEU (see paragraph 1661 above). Moreover, Servier could not have been unaware of the anticompetitive nature of its conduct (see paragraph 1665 above).

**1888**In the fourth place, as regards the absence of 'actual effects' of the infringements which is invoked by the applicants, it must be pointed out that the applicants merely rely, with no clarification, on that supposed absence to conclude that the additional amount applied by the Commission was disproportionate. That argument is therefore not accompanied by sufficient information to assess its merits and must therefore be rejected.

**1889**In any event, the Commission was no more obliged at that stage of calculating the amount of the fine than it was at the stage of determining the proportion of the value of sales which it used (see paragraphs 1802 to 1810 above) to take into account any absence of actual impact on the market. It was required to do so neither by Regulation No 1/2003 nor by the Guidelines on the method of setting fines or the case-law of the EU Courts.

**1890**In the fifth place, the fact that the Commission did not apply to the generic companies an additional amount does not justify the conclusion that the principle of equal treatment was infringed.

**1891**In that regard, there are fundamental differences between the method set out in the Guidelines on the method of setting fines which the Commission applied to Servier and the method which the Commission applied to the generic undertakings (see, to that effect, judgment of 8 September 2016, Xellia Pharmaceuticals and Alpharma v Commission, [T-471/13](#), not published, under appeal, [ECLI:EU:T:2016:460](#), paragraph 423).

**1892**In the method set out in the Guidelines on the method of setting fines, the objective of taking into account the value of sales as provided for in point 13 is to adopt as the starting point for the setting of the fine to be imposed on an undertaking an amount which reflects the economic significance of the infringement and the relative size of the undertaking's contribution to it. Next, pursuant to points 19 and 21 of those guidelines, the Commission, according to the gravity of the infringement, will set the proportion of that value of sales to be used for determining the basic amount. That proportion may, as

a rule, be set at up to 30% and must be multiplied by a coefficient based on the duration of the infringement, in accordance with point 24 of the 2006 Guidelines. Next, pursuant to point 25 thereof, irrespective of the duration of the undertaking's participation in the infringement, the Commission will include in the basic amount a sum of between 15 and 25% of the value of sales in order to deter undertakings from entering into horizontal price-fixing, market-sharing and output-limitation agreements, or even other infringements (judgment of 8 September 2016, *Xellia Pharmaceuticals and Alpharma v Commission*, [T-471/13](#), not published, under appeal, [ECLI:EU:T:2016:460](#), paragraph 424).

**1893** However, the method adopted with regard to the generic companies, given that it allows the Commission to use directly as a basic amount the value transfers made by Servier to the generic company in question, does not provide for all those stages, in particular the application of an additional amount pursuant to point 25 of the Guidelines on the method of setting fines (see, to that effect, judgment of 8 September 2016, *Xellia Pharmaceuticals and Alpharma v Commission*, [T-471/13](#), not published, under appeal, [ECLI:EU:T:2016:460](#), paragraph 425).

**1894** The application of the first method to Servier and the second to the generic companies was justified.

**1895** First, by reason of the very purpose of the agreements at issue, which are market exclusion agreements, the generic companies, unlike Servier, were not present, during the period of the infringements, on the markets on which those infringements were committed.

**1896** Accordingly, the Commission was not able to use the values of the sales made by the generic companies in the relevant geographic area during the last full business year of their participation in the infringements, as provided for in point 13 of the Guidelines on the method of setting fines.

**1897** The Commission was therefore not in a position to apply to the generic companies the method of calculating the amount of the fine set out in the Guidelines on the method of setting fines and, in particular, to impose on them an additional amount calculated on the basis of the value of sales made by the undertaking in relation to the infringement concerned.

**1898** The foregoing considerations apply to all the generic companies, since none of them was able to enter the markets in which the infringement relating to it had been found by the Commission.

**1899** With regard in particular to Krka, even if it is assumed that the applicants may reasonably rely, in support of the complaint alleging infringement of the principle of equal treatment, on the method of calculating the amount of the fine imposed on that generic company although Servier cannot be held liable under the agreements with Krka (see paragraph 1636 above), such a complaint must be rejected.

**1900** It is true that the applicants' complaint is based not on a comparison, on the basis of each agreement at issue, between Servier's situation and that of the generic company concerned, but on a comparison, for all the agreements, between Servier's situation and the situation of all the generic companies in question. Accordingly, the fact that an additional amount was not applied to Servier on the basis of the agreements concluded

with Krka does not necessarily prevent the situation of Krka from being taken into account in order to examine the applicants' complaint.

**1901**Next, it is true that one of the agreements which Krka had concluded with Servier provided for the granting of a licence for the 947 patent which applied in seven Member States. As a result, Krka was able to sell its products in those Member States for the duration of the infringement.

**1902**However, the Commission did not find an infringement with respect to the Member States in which the licence applied. It criticises the parties to the agreement not because of the entry of Krka onto the seven markets in which the licence applied, but because Krka refrained from entering the markets of the other Member States in which the non-marketing and non-challenge clauses applied without a licence agreement.

**1903**However, the concept of the value of sales referred to in point 13 of the Guidelines on the method of setting fines cannot extend to encompassing sales made by the undertaking in question which do not fall within the scope of the alleged cartel (judgment of 12 November 2014, *Guardian Industries and Guardian Europe v Commission*, [C-580/12 P](#), [ECLI:EU:C:2014:2363](#), paragraph 57).

**1904**Accordingly, the seven markets covered by the licence agreement could not be regarded as included in 'the relevant geographic area' within the meaning of point 13 of the Guidelines on the method of setting fines.

**1905**It should be added that, even though the benefit of a licence agreement could, under certain circumstances, be described as an inducement, the fact that a generic company, through such an agreement, is permitted to enter or remain on a market without risk is, as a rule, favourable to competition, since the market entry of a generic company is likely to lower prices significantly. However, it would be inappropriate to take into account the value of sales made on markets in which competition has increased, for the purpose of imposing a fine on a generic company alleged to have participated in a restriction of competition on other markets.

**1906**The Commission was therefore not in a position to apply to Krka and, a fortiori, to the other generic companies party to the agreements at issue the method of calculating the amount of the fine set out in the Guidelines on the method of setting fines and, in particular, to impose on them an additional amount calculated on the basis of the value of sales made by the undertaking in relation to the infringement concerned.

**1907**However, that was not the case as regards Servier, which sold perindopril in the geographic areas concerned by the infringements.

**1908**Secondly, the method of calculating the amount of the fine used by the Commission for the generic companies was adapted to the specific features of the context, since the amount of the transfer of value used in the agreement took into account the profit which each generic company derived from the infringement relating to it. Such a method was not suitable for Servier, which was supposed to benefit from maintaining a high price for perindopril.

**1909**Such differences in situation justified the application to the generic companies of treatment different from that of Servier, that is to say a specific calculation method distinct from the method set out in the Guidelines on the method of setting fines and thus not requiring the application of the additional amount provided for in those guidelines.



**1910**It follows from the foregoing that the Commission was entitled to apply an additional amount in calculating the amount of the fine imposed on Servier for the first infringement of Article 101 TFEU, that is to say that concerning Niche and Unichem (recital 3139 of the contested decision).

**1911**In connection with the separate complaint alleging the inadequacy of the statement of reasons for the contested decision as regards the non-application of an additional amount in calculating the amount of the fine for the generic companies, it should be noted that the Commission stated as follows in recital 3146 of the contested decision:

'The generic undertakings agreed not to sell generic perindopril in the geographic area concerned by each agreement and therefore did not have any sales in the geographic areas concerned. Point 37 of the Guidelines on [the method of setting] fines should therefore be applied to the generic undertakings in this case. Point 37 of the Guidelines on [the method of setting] fines allows the Commission to depart from the normal methodology of the Guidelines on [the method of setting] fines because of the particularities of a given case or the need to achieve deterrence in a particular case.'

**1912**In recital 3152 of the contested decision, the Commission stated inter alia that:

'According to Regulation No 1/2003 and the Guidelines on [the method of setting] fines, the fine should relate to the following factors: (i) the gravity of the infringement, (ii) its duration, (iii) any aggravating or attenuating circumstances and (iv) the need to achieve deterrence. The Commission, in exercising its margin of discretion, considers that in the present case, given its particularities, the amount of the value transfer received by the generic companies provides important indications as to these factors.'

**1913**It is clear from the abovementioned extracts from the contested decision that (i) the Commission did not apply the method laid down in the Guidelines on the method of setting fines, which is based on the value of sales during the last full business year of the undertaking's participation in the infringement, but rather a method which used the amount of the value transfer received by the generic companies as the basic amount for the calculation of the fine, (ii) it did so based on the very purpose of the agreements, which were market exclusion agreements by reason of which the generic companies were not present on that market at the time of the infringement, and (iii) it took the view that the method chosen enabled it to take into account, inter alia, the gravity and the duration of the infringement.

**1914**That reasoning allowed the applicants to understand the reasons why the Commission used a different method for the generic companies, in particular in that that method did not involve the application of an amount additional to that provided for in the Guidelines on the method of setting fines. It also places the Courts of the European Union in a position to exercise their power of review of legality and fulfil their role as courts having unlimited jurisdiction.

**1915**The complaint alleging the failure to state adequate reasons in that regard must therefore be rejected.

**1916**In conclusion, it should be noted that the application, with respect to the first infringement of Article 101 TFEU, of an additional amount calculated on the basis of a rate of 11% of the value of sales, which is below the range of rates provided for in point 25 of the guidelines and which is applied, moreover, only to one of the infringements of Article 101 TFEU found against Servier, cannot be regarded as disproportionate in the

light of all the relevant circumstances of the present case, as set out in paragraphs 1816 to 1818 above.

**1917**It follows from all the foregoing that the present plea must be rejected.

(g) Infringement of the principle of proportionality and of the principle that the penalty must be specific to the offender

**1918**The applicants put forward two complaints, based, first, on the failure to take into account the particular features of Servier and, secondly, on the length of the administrative procedure.

(1) Failure to take into account the particular features of Servier (i) Arguments of the parties

...

(ii) Findings of the Court

**1922**In the first place, even if it had been established that Servier is a 'single-product' undertaking, that circumstance did not, as such, require the Commission to reduce the amount of the fines. In that regard, it should be noted that the applicants do not rely, in support of that argument, on any binding provision of EU law or any precedent in case-law.

**1923**Moreover, an undertaking such as the applicant, which derives a particularly large part of its total turnover from the product encompassed by the cartel, therefore derives particularly significant profits from that cartel (see, to that effect, Opinion of Advocate General Kokott in *Pilkington Group and Others v Commission*, [C-101/15 P](#), [ECLI:EU:C:2016:258](#), point 100). Thus, the fact that Servier is a 'single-product' undertaking does not justify, in itself, a reduction in the amount of the fines.

**1924**As regards the reference to the Commission's decision-making practice whereby the Commission has reduced the amount of fines on the basis of the existence of a 'single-product' undertaking, it should be noted that the precedent relied on by the applicants, as presented by them, involved circumstances different from those in the present case, since the Commission had reduced the amount of the fine in question in order to prevent it from reaching the ceiling of 10% of turnover referred to in Article 23(2) of Regulation No 1/2003.

**1925**Moreover, according to the case-law, the Commission has a margin of discretion when setting the amount of fines, in order that it may channel the conduct of undertakings towards compliance with the competition rules. The fact that in the past the Commission has applied fines of a particular level for certain types of infringements does not mean that it is precluded from increasing that level within the limits indicated in Regulation No 1/2003, if that is necessary to ensure the implementation of EU competition policy. The proper application of the EU competition rules in fact requires that the Commission may at any time adjust the level of fines to the needs of that policy (see, to that effect, judgment of 8 September 2016, *Lundbeck v Commission*, [T-472/13](#), under appeal, [ECLI:EU:T:2016:449](#), paragraph 773).

**1926**Moreover, in accordance with settled case-law, the right to rely on the principle of the protection of legitimate expectations extends to any person in a situation where an EU institution has caused him or her to have justified expectations. Three conditions must be satisfied in order for a claim to entitlement to the protection of legitimate expectations to be well founded. First, precise, unconditional and consistent assurances originating

from authorised and reliable sources must have been given to the person concerned by the EU administration. Secondly, those assurances must be such as to give rise to a legitimate expectation on the part of the person to whom they are addressed. Thirdly, the assurances given must comply with the applicable rules (see judgment of 5 September 2014, *Éditions Odile Jacob v Commission*, [T-471/11](#), [ECLI:EU:T:2014:739](#), paragraph 91 and the case-law cited).

**1927** However, the evidence relied on by the applicants, namely a Parliament resolution and a statement by the Commissioner for Competition, supports, at most, the conclusion that it is possible that the Guidelines on the method of setting fines may be amended in future to take into account the specific characteristics of 'single-product' undertakings. Accordingly, they were not precise, unconditional and consistent assurances of such a nature as to give rise to a legitimate expectation on the part of Servier.

**1928** In the second place, the circumstance, even if it were established, that Servier is managed by a non-profit foundation paying no dividends to natural persons and that it is therefore able to devote a significant portion, or even all, of its profits to research, in no way required the Commission to reduce the amount of the fines.

**1929** Moreover, the Commission has a margin of discretion when setting the amount of fines (see paragraph 1925 above).

**1930** Even if the applicants intended to dispute Servier's status as an undertaking, within the meaning of competition law, it should be noted that the three undertakings to which the contested decision is addressed, which are also applicants, are not foundations.

**1931** Moreover, the Court of Justice has stated that the fact that the offer of goods or services is made without profit motive does not prevent the entity which carries out those operations on the market from being considered an undertaking, since that offer exists in competition with that of other operators which do seek to make a profit (see, to that effect, judgment of 1 July 2008, *MOTOE*, [C-49/07](#), [ECLI:EU:C:2008:376](#), paragraph 27).

**1932** In the third place, the applicants rely on a failure to have regard to the principle that the penalty must be specific to the offender.

**1933** In that regard, it should be recalled that the principle that the penalty must be specific to the offender and the offence requires, in accordance with Article 23(3) of Regulation No 1/2003, that the amount of the fine to be paid jointly and severally must be determined by reference to the gravity of the infringement for which the undertaking concerned is held individually responsible and the duration of the infringement (judgments of 10 April 2014, *Commission and Others v Siemens Österreich and Others*, [C-231/11 P](#) to [C-233/11 P](#), [ECLI:EU:C:2014:256](#), paragraph 52, and of 19 June 2014, *FLS Plast v Commission*, [C-243/12 P](#), [ECLI:EU:C:2014:2006](#), paragraph 107).

**1934** The applicants' argument is not concerned with challenging the finding of joint and several liability made by the Commission in imposing a single fine on separate undertakings.

**1935** Moreover, the fact that the Commission did not reduce the amount of the fines imposed on Servier to take into account the fact that Servier was a non-profit foundation paying no dividend to any natural person and that it was therefore able to devote a significant portion, or even all, of its profits to research does not establish that the Commission did not determine the overall amount of the fine imposed on Servier on the

basis of the gravity of the individual infringement alleged against it and the duration of that infringement, as provided for in the case-law cited in paragraph 1933 above.

**1936**It follows from the foregoing that the present complaint must be rejected.

(2) The duration of the administrative procedure (i) Arguments of the parties

...

(ii) Findings of the Court

**1941**It should be noted that, although the infringement of the principle of observance of a reasonable period is capable of justifying the annulment of a decision taken following an administrative procedure based on Article 101 or 102 TFEU inasmuch as it also constitutes an infringement of the rights of defence of the undertaking concerned, the Commission's infringement of a reasonable period for such an administrative procedure, if established, is not capable of leading to a reduction of the amount of the fine imposed (see judgment of 9 June 2016, *PROAS v Commission*, [C-616/13 P](#), [ECLI:EU:C:2016:415](#), paragraph 74 and the case-law cited).

**1942**In the present case, the applicants do not claim that the alleged infringement of the principle of observance of a reasonable period resulted in an infringement of Servier's rights of defence. Accordingly, that infringement, even if established, is not capable of justifying the annulment of the contested decision. Nor is it capable, pursuant to the case-law cited in paragraph 1941 above, of allowing the applicants to obtain a reduction of the amount of the fine imposed on them.

**1943**In any event, the Commission states as follows in paragraph 1037 of the defence:

'The Commission considers that it has complied with all its legal obligations relating to the duration of the administrative procedure. In the present case, the Commission initiated its ex officio investigation on 24 November 2008. The Decision was adopted on 9 July 2014. The Decision has already highlighted the numerous measures taken in the course of the investigation ... According to the Commission, the scope and importance of the case - both in terms of the various practices being investigated and the number of undertakings and authorities involved - help to explain the length of the investigation. The Commission points out that the Decision was addressed to 13 undertakings, concerned the application of Articles 101 and 102 TFEU, 6 separate infringements and 2 market definitions and required the analysis of a significant amount of documentation. The Commission sent more than 200 [requests for information], inspected 6 undertakings, organised more than 15 working meetings with the undertakings concerned and created a file comprising more than 11 000 entries ...'

**1944**However, those factors, which are not disputed by the applicants, together with the factual and legal complexity of the case in question, which results, at least in part, from the wording of the agreements which the applicants co-authored, support the conclusion that the duration of the administrative procedure did not exceed a reasonable period of time in the present case.

**1945**It should be added that the finding of complexity made in paragraph 1944 above does not contradict the Commission's statement in recital 3110 of the contested decision, in which the Commission indicated that:

'... In any event, the practices in the present case, which were aimed at market exclusion in exchange for a value transfer, cannot be considered, for the purpose of imposition of the fine, as legally complex, and their illegality was foreseeable for the parties.'

**1946**It should be recalled that, although, because the agreements at issue were concluded in the form of patent settlements, the unlawful nature of those agreements might not have been evident to an outside observer such as the Commission, the same could not be said for the parties to the agreement.

**1947**It follows from the foregoing that the present complaint and therefore the plea as a whole must be rejected.

(h) Summary concerning the cancellation and reduction of the fines

**1948**It should be recalled that the agreements at issue are, with the exception of the agreements concluded with Krka, market exclusion agreements pursuing anticompetitive objectives. However, the exclusion of competitors from the market constitutes an extreme form of market sharing and of limitation of production (see paragraph 1816 above). Thus, under point 23 of the Guidelines on the method of setting fines, such agreements are, in principle, to be heavily fined (see paragraph 1816 above).

**1949**Moreover, those agreements, based on an inducement and not on the recognition by the parties of the validity of the patent at issue, allowed Servier to replace the vicissitudes of patent litigation and the uncertainties surrounding the conditions and possibilities of market entry by generic companies with the certainty of excluding from the market those companies in respect of which an agreement was concluded (see paragraph 1819 above).

**1950**Finally, it should be noted that those agreements were implemented.

**1951**Moreover, it should be recalled that the Commission took into account, in the contested decision (recital 3128), the fact that Servier committed several infringements which - although different - relate to the same product, perindopril, and largely to the same geographic areas and periods of time. In that particular context, in order to avoid a potentially disproportionate result, the Commission decided to limit, in respect of each infringement, the proportion of the value of sales made by Servier taken into account for the purpose of determining the basic amount of the fine. It thus applied a correction which led to an average reduction of 54.5% in the overall values of the sales relating to the various infringements of Article 101 TFEU.

**1952**Furthermore, the proportion of the value of sales used for the purposes of calculating the amount of the fine by the Commission, that is 10 or 11%, depending on the circumstances, is only approximately a third of the maximum proportion that may be used.

**1953**Finally, the Court, taking into account the links between the Matrix agreement and the Niche agreements, reduced the amount of the fine imposed on Servier on the basis of the Matrix agreement.

**1954**In the light of the factors referred to in paragraphs 1948 to 1953 above and all the considerations set out in the present judgment, it must be concluded that the amounts of the fines imposed on Servier under Article 101 TFEU are not, in view of the reductions already made by the Court in the exercise of its unlimited jurisdiction, disproportionate, even though the Commission, in paragraph 3130 of the contested decision, wrongly considered, as is apparent from the response to the plea alleging errors of assessment as regards the definition of the relevant market, that Servier 'possessed a very high market share of the relevant markets established for the purpose of the present Decision and affected by the infringements of Article 101 [TFEU]'.

**1955**It must also be pointed out that, since the Commission correctly considered that the infringements found were separate infringements (see paragraphs 1685 to 1691 above), the fact that the cumulative amount of the fines represents a non-negligible percentage of Servier's worldwide turnover does not support the conclusion that those fines are disproportionate. It is all the more apparent that they are not disproportionate, since that percentage was substantially reduced by the Court in the exercise of its unlimited jurisdiction.

**1956**It follows from all the foregoing that the applicants' alternative claim must be rejected in so far as it concerns the fines imposed on Servier for the infringements relating to Article 101 TFEU, with the exception of that part of the claim seeking, first, annulment of the fine imposed on Servier in respect of the infringement relating to the agreements concluded with Krka and, secondly, a reduction in the amount of the fine imposed on Servier in respect of the infringement relating to the Matrix agreement. As regards the applicants' alternative claim in so far as it concerns the infringement relating to Article 102 TFEU, it must therefore be upheld, since Article 6 of the contested decision, whereby the Commission found an infringement of Article 102 TFEU, is annulled (see paragraph 1638 above).

**1957**Finally, it must be added that the Commission, in the context of the method of calculating the amount of each of the fines relating to the various infringements of Article 101 TFEU which it found, introduced a correction factor based on the number of infringements taking place concurrently in a Member State. Thus, the conclusion that one of the infringements of Article 101 TFEU has not been established could lead the Court to raise the question of whether it might be appropriate to increase the fines imposed on Servier in respect of the other infringements of Article 101 TFEU.

**1958**However, in the light of all the circumstances of the present case, in particular those referred to at the end of paragraph 1954 above, it is not necessary to apply such an increase, which, moreover, has not been requested by the Commission.

#### IV. Overall conclusion

**1959**In the first place, as regards Article 101 TFEU, it follows from all the foregoing considerations that the Commission was fully entitled to find a restriction of competition by object in respect of the Niche, Matrix and Teva and Lupin agreements. In those circumstances, it is not necessary, in any event, to examine whether the finding of a restriction of competition by effect relating to those agreements is well founded.

**1960**However, first, as regards the infringement found on the basis of the agreements concluded with Krka, the Court concludes that the Commission has not established the existence of a restriction of competition by object. The Court also concludes, from its examination of the finding made by the Commission of the existence of a restriction of competition by effect, that such a restriction has not been established. Article 4 of the contested decision must therefore be annulled in that, by that article, the Commission found that Servier participated in an infringement under Article 101(1) TFEU as regards the agreements concluded between Servier and Krka. Consequently, Article 7(4)(b) of the contested decision, by which the Commission imposed a fine of EUR 37 661 800 on Servier in respect of that infringement, must also be annulled.

**1961**Secondly, in the exercise of its unlimited jurisdiction, the Court considers that the amount of the fine imposed on Servier in respect of the infringement relating to the Matrix

agreement found in Article 2 of the contested decision is too high. Consequently, that amount, set out in Article 7(2)(b) of the contested decision, must be reduced and fixed at EUR 55 385 190.

**1962**For the remainder, as regards the fines imposed by the Commission on Servier in respect of the Niche, Teva and Lupin agreements, the amount of those fines must be confirmed.

**1963**In the second place, as regards Article 102 TFEU, the Court considers that it has not been established that the relevant finished product market was limited to perindopril. Since it has not been established that Servier had a dominant position either on that market or on the technology market, the existence of an abuse of such a position is called into question, with the result that Article 6 of the contested decision, relating to the finding of that infringement, must be annulled. Consequently, Article 7(6) of the contested decision, by which the Commission imposed a fine of EUR 41 270 000 on Servier in respect of that infringement, must also be annulled.

#### V. Costs

**1964**Under Article 134(1) of the Rules of Procedure, the unsuccessful party is to be ordered to pay the costs if they have been applied for in the successful party's pleadings.

**1965**Under the first sentence of Article 134(3) of the Rules of Procedure, the parties are to bear their own costs where each party succeeds on some and fails on other heads.

**1966**As the applicants and the Commission have succeeded on some and failed on other heads, each party must bear its own costs.

**1967**Under Article 138(3) of the Rules of Procedure, the Court may order an intervener other than those referred to in Article 138(1) and (2) to bear its own costs.

**1968**As the provision referred to in paragraph 1967 above is applicable to the EFPIA, it must be ordered to bear its own costs.

On those grounds,

THE COURT (Ninth Chamber, Extended Composition) hereby:

1. Annuls Article 4 of Commission Decision C(2014) 4955 final of 9 July 2014 relating to a proceeding under Article 101 and Article 102 TFEU (Case AT.39612 - Perindopril (Servier)) in so far as it finds that Servier SAS and Les Laboratoires Servier SAS participated in the agreements referred to in that article;
2. Annuls Article 6 of Decision C(2014) 4955 final;
3. Annuls Article 7(4)(b) and (6) of Decision C(2014) 4955 final;
4. Sets the amount of the fine imposed on Servier and Les Laboratoires Servier in respect of the infringement referred to in Article 2 of Decision C(2014) 4955 final, as set out in Article 7(2)(b) thereof, at EUR 55 385 190;
5. Dismisses the remainder of the application;
6. Orders Servier, Servier Laboratories Ltd and Les Laboratoires Servier, on the one hand, and the European Commission, on the other hand, to bear their own costs;
7. Orders the European Federation of Pharmaceutical Industries and Associations (EFPIA) to bear its own costs.

Delivered in open court in Luxembourg on 12 December 2018.

Text1

ARRÊT DU TRIBUNAL (neuvième chambre élargie)

12 décembre 2018 (\*) (1)

Dans l'affaire T 691/14,

Servier SAS, établie à Suresnes (France),

Servier Laboratories Ltd, établie à Wexham (Royaume-Uni),

Les Laboratoires Servier SAS, établie à Suresnes,

représentées initialement par MM. I. S. Forrester, QC, J. Killick, barrister, Me O. de Juvigny, avocat, et Mme M. Utges Manley, solicitor, puis par M. Killick, Me de Juvigny, Mme Utges Manley, Mes J. Jourdan et T.

Reymond, avocats,

parties requérantes,

soutenues par

European Federation of Pharmaceutical Industries and Associations (EFPIA), établie à Genève (Suisse),

représentée par Mme F. Carlin, barrister, Mes N. Niejahr et C. Paillard, avocats,

partie intervenante,

contre

Commission européenne,

représentée initialement par MM. T. Christoforou, B. Mongin, C. Vollrath, Mmes F. Castilla Contreras et T.

Vecchi, puis par MM. Christoforou, Mongin, Vollrath, Mmes Castilla Contreras et J. Norris-Usher, en qualité d'agents,

partie défenderesse,

ayant pour objet une demande fondée sur l'article 263 TFUE et tendant, à titre principal, à l'annulation de la décision C(2014) 4955 final de la Commission, du 9 juillet 2014, relative à une procédure d'application des articles 101 et 102 TFUE [affaire AT.39612 – Périndopril (Servier)], en tant qu'elle concerne les requérantes et, à titre subsidiaire, à la réduction du montant de l'amende qui leur a été infligée par ladite décision,

LE TRIBUNAL (neuvième chambre élargie),

composé de MM. S. Gervasoni (rapporteur), président, E. Bieliūnas, L. Madise, R. da Silva Passos et Mme K. Kowalik-Bańczyk, juges,

greffier : Mme G. Predonzani, administrateur,

vu la phase écrite de la procédure et à la suite de l'audience du 6 au 9 juin 2017,

rend le présent

Arrêt

### **Tenor:**

1) L'article 4 de la décision C(2014) 4955 final de la Commission, du 9 juillet 2014, relative à une procédure d'application des articles 101 et 102 TFUE [affaire AT.39612 – Périndopril (Servier)], est annulé, en tant qu'il constate la participation de Servier SAS et des Laboratoires Servier SAS aux accords visés à cet article.

2) L'article 6 de la décision C(2014) 4955 final est annulé.

3) L'article 7, paragraphe 4, sous b), et paragraphe 6, de la décision C(2014) 4955 final est annulé.

4) Le montant de l'amende infligée à Servier et aux Laboratoires Servier au titre de l'infraction visée à l'article 2 de la décision C(2014) 4955 final, tel qu'il résulte de l'article 7, paragraphe 2, sous b), de celle-ci, est fixé à 55 385 190 euros.

5) Le recours est rejeté pour le surplus.

6) Servier, Servier Laboratories Ltd et les Laboratoires Servier, d'une part, la Commission européenne, d'autre part, supporteront leurs propres dépens.



7) L'European Federation of Pharmaceutical Industries and Associations (EFPIA) supportera ses propres dépens.

## **Gründe:**

### **I. Antécédents du litige**

#### **A. Sur les requérantes**

**1**Le groupe Servier, formé notamment de Servier SAS, sa société mère établie en France, des Laboratoires Servier SAS et de Servier Laboratories Ltd (ci-après, pris individuellement ou ensemble, « Servier » ou les « requérantes »), rassemble des sociétés pharmaceutiques au niveau mondial. Le contrôle exclusif de la gestion de la société mère du groupe est assuré par Stichting FIRS, fondation à but non lucratif de droit néerlandais.

#### **B. Sur le périndopril et ses brevets**

##### **1. Périndopril**

**2**Servier a mis au point le périndopril, médicament indiqué en médecine cardiovasculaire, principalement destiné à lutter contre l'hypertension et l'insuffisance cardiaque, par le biais d'un mécanisme d'inhibition de l'enzyme de conversion de l'angiotensine (ci-après l'« ECA »).

**3**L'ingrédient pharmaceutique actif (ci-après l'« IPA ») du périndopril, c'est-à-dire la substance chimique biologiquement active qui produit les effets thérapeutiques visés, se présente sous la forme d'un sel. Le sel utilisé initialement était l'erbumine (ou tert-butylamine), qui présente une forme cristalline en raison du procédé employé par Servier pour sa synthèse.

##### **2. Brevet relatif à la molécule**

**4**Le brevet relatif à la molécule du périndopril (brevet EP0049658, ci-après le « brevet 658 ») a été déposé devant l'Office européen des brevets (OEB) le 29 septembre 1981. Le brevet 658 devait arriver à expiration le 29 septembre 2001, mais sa protection a été étendue dans plusieurs États membres de l'Union européenne, dont le Royaume-Uni, jusqu'au 22 juin 2003, ainsi que le permettait le règlement (CEE) no 1768/92 du Conseil, du 18 juin 1992, concernant la création d'un certificat complémentaire de protection pour les médicaments (JO 1992, L 182, p. 1). En France, la protection du brevet 658 a été étendue jusqu'au 22 mars 2005 et, en Italie, jusqu'au 13 février 2009.

##### **3. Brevets secondaires**

**5**En 1988, Servier a, en outre, déposé devant l'OEB plusieurs brevets relatifs aux procédés de fabrication de la molécule du périndopril qui expiraient le 16 septembre 2008 : les brevets EP0308339, EP0308340, EP0308341 et EP0309324 (ci-après, respectivement, le « brevet 339 », le « brevet 340 », le « brevet 341 » et le « brevet 324 »).

**6**De nouveaux brevets relatifs à l'erbumine et à ses procédés de fabrication ont été déposés devant l'OEB par Servier en 2001, dont le brevet EP1294689 (dit « brevet beta », ci-après le « brevet 689 »), le brevet EP1296948 (dit « brevet gamma », ci-après le « brevet 948 ») et le brevet EP1296947 (dit « brevet alpha », ci-après le « brevet 947 »).

**7**Le brevet 947, relatif à la forme cristalline alpha de l'erbumine et à son procédé de préparation, a été déposé le 6 juillet 2001 et délivré par l'OEB le 4 février 2004.

**8**Servier a également déposé des demandes de brevets nationaux dans plusieurs États membres de l'Union avant que ceux-ci ne soient parties à la convention sur la délivrance de brevets européens, signée à Munich le 5 octobre 1973 et entrée en vigueur le 7 octobre 1977 (ci-après la « CBE »). Servier a, par exemple, déposé des demandes de brevets correspondant au brevet 947 en Bulgarie (BG 107 532), en République tchèque (PV2003-357), en Estonie (P200300001), en Hongrie (HU225340), en Pologne (P348492) et en Slovaquie (PP0149-2003). Toutes les demandes de brevets en question portaient la même date de dépôt : le 6 juillet 2001. Les brevets ont été délivrés le 16 mai 2006 en Bulgarie, le 17 août 2006 en Hongrie, le 23 janvier 2007 en République tchèque, le 23 avril 2007 en Slovaquie et le 24 mars 2010 en Pologne.

#### 4. Périndopril de deuxième génération

**9**À partir de 2002, Servier a commencé à développer un périndopril de deuxième génération, fabriqué à partir d'un autre sel que l'erbumine, l'arginine. Ce périndopril arginine devait présenter des améliorations en termes de durée de conservation, passant de deux à trois ans, de stabilité, permettant un seul type de conditionnement pour toutes les zones climatiques, et de stockage, ne nécessitant aucune condition particulière.

**10**Servier a introduit une demande de brevet européen pour le périndopril arginine (brevet EP1354873B, ci-après le « brevet 873 ») le 17 février 2003. Le brevet 873 a été délivré le 17 juillet 2004, avec une date d'expiration fixée au 17 février 2023. L'introduction du périndopril arginine sur les marchés de l'Union a débuté en 2006.

### C. Sur les litiges relatifs au périndopril

#### 1. Litiges devant l'OEB

**11**Dix sociétés de génériques, dont Niche Generics Ltd (ci-après « Niche »), Krka Tovarna Zdravil d.d. (ci-après « Krka »), Lupin Ltd et Norton Healthcare Ltd, filiale d'Ivax Europe (ci-après « Ivax »), qui a fusionné ultérieurement avec Teva Pharmaceuticals Ltd (ci-après, prise individuellement ou avec les autres sociétés du groupe Teva, « Teva »), ont formé opposition contre le brevet 947 devant l'OEB en 2004, en vue d'obtenir sa révocation dans sa totalité, en invoquant des motifs tirés du manque de nouveauté et d'activité inventive et du caractère insuffisant de l'exposé de l'invention.

**12**Le 27 juillet 2006, la division d'opposition de l'OEB a confirmé la validité du brevet 947, à la suite de légères modifications des revendications initiales de Servier (ci-après la « décision de l'OEB du 27 juillet 2006 »). Sept sociétés ont formé un recours contre cette décision. Niche s'est retirée de la procédure d'opposition le 9 février 2005, Krka le 11 janvier 2007 et Lupin le 5 février 2007. Par décision du 6 mai 2009, la chambre de recours technique de l'OEB a annulé la décision de l'OEB du 27 juillet 2006 et révoqué le brevet 947. La requête en révision déposée par Servier à l'encontre de cette décision a été rejetée le 19 mars 2010.

**13**Niche a également déposé le 11 août 2004 une opposition contre le brevet 948 devant l'OEB, mais elle s'est retirée de la procédure le 14 février 2005.

**14**Teva a introduit une procédure d'opposition contre le brevet 873 le 13 avril 2005. La division d'opposition a rejeté cette opposition, au motif que Teva n'avait pas établi l'insuffisance d'activité inventive de ce brevet. Teva a introduit un recours contre cette décision le 22 décembre 2008, avant de se désister le 8 mai 2012.

#### 2. Litiges devant les juridictions nationales

**15**La validité du brevet 947 a, en outre, été contestée par des sociétés de génériques devant les juridictions de certains États membres, notamment aux Pays-Bas et au Royaume-Uni.

a) Litige opposant Servier à Niche et à Matrix

**16**Au Royaume-Uni, Servier a introduit le 25 juin 2004 une action en contrefaçon devant la High Court of Justice (England & Wales), Chancery Division (patents court) [Haute Cour de justice (Angleterre et pays de Galles), division de la Chancery (chambre des brevets), Royaume-Uni], à l'égard de Niche, en invoquant ses brevets 339, 340 et 341, cette dernière ayant déposé des demandes d'autorisation de mise sur le marché (AMM) au Royaume-Uni pour une version générique du périndopril, développée en partenariat avec Matrix Laboratories Ltd (ci-après « Matrix ») en vertu d'un accord conclu le 26 mars 2001 (ci-après l'« accord Niche-Matrix »). Le 9 juillet 2004, Niche a signifié à Servier une demande reconventionnelle en nullité du brevet 947.

**17**L'audience devant la High Court of Justice (England & Wales), Chancery Division (patents court) [Haute Cour de justice (Angleterre et pays de Galles), division de la Chancery (chambre des brevets)], portant sur le bien-fondé de la contrefaçon alléguée, a finalement été fixée aux 7 et 8 février 2005, mais n'a duré qu'une demi-journée, en raison du règlement amiable conclu entre Servier et Niche le 8 février 2005, qui a mis fin au contentieux entre ces deux parties.

**18**Matrix a été tenue informée par Niche du déroulement de cette procédure contentieuse et y a été également associée en effectuant des dépositions devant la High Court of Justice (England & Wales), Chancery Division (patents court) [Haute Cour de justice (Angleterre et pays de Galles), division de la Chancery (chambre des brevets)], au nom de Niche. Servier a par ailleurs envoyé une lettre formelle d'avertissement à Matrix le 7 février 2005, en lui reprochant de violer les brevets 339, 340 et 341 et en la menaçant d'intenter une action en contrefaçon.

**19**À l'automne 2004, Servier a par ailleurs commencé à envisager l'acquisition de Niche. Servier a fait établir, à cet effet, un audit préalable, dont la première phase s'est achevée le 10 janvier 2005, date à laquelle il a présenté une offre préliminaire non contraignante d'acquisition du capital de Niche pour un montant compris entre 15 et 45 millions de livres sterling (GBP). À la suite de la seconde phase de l'audit préalable, qui s'est déroulée le 21 janvier 2005, Servier a informé Niche oralement le 31 janvier 2005 qu'il ne souhaitait plus procéder à son acquisition.

b) Litiges opposant Servier à Ivax et à Teva

**20**Au Royaume-Uni, le 9 août 2005, Ivax a demandé la révocation du brevet 947 devant la High Court of Justice (England & Wales), Chancery Division (Patents court) [Haute Cour de justice (Angleterre et pays de Galles), division de la Chancery (chambre des brevets)]. Servier et Ivax ont cependant décidé, en octobre 2005, de suspendre la procédure jusqu'à l'intervention de la décision finale dans la procédure d'opposition devant l'OEB. En contrepartie, Servier s'est engagé, envers Ivax, ses preneurs de licence et ses clients, pour la période de suspension et au Royaume-Uni, à ne pas entamer de poursuites, à ne pas solliciter de restitution de profits ou de compensation financière autre qu'une redevance raisonnable pour tout acte de violation du brevet 947 et à ne pas chercher à obtenir de redressement par voie d'injonction, ni de remise des produits. Servier s'est aussi engagé à poursuivre la procédure devant l'OEB avec diligence et à ne pas chercher

à obtenir d'injonction provisoire dans le cadre d'une action en contrefaçon après la clôture de la procédure devant l'OEB.

**21**Aux Pays-Bas, Pharmachemie BV, filiale de Teva, a saisi le Rechtbank Den Haag (tribunal de district de La Haye, Pays-Bas) le 15 août 2007 d'une demande de révocation du brevet 947, tel que validé aux Pays-Bas, au motif de l'absence de nouveauté et d'activité inventive et de sa non-reproductivité. Le Rechtbank Den Haag (tribunal de district de La Haye) a fait droit à cette demande le 11 juin 2008. Servier a interjeté appel de cet arrêt le 7 octobre 2008, mais n'a, par la suite, déposé aucun exposé des griefs.

c) Litiges opposant Servier à Krka

**22**Le 30 mai 2006, Servier a introduit en Hongrie une demande d'injonction provisoire tendant à interdire la commercialisation d'une version générique du périndopril mise sur le marché par Krka, en raison de la violation du brevet 947. Cette demande a été rejetée en septembre 2006.

**23**Au Royaume-Uni, le 28 juillet 2006, Servier a saisi la High Court of Justice (England & Wales), Chancery Division (patents court) [Haute Cour de justice (Angleterre et pays de Galles), division de la Chancery (chambre des brevets)], d'une action en contrefaçon du brevet 340 à l'encontre de Krka. Le 2 août 2006, il a également introduit une action en contrefaçon du brevet 947 contre Krka ainsi qu'une demande d'injonction provisoire. Le 1er septembre 2006, Krka a introduit une demande reconventionnelle en annulation du brevet 947 et, le 8 septembre 2006, une autre demande reconventionnelle en annulation du brevet 340. Le 3 octobre 2006, la High Court of Justice (England & Wales), Chancery Division (patents court) [Haute Cour de justice (Angleterre et pays de Galles), division de la Chancery (chambre des brevets)], a fait droit à la demande d'injonction provisoire de Servier et a rejeté la demande de procédure sommaire (motion of summary judgment) introduite par Krka le 1er septembre 2006, tendant à l'invalidation du brevet 947. Le 1er décembre 2006, l'instance en cours s'est éteinte à la suite du règlement amiable intervenu entre les parties et l'injonction provisoire a été levée.

d) Litige opposant Servier à Lupin

**24**Le 18 octobre 2006, Lupin a saisi la High Court of Justice (England & Wales), Chancery Division (patents court) [Haute Cour de justice (Angleterre et pays de Galles), division de la Chancery (chambre des brevets)], d'une action en invalidité du brevet 947, tel que validé au Royaume-Uni, et en déclaration de non-contrefaçon dudit brevet par la version générique du périndopril qu'elle entendait commercialiser dans ce pays.

e) Litiges opposant Servier à Apotex

**25**Au Royaume-Uni, Servier a saisi la High Court of Justice (England & Wales), Chancery Division (patents court) [Haute Cour de justice (Angleterre et Pays de Galles), division de la Chancery (chambre des brevets)], d'une action en contrefaçon à l'encontre d'Apotex Inc. le 1er août 2006, en invoquant la violation du brevet 947, cette dernière ayant lancé une version générique du périndopril le 28 juillet 2006. Apotex a formé une demande reconventionnelle en annulation de ce brevet. Une injonction provisoire interdisant à Apotex d'importer, d'offrir à la vente ou de vendre du périndopril a été prononcée le 8 août 2006. Le 6 juillet 2007, la High Court of Justice (England & Wales), Chancery Division (patents court) [Haute Cour de justice (Angleterre et pays de Galles), division de la Chancery (chambre des brevets)], a jugé que le brevet 947 était invalide, en raison de l'absence de nouveauté et d'activité inventive par rapport au brevet 341. L'injonction a,

par conséquent, été immédiatement levée et Apotex a pu reprendre les ventes de sa version générique du périndopril sur le marché du Royaume-Uni. Le 9 mai 2008, la Court of Appeal (England & Wales) (Civil division) [Cour d'appel (Angleterre et pays de Galles) (division civile), Royaume-Uni] a rejeté le recours introduit par Servier contre l'arrêt de la High Court of Justice (England & Wales), Chancery Division (patents court) [Haute Cour de justice (Angleterre et pays de Galles), division de la Chancery (chambre des brevets)].

**26** Le 9 octobre 2008, la High Court of Justice (England & Wales), Chancery Division (patents court) [Haute Cour de justice (Angleterre et pays de Galles), division de la Chancery (chambre des brevets)], a accordé des dommages et intérêts à Apotex pour un montant de 17,5 millions de GBP, en raison de la perte de chiffre d'affaires subie pendant la mise en œuvre de l'injonction. Le 29 mars 2011, la High Court of Justice (England & Wales), Chancery Division (patents court) [Haute Cour de justice (Angleterre et pays de Galles), division de la Chancery (chambre des brevets)], a cependant demandé à Apotex de restituer cette somme à Servier, sur le fondement du principe *ex turpi causa*, un brevet canadien valide protégeant la molécule du périndopril jusqu'en 2018 et Apotex fabricant et vendant son médicament au Canada. La Court of Appeal (England & Wales) (Civil division) [Cour d'appel (Angleterre et pays de Galles) (division civile)] a cependant annulé cette décision par jugement du 3 mai 2012. Le 29 octobre 2014, la Supreme Court of the United Kingdom (Cour suprême du Royaume-Uni) a rejeté le recours introduit par Servier contre l'arrêt de la Court of Appeal (England & Wales) (Civil division) [Cour d'appel (Angleterre et pays de Galles) (division civile)].

**27** Aux Pays-Bas, Katwijk Farma BV, filiale d'Apotex, a saisi le Rechtbank Den Haag (tribunal de district de La Haye) d'une demande d'annulation du brevet 947, tel que validé aux Pays-Bas, le 13 novembre 2007. Servier a déposé une demande d'injonction provisoire à l'encontre de Katwijk Farma le 7 décembre 2007, qui a été rejetée par le Rechtbank Den Haag (tribunal de district de La Haye) le 30 janvier 2008. À la suite de l'annulation du brevet 947 pour les Pays-Bas le 11 juin 2008 par le Rechtbank Den Haag (tribunal de district de La Haye) dans le cadre de l'action introduite par Pharmachemie, Servier et Katwijk Farma se sont retirés des procédures en cours.

D. Sur les règlements amiables des litiges relatifs aux brevets

**28** Servier a conclu une série d'accords de règlement amiable en matière de brevets avec plusieurs sociétés de génériques avec lesquelles il avait des litiges relatifs aux brevets. Il n'a cependant pas conclu de règlement amiable avec Apotex.

1. Accords conclus par Servier avec Niche et Unichem et avec Matrix

**29** Le 8 février 2005, Servier a conclu deux accords de règlement amiable, l'un avec Niche et sa société mère, Unichem Laboratories Ltd (ci-après « Unichem »), et l'autre avec Matrix. Le même jour, Niche a conclu un contrat de licence et de fourniture avec Biogaran, filiale à 100 % des Laboratoires Servier.

**30** L'accord conclu par Servier avec Niche et Unichem (ci-après l'« accord Niche ») couvrait tous les pays dans lesquels les brevets 339, 340, 341 et 947 existaient (article 3).

**31** Par l'accord Niche, Niche et Unichem se sont engagées à s'abstenir de fabriquer, de faire fabriquer, de détenir, d'importer, de fournir, de proposer de fournir ou de disposer de périndopril générique fabriqué selon le procédé mis au point par Niche et que Servier considérait comme violant les brevets 339, 340 et 341, tels que validés au Royaume-Uni, selon un procédé substantiellement similaire ou selon tout autre procédé susceptible de

violer les brevets 339, 340 et 341 (ci-après le « procédé litigieux ») jusqu'à l'expiration locale de ces brevets (article 3). En revanche, l'accord Niche stipulait qu'elles seraient libres de commercialiser le périndopril fabriqué à partir du procédé litigieux sans violer ces brevets, après l'expiration desdits brevets (articles 4 et 6). Niche était, en outre, tenue d'annuler, de résilier ou de suspendre, jusqu'à la date d'expiration des brevets, tous ses contrats déjà conclus relatifs au périndopril fabriqué à partir du procédé litigieux ainsi qu'à des demandes d'AMM de ce périndopril (article 11). Par ailleurs, Niche et Unichem se sont engagées à ne présenter aucune demande d'AMM du périndopril fabriqué à partir du procédé litigieux et à n'aider aucun tiers à obtenir une telle AMM (article 10). Enfin, elles devaient s'abstenir de toute action en invalidité ou en déclaration de non-contrefaçon à l'encontre des brevets 339, 340, 341, 947, 689 et 948 jusqu'à leur expiration, sauf à titre de défense dans le cadre d'une action en contrefaçon de brevet (article 8). Niche a en outre accepté de retirer ses oppositions contre les brevets 947 et 948 devant l'OEB (article 7).

**32** En contrepartie, Servier s'engageait, d'une part, à ne pas introduire d'action en contrefaçon contre Niche ou ses clients et Unichem, fondée sur les brevets 339, 340, 341 et 947, à l'égard de tout acte de contrefaçon alléguée qui serait survenu avant la conclusion de l'accord Niche (article 5), et, d'autre part, à verser à Niche et à Unichem une somme de 11,8 millions de GBP en deux versements (article 13). Cette somme représentait la contrepartie des engagements de Niche et d'Unichem et des « coûts substantiels et responsabilités potentielles qui pourraient être supportées par Niche et Unichem du fait de la cessation de leur programme de développement du périndopril fabriqué selon le procédé [litigieux] ».

**33** De plus, le 8 février 2005, Niche a conclu un contrat de licence et de fourniture avec Biogaran (ci-après l'« accord Biogaran »), relatif au transfert, d'une part, de toutes les informations et données détenues par Niche concernant trois médicaments et nécessaires à l'obtention des AMM et, d'autre part, de son AMM française pour l'un d'eux. En contrepartie, Biogaran devait verser à Niche une somme de 2,5 millions de GBP, non remboursable, même en cas de non-obtention des AMM par Biogaran. Biogaran devait, en outre, commander les produits concernés à Niche après avoir obtenu ses AMM. Dans le cas où les AMM ne seraient pas obtenues dans un délai de 18 mois à compter de la date d'entrée en vigueur de l'accord, celui-ci devait être automatiquement résilié (article 14.4), sans qu'aucune des parties ait droit à une indemnisation (article 14.5).

**34** L'accord conclu par Servier avec Matrix (ci-après l'« accord Matrix ») couvrait tous les pays dans lesquels les brevets 339, 340, 341 et 947 existaient, à l'exception d'un État non membre de l'Espace économique européen (EEE) [section 1, paragraphe 1, sous xiii), de l'accord Matrix].

**35** Par l'accord Matrix, Matrix s'est engagée à s'abstenir de fabriquer, de faire fabriquer, de détenir, d'importer, de fournir, de proposer de fournir ou de disposer de périndopril fabriqué selon le procédé litigieux, jusqu'à l'expiration locale de ces brevets (articles 1er et 2). En revanche, l'accord stipulait que Matrix serait libre de commercialiser le périndopril fabriqué à partir du procédé litigieux sans violer ces brevets, après l'expiration desdits brevets (article 4). Matrix était, en outre, tenue d'annuler, de résilier ou de suspendre, jusqu'à la date d'expiration des brevets, tous ses contrats déjà conclus relatifs au périndopril fabriqué à partir du procédé litigieux ainsi qu'à des demandes d'AMM de ce périndopril, au plus tard le 30 juin 2005 (articles 7 et 8). Par ailleurs, elle s'est engagée

à ne présenter aucune demande d'AMM du périndopril fabriqué à partir du procédé litigieux et à n'aider aucun tiers à obtenir une telle AMM (article 6). Enfin, Matrix devait s'abstenir de toute action en invalidité ou en déclaration de non-contrefaçon à l'encontre des brevets 339, 340, 341, 947, 689 et 948 jusqu'à leur expiration, sauf à titre de défense dans le cadre d'une action en contrefaçon de brevet (article 5).

**36**En contrepartie, Servier s'engageait, d'une part, à ne pas introduire d'action en contrefaçon contre Matrix, fondée sur les brevets 339, 340, 341 et 947, à l'égard de tout acte de contrefaçon allégué qui serait survenu avant la conclusion de l'accord Matrix (article 3), et, d'autre part, à verser à Matrix une somme de 11,8 millions de GBP en deux versements (article 9). Cette somme représentait la contrepartie des engagements de Matrix et des « coûts substantiels et responsabilités potentielles qui pourraient être supportées par Matrix du fait de la cessation de son programme de développement du périndopril fabriqué selon le procédé [litigieux] ».

## 2. Accord conclu par Servier avec Teva

**37**Le 13 juin 2006, Servier a conclu avec Teva un accord de règlement amiable et d'achat exclusif (ci-après l'« accord Teva »). Le périndopril visé par l'accord Teva était le périndopril erbumine (article 1.12).

**38**En vertu des clauses relatives au règlement amiable, Teva s'est engagée à détruire tout périndopril dont elle était propriétaire ou qui était sous son contrôle et qui était destiné à être vendu au Royaume-Uni (article 2.2). Teva devait en outre s'abstenir, au Royaume-Uni, de fabriquer, de faire fabriquer, de détenir, d'importer, de fournir, de proposer de fournir ou de disposer de périndopril générique soit fabriqué conformément au procédé qu'elle avait mis au point et que Servier considérait comme violant les brevets 947 et 339 à 341, tels que validés au Royaume-Uni, soit enfreignant ces brevets jusqu'à la résiliation ou l'expiration de l'accord Teva ou l'expiration desdits brevets (article 2.3). Par ailleurs, Teva s'est engagée à ne pas contester les brevets susmentionnés au Royaume-Uni pendant la durée de l'accord Teva, étant précisé qu'elle n'avait pas l'interdiction de poursuivre une procédure d'opposition contre les brevets litigieux devant l'OEB (article 2.4).

**39**En contrepartie des engagements de Teva, Servier s'engageait à renoncer à toute revendication à l'égard de Teva concernant une éventuelle violation des brevets litigieux au Royaume-Uni antérieure à l'entrée en vigueur de l'accord Teva (article 2.1).

**40**En vertu des clauses relatives à l'obligation d'achat exclusif, Teva s'est engagée à s'approvisionner exclusivement auprès de Servier pour tous ses besoins en périndopril générique destiné à la distribution au Royaume-Uni pendant la durée de l'accord Teva (articles 3.1 et 1.14). En cas de non-approvisionnement par Servier, Teva ne disposait d'aucun droit de recours ou de résiliation, mais du droit au paiement d'une indemnité forfaitaire de 500 000 GBP par mois (articles 1.8 et 3.8.3).

**41**En vertu des stipulations générales de l'accord Teva, ce dernier était conclu pour une durée de trois ans et était renouvelable pour une durée supplémentaire de deux ans (articles 8.1 et 8.2). Par ailleurs, Servier devait verser à Teva, à la signature de l'accord Teva, sur présentation d'une « facture appropriée », une somme de 5 millions de GBP, en tant que « contribution aux dépenses encourues par Teva dans sa préparation à la conclusion du présent accord, y compris et sans restriction les dépenses liées à la résiliation de ses contrats de fourniture existants pour le Royaume-Uni » (article 10).

**42**Le 23 février 2007, Servier et Teva ont conclu un avenant à l'accord Teva (ci-après l'« avenant à l'accord Teva »), confirmant la mise en œuvre effective de l'obligation d'achat exclusif, en arrêtant une date à laquelle Teva pourrait commencer à distribuer le périndopril générique fourni par Servier. Cette date devait soit être fixée unilatéralement par Servier, soit correspondre à la date de révocation ou d'expiration du brevet 947, soit être celle à laquelle Apotex commencerait à distribuer du périndopril générique au Royaume-Uni à la suite de la résolution du litige l'opposant à Servier.

### 3. Accords conclus par Servier avec Krka

**43**Le 27 octobre 2006, Servier a conclu avec Krka un accord de règlement amiable et un accord de licence, complété par un avenant conclu le 2 novembre 2006.

**44**Dans l'accord de règlement amiable conclu avec Krka, il est prévu que le brevet 947 recouvre également les brevets nationaux équivalents (annexe B).

**45**En vertu de l'accord de règlement amiable conclu avec elle, en vigueur jusqu'à l'expiration ou la révocation des brevets 947 ou 340, Krka s'est engagée à renoncer à toute prétention existant à l'encontre du brevet 947 dans le monde entier et du brevet 340 au Royaume-Uni et à ne contester aucun de ces deux brevets à l'avenir dans le monde entier [article I, sous ii)]. De plus, Krka et ses filiales n'étaient pas autorisées à lancer ou à commercialiser une version générique du périndopril violant le brevet 947 pendant la durée de validité de ce dernier et dans le pays où il était encore valable, sauf autorisation expresse de Servier (article V). De même, Krka ne pouvait fournir à aucun tiers une version générique du périndopril violant le brevet 947, sans l'autorisation expresse de Servier (article V, paragraphe 2). En contrepartie, Servier était tenu de se désister des instances en cours dans le monde entier contre Krka fondées sur la contrefaçon des brevets 947 et 340, y compris ses demandes d'injonction provisoire [article I, sous i)].

**46**En vertu de l'accord de licence, conclu avec Krka pour une durée correspondant à la validité du brevet 947 (article 5), Servier a concédé à Krka une licence « exclusive » et irrévocable sur le brevet 947, en vue d'utiliser, de fabriquer, de vendre, de proposer à la vente, de promouvoir et d'importer ses propres produits contenant la forme cristalline alpha de l'erbumine (article 2) en République tchèque, en Lettonie, en Lituanie, en Hongrie, en Pologne, en Slovénie et en Slovaquie (article 1er). En contrepartie, Krka était tenue de verser à Servier une redevance de 3 % du montant net de ses ventes sur l'ensemble de ces territoires (article 3). Servier était autorisé, dans ces mêmes États, à utiliser directement ou indirectement (c'est-à-dire pour une de ses filiales ou pour un seul tiers par pays) le brevet 947 (article 2).

**47**Le 5 janvier 2007, Servier a, en outre, conclu avec Krka un accord de cession et de licence.

**48**En vertu de l'accord de cession et de licence, Krka a transféré deux demandes de brevets à Servier, l'une concernant un procédé de synthèse du périndopril (WO 2005 113500) et l'autre la préparation de formulations de périndopril (WO 2005 094793) (article 1er). La technologie protégée par ces demandes de brevets était utilisée pour la production du périndopril de Krka.

**49**Krka s'est engagée à ne pas contester la validité des brevets qui seraient délivrés sur la base des demandes en cause (article 3).



**50**En contrepartie de cette cession, Servier a versé à Krka un montant de 15 millions d'euros pour chacune des demandes en cause (article 2).

**51**Servier a concédé également à Krka une licence non exclusive, irrévocable, non cessible et exempte de redevances, sans droit de concéder des sous-licences (sinon à ses filiales), sur les demandes ou les brevets qui en résultaient, cette licence n'étant pas limitée dans le temps, dans l'espace ou dans les usages pouvant en être faits (article 4).

#### 4. Accord conclu par Servier avec Lupin

**52**Le 30 janvier 2007, Servier a conclu un accord de règlement amiable avec Lupin (ci-après l'« accord Lupin »).

**53**Les deux parties ont ainsi décidé de mettre fin aux litiges qui les opposaient concernant le périndopril (articles 1.1, 1.2 et 1.4).

**54**De plus, Lupin s'est engagée à ne pas tenter, directement ou indirectement, ni à aider ou à charger un tiers, de faire révoquer, invalider ou contester le brevet 947 ou tout brevet détenu par Servier ou ses filiales protégeant le périndopril, dans tout pays, à l'exception d'un État non membre de l'EEE (article 1.3). Lupin et ses filiales devaient, en outre, s'abstenir de vendre ou de proposer à la vente tout produit pharmaceutique contenant, comme IPA, du « périndopril[-]erbumine [...] et tout sel de celui-ci », dans tout pays, à l'exception d'un État non membre de l'EEE (article 1.6). Lupin était cependant autorisée à commercialiser des produits fournis par Servier ou son propre périndopril dans les pays où une version générique du périndopril autorisée par Servier était sur le marché ou en cas d'expiration de tous les brevets pertinents de Servier ou dans les pays dans lesquels un tiers avait mis sur le marché une version générique du périndopril et dans lesquels Servier n'avait introduit aucune demande d'injonction tendant à l'interdiction de sa vente (articles 1.6 et 4.1).

**55**Par ailleurs, Servier et Lupin ont également conclu, dans le cadre de l'accord Lupin, un accord de cession de droits de propriété intellectuelle et un accord de licence.

**56**En effet, Servier a acquis trois demandes de brevets de procédé de périndopril déposées par Lupin :

- la demande W0 2004/075889 (EP1603558 B1), concernant un nouveau procédé de préparation du périndopril et de sels de celui-ci, pour 20 millions d'euros ;
- la demande W0 2006/097941 (EP1861367 A), concernant un nouveau procédé amélioré de purification du périndopril, pour 10 millions d'euros ;
- la demande W0 2005/037788 (EP1675827 A 1), concernant un nouveau procédé de préparation du périndopril « erbumine cristalline », pour 10 millions d'euros.

**57**Servier a également concédé à Lupin une licence non exclusive, non transférable, qui ne pouvait faire l'objet d'une sous-licence, gratuite, permanente et irrévocable sur ces trois demandes de brevets, aux fins de fabrication de périndopril dans les pays couverts par les demandes en cause (article 3.1).

**58**L'accord Lupin prévoyait, enfin, la conclusion d'un contrat de fourniture entre les parties dans un délai de quatre semaines, qui n'a cependant pas été conclu.

#### E. Sur l'acquisition de technologies habilitantes

**59**Le 3 septembre 2001, les requérantes ont conclu avec Rolabo, SL un accord sur la vente d'une demande de brevet déposée par cette dernière le 24 juillet 2001, portant sur

un IPA de périndopril et sur un dossier chimique pour l'IPA de périndopril, pour un montant de 10 millions de dollars des États-Unis (USD).

**60**Le 9 novembre 2004, les requérantes ont conclu avec Azad Pharmaceutical Ingredients AG (ci-après « Azad ») un accord de cession d'une demande de brevet déposée par cette dernière pour deux nouvelles formes polymorphes de périndopril, delta et epsilon, et du savoir-faire correspondant pour le monde entier, pour une somme de 13 374 243 euros.

**61**Le 15 octobre 2007, les requérantes ont conclu un protocole d'accord avec Sandoz AG prévoyant qu'elles procéderaient à l'acquisition de la technologie d'IPA de périndopril développée par Sandoz, si cette technologie s'avérait être libre de brevets et une source de concurrence viable au niveau industriel, pour un montant pouvant excéder 50 millions de USD. Les négociations se sont poursuivies jusqu'en juillet 2008, mais aucun accord n'a finalement été conclu.

#### F. Sur l'enquête sectorielle

**62**Le 15 janvier 2008, la Commission des Communautés européennes a décidé d'ouvrir une enquête sur le secteur pharmaceutique sur le fondement des dispositions de l'article 17 du règlement (CE) no 1/2003 du Conseil, du 16 décembre 2002, relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles [101] et [102 TFUE] (JO 2003, L 1, p. 1), dans le but d'identifier, d'une part, les causes du recul de l'innovation dans ledit secteur, mesurée par le nombre de nouveaux médicaments entrant sur le marché, et, d'autre part, les raisons de l'entrée tardive sur le marché de certains médicaments génériques.

**63**La Commission a publié un rapport préliminaire sur les résultats de son enquête le 28 novembre 2008, suivi d'une consultation publique. Le 8 juillet 2009, elle a adopté une communication ayant pour objet la synthèse de son rapport d'enquête sur le secteur pharmaceutique. La Commission a notamment indiqué, dans cette communication, qu'il convenait de continuer à surveiller les règlements amiables des litiges en matière de brevets conclus entre les sociétés de princeps et les sociétés de génériques, afin de mieux comprendre l'usage qui était fait de ces accords et d'identifier les accords retardant l'entrée des médicaments génériques sur le marché au détriment des consommateurs de l'Union et pouvant être constitutifs d'infractions aux règles de concurrence. La Commission a, ensuite, rendu six rapports annuels relatifs à la surveillance des accords de règlement amiable liés aux brevets.

#### G. Sur la procédure administrative et la décision attaquée

**64**Le 24 novembre 2008, la Commission a procédé à des inspections inopinées, notamment dans les locaux de Servier. La Commission a adressé des demandes de renseignements à plusieurs sociétés, dont Servier, en janvier 2009. Le 2 juillet 2009, la Commission a adopté une décision d'ouverture de la procédure.

**65**En août 2009, puis de décembre 2009 à mai 2012, la Commission a adressé de nouvelles demandes de renseignements à Servier. Celui-ci ayant refusé de répondre à certaines parties des demandes de renseignements des 7 février et 11 avril 2011 relatives à l'accord Biogaran, la Commission a adopté une décision fondée sur les dispositions de l'article 18, paragraphe 3, du règlement no 1/2003. Servier a fourni les informations demandées le 7 novembre 2011.

**66**De 2009 à 2012, Servier a été invité à participer à plusieurs réunions-bilans.

**67**Le 27 juillet 2012, la Commission a adopté une communication des griefs, adressée à plusieurs sociétés, dont Servier, qui y a répondu le 14 janvier 2013.

**68**À la suite de l'audition des sociétés concernées les 15, 16, 17 et 18 avril 2013, de nouvelles réunions-bilans ont été organisées et de nouvelles demandes de renseignements ont été envoyées à Servier.

**69**Le 18 décembre 2013, la Commission a donné à Servier l'accès aux éléments de preuve recueillis ou divulgués plus largement après la communication des griefs et a envoyé un exposé des faits, auquel Servier a répondu le 31 janvier 2014. Le conseiller-auditeur a présenté son rapport final le 7 juillet 2014.

**70**Le 9 juillet 2014, la Commission a adopté la décision C(2014) 4955 final, relative à une procédure d'application des articles 101 et 102 TFUE [affaire AT.39612 – Périndopril (Servier)] (ci-après la « décision attaquée »), qui a été notifiée aux requérantes le 11 juillet 2014.

**71**La Commission a considéré que les requérantes avaient enfreint, d'une part, l'article 101 TFUE, en participant à cinq accords de règlement amiable en matière de brevets contre paiement inversé (articles 1 à 5 de la décision attaquée), et, d'autre part, l'article 102 TFUE, en élaborant et en mettant en œuvre, au moyen d'une acquisition de technologie et de ces cinq accords de règlement amiable, une stratégie d'exclusion couvrant le marché des formulations de périndopril en France, aux Pays-Bas, en Pologne et au Royaume-Uni et le marché de la technologie d'IPA de périndopril (article 6 de la décision attaquée).

**72**Pour les infractions à l'article 101 TFUE, la Commission a infligé les amendes suivantes aux requérantes, pour un montant total de 289 727 200 euros (article 7, paragraphes 1 à 5, de la décision attaquée) :

- au titre de l'accord Niche : 131 532 600 euros, conjointement et solidairement avec Biogaran, ;
- au titre de l'accord Matrix : 79 121 700 euros ;
- au titre de l'accord Teva : 4 309 000 euros ;
- au titre des accords conclus avec Krka : 37 661 800 euros ;
- au titre de l'accord Lupin : 37 102 100 euros.

**73**Pour l'infraction à l'article 102 TFUE, la Commission a infligé aux requérantes une amende de 41 270 000 euros (article 7, paragraphe 6, de la décision attaquée).

## II. Procédure et conclusions des parties

**74**Par requête déposée au greffe du Tribunal le 21 septembre 2014, les requérantes ont introduit le présent recours.

**75**Les requérantes concluent à ce qu'il plaise au Tribunal :

- annuler en tout ou partie les articles 1er à 8 de la décision attaquée en tant qu'ils les concernent ;
- à titre subsidiaire, annuler les amendes qui leur ont été imposées ou réduire très substantiellement leur montant ;
- leur accorder le bénéfice de toute annulation, en tout ou partie, de la décision attaquée dans les recours formés par Biogaran et par les autres destinataires de cette décision ;
- condamner la Commission aux dépens.

**76**La Commission conclut à ce qu'il plaise au Tribunal :

- rejeter le recours ;
- condamner les requérantes aux dépens.

**77**Par acte introduit le 2 février 2015, l'European Federation of Pharmaceutical Industries and Associations (EFPIA) (ci-après l'« EFPIA » ou l'« intervenante ») a demandé à intervenir au litige au soutien des conclusions des requérantes.

**78**Les requérantes et la Commission ont demandé le traitement confidentiel, à l'égard de l'EFPIA, de certains éléments contenus dans la requête, dans le mémoire en défense, dans la réplique, dans la duplique, dans la réponse à certaines mesures d'organisation de la procédure, dans les observations relatives à ces réponses et dans les observations des requérantes sur le mémoire en intervention.

**79**Par ordonnance du président de la deuxième chambre du Tribunal du 14 octobre 2015, l'EFPIA a été admise à intervenir dans la présente procédure au soutien des conclusions des requérantes. En l'absence de contestation des demandes de traitement confidentiel par l'EFPIA, le Tribunal n'a pas statué sur leur bien-fondé.

**80**L'intervenante conclut à ce qu'il plaise au Tribunal :

- annuler la décision attaquée dans la mesure où elle concerne les requérantes ;
- condamner la Commission aux dépens exposés par l'intervenante.

**81**Dans le cadre de mesures d'organisation de la procédure prévues à l'article 89, paragraphe 3, sous a) et d), du règlement de procédure du Tribunal, la Commission a été invitée à répondre par écrit à des questions ainsi qu'à produire des documents relatifs, en particulier, à la consultation du comité consultatif en matière d'ententes et de positions dominantes, au calcul du montant de l'amende et aux données relatives aux accords conclus avec Krka rendus confidentiels dans la décision attaquée. Elle a transmis ses réponses dans les délais qui lui étaient impartis.

**82**La composition des chambres du Tribunal ayant été modifiée, le juge rapporteur a été affecté à la neuvième chambre, à laquelle la présente affaire a, par conséquent, été attribuée.

**83**Sur proposition de la neuvième chambre, le Tribunal a décidé, en application de l'article 28 du règlement de procédure, de renvoyer l'affaire devant une formation de jugement élargie.

**84**Sur proposition du juge rapporteur, le Tribunal a décidé d'ouvrir la phase orale de la procédure et, dans le cadre des mesures d'organisation de la procédure prévues à l'article 89, paragraphe 3, sous a), du règlement de procédure, a posé aux parties des questions écrites, en les invitant à y répondre lors de l'audience.

**85**Le 24 février 2017, les parties ont été conviées par le Tribunal à assister à une réunion informelle, au titre de l'article 89, paragraphe 3, sous e), du règlement de procédure, devant le président de la neuvième chambre élargie du Tribunal et juge rapporteur, en vue d'évoquer les modalités du déroulement de l'audience ainsi que le traitement confidentiel de certaines données. Les requérantes et la Commission ont assisté à cette réunion, qui s'est tenue au Tribunal le 3 mai 2017.

**86**Les parties ont été entendues en leurs plaidoiries et en leurs réponses aux questions écrites et orales posées par le Tribunal lors de l'audience qui s'est tenue du 6 au 9 juin 2017.

### III. En droit

#### A. Sur la recevabilité

##### 1. Sur la recevabilité du troisième chef de conclusions

###### a) Arguments des parties

**87** Les requérantes demandent à bénéficier d'une éventuelle annulation obtenue par d'autres destinataires de la décision attaquée sur le fondement des moyens soulevés par ceux-ci, afin d'éviter tout traitement différencié de situations juridiquement et factuellement identiques. Dans la requête, elles se sont référées, en particulier, au recours introduit par Biogaran et ont sollicité le bénéfice de toute annulation de la décision attaquée ou de toute réduction du montant de l'amende qui lui avait été infligée que celle-ci pourrait obtenir dans ce cadre. Lors de l'audience, les requérantes ont précisé que, dans l'hypothèse où le Tribunal déciderait d'accueillir les recours dans les affaires relatives à l'accord Niche et à l'accord Matrix (ci-après, pris ensemble, les « accords Niche et Matrix ») sur le fondement des preuves et des documents figurant au dossier de ces seules affaires, le Tribunal devrait ordonner le versement au présent dossier de ces mêmes éléments.

**88** La Commission n'a réagi à ces demandes ni dans le mémoire en défense ni dans la duplique. Invitée à prendre position sur lesdites demandes lors de l'audience, la Commission a conclu à ce qu'elles soient déclarées irrecevables et, en tout état de cause, non fondées.

###### b) Appréciation du Tribunal

**89** Selon une jurisprudence constante, les conditions de recevabilité des recours sont des fins de non-recevoir d'ordre public que le juge de l'Union peut et doit soulever d'office, le cas échéant (arrêts du 21 mars 2002, *Joynson/Commission*, T 231/99, EU:T:2002:84, point 154, et du 14 décembre 2005, *Honeywell/Commission*, T 209/01, EU:T:2005:455, point 53). Par conséquent, même si la Commission n'a pas contesté dans ses écritures, mais seulement lors de l'audience en réponse à une question du Tribunal, la recevabilité du troisième chef de conclusions des requérantes, il appartient au Tribunal d'examiner d'office sa recevabilité.

**90** En vertu de l'article 21, premier alinéa, du statut de la Cour de justice de l'Union européenne, applicable à la procédure devant le Tribunal en application de l'article 53, premier alinéa, du même statut, et de l'article 44, paragraphe 1, sous c) et d), du règlement de procédure du Tribunal du 2 mai 1991, applicable au moment de l'introduction du recours, toute requête doit indiquer l'objet du litige, les conclusions et un exposé sommaire des moyens invoqués. L'objectif poursuivi par cette exigence est d'obtenir des indications suffisamment claires et précises pour permettre à la partie défenderesse de se défendre utilement et au juge de l'Union d'exercer son contrôle juridictionnel, le cas échéant sans autre information à l'appui (arrêts du 29 juin 1995, *ICI/Commission*, T 37/91, EU:T:1995:119, point 42 ; du 24 février 2000, *ADT Projekt/Commission*, T 145/98, EU:T:2000:54, point 66, et du 16 mars 2004, *Danske Busvognmænd/Commission*, T 157/01, EU:T:2004:76, point 45). Ainsi, comme la Commission l'a fait valoir lors de l'audience, un renvoi général, dans une requête, aux moyens et aux arguments invoqués au soutien d'un recours formé dans le cadre d'une affaire connexe ne répond pas à cette exigence (arrêt du 24 mars 2011, *Legris Industries/Commission*, T 376/06, non publié, EU:T:2011:107, point 32).

**91**Toutefois, il convient de relever que le juge de l'Union a pu accepter que des moyens non exposés expressément dans la requête puissent être considérés comme valablement soulevés du fait d'un renvoi aux moyens soulevés dans une autre affaire dans le cas où la partie requérante avait renvoyé à ses propres écrits dans une autre affaire (voir arrêt du 14 décembre 2005, *Honeywell/Commission*, [T 209/01](#), EU:T:2005:455, points 61 et 62 et jurisprudence citée). Ces cas recouvraient des situations dans lesquelles les parties étaient identiques, tout comme les agents et les avocats les représentant. À l'inverse, le Tribunal considère qu'admettre la recevabilité de moyens non exposés de manière expresse dans la requête au motif qu'ils ont été soulevés par un tiers dans une autre affaire, à laquelle il serait renvoyé dans la requête, permettrait le contournement des exigences impératives de l'article 21 du statut de la Cour de justice de l'Union européenne et de l'article 44, paragraphe 1, du règlement de procédure du Tribunal du 2 mai 1991 (voir, en ce sens, arrêts du 14 décembre 2005, *Honeywell/Commission*, [T 209/01](#), EU:T:2005:455, points 63 et 64 ; du 27 septembre 2012, *Dura Vermeer Infra/Commission*, [T 352/06](#), non publié, EU:T:2012:483, points 25 et 26 ; du 27 septembre 2012, *Koninklijke BAM Groep/Commission*, [T 355/06](#), non publié, EU:T:2012:486, points 26 et 27, et du 27 septembre 2012, *Heijmans/Commission*, [T 360/06](#), non publié, EU:T:2012:490, points 25 et 26). Il convient enfin de rappeler que chaque partie est seule responsable du contenu des actes de procédure qu'elle dépose, règle consacrée, notamment, à l'article 43, paragraphe 1, du règlement de procédure du 2 mai 1991 (voir, en ce sens, arrêts du 29 juin 1995, *ICI/Commission*, [T 37/91](#), EU:T:1995:119, point 46, et du 14 décembre 2005, *Honeywell/Commission*, [T 209/01](#), EU:T:2005:455, point 66). Or, en l'espèce, il est constant que les requérantes souhaitent se prévaloir d'une éventuelle annulation obtenue par des tiers et qu'il n'y a, par conséquent, ni identité des parties ni identité de leurs représentants.

**92**Par ailleurs, il convient de rappeler qu'une décision adoptée en matière de concurrence à l'égard de plusieurs entreprises, bien que rédigée et publiée sous la forme d'une seule décision, doit s'analyser comme un faisceau de décisions individuelles constatant à l'égard de chacune des entreprises destinataires la ou les infractions retenues à sa charge et lui infligeant, le cas échéant, une amende (voir, en ce sens, arrêts du 14 septembre 1999, *Commission/AssiDomän Kraft Products e.a.*, [C 310/97 P](#), EU:C:1999:407, point 49, et du 15 octobre 2002, *Limburgse Vinyl Maatschappij e.a./Commission*, [C 238/99 P](#), [C 244/99 P](#), [C 245/99 P](#), [C 247/99 P](#), [C 250/99 P](#) à [C 252/99 P](#) et [C 254/99 P](#), EU:C:2002:582, point 100). La Cour a jugé que, si un destinataire d'une décision décidait d'introduire un recours en annulation, le juge de l'Union n'était saisi que des éléments de la décision le concernant, tandis que ceux concernant d'autres destinataires n'entraient pas dans l'objet du litige que le juge de l'Union était appelé à trancher (arrêts du 14 septembre 1999, *Commission/AssiDomän Kraft Products e.a.*, [C 310/97 P](#), EU:C:1999:407, point 53 ; du 29 mars 2011, *ArcelorMittal Luxembourg/Commission* et *Commission/ArcelorMittal Luxembourg e.a.*, [C 201/09 P](#) et [C 216/09 P](#), EU:C:2011:190, point 142, et du 11 juillet 2013, *Team Relocations e.a./Commission*, [C 444/11 P](#), non publié, EU:C:2013:464, point 66). Par conséquent, la Cour considère que, en principe, l'autorité d'un motif d'un arrêt d'annulation ne peut s'appliquer au sort de personnes qui n'étaient pas parties au procès et à l'égard desquelles l'arrêt ne peut dès lors avoir décidé quoi que ce soit (arrêt du 14 septembre 1999, *Commission/AssiDomän Kraft Products e.a.*, [C 310/97 P](#), EU:C:1999:407, point 55). Ainsi, l'annulation d'une décision individuelle a un effet erga omnes et s'impose à tous, mais elle ne bénéficie pas à tous, à la différence de l'annulation

d'un acte de portée générale (voir arrêt du 15 juillet 2015, Emesa-Trefilería et Industrias Galycas/Commission, T 406/10, EU:T:2015:499, point 126 et jurisprudence citée).

**93**Néanmoins, la Cour a introduit un tempérament à ce principe dans l'arrêt du 22 janvier 2013, Commission/Tomkins (C 286/11 P, EU:C:2013:29, points 43 à 49), dans lequel elle a estimé que, dans la mesure où la responsabilité de la société mère était dérivée uniquement de celle de sa filiale et où la société mère et sa filiale avaient introduit des recours parallèles dont l'objet était le même, le Tribunal n'avait pas statué ultra petita en tenant compte du résultat du recours introduit par la filiale pour annuler la décision litigieuse pour la période en cause en ce qui concerne la société mère, alors même que celle-ci n'avait pas contesté l'existence de l'infraction pour l'intégralité de la période contestée par sa filiale. La Cour a toutefois considéré nécessaire, pour pouvoir appliquer une telle solution à l'amende infligée à une société mère dont la responsabilité est uniquement dérivée de celle de sa filiale, que des circonstances particulières soient réunies, et notamment que les deux sociétés aient soulevé des moyens « ayant le même objet » et que la société mère requérante fasse valoir de telles circonstances (voir, en ce sens, arrêt du 11 juillet 2013, Team Relocation/Commission, C 444/11 P, non publié, EU:C:2013:464, point 66).

**94**La Cour n'a cependant pas défini cette notion de « même objet » et a fait évoluer sa position sur la question de savoir si des circonstances particulières telles que celles en cause dans l'arrêt du 22 janvier 2013, Commission/Tomkins (C 286/11 P, EU:C:2013:29), étaient d'ordre public et devaient être soulevées d'office par le juge. Elle a ainsi tout d'abord appliqué cette solution lorsque les deux sociétés avaient contesté la durée de l'infraction et qu'au moins une partie de la période contestée était identique (arrêt du 22 janvier 2013, Commission/Tomkins, C 286/11 P, EU:C:2013:29, points 43 et 44). Elle a cependant également validé un arrêt du Tribunal ayant procédé de cette manière lorsque la filiale avait obtenu une réduction du montant de l'amende qui lui avait été infligée, sur le fondement d'une mauvaise prise en compte de sa coopération au titre de la clémence, en considérant que, en l'espèce, la société mère avait conclu, à titre subsidiaire, à la réduction du montant de l'amende infligée à sa filiale et solidairement à elle-même et que certains de ses moyens « avaient notamment pour objet de justifier l'octroi d'une telle réduction » (arrêt du 26 septembre 2013, Alliance One International/Commission, C 679/11 P, non publié, EU:C:2013:606, points 103 à 107). Enfin, dans un arrêt du 17 septembre 2015, Total/Commission (C 597/13 P, EU:C:2015:613, points 31 à 42), la Cour a censuré un arrêt du Tribunal n'ayant pas tenu compte, dans l'arrêt relatif à la société mère, d'une réduction du montant de l'amende accordée à sa filiale dans un autre arrêt rendu le même jour, en raison de la méthode utilisée par la Commission lors du calcul du montant de l'amende pour définir le multiplicateur correspondant à la durée de l'infraction. La société mère n'avait cependant ni soulevé un tel moyen (elle avait, en revanche, contesté la durée de l'infraction) ni demandé au Tribunal de pouvoir bénéficier d'une réduction du montant de l'amende qui lui avait été infligée, si sa filiale obtenait une telle réduction.

**95**En l'espèce, Biogaran, filiale de Servier, a également introduit un recours [affaire ayant donné lieu à l'arrêt de ce jour, Biogaran/Commission (T 677/14)] contre les articles 1er, 7 et 8 de la décision attaquée. Néanmoins, ainsi que la Commission l'a rappelé lors de l'audience, les circonstances de l'espèce diffèrent de celles ayant prévalu dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt du 22 janvier 2013, Commission/Tomkins (C 286/11 P,

EU:C:2013:29), et dans la jurisprudence postérieure, notamment en ce que la responsabilité des requérantes n'est pas uniquement dérivée de celle de leur filiale Biogaran (considérants 3006 à 3013 de la décision attaquée). En outre, en tout état de cause, le recours introduit par Biogaran dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt de ce jour, Biogaran/Commission (T 677/14), étant rejeté par cet arrêt, la demande des requérantes de pouvoir bénéficier d'une annulation prononcée au profit de Biogaran ne peut prospérer.

**96** Les requérantes font également valoir qu'elles devraient pouvoir bénéficier d'une éventuelle annulation obtenue par un autre destinataire de la décision attaquée « pour éviter tout traitement différencié de situations juridiquement et factuellement identiques ». Tant le principe d'égalité de traitement qu'un « devoir général de cohérence » commanderaient l'application de cette approche.

**97** Il convient de rappeler, à cet égard, que le principe d'égalité constitue un principe général du droit de l'Union, consacré par les articles 20 et 21 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, qui exige que des situations comparables ne soient pas traitées de manière différente et que des situations différentes ne soient pas traitées de manière égale, à moins qu'un tel traitement ne soit objectivement justifié (voir arrêt du 14 septembre 2010, Akzo Nobel Chemicals et Akros Chemicals/Commission e.a., C 550/07 P, EU:C:2010:512, points 54 et 55 et jurisprudence citée). Or, une décision adoptée en matière de concurrence à l'égard de plusieurs entreprises, bien que rédigée et publiée sous la forme d'une seule décision, doit s'analyser comme un faisceau de décisions individuelles constatant à l'égard de chacune des entreprises destinataires la ou les infractions retenues à sa charge et lui infligeant, le cas échéant, une amende (voir point 92 ci-dessus). Ces entreprises se trouvent donc, a priori, et sauf exception, dans des situations différentes. Par conséquent, le principe d'égalité ne permet pas au juge de l'Union de déroger aux règles procédurales gouvernant la recevabilité des conclusions en faisant bénéficier une entreprise destinataire d'une décision en droit de la concurrence d'une annulation par une autre destinataire de ladite décision sur le fondement de moyens soulevés uniquement par cette dernière.

**98** En outre, l'obligation pour le Tribunal de motiver ses arrêts ne saurait s'étendre jusqu'à lui imposer de justifier la solution retenue dans une affaire par rapport à celle retenue dans une autre affaire dont il a été saisi, quand bien même elle concernerait la même décision (voir, en ce sens, arrêt du 11 juillet 2013, Team Relocation/Commission, C 444/11 P, non publié, EU:C:2013:464, point 66).

**99** Il résulte de ce qui précède que le troisième chef de conclusions des requérantes tendant à bénéficier d'une éventuelle annulation obtenue par d'autres destinataires de la décision attaquée sur le fondement des moyens soulevés par ceux-ci est irrecevable. À supposer que ce chef de conclusions soit recevable, il doit, au demeurant, être rejeté comme non fondé, dès lors que les requérantes ne peuvent valablement invoquer, à leur profit, ainsi qu'il ressort des points 92 à 98 ci-dessus, une solution rendue au profit des autres destinataires de la décision attaquée.

## 2. Sur la recevabilité de certaines annexes de la requête

### a) Arguments des parties

**100** La Commission soutient que les annexes A 2 (avis de Sir F. Jacobs) et A 3 (avis de Mme F. Macken) de la requête sont irrecevables, dès lors qu'elles auraient été utilisées par les requérantes pour faire valoir et approfondir des points de droit de l'Union, alors



que la jurisprudence ne leur accorde qu'une fonction purement probatoire et instrumentale. À titre subsidiaire, la Commission estime que ces annexes sont également irrecevables en ce qu'un renvoi global à d'autres écrits, même annexés à la requête, ne peut pallier des éléments essentiels de l'argumentation en droit qui doivent figurer dans la requête elle-même. Enfin, à titre infiniment subsidiaire, la Commission considère que la valeur probante de ces annexes est limitée, compte tenu des circonstances de l'élaboration de ces documents.

**101** Les requérantes soutiennent que ces annexes sont recevables, dès lors qu'elles constituent des avis juridiques portant sur le droit de l'Union et que les conditions posées par la jurisprudence pour considérer que des avis figurant en annexe à la requête sont recevables sont réunies en l'espèce. Ainsi, d'une part, elles estiment avoir suffisamment identifié, dans la requête, les passages essentiels de ces avis, en les rattachant aux moyens pertinents et en les y reproduisant, et, d'autre part, elles considèrent que les éléments essentiels de l'argumentation figurent dans la requête. Par ailleurs, elles soulignent le caractère probant des avis figurant dans ces annexes, émanant de personnalités reconnues pour leur expertise ou leur expérience en droit de l'Union.

#### b) Appréciation du Tribunal

**102** À titre principal, la Commission soutient que les annexes A 2 et A 3 de la requête sont irrecevables en vertu du principe *iura novit curia*. Les annexes, qui ont une fonction uniquement probatoire et instrumentale, ne pourraient, en effet, pas être utilisées pour faire valoir ou approfondir un point de droit de l'Union, qui ne relèverait que de la seule expertise du Tribunal. Elle se prévaut des arrêts du 5 juillet 2011, *Edwin/OHMI* (C 263/09 P, EU:C:2011:452, point 53), et du 20 mars 2013, *El Corte Inglés/OHMI – Chez Gerard (CLUB GOURMET)* (T 571/11, EU:T:2013:145, point 35), aux termes desquels le principe *iura novit curia* s'applique au seul droit de l'Union et non au droit national. Il convient de rappeler que ce principe signifie que la détermination du sens de la loi relève uniquement du juge et non des parties. La jurisprudence a fait application de ce principe afin de souligner que, tout en ne devant statuer que sur la demande des parties, auxquelles il appartient de délimiter le cadre du litige, le juge ne saurait être tenu par les seuls arguments invoqués par celles-ci au soutien de leurs prétentions, sauf à se voir contraint, le cas échéant, de fonder sa décision sur des considérations juridiques erronées (ordonnances du 27 septembre 2004, *UER/M6 e.a.*, C 470/02 P, non publiée, EU:C:2004:565, point 69 ; du 13 juin 2006, *Mancini/Commission*, C 172/05 P, EU:C:2006:393, point 41 ; arrêts du 21 septembre 2010, *Suède e.a./API et Commission*, C 514/07 P, C 528/07 P et C 532/07 P, EU:C:2010:541, point 65, et du 8 juillet 2010, *Commission/Putterie-De-Beukelaer*, T 160/08 P, EU:T:2010:294, point 65). De même, en vertu de ce principe, la détermination du sens de la loi ne relève pas du champ d'application d'un principe de libre disposition du litige entre les mains des parties et le juge de l'Union n'est donc pas tenu de divulguer aux parties l'interprétation qu'il entend retenir afin de leur permettre de prendre position à ce sujet (voir arrêt du 5 octobre 2009, *Commission/Roodhuijzen*, T 58/08 P, EU:T:2009:385, point 36 et jurisprudence citée), sous réserve du respect par le juge de l'obligation de permettre aux parties d'avoir connaissance et de débattre contradictoirement tant des éléments de fait que des éléments de droit qui sont décisifs pour l'issue de la procédure (arrêt du 2 décembre 2009, *Commission/Irlande e.a.*, C 89/08 P, EU:C:2009:742, point 56). Ce principe ne

saurait cependant signifier que des annexes de la requête relatives à l'interprétation du droit de l'Union soient irrecevables.

**103**L'irrecevabilité soulevée par la Commission semble, en outre, motivée par le fait que les deux annexes en cause comportent des avis rendus au profit des requérantes par Sir Jacobs et Mme Macken, en qualité d'avocats, mais dont la qualité d'anciens membres de la Cour de justice de l'Union européenne est notoire, et que les requérantes se prévalent de cette dernière qualité. Interrogée, lors de l'audience, sur le point de savoir si, à travers la contestation de la recevabilité des avis juridiques ainsi émis, la Commission entendait invoquer la méconnaissance, par ces anciens membres de la Cour, des obligations découlant pour eux du code de conduite des membres de la Cour de justice de l'Union européenne (JO 2007, C 223, p. 1), notamment de l'article 6 de ce code de conduite, relatif à l'engagement des membres après cessation de leurs fonctions, la Commission a répondu que tel n'était pas son intention. Le Tribunal en a pris acte au procès-verbal d'audience.

**104**À titre subsidiaire, la Commission fait valoir que, selon la jurisprudence, un avis juridique annexé à une requête n'est recevable que pour étayer et compléter les éléments essentiels qui doivent figurer dans la requête, à la condition que les passages pertinents des pièces annexées soient identifiés et référencés dans la requête. Or, en l'espèce, s'agissant de certains moyens, les textes et les arguments figurant dans les annexes A 2 et A 3 de la requête contiendraient l'essentiel, voire la totalité, de l'argumentation des requérantes.

**105**Il convient de rappeler, à cet égard, que, selon la jurisprudence figurant au point 90 ci-dessus, en vertu de l'article 21 du statut de la Cour de justice de l'Union européenne et de l'article 44, paragraphe 1, sous c), du règlement de procédure du Tribunal du 2 mai 1991, applicable au moment de l'introduction du recours, toute requête doit indiquer l'objet du litige et l'exposé sommaire des moyens invoqués et qu'il faut, pour qu'un recours soit recevable, que les éléments essentiels de fait et de droit sur lesquels celui-ci se fonde ressortent, à tout le moins sommairement, mais d'une façon cohérente et compréhensible, du texte de la requête elle-même.

**106**Si le corps de la requête peut être étayé et complété, sur des points spécifiques, par des renvois à des passages déterminés de pièces qui y sont annexées, un renvoi global à d'autres écrits, même annexés à la requête, ne saurait pallier l'absence des éléments essentiels de l'argumentation en droit qui, en vertu des dispositions rappelées ci-dessus, doivent figurer dans la requête. En outre, il n'appartient pas au Tribunal de rechercher et d'identifier, dans les annexes, les moyens et les arguments qu'il pourrait considérer comme constituant le fondement du recours, les annexes ayant une fonction purement probatoire et instrumentale (voir arrêt du 17 septembre 2007, Microsoft/Commission, T 201/04, EU:T:2007:289, point 94 et jurisprudence citée). Par conséquent, en l'espèce, le Tribunal ne peut prendre en considération les annexes A 2 et A 3 de la requête que dans la mesure où elles étayaient ou complètent des moyens ou des arguments expressément invoqués par les requérantes dans le corps de la requête et où il est possible pour le Tribunal de déterminer avec précision quels sont les éléments qu'elles contiennent qui étayaient ou complètent lesdits moyens ou arguments (arrêt du 17 septembre 2007, Microsoft/Commission, T 201/04, EU:T:2007:289, point 99).

**107**S'agissant plus particulièrement de l'annexe A 2 de la requête, il y a lieu de constater, contrairement à ce que soutient la Commission, que l'essentiel de l'argumentation des

requérantes figure bien dans le corps de la requête et que les éléments exposés dans cette annexe ne font qu'étayer et compléter, sur des points spécifiques, des moyens et des arguments figurant dans le corps de la requête et qu'il est aisé, pour le Tribunal, d'identifier.

**108** Ainsi, s'agissant du point 103 de la requête, les requérantes y ont constaté que la décision attaquée reconnaissait que les règlements amiables de contentieux de brevet entre concurrents avaient en général un objectif légitime et que certains États membres encourageaient l'accès aux règlements amiables. Au point 24 de l'annexe A 2 de la requête, auquel renvoie le point 103 de la requête, il est, de même, indiqué que le règlement à l'amiable des litiges présente un intérêt public important, que de nombreux systèmes juridiques nationaux encouragent, voire imposent, la recherche d'un règlement amiable avant de pouvoir introduire un recours en justice et que la décision attaquée, en ce qu'elle constitue une restriction au droit de régler un litige à l'amiable, irait à l'encontre de cette politique et aurait pour effet d'imposer des dépenses inutiles aux parties et aux juridictions. Les requérantes ayant ainsi avancé, au point 24 de l'annexe A 2 de la requête, des arguments qui se bornent à étayer et à compléter les éléments expressément invoqués dans le corps de la requête, ceux-ci sont recevables.

**109** S'agissant des points 29 et 818 de la requête, au sujet desquels la Commission fait valoir que les requérantes se seraient bornées à renvoyer à l'avis de Sir Jacobs, il convient de relever que les requérantes ont exposé de manière détaillée aux points 816 à 822 de la requête les motifs pour lesquels la Commission ne pouvait pas, selon elles, leur imposer une amende en raison du caractère inédit et imprévisible de la position retenue par cette dernière et que les points 70 et 76 de l'annexe A 2 de la requête ne comportent pas d'arguments ou de développements nouveaux à cet égard.

**110** S'agissant du point 147 de la requête, dans lequel les requérantes indiquent que l'approche qu'elles proposent de retenir afin d'identifier les accords de règlement amiable contraires aux dispositions de l'article 101 TFUE serait cohérente avec la position retenue par l'arrêt de la Supreme Court of the United States du 17 juin 2013, *Federal Trade Commission v. Actavis* [570 U. S. (2013), ci-après l'« arrêt Actavis »], il convient de constater que celui-ci renvoie, par le biais de la note en bas de page no 153, aux points 32 et 33 de l'annexe A 2. Or, au point 32 de cette annexe, les requérantes ne font qu'étayer cet argument et, au point 33 de cette annexe, elles se contentent de faire valoir que la portée de l'arrêt Actavis ne saurait être limitée à un contexte national étranger au droit de l'Union et que le point de vue de la Supreme Court of the United States (Cour suprême des États-Unis, États-Unis) mérite un respect particulier, compte tenu de sa réputation et de son expérience en droit de la concurrence. Par conséquent, ces arguments sont recevables.

**111** S'agissant de l'annexe A 3 de la requête, il convient de constater, ainsi que le fait valoir la Commission, que, si, au point 11 de la requête, les requérantes soutiennent que l'attitude de la Commission n'est pas neutre à l'égard des droits de propriété intellectuelle, elles se contentent cependant de renvoyer aux points 8, 15, 31, 34 et 41 de l'annexe A 3 de la requête, dans lesquels Mme Macken développe des arguments relatifs à la nécessité d'opérer une distinction entre les différents domaines de la propriété intellectuelle, au fait que l'octroi d'un monopole sur les brevets constituerait la contrepartie d'une divulgation de l'invention au public, à l'utilisation erronée de la notion d'« exclusivité commerciale » par la Commission dans la décision attaquée et à une

mauvaise interprétation de la CBE par cette dernière. Par conséquent, ces arguments ne sont pas recevables, à l'exception de celui relatif au fait que l'octroi d'un monopole sur les brevets constitue la contrepartie d'une divulgation de l'invention au public. En effet, au point 67 de la requête, les requérantes ont fait allusion au fait que la Commission aurait « ignoré complètement cet aspect essentiel des brevets qu'est leur publication aux fins de dissémination des inventions ».

**112**De même, au point 68 de la requête, les requérantes font valoir que la Commission aurait cité de manière biaisée les déclarations du juge de la Court of Appeal (England & Wales) (Civil division) [Cour d'appel (Angleterre et pays de Galles) (division civile)] figurant dans le jugement du 9 mai 2008 qui a rejeté le recours introduit par Servier contre l'arrêt de la High Court of Justice (England & Wales), Chancery Division (patents court) [Haute Cour de justice (Angleterre et pays de Galles), division de la Chancery (chambre des brevets)], et reprochent à la Commission de ne pas avoir tenu compte du rapport du professeur S. annexé à leur réponse à la communication des griefs à cet égard. Elles renvoient, en outre, aux points 113 à 117 de l'annexe A 3 de la requête. Or, dans ces points, Mme Macken ne se limite pas à compléter ou à développer ces arguments, mais avance des arguments relatifs à la mauvaise utilisation qu'aurait faite la Commission des éléments de preuve qui lui auraient permis de conclure que le brevet 947 était invalide. Elle développe ainsi des arguments visant à remettre en cause l'interprétation retenue par la Commission de la déclaration de la directrice des brevets de la requérante mentionnée aux considérants 127 et 185 de la décision attaquée, de la déclaration du conseiller juridique de Krka visée au considérant 883 de cette décision et de la déclaration du directeur des ventes pour l'Europe occidentale de Krka mentionnée au point 895 de la même décision. Par conséquent, ces arguments ne sont pas recevables.

**113**S'agissant du point 76 de la requête, il y a également lieu de constater, ainsi que le souligne la Commission, que, si les requérantes ont mentionné dans la note en bas de page no 79 de la requête que l'envoi de lettres de mise en demeure était légitime, elles se sont cependant contentées de renvoyer aux points 58 à 67 de l'annexe A 3 de la requête pour exposer les motifs permettant de constater que de tels envois seraient légitimes. Les arguments développés dans l'annexe A 3 de la requête sur ce point ne sont donc pas recevables.

**114**Au point 103 de la requête, les requérantes se sont limitées à constater que la décision attaquée reconnaissait que les règlements amiables de contentieux de brevet entre concurrents avaient en général un objectif légitime et que certains États membres encourageaient l'accès aux règlements amiables. En revanche, les points 50 à 54 de l'annexe A 3 de la requête, auxquels renvoie le point 103 de la requête (note en bas de page no 113), reprochent à la Commission de ne pas avoir suffisamment évalué les pratiques de règlement amiable utilisées dans le monde, qui sont exposées de manière détaillée.

**115**S'agissant du point 46 de la réplique, les requérantes font valoir que l'idée qu'il serait préférable que tout litige aboutît à un jugement serait « contraire aux réflexions actuelles sur la procédure judiciaire », en renvoyant au point 112 de l'annexe A 3 de la requête, auquel il est indiqué que l'approche de la Commission serait contraire à la directive 2008/52/CE du Parlement européen et du Conseil, du 21 mai 2008, sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale (JO 2008, L 136, p. 3). Ces arguments

ne se bornant pas à étayer ou à compléter les éléments expressément invoqués dans le corps de la requête, ils sont irrecevables.

**116** Enfin, au point 262 de la requête, les requérantes ont indiqué qu'il était primordial pour Teva de figurer parmi les premières sociétés de génériques à entrer sur le marché au Royaume-Uni, en renvoyant au point 90 de l'annexe A 3 de la requête. Or, contrairement à ce que soutient la Commission, dans ce point de l'annexe A 3 de la requête, les requérantes ont uniquement étayé et complété cette affirmation en indiquant les motifs pour lesquels une société de génériques n'aurait un intérêt à entrer sur un marché que si elle faisait partie des premiers entrants. Par conséquent, les arguments développés dans l'annexe A 3 de la requête sur ce point sont recevables.

## B. Sur le fond

### 1. Sur la violation du principe d'impartialité et du droit à une bonne administration

#### a) Arguments des parties

**117** Les requérantes reprochent à la Commission d'avoir méconnu le principe d'impartialité et le droit à une bonne administration. Elles soutiennent, en premier lieu, que les membres de la Commission successivement chargés de la concurrence ont, au mépris de la présomption d'innocence, pris parti publiquement à trois reprises sur l'issue de l'enquête, alors même que la procédure administrative était encore en cours et avant d'avoir reçu leur réponse à la communication des griefs, et font valoir que la décision attaquée aurait été différente en l'absence de ces comportements. Elles soulignent que le Médiateur européen a déjà constaté une violation du principe d'impartialité par l'un de ces membres de la Commission dans une situation similaire. Elles font également valoir que la seule circonstance que la décision attaquée ait été adoptée par le collège des membres de la Commission ne saurait faire obstacle à l'annulation de la décision attaquée en raison du défaut d'impartialité de l'un de ses membres. En deuxième lieu, elles reprochent à la Commission d'avoir méconnu les règles et les standards de preuve applicables. En troisième lieu, elles estiment que l'affaire aurait dû faire l'objet d'un contre-examen par un panel interne à la Commission.

**118** La Commission estime avoir respecté les principes d'impartialité et de bonne administration au cours de la procédure administrative. En premier lieu, elle considère que, dans leurs déclarations publiques, les membres de la Commission chargés de la concurrence n'ont jamais suggéré, pendant la procédure administrative, que les requérantes s'étaient rendues coupables d'infraction au droit de la concurrence et que ces déclarations publiques n'ont pas préjugé du contenu ou de la nature de la décision attaquée. La Commission rappelle, en outre, que la décision attaquée a été adoptée par le collège de ses membres, au sein duquel chacun desdits membres pèse du même poids, et indique, à titre subsidiaire, que les requérantes n'ont ni soutenu ni établi que l'impartialité alléguée aurait pu avoir une conséquence sur le contenu de la décision attaquée. En deuxième lieu, la Commission considère que les arguments relatifs au standard de preuve applicable ne constituent pas des irrégularités procédurales, mais des arguments de fond. En troisième lieu, elle soutient que l'organisation d'un contre-examen par un panel constitue une décision interne non obligatoire, dont les conclusions ne sont, en tout état de cause, pas rendues publiques.

#### b) Appréciation du Tribunal

**119**À titre liminaire, il convient d'observer que, parmi les garanties conférées par le droit de l'Union dans les procédures administratives, figure, notamment, le principe de bonne administration, consacré par l'article 41 de la charte des droits fondamentaux, auquel se rattache l'obligation pour l'institution compétente d'examiner, avec soin et impartialité, tous les éléments pertinents du cas d'espèce (arrêts du 30 septembre 2003, *Atlantic Container Line e.a./Commission*, T 191/98 et T 212/98 à T 214/98, EU:T:2003:245, point 404, et du 27 septembre 2012, *Shell Petroleum e.a./Commission*, T 343/06, EU:T:2012:478, point 170). Cette exigence d'impartialité recouvre, d'une part, l'impartialité subjective, en ce sens qu'aucun membre de l'institution concernée qui est chargé de l'affaire ne doit manifester de parti pris ou de préjugé personnel, et, d'autre part, l'impartialité objective, en ce sens que l'institution doit offrir des garanties suffisantes pour exclure à cet égard tout doute légitime (voir arrêt du 11 juillet 2013, *Ziegler/Commission*, C 439/11 P, EU:C:2013:513, point 155 et jurisprudence citée). Il importe également de rappeler que la Commission ne saurait être qualifiée de « tribunal » au sens de l'article 6 de la convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, signée à Rome le 4 novembre 1950 (ci-après la « CEDH »), et que c'est ainsi l'article 41 de la charte des droits fondamentaux, et non son article 47, qui régit la procédure administrative en matière d'ententes devant la Commission (voir arrêt du 11 juillet 2013, *Ziegler/Commission*, C 439/11 P, EU:C:2013:513, point 154 et jurisprudence citée).

**120**Les requérantes se prévalent de deux arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme (ci-après la « Cour EDH »). En premier lieu, les requérantes invoquent l'arrêt de la Cour EDH du 25 mars 2008, *Vitan c. Roumanie* (CE:ECHR:2008:0325JUD004208402), relatif à la présomption d'innocence, consacrée par l'article 6, paragraphe 2, de la CEDH, dans lequel la Cour EDH a constaté une violation de cette disposition, le procureur chargé de l'enquête pénale contre le requérant ayant affirmé, lors d'une conférence de presse, que le requérant était coupable de trafic d'influence, alors que sa culpabilité n'avait pas encore été légalement établie, et n'ayant pas « nuancé ses propos ni pris le soin de les situer dans le contexte de la procédure pendante contre le requérant » (points 70 et 71). Il importe de rappeler, à cet égard, que, selon la jurisprudence de la Cour EDH, une atteinte à la présomption d'innocence peut émaner non seulement d'un juge ou d'un tribunal, mais aussi d'autres autorités publiques, qu'il convient de souligner l'importance du choix des termes par les agents de l'État dans les déclarations qu'ils formulent avant qu'une personne n'ait été jugée et reconnue coupable d'une infraction et que ce qui importe aux fins de l'application de l'article 6, paragraphe 2, de la CEDH est le sens réel des déclarations en question et non leur forme littérale (voir Cour EDH, 15 mars 2011, *Begu c. Roumanie*, CE:ECHR:2011:0315JUD002044802, point 126 et jurisprudence citée). La Cour EDH reconnaît néanmoins que l'article 6, paragraphe 2, de la CEDH ne saurait empêcher, au regard de son article 10, qui protège la liberté d'expression, les autorités de renseigner le public sur des enquêtes pénales en cours, mais qu'il requiert qu'elles le fassent avec toute la discrétion et toute la réserve que commande le respect de la présomption d'innocence (Cour EDH, 10 février 1995, *Allenet de Ribemont c. France*, CE:ECHR:1995:0210JUD001517589, point 38).

**121**En second lieu, les requérantes invoquent l'arrêt de la Cour EDH du 16 septembre 1999, *Buscemi c. Italie* (CE:ECHR:1999:0916JUD002956995), dans lequel la Cour EDH a constaté une violation de l'article 6, paragraphe 1, de la CEDH et du droit de toute personne à ce que sa cause soit entendue équitablement par un tribunal indépendant et

impartial, le président du tribunal ayant employé publiquement des expressions sous-entendant une appréciation négative de la cause du requérant avant de présider l'organe judiciaire appelé à trancher son affaire (points 68 et 69). Dans cet arrêt, la Cour EDH a par ailleurs rappelé que la plus grande discrétion s'imposait aux autorités judiciaires lorsqu'elles étaient appelées à juger, afin de garantir leur image de juges impartiaux, et que cette discrétion devait les amener à ne pas utiliser la presse, même pour répondre à des provocations (point 67). Il convient cependant de rappeler que, dans la jurisprudence de l'Union, la Commission ne saurait être qualifiée de « tribunal » au sens de l'article 6 de la CEDH (voir point 119 ci-dessus).

**122** Les requérantes invoquent, en outre, l'arrêt du 8 juillet 2008, Franchet et Byk/Commission (T 48/05, EU:T:2008:257, points 210 à 219), dans lequel le Tribunal a constaté, dans le cadre d'un recours indemnitaire, une violation par l'Office européen de lutte antifraude (OLAF) des principes de présomption d'innocence et de bonne administration et de son obligation de confidentialité, en ce qu'il avait provoqué la divulgation dans la presse d'éléments sensibles d'enquêtes en cours et indiqué que les requérants étaient susceptibles d'avoir mené une « vaste entreprise de pillage des fonds [de l'Union] » (point 216).

**123** Le Tribunal a par ailleurs déjà apporté des précisions quant à l'obligation d'impartialité et de respect du principe de bonne administration à laquelle est tenue la Commission dans les affaires de droit de la concurrence. Ainsi, dans l'arrêt du 20 mars 2002, ABB Asea Brown Boveri/Commission (T 31/99, EU:T:2002:77, points 99 à 107), le Tribunal a écarté un moyen tiré d'une violation du principe de bonne administration dans un cas où la requérante avait fait l'objet, lors de son audition devant la Commission, d'une remarque péjorative concernant sa réputation et d'une série de questions tendancieuses sur des faits qu'elle ne contestait plus, de la part d'un fonctionnaire de la Commission chargé de l'affaire ayant conduit à la décision attaquée, et où le même fonctionnaire s'était exprimé, lors d'une conférence sur les questions du droit de la concurrence s'étant tenue avant l'adoption de la décision de la Commission, en utilisant une citation jetant le discrédit sur les activités de la requérante. En effet, tout en reconnaissant que ces remarques témoignaient d'un comportement et d'un langage peu soignés de la part d'un membre de l'équipe chargée de l'affaire et en rappelant que le directeur général de la direction générale (DG) « Concurrence » de la Commission avait présenté ses excuses à la requérante à la suite de la remarque faite lors de la conférence, le Tribunal a considéré que ces remarques n'étaient pas de nature à faire surgir un doute sur le degré de soin et d'impartialité avec lequel la Commission avait mené son enquête sur l'infraction en cause et que le comportement regrettable d'un membre de l'équipe chargée d'une affaire ne viciait pas, à lui seul, la légalité de la décision adoptée par le collège des membres de la Commission.

**124** S'agissant du cumul par la Commission des fonctions d'instruction et de sanction des infractions aux règles de concurrence, la Cour a jugé qu'il n'était pas en soi contraire à l'article 6 de la CEDH tel qu'interprété par la Cour EDH (voir, en ce sens, arrêt du 18 juillet 2013, Schindler Holding e.a./Commission, C 501/11 P, EU:C:2013:522, points 33 et 34) et le Tribunal a considéré qu'il ne constituait pas une violation de l'exigence d'impartialité (voir, en ce sens, arrêt du 27 juin 2012, Bolloré/Commission, T 372/10, EU:T:2012:325, points 65 à 67). L'absence de séparation entre les fonctions d'instruction et celles de sanction au sein des services de la Commission implique cependant une responsabilité

particulière pour les membres de cette institution, notamment pour le membre de la Commission chargé de la concurrence, à savoir de se garder de tout parti pris lors de l'instruction et de la conduite des procédures d'infraction, dès lors qu'ils détiennent le pouvoir de sanctionner les entreprises concernées au terme desdites procédures.

**125**Le Tribunal a, par ailleurs, estimé que l'affirmation par la Commission de sa détermination à ce que les membres d'ententes anticoncurrentielles n'échappent pas, pour des raisons de procédure, aux sanctions du droit de l'Union ne constituait pas une violation du principe d'impartialité, mais uniquement l'affirmation d'une volonté claire, pleinement conforme à la mission dont la Commission est investie, de remédier, au cas par cas, aux irrégularités de procédure constatées, afin de ne pas affaiblir l'efficacité du droit de la concurrence de l'Union (arrêt du 27 juin 2012, *Bolloré/Commission*, [T 372/10](#), EU:T:2012:325, points 73 et 74).

**126**Il convient de rappeler en outre que le juge de l'Union, pour écarter un moyen tiré de la violation du droit à un procès équitable ou du principe de bonne administration, en raison de prises de position publiques de la Commission ou de l'un de ses agents pendant la procédure administrative, s'est déjà fondé sur le motif qu'aucun élément du dossier ne permettait de présumer que la décision attaquée n'aurait pas été prise, ou aurait eu un contenu différent, à défaut des manifestations litigieuses (voir, en ce sens, arrêts du 16 décembre 1975, *Suiker Unie e.a./Commission*, 40/73 à 48/73, 50/73, 54/73 à 56/73, 111/73, 113/73 et 114/73, EU:C:1975:174, point 91, et du 7 juillet 1994, *Dunlop Slazenger/Commission*, [T 43/92](#), EU:T:1994:79, point 29). Conformément à la jurisprudence, il incombe ainsi au requérant d'apporter au moins des indices venant soutenir une telle conclusion (arrêt du 15 mars 2006, *BASF/Commission*, [T 15/02](#), EU:T:2006:74, point 606).

**127**Il importe également de rappeler que le fonctionnement de la Commission est régi par le principe de collégialité découlant de l'article 250 TFUE, qui repose sur l'égalité des membres de la Commission dans la participation à la prise de décision et implique, notamment, d'une part, que les décisions soient délibérées en commun et, d'autre part, que tous les membres du collège soient collectivement responsables, sur le plan politique, de l'ensemble des décisions arrêtées. Tel est le cas, en particulier, des actes, qualifiés expressément de décisions, que la Commission est amenée à prendre à l'égard des entreprises en vue du respect des règles de concurrence et qui ont pour objet de constater une infraction à ces règles, d'émettre des injonctions à l'égard de ces entreprises et de leur infliger des sanctions pécuniaires. Le dispositif et la motivation d'une décision constituant un tout indivisible, c'est uniquement au collège qu'il appartient, en vertu du principe de collégialité, d'adopter à la fois l'un et l'autre (arrêt du 27 septembre 2012, *Heijmans Infrastructuur/Commission*, [T 359/06](#), non publié, EU:T:2012:489, points 126 et 127). Le Tribunal a d'ailleurs jugé, en matière d'aides d'État, que l'expression d'une opinion du membre de la Commission chargé des questions de concurrence sur une procédure en cours, pour autant qu'elle est strictement personnelle et réservée, n'est imputable qu'à ce membre et ne préjuge pas de la position que le collège des membres de la Commission arrêtera au terme de la procédure (arrêt du 8 juillet 1999, *Vlaamse Televisie Maatschappij/Commission*, [T 266/97](#), EU:T:1999:144, points 49 et 54). Il ne saurait, en outre, être présumé que les membres de la Commission ont été conditionnés dans leur liberté d'appréciation par un sentiment de solidarité mal placée envers leur



collègue chargé des affaires de concurrence (arrêt du 15 mars 2006, BASF/Commission, T 15/02, EU:T:2006:74, point 610).

**128**S'agissant de l'impartialité objective, qui vise le fait que l'institution doit offrir des garanties suffisantes pour exclure tout doute légitime, il convient de relever que la Commission, ainsi qu'elle l'a précisé lors de l'audience en réponse à une question du Tribunal, a adopté plusieurs textes internes qui lui imposent de respecter certaines règles lorsqu'elle communique publiquement. En particulier, le code de conduite des commissaires [C(2011) 2904], adopté en 2011, prévoit à son article 1.7 que, en vertu du principe de collégialité, les membres de la Commission s'abstiennent de tout commentaire qui mettrait en cause une décision prise par la Commission et s'abstiennent également de révéler la teneur des débats de la Commission. De plus, l'annexe de la décision 2000/633/CE, CECA, Euratom de la Commission, du 17 octobre 2000, modifiant son règlement intérieur (JO 2000, L 267, p. 63), intitulée « Code de bonne conduite administrative pour le personnel de la Commission dans ses relations avec le public », indique, dans ses dispositions, qu'un « service de qualité implique que la Commission et son personnel fassent preuve de courtoisie, d'objectivité et d'impartialité » et, dans son point 2, relatif à l'objectivité et à l'impartialité, que « [l]e personnel agit en toutes circonstances de manière objective et impartiale, dans l'intérêt de [l'Union] et du bien public » et que « [s]on action s'effectue en toute indépendance dans le cadre d'une politique déterminée par la Commission et sa conduite n'est en aucun cas guidée par des intérêts personnels ou nationaux, ni par des pressions politiques ». De même, le code d'éthique et d'intégrité de la DG « Concurrence », adopté le 28 juin 2010, recommande à son personnel, s'agissant de la liberté d'expression, d'éviter toute discussion sur une affaire au sujet de laquelle la Commission n'a pas arrêté de position officielle et, s'agissant des contacts avec les médias, d'éviter de parler d'une affaire faisant toujours l'objet d'une instruction et pour laquelle la Commission n'a pas arrêté de position officielle.

**129**Les requérantes font valoir que le Médiateur a déjà constaté un cas de mauvaise administration concernant le même membre de la Commission chargé de la concurrence que celui en fonction lors de l'adoption de la décision attaquée, en ce qu'il aurait, comme dans la présente affaire, publiquement tenu des propos laissant entendre qu'il serait déjà parvenu à une conclusion avant la clôture de l'enquête.

**130**À cet égard, il convient de rappeler que les conclusions du Médiateur constatant l'existence d'un « acte de mauvaise administration » ne lient pas le juge de l'Union et ne peuvent constituer qu'un simple indice de la violation, par l'institution concernée, du principe de bonne administration. En effet, la procédure devant le Médiateur, lequel n'a pas le pouvoir de prendre des décisions contraignantes, est une voie alternative extrajudiciaire pour les citoyens de l'Union à celle du recours devant le juge de l'Union, qui répond à des critères spécifiques et n'a pas nécessairement le même objectif que celui d'un recours en justice (arrêt du 25 octobre 2007, Komninou e.a./Commission, C 167/06 P, non publié, EU:C:2007:633, point 44). A fortiori, des interprétations du droit de l'Union effectuées par le Médiateur ne sauraient être de nature à lier le juge de l'Union.

**131**En l'espèce, s'agissant de l'impartialité subjective, qui vise le fait qu'aucun membre de l'institution concernée qui est chargé de l'affaire ne doit manifester de parti pris ou de préjugé personnel, les requérantes reprochent aux deux membres de la Commission successivement chargés de la concurrence, Mme N. Kroes et M. J. Almunia, d'avoir publiquement tenu, à trois reprises, des propos sur l'issue de l'enquête les concernant,

au cours de la procédure administrative. Ainsi que les requérantes l'ont souligné à l'audience, ces deux membres de la Commission étaient encore en fonction à la Commission lors de l'adoption de la décision attaquée, ont pris part à cette adoption et étaient directement chargés de l'instruction de l'affaire à des périodes différentes. La décision attaquée est d'ailleurs signée par M. Almunia.

**132**En premier lieu, il ressort du dossier que Mme Kroes a, lors de la conférence de presse relative à la présentation des conclusions du rapport d'enquête sur le secteur pharmaceutique, indiqué que, « [m]alheureusement, le rapport confirm[ait] qu'il exist[ait] des problèmes de concurrence dans le secteur pharmaceutique », que « les pratiques des entreprises [étaie]nt un facteur important à cet égard » et que, « [e]n particulier, le rapport conclu[ai]t que les fabricants de médicaments princeps tent[ai]ent activement de retarder l'entrée de médicaments génériques sur leurs marchés » (discours publié sur le site de la DG « Concurrence »). Selon les requérantes, Mme Kroes aurait, en outre, ajouté que, « [g]lobalement, en effet, il [pouvait] être conclu qu'il y a[vait] quelque chose de pourri dans le royaume » (extrait du site du journal en ligne EU Observer). La Commission fait valoir, dans la duplique, que ces propos n'ont été que rapportés par un journaliste et que l'article confirme que le terme « pourri » se rapportait à l'enquête sectorielle et non aux requérantes. Lors de la même conférence de presse, le même membre de la Commission chargé de la concurrence a évoqué, dans une partie distincte intitulée « Affaires de concurrence et contrôle », l'ouverture d'une procédure à l'encontre des requérantes et de certaines sociétés de génériques, en précisant qu'« [i]l s'agi[ssai]t de violations présumées des règles du traité [FUE] à la fois sur les pratiques commerciales restrictives (article [101 TFUE]) et sur l'abus de position dominante sur le marché (article [102 TFUE]) », que « [s]er[ai]ent examinés, dans le cadre de cette affaire, les accords conclus entre Servier et un certain nombre de sociétés génériques » et que « [c]es accords [avaie]nt affecté l'entrée de concurrents génériques du périndopril, un médicament de premier plan qui combat[tait] les maladies cardiaques et l'hypertension artérielle ». Le membre de la Commission chargé de la concurrence a donc bien distingué les résultats de l'enquête sectorielle de la décision d'ouverture d'une procédure à l'encontre des requérantes. S'agissant de cette dernière, le membre de la Commission chargé de la concurrence a pris soin de préciser qu'il s'agissait de violations potentielles des règles de concurrence. La seule circonstance qu'il ait mentionné, dans la phrase suivante, le fait que les accords en cause avaient affecté l'entrée des médicaments génériques sur le marché ne saurait, à elle seule, laisser entendre qu'il considérait se trouver en présence d'une infraction aux règles de concurrence, compte tenu du contexte rappelé dans la phrase précédente. Le membre de la Commission chargé de la concurrence s'est ainsi limité, lors de cette conférence de presse, à renseigner le public sur une enquête en cours, avec la discrétion et la réserve que commande le respect de la présomption d'innocence.

**133**En deuxième lieu, le 8 octobre 2012, lors d'un discours de présentation au Parlement européen du programme d'activité de la Commission en matière de concurrence pour la période 2013-2014, M. Almunia a notamment mentionné la procédure relative aux accords litigieux en indiquant que, « [d]ans le secteur pharmaceutique, [...] et Servier [s'étaient] vu notifier [les] griefs [de la Commission] avant l'été », qu'il « craign[ait] que ces sociétés aient abusé de leurs brevets pour entraver l'accès au marché des médicaments génériques moins chers » et qu'il « espé[r]ait que les décisions qui ser[ai]ent adoptées – idéalement en 2013 – aur[ai]ent pour effet de changer les pratiques

actuelles de certains acteurs du secteur, qui laiss[ai]ent beaucoup à désirer » (discours publié sur le site de la DG « Concurrence »). En indiquant que la Commission avait envoyé une communication des griefs aux requérantes ainsi qu'à d'autres entreprises dans la présente affaire et dans une autre affaire et que des décisions seraient adoptées en 2013, le membre de la Commission n'a cependant pas manqué à son obligation d'impartialité et s'est limité à renseigner le Parlement sur une enquête en cours, avec la discrétion et la réserve que commande le respect de la présomption d'innocence. En effet, il y a lieu de rappeler la nature préliminaire de la communication des griefs, la fonction de ce document, telle que définie par les règlements de l'Union, consistant à fournir tous les éléments nécessaires aux entreprises pour qu'elles puissent faire valoir utilement leur défense avant que la Commission n'adopte une décision définitive (voir arrêt du 27 septembre 2012, *Koninklijke Wegenbouw Stevin/Commission*, T 357/06, EU:T:2012:488, point 43 et jurisprudence citée). Si la Commission doit ainsi, conformément à l'article 27, paragraphe 1, du règlement no 1/2003, adopter une décision finale fondée sur les seuls griefs au sujet desquels les parties ont pu faire valoir leurs observations, elle n'est cependant pas tenue de reprendre tous les éléments mentionnés dans la communication des griefs, surtout si ces éléments devaient apparaître insuffisants. Il est ainsi inhérent à la nature de la communication des griefs d'être provisoire et susceptible de modifications lors de l'évaluation à laquelle la Commission procède ultérieurement sur la base des observations qui lui ont été présentées en réponse par les parties ainsi que d'autres constatations factuelles (arrêt du 10 juillet 2008, *Bertelsmann et Sony Corporation of America/Impala*, C 413/06 P, EU:C:2008:392, point 63). De plus, après la communication des griefs, par laquelle la Commission estime, en première analyse, qu'une infraction a été commise, le devoir de réserve du membre de la Commission chargé de la concurrence n'a plus nécessairement à être aussi étendu, celui-ci pouvant, dans des déclarations publiques, faire état, avec toute la prudence requise, s'agissant d'une appréciation provisoire, de ce qui est reproché à une entreprise à ce stade de la procédure.

**134** Enfin, en troisième lieu, il ressort du dossier que, le 12 avril 2013, M. Almunia aurait indiqué, dans un discours prononcé devant le barreau américain à Washington et retranscrit dans la presse, que « la Commission [...] se prononcera[it] dans les mois qui vien[drai]ent sur la légalité des accords conclus entre les sociétés pharmaceutiques visant à retarder l'entrée sur le marché des médicaments génériques moins chers » et que « les résultats de l'enquête sectorielle ser[ai]ent transformés en décisions dans les affaires [...] et Servier » (extrait du site Internet MLex). Il convient de souligner que cet article ne rapporte des propos du membre de la Commission que de manière indirecte. De plus, à supposer que le membre de la Commission chargé de la concurrence ait effectivement tenu ces propos, ceux-ci ne peuvent être interprétés que comme signifiant qu'il existait une possibilité qu'une décision fût adoptée dans l'affaire en cause (voir, en ce sens et par analogie, arrêt du 8 juillet 1999, *Vlaamse Televisie Maatschappij/Commission*, T 266/97, EU:T:1999:144, point 53). Partant, le membre de la Commission chargé de la concurrence s'est limité à renseigner le public sur une enquête en cours, avec la discrétion et la réserve que commande le respect de la présomption d'innocence. En tout état de cause, il importe de rappeler que ces propos ne constituaient que l'expression d'une opinion du membre de la Commission chargé de la concurrence sur une procédure en cours, imputable à ce seul membre et ne préjugant pas de la position que le collège des membres de la Commission a arrêté au terme de la procédure (voir point 127 ci-dessus).

**135** Par conséquent, il n'y a pas lieu d'examiner l'argument des requérantes selon lequel la décision attaquée aurait été différente en l'absence de ces déclarations des membres de la Commission.

**136** À l'appui de ce moyen, les requérantes reprochent, en outre, au membre de la Commission chargé de la concurrence et à son cabinet de ne pas avoir été présents lors de la plus grande partie de l'audition. Toutefois, le fait, souligné lors de l'audience par les requérantes, que M. Almunia n'ait pas assisté à l'audition de celles-ci devant la Commission et se soit fait représenter par un membre de son cabinet n'est pas de nature à établir que la décision de sanction avait déjà été adoptée, dans son principe, avant même cette audition. De plus, aucune disposition ne prévoit que la participation du membre de la Commission ou d'un membre de son cabinet à l'audition soit obligatoire. Or, le juge de l'Union considère que le principe de bonne administration ne saurait transformer en obligation ce que le législateur n'a pas considéré comme en étant une (voir, en ce sens, arrêt du 27 septembre 2012, *Koninklijke Wegenbouw Stevin/Commission*, T 357/06, EU:T:2012:488, point 242).

**137** Les requérantes reprochent par ailleurs à la Commission d'avoir méconnu les règles et les standards de preuve applicables, en faisant référence à plusieurs considérants de la décision attaquée qu'elles contestent dans d'autres moyens de leur requête (dénaturation des faits, erreur sur le critère juridique applicable pour qualifier une infraction par objet, interprétation excessive de la notion de concurrence potentielle, etc.). Dans la réplique, elles soutiennent que ces exemples visent à établir le biais entachant l'enquête. Ainsi que le fait valoir la Commission, cette argumentation des requérantes se confond cependant avec la question de savoir si les constatations de fait opérées dans la décision attaquée sont dûment étayées par les éléments de preuve que l'institution a produits et si la Commission a commis des erreurs de droit dans son analyse (voir, en ce sens, arrêt du 24 octobre 1991, *Atochem/Commission*, T 3/89, EU:T:1991:58, point 39). Ces arguments seront, par conséquent, examinés ultérieurement, sous les moyens de fond. En tout état de cause, il y a lieu de relever que ces arguments procèdent de simples affirmations et ne sont pas de nature à démontrer que la Commission aurait effectivement préjugé de l'issue de la procédure administrative ou enquêté avec parti pris (voir, en ce sens, arrêt du 6 juillet 2000, *Volkswagen/Commission*, T 62/98, EU:T:2000:180, point 272).

**138** Les requérantes font enfin valoir que l'absence de contre-examen de l'affaire par un panel interne à la DG « Concurrence » illustrerait la partialité de la décision attaquée et justifierait son annulation pour violation du principe de la présomption d'innocence et de l'article 41 de la charte des droits fondamentaux. Il importe cependant de relever qu'aucune disposition réglementaire ni aucune règle interne à la Commission n'impose à cette dernière d'organiser un contre-examen de l'ensemble des affaires par un panel interne et de rappeler que le principe de bonne administration ne saurait transformer en obligation ce que le législateur n'a pas considéré comme en étant une (voir point 136 ci-dessus). Un système de contrôle par les pairs a, certes, été mis en place au sein de la DG « Concurrence » en 2004. Il ressort toutefois d'un document publié en septembre 2011 par la Commission, intitulé « Procédure pour l'application des articles 101 et 102 TFUE : acteurs clés et équilibre des pouvoirs », que le directeur général de la DG « Concurrence » décide, en accord avec le membre de la Commission chargé de la concurrence, des affaires dans lesquelles ce panel interne est organisé, que la décision de tenir un tel panel

et la composition de ce panel ne sont pas rendues publiques et que l'examen par les pairs d'une affaire n'implique en aucun cas les parties faisant l'objet de la procédure ou toute autre tierce partie. L'organisation d'un tel contre-examen par la DG « Concurrence » n'est donc pas requise dans toutes les affaires, de sorte qu'il ne saurait être reproché à la Commission de ne pas avoir organisé un tel contre-examen en l'espèce.

**139**Le moyen doit donc être écarté.

2. Sur le défaut de consultation effective du comité consultatif en matière d'ententes et de positions dominantes

a) Arguments des parties

**140**Les requérantes estiment que le comité consultatif en matière d'ententes et de positions dominantes (ci-après le « comité consultatif »), dont l'existence et les modalités de fonctionnement sont prévues par les dispositions de l'article 14 du règlement no 1/2003 et dont la consultation constitue une formalité substantielle, n'a pas été en mesure de rendre effectivement son avis, en raison du délai trop bref de transmission de l'avant-projet de décision, exceptionnellement long et complexe, du défaut de transmission de ce document en ce qu'il concernait les amendes ainsi que des réponses des entreprises à la communication des griefs, de la seule présence des représentants de cinq États membres lors de sa réunion du 30 juin 2014 et de l'absence, lors de l'audition des parties, qui s'est déroulée du 15 au 18 avril 2013, et lors de la réunion du comité consultatif du 7 juillet 2014, de l'État membre qui était chargé de préparer le rapport pour les besoins de la réunion du comité. Les requérantes soutiennent que les États membres n'auraient pas donné leur accord pour réduire le délai minimal de transmission des documents prévus par la réglementation applicable. Elles font valoir que, le résumé de l'avant-projet de décision envoyé par la Commission aux membres du comité consultatif étant partial et incomplet, le comité n'a pas pu statuer en pleine connaissance de cause. Enfin, elles considèrent, en outre, que l'absence d'appréciation réelle et sérieuse de l'affaire par le comité consultatif se reflète dans le caractère lapidaire et stéréotypé de l'avis rendu par ce dernier, sur une décision de 919 pages.

**141**La Commission rappelle que le délai de convocation du comité consultatif est à la disposition des États membres, mais qu'il ne constitue pas une formalité substantielle destinée à protéger les intérêts des entreprises concernées. Elle indique que, en l'espèce, le comité consultatif s'est réuni à deux reprises, les 30 juin et 7 juillet 2014, et que les convocations à ces réunions ont été envoyées les 12 et 30 juin 2014, les parties pertinentes de l'avant-projet de décision ayant été transmises aux États membres les 12 et 20 juin 2014 et les États membres ayant été prévenus de cet envoi en deux étapes. Elle fait valoir que la circonstance que l'avant-projet de décision a fait l'objet d'envois échelonnés aux États membres n'a pas empêché ces derniers de prendre en considération l'ensemble du document constituant l'avant-projet de décision et précise que la réunion du 7 juillet 2014 a porté sur l'ensemble de ce document. Elle rappelle qu'aucune règle ne lui interdit de consulter les États membres à plusieurs reprises et que les États membres ne sont pas liés par l'avis donné lors de la première réunion. Elle soutient également que, les États membres n'ayant pas émis d'objections quant à la date de fixation de ces réunions, elle a respecté les dispositions de l'article 14, paragraphe 3, du règlement no 1/2003. Elle souligne, en outre, que les représentants de cinq États membres ont pris part à la réunion du comité consultatif du 30 juin 2014, que l'article 14, paragraphe 3, du règlement no 1/2003 permet au comité d'émettre un avis même en cas d'absences de

ses membres et qu'il n'existe aucune règle de quorum pour l'adoption de cet avis. Par ailleurs, la Commission indique qu'aucun texte n'impose la participation de l'État membre rapporteur à l'audition et que la désignation de ce rapporteur intervient généralement après l'audition. En outre, la Commission fait valoir qu'elle a suivi sa pratique habituelle, validée par la jurisprudence, en ne transmettant les montants exacts des amendes que lors de la réunion du comité. Elle rappelle que l'objet du résumé de l'avant-projet de décision envoyé aux membres du comité consultatif n'est pas de recenser les arguments de défense des requérantes et que les États membres avaient de toute façon reçu en tant que destinataires des réponses des requérantes à la communication des griefs et à l'exposé des faits. Enfin, aucun membre du comité consultatif n'ayant demandé que les positions exprimées dans l'avis soient motivées, la Commission soutient qu'elle n'avait pas à établir des procès-verbaux des réunions du comité consultatif des 30 juin et 7 juillet 2014 rapportant le contenu précis des discussions qui s'y étaient tenues.

#### b) Appréciation du Tribunal

**142** L'article 14 du règlement no 1/2003, qui relève du chapitre IV relatif à la coopération entre, d'une part, la Commission et, d'autre part, les autorités de concurrence et les juridictions des États membres, prévoit, en son paragraphe 1, que « [l]a Commission consulte un comité consultatif en matière d'ententes et de positions dominantes avant de prendre une décision en application des articles 7, 8, 9, 10 et 23, de l'article 24, paragraphe 2, et de l'article 29, paragraphe 1 », du même règlement. L'article 14, paragraphe 2, du règlement no 1/2003 dispose que, « [p]our l'examen des cas individuels, le comité consultatif est composé de représentants des autorités de concurrence des États membres ». L'article 14, paragraphe 3, du règlement no 1/2003 précise que le comité consultatif émet un avis écrit sur l'avant-projet de décision de la Commission et l'article 14, paragraphe 5, du même règlement que « [l]a Commission tient le plus grand compte de l'avis du comité consultatif », en « inform[ant] ce dernier de la façon dont elle a tenu compte de son avis ». De plus, « [s]ur demande d'un ou de plusieurs membres, les positions exprimées dans l'avis sont motivées » (article 14, paragraphe 3, du règlement no 1/2003). Le paragraphe 58 de la communication de la Commission relative à la coopération au sein du réseau des autorités de concurrence (JO 2004, C 101, p. 43, ci-après la « communication relative à la coopération au sein du réseau des autorités de concurrence ») dispose, en outre, que « [l]e comité consultatif est l'enceinte où les experts des diverses autorités de concurrence examinent certaines affaires ainsi que des questions générales relevant du droit de la concurrence [de l'Union] ».

**143** Sur le plan procédural, l'article 14, paragraphe 3, du règlement no 1/2003 prévoit que la consultation du comité consultatif « peut avoir lieu au cours d'une réunion convoquée et présidée par la Commission, qui se tient au plus tôt quatorze jours après l'envoi de la convocation, accompagnée d'un exposé de l'affaire, d'une indication des pièces les plus importantes et d'un avant-projet de décision ». Néanmoins, « [l]orsque la Commission envoie l'avis de convocation d'une réunion dans un délai inférieur à ceux qui sont indiqués plus haut, cette réunion peut avoir lieu à la date proposée si aucun État membre ne soulève d'objection ». Le paragraphe 66 de la communication relative à la coopération au sein du réseau des autorités de concurrence précise de même que « [l]e règlement du Conseil prévoit la possibilité que les États membres donnent leur accord pour fixer un délai plus court entre l'envoi de la convocation et la réunion ». L'article 14,

paragraphe 3, du règlement no 1/2003 prévoit, en outre, que le comité consultatif « peut émettre un avis même si des membres sont absents et ne sont pas représentés ». L'article 14, paragraphe 4, du règlement no 1/2003 dispose, enfin, que « [l]a consultation peut également avoir lieu en suivant une procédure écrite », mais que « la Commission organise une réunion si un État membre en fait la demande ». Selon cette disposition, « [e]n cas de recours à la procédure écrite, la Commission fixe un délai d'au moins quatorze jours aux États membres pour formuler leurs observations et les transmettre à tous les autres États membres ».

**144**Le document intitulé « Dispositions relatives aux méthodes de travail du comité consultatif » du 19 décembre 2008, produit par la Commission le 6 novembre 2015 à la suite d'une mesure d'organisation de la procédure, précise les différentes étapes préalables à la consultation du comité consultatif et, en particulier, celles permettant aux autorités nationales de concurrence de prendre connaissance du dossier au fur et à mesure de l'instruction de l'affaire.

**145**En premier lieu, il importe de rappeler, à cet égard, que, aux termes des dispositions de l'article 11, paragraphe 2, du règlement no 1/2003, « [l]a Commission transmet aux autorités de concurrence des États membres une copie des pièces les plus importantes qu'elle a recueillies en vue de l'application des articles 7, 8, 9 et 10 et de l'article 29, paragraphe 1 », dudit règlement et, « [s]i l'autorité de concurrence d'un État membre en fait la demande, la Commission lui fournit une copie des autres documents existants qui sont nécessaires à l'appréciation de l'affaire ». L'article 11, paragraphe 6, du règlement no 1/2003 prévoit, en outre, que « [l]'ouverture par la Commission d'une procédure en vue de l'adoption d'une décision en application du chapitre III dessaisit les autorités de concurrence des États membres de leur compétence pour appliquer les articles [101 et 102 TFUE] » et que, « [s]i une autorité de concurrence d'un État membre traite déjà une affaire, la Commission n'intente la procédure qu'après avoir consulté cette autorité nationale de concurrence ». En application de ces dispositions, la Commission transmet aux autorités nationales de concurrence, immédiatement après leur notification à l'entreprise concernée ou leur réception, la décision initiale d'ouverture de la procédure, la communication des griefs adressée à ladite entreprise, la réponse de cette dernière à ce document et les autres pièces les plus importantes de l'affaire (voir points 6 et 7 des dispositions relatives aux méthodes de travail du comité consultatif).

**146**En deuxième lieu, les dispositions relatives aux méthodes de travail du comité consultatif prévoient, aux points 33 à 36, que, pour chaque affaire dans laquelle une communication des griefs est adressée par la Commission à une entreprise, la Commission nomme, dans un délai de 45 jours après l'envoi de la communication des griefs aux parties concernées, l'une des autorités nationales de concurrence rapporteure de l'affaire (ci-après l'« ANC rapporteure »), selon un tour de rôle correspondant aux présidences tournantes du Conseil de l'Union européenne, à moins qu'il soit nécessaire de choisir une autre autorité nationale de concurrence dans un souci d'objectivité, auquel cas la Commission peut, sous réserve du consentement de la première autorité nationale de concurrence, choisir l'autorité suivante dans cette liste des présidences tournantes (points 28, 33 et 34). L'ANC rapporteure, qui est chargée de contribuer à la compréhension de l'affaire par les autres autorités nationales de concurrence et de les informer des principales étapes de l'instruction de l'affaire, travaille à cette fin en étroite collaboration avec la Commission (points 40 et 42). Les dispositions relatives aux

méthodes de travail du comité consultatif recommandent également à l'ANC rapporteure de faire circuler une liste des principales questions de l'affaire au minimum cinq jours avant la réunion du comité consultatif [point 44, sous i)], et de présenter l'affaire et ses enjeux au début de la réunion du comité consultatif [point 44, sous ii)].

**147**En troisième lieu, aux termes de l'article 11, paragraphe 1, du règlement (CE) no 773/2004 de la Commission, du 7 avril 2004, relatif aux procédures mises en œuvre par la Commission en application des articles [101 et 102 TFUE] (JO 2004, L 123, p. 18), « [l]a Commission donne aux parties auxquelles elle a adressé une communication des griefs la possibilité d'être entendues avant de consulter le comité consultatif visé à l'article 14, paragraphe 1, du règlement [...] no 1/2003 ». L'article 14, paragraphe 3, du règlement no 773/2004 dispose, en outre, que « [l]a Commission invite les autorités de concurrence des États membres à prendre part à l'audition » et qu'« [e]lle peut également inviter les fonctionnaires et agents d'autres autorités des États membres ». Le point 12 des dispositions relatives aux méthodes de travail du comité consultatif précise que la participation des autorités nationales de concurrence à l'audition est utile pour un fonctionnement efficace du comité consultatif. Aucune disposition ne prévoit, en revanche, que l'ANC rapporteure joue un rôle particulier lors de l'audition.

**148**Selon la jurisprudence relative aux dispositions correspondantes du règlement no 17 du Conseil, du 6 février 1962, premier règlement d'application des articles [101] et [102 TFUE] (JO 1962, 13, p. 204), auquel le règlement no 1/2003 a succédé, la consultation du comité consultatif constitue une formalité substantielle dont la violation affecte la légalité de la décision finale de la Commission s'il est établi que le non-respect des règles de consultation a empêché le comité consultatif de rendre son avis en pleine connaissance de cause. Le contenu et la nature substantielle ou non des obligations découlant des dispositions régissant la consultation du comité consultatif doivent ainsi s'apprécier, dans chaque cas d'espèce, en fonction de cette finalité, qui est de permettre au comité d'exercer ses fonctions consultatives en toute connaissance de cause (voir, en ce sens, arrêts du 10 juillet 1991, RTE/Commission, T 69/89, EU:T:1991:39, points 21 et 23, et du 15 mars 2000, Cimenteries CBR e.a./Commission, T 25/95, T 26/95, T 30/95 à T 32/95, T 34/95 à T 39/95, T 42/95 à T 46/95, T 48/95, T 50/95 à T 65/95, T 68/95 à T 71/95, T 87/95, T 88/95, T 103/95 et T 104/95, EU:T:2000:77, point 742).

**149**À cet égard, il a été considéré, s'agissant des documents devant être transmis au comité consultatif, que, bien que la consultation s'inscrive dans le cadre de la coopération entre la Commission et les États membres et n'ait pas pour objet d'organiser une procédure contradictoire à l'égard des entreprises concernées, le comité consultatif doit, en particulier, être informé en toute objectivité sur le point de vue et les arguments essentiels exprimés par les entreprises concernées dans leurs observations sur l'ensemble des griefs retenus à leur endroit par la Commission à l'issue de l'instruction. Ainsi, notamment, le procès-verbal de l'audition fait partie, en principe, des pièces les plus importantes au sens de l'article 10, paragraphe 5, du règlement no 17 et doit dès lors être communiqué au comité consultatif lors de sa convocation. Toutefois, la communication du procès-verbal de l'audition ne constitue une formalité substantielle que si, dans une espèce donnée, elle s'avère nécessaire pour permettre au comité consultatif de rendre son avis en pleine connaissance de cause, c'est-à-dire sans être induit en erreur sur un point essentiel par des inexactitudes ou des omissions. Tel n'est pas le cas lorsque le procès-verbal de l'audition ne contient pas d'éléments d'appréciation importants,



inédits par rapport aux réponses écrites de l'entreprise concernée à la communication des griefs, annexées à la convocation du comité consultatif. En effet, dans une hypothèse de ce type, l'absence de transmission, par la Commission, du procès-verbal de l'audition au comité consultatif lors de sa convocation ne porte pas atteinte aux droits de la défense de l'entreprise concernée et n'a aucune incidence sur l'issue de la procédure de consultation. Dès lors, une telle omission n'est pas susceptible de vicier l'ensemble de la procédure administrative et de mettre ainsi en cause la légalité de la décision finale (arrêt du 10 juillet 1991, RTE/Commission, T 69/89, EU:T:1991:39, points 21 à 23).

**150** En outre, il a été jugé que ne constituait pas une violation de la formalité substantielle de consultation du comité consultatif le fait pour la Commission de ne pas lui communiquer le montant exact de l'amende proposée, dès lors que lui a été fourni l'ensemble des éléments essentiels nécessaires à l'élaboration d'un avis sur les amendes. Le comité consultatif doit seulement être tenu informé des critères envisagés pour l'imposition de l'amende (voir, en ce sens, arrêt du 15 mars 2000, Cimenteries CBR e.a./Commission, T 25/95, T 26/95, T 30/95 à T 32/95, T 34/95 à T 39/95, T 42/95 à T 46/95, T 48/95, T 50/95 à T 65/95, T 68/95 à T 71/95, T 87/95, T 88/95, T 103/95 et T 104/95, EU:T:2000:77, points 747 et 748). Le point 23 des dispositions relatives aux méthodes de travail du comité consultatif rappelle ainsi la nécessité d'assurer la confidentialité des échanges ayant lieu au sein du comité, notamment en ce qui concerne le montant de l'amende. Le point 24 des mêmes dispositions prévoit que, s'agissant de la fixation du montant de l'amende, la Commission distribue lors de la réunion du comité consultatif un document expliquant la méthode de calcul retenue, en se référant précisément aux lignes directrices pour le calcul des amendes infligées en application de l'article 23, paragraphe 2, sous a), du règlement no 1/2003 (JO 2006, C 210, p. 2, ci-après les « lignes directrices pour le calcul des amendes »), que les membres du comité consultatif peuvent demander à disposer d'un temps supplémentaire pour examiner ce document et que, à l'issue de la réunion, celui-ci est restitué à la Commission.

**151** En l'espèce, en premier lieu, les requérantes font valoir que la Commission n'a pas procédé à une consultation effective du comité consultatif, en raison de l'absence de transmission de la partie de l'avant-projet de décision relative aux amendes et des réponses des entreprises à la communication des griefs, du bref délai de transmission de l'avant-projet de décision attaquée à ses membres, des omissions que comporterait le résumé de l'avant-projet de décision transmis aux autorités nationales de concurrence et du caractère insuffisant de la motivation de l'avis du comité consultatif. Il convient d'examiner ces divers arguments au regard des pièces du dossier, et notamment des précisions factuelles fournies par la Commission le 6 novembre 2015, en réponse à la mesure d'organisation de la procédure susmentionnée, et lors de l'audience.

**152** S'agissant de l'argument des requérantes relatif au défaut de transmission de la partie de l'avant-projet de décision sur les amendes, les requérantes y ont renoncé à l'audience, ce dont il a été pris acte au procès-verbal d'audience. Si, lors de l'audience, les requérantes ont néanmoins soutenu que les autorités nationales de concurrence n'avaient pas reçu communication de la méthode de calcul du montant de l'amende lors des réunions du comité consultatif, cette critique manque en fait, dès lors qu'il ressort du dossier que la Commission a envoyé aux autorités nationales de concurrence le chapitre 10, relatif aux amendes, le 3 juillet 2014, chapitre comportant une explication des principaux éléments de cette méthode, avec un rappel de la convocation à la seconde

réunion du comité consultatif du 7 juillet 2014. Il y a lieu, à ce titre, de souligner que les autorités nationales de concurrence avaient précédemment été destinataires des réponses des entreprises à la communication des griefs le 23 juillet 2013 ainsi que d'un exposé des faits le 19 décembre 2013 et des réponses des entreprises à ce dernier le 13 février 2014. Enfin, le 20 mai 2014, la Commission leur avait transmis un exposé des faits relatif à l'imputation de la responsabilité des infractions ainsi que les réponses de Mylan, de Niche et d'Unichem à celui-ci.

**153**S'agissant du délai de transmission de l'avant-projet de décision, il ressort du dossier que la Commission a envoyé celui-ci aux autorités nationales de concurrence des États membres en trois étapes : les chapitres 1 à 4 leur ont été envoyés le 12 juin 2014 avec la convocation à la première réunion du comité consultatif du 30 juin 2014, les chapitres 5 à 9 leur ont été envoyés le 20 juin 2014 avec un résumé de l'avant-projet de décision et le chapitre 10, relatif aux amendes (à l'exception du montant exact de ces dernières), leur a été envoyé le 3 juillet 2014, avec un rappel de la convocation, envoyée le 30 juin 2014, à la seconde réunion du comité consultatif du 7 juillet 2014, qui devait porter sur l'ensemble de l'avant-projet de décision. À cet égard, il importe de souligner que, si, ainsi que le font valoir les requérantes, les dispositions du manuel de la procédure en matière de politique de la concurrence de la DG « Concurrence » indiquent, au point 10 de la page 109, que sont généralement organisées deux réunions de ce comité, l'une portant sur la substance de l'affaire, l'autre sur le montant des amendes, celles-ci n'imposent cependant pas que ce schéma organisationnel soit systématiquement respecté. De plus, il ressort du dossier que, en l'espèce, la Commission a expressément indiqué, dans la convocation à la seconde réunion, envoyée le 30 juin 2014, ainsi que dans un courrier électronique du 3 juillet 2014, que l'ordre du jour de la réunion du 7 juillet 2014 concernait la discussion de l'affaire dans sa totalité.

**154**Il est vrai qu'un tel envoi échelonné des documents, effectué dans certains cas en méconnaissance du délai de quatorze jours, a révélé une forme de précipitation, probablement liée au fait que la Commission avait, dès l'envoi de la convocation à la réunion du 30 juin 2014, annoncé aux autorités nationales de concurrence qu'elle avait l'intention d'adopter sa décision le 9 juillet 2014, et qu'il n'a pas placé les membres du comité dans les meilleures conditions pour prendre position. Toutefois, il convient de constater qu'aucune autorité nationale de concurrence n'a émis d'objection sur les dates de ces réunions, alors pourtant que, en vertu de l'article 14, paragraphe 3, du règlement no 1/2003, de telles objections auraient empêché la tenue des réunions en cause. En outre, il ressort du dossier que la Commission a transmis aux autorités nationales de concurrence, le 6 juillet 2009, la décision initiale d'ouverture de la procédure, le 31 juillet 2012, la communication des griefs adressée aux entreprises concernées, le 23 juillet 2013, les réponses des entreprises à la communication des griefs, le 19 décembre 2013, un exposé des faits, le 13 février 2014, les réponses des entreprises à ce dernier et, le 20 mai 2015, un exposé des faits relatif à l'imputation de la responsabilité des infractions ainsi que les réponses de Mylan, de Niche et d'Unichem à celui-ci. De plus, le 25 juin 2014, la Commission leur a adressé l'avant-projet de procès-verbal d'audition établi par le conseiller-auditeur.

**155**Par conséquent, même si l'on peut estimer regrettable, en particulier, que les chapitres 5 à 9 de l'avant-projet de décision, compte tenu de leur longueur (près de 600 pages) et de leur complexité, n'aient été envoyés par la Commission aux autorités

nationales de concurrence des États membres que dix jours avant la tenue de la première réunion du comité consultatif, il convient de constater, compte tenu de l'ensemble des éléments énoncés aux points 153 et 154 ci-dessus, que les membres du comité consultatif étaient suffisamment informés de la substance du dossier et de la teneur de l'avant-projet de décision et que, par suite, le comité a pu rendre son avis en pleine connaissance de cause.

**156** Il convient, en outre, de préciser que, contrairement à ce que soutiennent les requérantes, ni les dispositions de l'article 14, paragraphe 3, du règlement no 1/2003 ni celles du paragraphe 66 de la communication relative à la coopération au sein du réseau des autorités de concurrence n'imposent à la Commission d'obtenir un accord préalable explicite des autorités de concurrence des États membres afin de déroger au délai de quatorze jours prévu entre l'envoi de la convocation aux membres du comité consultatif et la réunion de ce dernier. En effet, il ressort de l'article 14, paragraphe 3, du règlement no 1/2003 que, si la Commission envoie l'avis de convocation d'une réunion dans un délai inférieur à celui indiqué ci-dessus, il appartient aux États membres de manifester une éventuelle opposition à cet égard, faute de quoi la réunion a lieu à la date fixée par la Commission. De plus, s'agissant de la prétendue méconnaissance du principe de bonne administration, il importe de rappeler que celui-ci ne saurait transformer en obligation ce que le législateur n'a pas considéré comme en étant une (voir point 136 ci-dessus).

**157** S'agissant de l'avis rendu par le comité consultatif, il importe de rappeler, d'une part, que, aux termes de l'article 14, paragraphe 6, du règlement no 1/2003, celui-ci n'est pas systématiquement publié, la jurisprudence considérant même que l'absence de sa transmission aux entreprises concernées n'est pas contraire au principe du respect des droits de la défense (voir, en ce sens, arrêt du 7 juin 1983, *Musique Diffusion française e.a./Commission*, 100/80 à 103/80, EU:C:1983:158, points 35 et 36) et, d'autre part, que les dispositions de l'article 14, paragraphe 3, du règlement no 1/2003 prévoient que les positions exprimées dans cet avis ne sont motivées que sur demande d'au moins l'un des membres dudit comité, ce qui n'a pas été le cas en l'espèce. De plus, l'article 27, paragraphe 2, du règlement no 1/2003 prévoit que les parties visées par une procédure menée par la Commission au titre de l'article 101 TFUE n'ont pas accès à la correspondance échangée entre la Commission et les autorités de concurrence des États membres ou entre ces dernières, y compris les documents établis en application des articles 11 et 14 dudit règlement. En outre, en vertu de l'article 28, paragraphe 2, du règlement no 1/2003, les fonctionnaires et les agents de la Commission et des autorités de concurrence des États membres sont tenus de ne pas divulguer les informations qu'ils ont recueillies ou échangées en application dudit règlement et qui, par leur nature, sont couvertes par le secret professionnel et cette obligation s'applique également à tous les représentants et les experts des États membres assistant aux réunions du comité consultatif en application de l'article 14 du règlement no 1/2003. Par conséquent, les requérantes ne sauraient utilement faire valoir que l'avis rendu par le comité consultatif était insuffisamment motivé. En outre, eu égard aux dispositions applicables, la circonstance que l'avis soit bref et peu détaillé ne saurait signifier que le comité consultatif n'avait pas à sa disposition tous les éléments lui permettant de statuer en connaissance de cause et ne signifie pas davantage que ledit comité ne s'est pas prononcé en pleine connaissance de cause, et ce même s'il s'est prononcé sommairement.

**158** Enfin, les requérantes font valoir que, le résumé de l'avant-projet de décision envoyé par la Commission aux membres du comité consultatif étant partial et incomplet, le comité n'a pas pu statuer en pleine connaissance de cause. Il convient cependant de rappeler, ainsi que le fait valoir la Commission, que l'objet de ce résumé n'est pas de recenser les arguments de défense de l'entreprise concernée, mais de faciliter la discussion au sein du comité consultatif sur le texte de l'avant-projet de décision. En tout état de cause, en l'espèce, il ressort de la réponse de la Commission à la mesure d'organisation de la procédure que la Commission a, dans son résumé accompagnant l'avant-projet de décision, présenté les principaux points de ce dernier, en soulignant les aspects les plus délicats de son analyse (critères permettant d'identifier l'existence d'une restriction de concurrence par objet, définition du marché, application de l'article 102 TFUE). La seule circonstance qu'elle n'ait pas mentionné, dans ce résumé, l'état de tous les contentieux relatifs au brevet 947, l'interprétation de la portée de certaines stipulations des accords de règlement amiable, les faits postérieurs à l'invalidation du brevet 947 par l'OEB ou les différences entre l'acquisition de la technologie de Rolabo et celle d'une autre société ne saurait conduire à considérer que le comité consultatif, qui disposait, par ailleurs, d'un nombre considérable de documents relatifs à l'affaire, et notamment des arguments présentés par les requérantes dans leurs observations sur la communication des griefs et sur l'exposé des faits (voir points 152 et 154 ci-dessus), n'a pas pu rendre son avis en pleine connaissance de cause.

**159** En second lieu, les requérantes soutiennent que le comité consultatif n'a pas été régulièrement consulté, en ce que seul un faible nombre de ses membres était présent à ses réunions et que l'ANC rapporteure de l'affaire, qui a été nommée tardivement, n'était pas présente lors de l'audition des parties et lors de la seconde réunion du comité consultatif.

**160** Les requérantes font grief à la Commission de ne pas avoir nommé l'ANC rapporteure dans un délai de 45 jours après l'envoi de la communication des griefs et d'avoir délibérément choisi une autorité nationale de concurrence n'ayant pas été présente lors de l'audition.

**161** Il est constant que les dispositions relatives aux méthodes de travail du comité consultatif prévoient que la nomination de l'ANC rapporteure intervient, en principe, dans un délai de 45 jours après l'envoi de la communication des griefs aux entreprises et selon un critère objectif, à savoir, en principe, le tour de rôle correspondant aux présidences tournantes du Conseil (voir point 146 ci-dessus). En l'espèce, il ressort du dossier que la procédure de désignation de l'ANC rapporteure a débuté le 7 mai 2014 et que la nomination de la Bundeswettbewerbsbehörde (Autorité fédérale de la concurrence, Autriche, ci-après la « BWB ») comme ANC rapporteure est intervenue le 3 juin 2014, soit après l'audition, mais bien avant les réunions du comité consultatif, et que celle-ci a été effectuée selon un critère objectif, à savoir l'ordre des présidences tournantes du Conseil. Or, la seule méconnaissance du délai de 45 jours pour la nomination de l'ANC rapporteure, méconnaissance qu'a reconnue la Commission à l'audience, ne saurait être considérée en l'espèce comme ayant empêché le comité consultatif d'exercer ses fonctions en connaissance de cause. En effet, le rôle de l'ANC rapporteure dans la compréhension de l'affaire par les autorités nationales de concurrence et leur information n'est particulièrement important qu'au stade de la préparation des réunions du comité consultatif (voir point 164 ci-après) et, en l'espèce, à cette étape de la procédure, l'ANC

rapporteure avait été désignée. S'agissant par ailleurs de la nomination de la BWB en qualité d'ANC rapporteure, il importe de souligner que les requérantes n'ont apporté aucun élément permettant d'établir que celle-ci aurait été liée à l'absence de cette autorité nationale de concurrence à l'audition des 15, 16, 17 et 18 avril 2013 et qu'elle a, en tout état de cause, été effectuée selon un critère purement objectif, à savoir l'ordre des présidentes tournantes du Conseil.

**162** Les requérantes font également valoir que le comité consultatif n'aurait pas pu se prononcer en toute connaissance de cause, l'ANC rapporteure n'ayant assisté ni à l'audition des parties les 15, 16, 17 et 18 avril 2013 ni à la réunion du comité consultatif du 7 juillet 2014. La Commission soutient qu'aucun texte ne prévoit la participation obligatoire de l'ANC rapporteure à l'audition et rappelle que huit États membres étaient présents lors de l'audition.

**163** Il importe de relever que, si le point 12 des dispositions relatives aux méthodes de travail du comité consultatif précise que la participation des autorités nationales de concurrence à l'audition est utile pour le fonctionnement efficace du comité consultatif, aucune disposition n'impose en revanche à l'ANC rapporteure de participer à l'audition, l'article 14, paragraphe 3, du règlement no 773/2004 prévoyant uniquement que les autorités de concurrence des États membres sont invitées à prendre part à l'audition, et ce d'autant que toutes les autorités nationales de concurrence reçoivent une copie du procès-verbal de l'audition. Il peut d'ailleurs être relevé que, comme la Commission le fait valoir, les autorités nationales de concurrence ont été dûment invitées à participer à l'audition et huit d'entre elles y ont effectivement été représentées (voir, pour un cas d'absence de convocation des autorités nationales de concurrence à l'audition, arrêt du 21 septembre 2017, *Feralpi/Commission*, [C 85/15 P](#), EU:C:2017:709, points 38 à 44). Il convient, en outre, de rappeler que le rôle de l'ANC rapporteure dans la compréhension de l'affaire par les ANC et leur information est particulièrement important devant le comité consultatif et non au stade de l'audition. Les dispositions relatives aux méthodes de travail du comité consultatif recommandent ainsi à l'ANC rapporteure de faire circuler, au minimum cinq jours avant la première réunion du comité consultatif, une liste des principales questions de l'affaire, visant notamment à savoir si les ANC peuvent marquer leur accord global avec l'avant-projet de décision, si elles ont des observations sur certains aspects et si elles souhaitent que l'avis soit publié [point 44, sous i)], et de présenter l'affaire et ses enjeux au début de la première réunion du comité consultatif [point 44, sous ii)]. Or, il ressort du dossier que la BWB a bien dialogué avec la Commission afin d'établir la liste des questions envoyée par la Commission pour examen aux membres du comité consultatif et qu'elle a participé à la première réunion du comité consultatif, au cours de laquelle elle a présenté son rapport, et il n'est pas contesté par les requérantes qu'elle a, à cette occasion, pleinement joué son rôle d'ANC rapporteure. Par ailleurs, la seule circonstance que la Commission a transmis aux autres autorités nationales de concurrence la liste des principales questions de l'affaire le 26 juin 2014 au matin, soit quatre jours avant la première réunion du comité consultatif, alors que les dispositions relatives aux méthodes de travail du comité consultatif recommandent que ce délai soit de cinq jours, ne saurait suffire à conclure que le comité consultatif n'a pas été en mesure de se prononcer en toute connaissance de cause. Contrairement à ce que soutiennent les requérantes, la Commission n'était en outre pas tenue de nommer une autre ANC rapporteure, le point 38 des dispositions relatives aux méthodes de travail du comité consultatif ne prévoyant qu'une possibilité de remplacer la personne physique

représentant l'autorité nationale de concurrence par une autre personne physique de cette même autorité en cas de besoin. Par conséquent, le fait que la BWB n'ait pas assisté, en l'espèce, à l'audition des parties les 15, 16, 17 et 18 avril 2013 et, ce qui est regrettable, à la seconde réunion du comité consultatif du 7 juillet 2015 n'a pas empêché le comité consultatif de se prononcer en toute connaissance de cause.

**164**S'agissant du grief tiré de la présence d'un nombre limité d'États membres aux réunions du comité consultatif, il ressort du dossier que, lors de la réunion du 30 juin 2014, seules cinq autorités nationales de concurrence étaient représentées (celles du Royaume d'Espagne, de la République italienne, de la République d'Autriche, de la République de Finlande et du Royaume de Suède) et que, lors de la réunion du 7 juillet 2014, seules deux autorités nationales de concurrence l'étaient (celles de la République fédérale d'Allemagne et de la République de Finlande). Il en résulte effectivement qu'un nombre limité de représentants d'États membres ont pris part à l'avis rendu par le comité consultatif en l'espèce, dès lors que, aux termes des points 20 et 21 des dispositions relatives aux méthodes de travail du comité consultatif, seuls les commentaires et les observations formulés par les membres présents à la réunion sont pris en compte dans l'avis rendu par le comité consultatif. Interrogée lors de l'audience sur les raisons d'une si faible participation et l'éventualité d'un report des réunions du comité consultatif, la Commission a exposé avoir eu connaissance de grèves de train et avoir contacté les membres du comité pour savoir s'ils avaient des commentaires spécifiques, mais qu'elle n'avait pas envisagé de reporter les réunions.

**165**S'il est vrai que, dans de telles circonstances, il aurait été approprié que la Commission reportât les réunions du comité consultatif, il ne saurait toutefois être déduit du faible nombre de représentants des États membres aux réunions que la Commission a méconnu en l'espèce la formalité substantielle de consultation du comité consultatif.

**166**En effet, il convient de constater, tout d'abord, que, même si cela peut sembler inhabituel et peu compatible avec une certaine conception de la bonne administration, aucune disposition ne prévoit une règle de quorum pour l'adoption des avis du comité consultatif. De plus, l'article 14, paragraphe 3, du règlement no 1/2003 prévoit expressément que le comité consultatif « peut émettre un avis même si des membres sont absents et ne sont pas représentés ». Ensuite, il importe de rappeler que la Commission est tenue de mettre les autorités de concurrence des États membres en mesure de participer au comité consultatif et qu'elle a, en l'espèce, procédé à toutes les démarches nécessaires à cette fin, dès lors qu'elle leur a envoyé les convocations aux réunions du comité consultatif des 30 juin et 7 juillet 2014 ainsi que tous les documents nécessaires depuis l'ouverture de la procédure (voir points 153 et 154 ci-dessus) et qu'aucune objection n'a été soulevée quant à la date de ces réunions (voir point 154 ci-dessus). Enfin, il convient de souligner que le comité consultatif ne peut constituer une enceinte contribuant à l'application cohérente des règles de concurrence du droit de l'Union, ainsi que le prévoit le considérant 19 du règlement no 1/2003, qu'à la condition que les autorités de concurrence des États membres soient disposées à y coopérer efficacement, la Commission ne disposant d'aucun pouvoir coercitif à cet égard.

**167**Le moyen doit donc être écarté.

3. Sur la violation du droit à un recours effectif, des droits de la défense et du principe d'égalité des armes

a) Arguments des parties

**168**Les requérantes soutiennent que la Commission a méconnu les droits de la défense et leur droit à un recours effectif en leur adressant, en période de congé estival, une décision d'une longueur exceptionnelle, comportant un grand nombre de répétitions et de renvois et n'étant pas fondée sur un critère juridique clair, rendant ainsi extrêmement difficile, voire impossible, l'exercice de ces droits. Elles estiment, en outre, que les circonstances qu'elles n'ont disposé que d'un délai de recours de deux mois, alors que la Commission a mis près de six années à élaborer la décision attaquée, et, ainsi qu'elles le font valoir dans la réplique, qu'elles n'ont pas été autorisées à rédiger un recours d'une longueur comparable à celle de la décision attaquée sont contraires au principe d'égalité des armes.

**169**La Commission considère que la décision attaquée constitue le résultat d'un long processus ayant donné lieu à de nombreux échanges avec les requérantes. Elle indique, notamment, que les requérantes ont fourni une réponse à la communication des griefs de plus de 600 pages pour laquelle elles ont bénéficié d'un délai de préparation de près de six mois, que les requérantes ont disposé de plus de dix heures de temps de parole lors de l'audition et que la requête est également d'une longueur exceptionnelle. Enfin, elle estime que le principe d'égalité des armes n'impose pas que la durée de la procédure administrative et celle du délai de recours juridictionnel soient identiques.

#### b) Appréciation du Tribunal

**170**Il y a lieu de rappeler que le principe de protection juridictionnelle effective constitue un principe général du droit de l'Union, qui est aujourd'hui exprimé à l'article 47 de la charte des droits fondamentaux (arrêt du 8 décembre 2011, *Chalkor/Commission*, C 386/10 P, EU:C:2011:815, point 52). Ce principe est constitué de divers éléments, lesquels comprennent, notamment, les droits de la défense, le principe d'égalité des armes, le droit d'accès aux tribunaux ainsi que le droit de se faire conseiller, défendre et représenter (arrêt du 6 novembre 2012, *Otis e.a.*, C 199/11, EU:C:2012:684, point 48). Le principe d'égalité des armes, qui est un corollaire de la notion même de procès équitable, implique l'obligation d'offrir à chaque partie une possibilité raisonnable de présenter sa cause, y compris ses preuves, dans des conditions qui ne la placent pas dans une situation de net désavantage par rapport à son adversaire (arrêts du 6 novembre 2012, *Otis e.a.*, C 199/11, EU:C:2012:684, point 71, et du 12 novembre 2014, *Guardian Industries et Guardian Europe/Commission*, C 580/12 P, EU:C:2014:2363, point 31).

**171**Les requérantes font valoir que les contraintes auxquelles elles étaient soumises pour introduire la requête les ont placées dans une situation de net désavantage par rapport à la Commission, qui n'aurait été soumise à aucune contrainte de temps ou de longueur pour rédiger la décision attaquée. Il convient cependant de rappeler qu'il ressort de la jurisprudence de la Cour EDH portant sur l'interprétation de l'article 6, paragraphe 1, de la CEDH, à laquelle il convient de se référer conformément à l'article 52, paragraphe 3, de la charte des droits fondamentaux, que le droit à un tribunal n'est pas absolu. L'exercice de ce droit se prête à des limitations, notamment quant aux conditions de recevabilité d'un recours (arrêt du 28 février 2013, *Réexamen Arango Jaramillo e.a./BEI*, C 334/12 RX II, EU:C:2013:134, point 43). Si les intéressés doivent s'attendre à ce que les règles de recevabilité des recours soient appliquées, l'application qui en est faite ne doit toutefois pas empêcher les justiciables de se prévaloir d'une voie de recours disponible (arrêt du 28 février 2013, *Réexamen Arango Jaramillo e.a./BEI*, C 334/12 RX II, EU:C:2013:134, point 43). La Cour EDH considère ainsi que ces limitations ne

sauraient restreindre l'accès ouvert à un justiciable de manière ou à un point tels que son droit à un tribunal s'en trouve atteint dans sa substance même et qu'elles ne se concilient avec l'article 6, paragraphe 1, de la CEDH que si elles visent un but légitime et s'il existe un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé (voir Cour EDH, 6 décembre 2011, Anastasakis c. Grèce, CE:ECHR:2011:1206JUD004195908, point 24 et jurisprudence citée).

**172** Selon une jurisprudence constante de la Cour, l'application stricte des réglementations de l'Union concernant les délais de procédure répond à l'exigence de la sécurité juridique et à la nécessité d'éviter toute discrimination ou tout traitement arbitraire dans l'administration de la justice (voir arrêt du 15 janvier 1987, Misset/Conseil, 152/85, EU:C:1987:10, point 11 et jurisprudence citée, et ordonnance du 8 novembre 2007, Belgique/Commission, C 242/07 P, EU:C:2007:672, point 16 et jurisprudence citée) et n'affecte nullement le droit à une protection juridictionnelle effective (voir, en ce sens, ordonnance du 17 mai 2002, Allemagne/Parlement et Conseil, C 406/01, EU:C:2002:304, point 20). Ainsi que le fait valoir la Commission, le principe d'égalité des armes ne commande pas que la durée de la procédure administrative et celle du délai de recours en annulation soient identiques. En effet, la procédure administrative a pour objet de permettre à la Commission d'enquêter afin de déterminer si une décision constatant une infraction aux articles 101 et 102 TFUE doit être adoptée et aux entreprises d'assurer leur défense. Il convient de rappeler, à cet égard, que le respect des droits de la défense exige que l'entreprise intéressée ait été mise en mesure, au cours de la procédure administrative, de faire connaître utilement son point de vue sur la réalité et la pertinence des faits et des circonstances allégués ainsi que sur les documents retenus par la Commission à l'appui de son allégation de l'existence d'une infraction au traité (arrêts du 7 juin 1983, Musique Diffusion française e.a./Commission, 100/80 à 103/80, EU:C:1983:158, point 10, et du 7 janvier 2004, Aalborg Portland e.a./Commission, C 204/00 P, C 205/00 P, C 211/00 P, C 213/00 P, C 217/00 P et C 219/00 P, EU:C:2004:6, point 66). En ce sens, le règlement no 1/2003 prévoit l'envoi aux parties d'une communication des griefs, qui doit énoncer, de manière claire, tous les éléments essentiels sur lesquels la Commission se fonde à ce stade de la procédure. Toutefois, cette indication peut être faite de manière sommaire et la décision ne doit pas nécessairement être une copie de l'exposé des griefs, car cette communication constitue un document préparatoire dont les appréciations de fait et de droit ont un caractère purement provisoire. Pour cette raison, la Commission peut, et même doit, tenir compte des éléments résultant de la procédure administrative, pour, notamment, abandonner des griefs qui se seraient révélés mal fondés (arrêt du 7 janvier 2004, Aalborg Portland e.a./Commission, C 204/00 P, C 205/00 P, C 211/00 P, C 213/00 P, C 217/00 P et C 219/00 P, EU:C:2004:6, point 67).

**173** En l'espèce, il y a lieu de constater que, si, conformément aux dispositions de l'article 263, sixième alinéa, TFUE et de l'article 102, paragraphe 2, du règlement de procédure du 2 mai 1991, les requérantes ont disposé d'un délai de deux mois et dix jours pour introduire un recours contre la décision attaquée à compter de sa notification, et si ce délai rendait la tâche de la rédaction de la requête particulièrement ardue, au regard de la longueur exceptionnelle de la décision attaquée, au surplus notifiée en période estivale, elles ont cependant eu l'occasion d'avoir de nombreux échanges avec la Commission sur l'affaire pendant la procédure administrative. La Commission a ainsi adressé des demandes de renseignements aux requérantes en janvier 2009, en août 2009, puis de



décembre 2009 à mai 2012. Les requérantes ont, en outre, été invitées à participer à plusieurs réunions-bilans de 2009 à 2012. Le 27 juillet 2012, la Commission a adopté une communication des griefs, à laquelle les requérantes ont répondu le 14 janvier 2013. Les requérantes ont ensuite été auditionnées les 15, 16, 17 et 18 avril 2013, de nouvelles réunions-bilans ont été organisées et de nouvelles demandes de renseignements ont été envoyées aux requérantes. Le 18 décembre 2013, la Commission a donné aux requérantes l'accès aux éléments de preuve recueillis ou divulgués plus largement après la communication des griefs et a envoyé un exposé des faits, auquel elles ont répondu le 31 janvier 2014. De plus, il importe de rappeler que les requérantes ont pu bénéficier, lors de la phase écrite de la procédure devant le Tribunal, de toutes les prorogations de délais qu'elles ont sollicitées et n'ont donc pas été placées globalement, en dépit des contraintes particulières auxquelles elles ont été confrontées pour présenter la requête, dans une situation de net désavantage par rapport à la Commission dans le cadre de la présente instance.

**174**S'agissant de la longueur de la requête, il y a lieu de rappeler que, selon la jurisprudence de la Cour EDH, la réglementation relative aux formalités à respecter pour introduire un recours vise à assurer une bonne administration de la justice et que les intéressés doivent s'attendre à ce que ces règles soient appliquées (Cour EDH, 6 décembre 2011, Anastasakis c. Grèce, CE:ECHR:2011:1206JUD004195908, point 24). En ce qui concerne la procédure devant le Tribunal, il importe de relever que, en vertu du point 15 des instructions pratiques aux parties devant le Tribunal du 24 janvier 2012 (JO 2012, L 68, p. 23), en vigueur à la date d'introduction du recours, la longueur de la requête est en principe limitée à 50 pages, mais est toujours déterminée en fonction de la complexité en droit ou en fait de l'affaire en cause (voir, en ce sens, ordonnance du 10 avril 2014, Langguth Erben/OHMI, C 412/13 P, non publiée, EU:C:2014:269, point 63). Or, en l'espèce, les requérantes ont invoqué la complexité en droit de l'affaire en cause et ont été autorisées par le Tribunal à déposer une requête de 186 pages, rédigée avec un interligne réduit, accompagnée de 10 158 pages d'annexes. S'il est vrai que la décision attaquée est particulièrement longue et répétitive sur certains aspects, cela s'explique néanmoins, ainsi que le fait valoir la Commission, par le nombre d'infractions reprochées aux requérantes et présentant certains traits communs ainsi que par les standards de preuve exigés par la jurisprudence de l'Union en matière d'infractions aux articles 101 et 102 TFUE. De plus, ainsi que le rappelle la Commission, les requérantes ont eu l'occasion de répondre à la communication des griefs, d'une longueur de 755 pages, en produisant un document de plus de 600 pages. La longueur de la requête et le nombre de moyens soulevés démontrent d'ailleurs que les requérantes ont eu le temps, au prix, il est vrai, d'efforts sans doute considérables, de préparer leur argumentation. Elles ne sauraient, par conséquent, prétendre avoir été soumises à des difficultés insurmontables pour accéder au Tribunal et avoir été placées en situation de net désavantage par rapport à la Commission.

**175**S'agissant de l'argument relatif aux répétitions et aux renvois auxquels la Commission aurait procédé dans la décision attaquée, il y a lieu de rappeler qu'il appartient à la Commission, conformément aux dispositions de l'article 296 TFUE, d'exposer de façon claire et non équivoque son raisonnement, de manière à permettre aux intéressés de connaître les justifications de la mesure prise et à la juridiction compétente d'exercer son contrôle. Cette exigence de motivation doit être appréciée en fonction des circonstances de l'espèce, notamment du contenu de l'acte, de la nature des motifs invoqués et de

l'intérêt que les destinataires ou d'autres personnes concernées directement et individuellement par l'acte peuvent avoir à recevoir des explications. Il n'est pas exigé que la motivation spécifie tous les éléments de fait et de droit pertinents, dans la mesure où la question de savoir si la motivation d'un acte satisfait aux exigences de l'article 296 TFUE doit être appréciée non seulement au regard de son libellé, mais aussi de son contexte ainsi que de l'ensemble des règles juridiques régissant la matière concernée (voir arrêt du 27 septembre 2012, *Heijmans Infrastructuur/Commission*, T 359/06, non publié, EU:T:2012:489, point 133 et jurisprudence citée). Contrairement à ce que soutiennent les requérantes, la seule circonstance que la Commission ait mentionné les mêmes documents internes à de nombreuses reprises dans la décision attaquée et qu'elle ait effectué un nombre important de renvois à d'autres parties de la décision attaquée ne saurait suffire à établir que la décision attaquée ne leur aurait pas permis de connaître les justifications de la mesure prise ou empêcherait le Tribunal d'exercer son contrôle.

**176**S'agissant de l'argument tiré de l'absence de critère juridique clair, les requérantes ont indiqué qu'il correspondait à d'autres moyens de leur requête. Il y sera par conséquent répondu sous les moyens correspondants.

**177**Enfin, les arguments que tirent les requérantes des arrêts de la Cour EDH du 27 octobre 1993, *Dombo Beheer B. V. c. Pays-Bas* (CE:ECHR:1993:1027JUD001444888), du 15 juillet 2003, *Ernst et autres c. Belgique* (CE:ECHR:2003:0715JUD003340096), et du 18 avril 2006, *Vezon c. France* (CE:ECHR:2006:0418JUD006601801), ne sauraient davantage prospérer. En effet, les éléments factuels et juridiques de ces affaires étaient très différents de la présente espèce. Ainsi, dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt de la Cour EDH du 27 octobre 1993, *Dombo Beheer B. V. c. Pays-Bas* (CE:ECHR:1993:1027JUD001444888), dans laquelle la Cour EDH a constaté une violation de l'article 6 de la CEDH, était en cause un litige entre deux personnes privées où l'une des deux parties avait été placée en situation de net désavantage par rapport à l'autre, qui était la seule à pouvoir recourir à un témoignage. Dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt de la Cour EDH du 15 juillet 2003, *Ernst et autres c. Belgique* (CE:ECHR:2003:0715JUD003340096), où la Cour EDH a considéré qu'il n'y avait pas de violation de l'article 6 de la CEDH, il s'agissait de savoir si un État pouvait offrir à un requérant un accès au juge limité à une question liminaire de recevabilité, au motif que son action était dirigée contre un magistrat bénéficiant du privilège de juridiction. Enfin, dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt de la Cour EDH du 18 avril 2006, *Vezon c. France* (CE:ECHR:2006:0418JUD006601801), était en cause une atteinte au droit à un procès équitable en raison d'une intervention législative réglant définitivement et de manière rétroactive le fond de litiges en cours devant les juridictions nationales, sans pour autant être justifié par un motif d'intérêt général suffisant.

**178**Il résulte de ce qui précède que le moyen n'est, en tout état de cause, pas fondé, à supposer même qu'il soit opérant au soutien d'une critique de la légalité de la décision attaquée.

#### 4. Sur la dénaturation des faits

##### a) Arguments des parties

**179**Les requérantes soutiennent que la Commission n'a pas exposé les faits de l'espèce de manière neutre et complète. Elles reprochent notamment à la Commission d'avoir consacré une part importante de la décision attaquée à des éléments factuels n'ayant finalement fait l'objet d'aucun grief et d'avoir omis de prendre en compte le caractère

légitime d'une stratégie antigénériques, reconnu par la jurisprudence. Elles considèrent que ces critiques ne sauraient être écartées comme irrecevables dès lors que, selon la décision attaquée elle-même, les éléments factuels en cause constitueraient une partie clé du contexte des pratiques incriminées.

**180** Les requérantes considèrent que, en l'espèce, elles n'ont fait que mettre en œuvre une stratégie de concurrence par les mérites en faisant respecter leurs brevets au moyen d'actions en justice, en s'assurant du niveau de qualité des médicaments génériques, notamment par le biais de la pharmacopée européenne, et en développant des produits d'une qualité supérieure. S'agissant des brevets, les requérantes soulignent que les brevets de procédé ont la même valeur que des brevets de molécule et que leur invocation à l'encontre des sociétés de génériques était légitime. Elles rappellent, en outre, la légitimité des règlements amiables des litiges, notamment dans le contexte d'absence de juridiction européenne unique en matière de brevets, et soulignent que ce sont généralement les tiers qui les ont approchées pour conclure de tels règlements, et qu'elles n'ont jamais conclu de règlement amiable avec Apotex, avec laquelle le contentieux étant pourtant le plus avancé procéduralement en 2006 et 2007, ni avec la plupart des opposants au brevet 947 devant l'OEB. Les requérantes soutiennent, par ailleurs, que leur intérêt pour l'achat de technologies relatives aux procédés de fabrication du périndopril visait à pouvoir faire face à l'accroissement de la demande et à concurrencer les génériques. Elles considèrent également que le lancement d'un produit de deuxième génération ne constitue pas une pratique abusive et soulignent que, en l'espèce, le sel d'arginine a permis d'améliorer la qualité du médicament. Enfin, elles estiment que les allégations relatives à certaines des pratiques litigieuses en cause ne sont pas établies et qu'elles n'ont d'ailleurs pas été retenues comme constituant l'un des griefs de la décision attaquée.

**181** La Commission estime, à titre préalable, que ce moyen doit être écarté comme irrecevable, dès lors que les requérantes n'ont pas énoncé en quoi les propos en cause sont liés aux conditions d'annulation d'une décision administrative prévues par les dispositions de l'article 263, deuxième alinéa, TFUE. Elle rappelle également que, selon la jurisprudence, seuls les comportements des requérantes qui ont été considérés comme constituant des infractions aux articles 101 et 102 TFUE dans le dispositif de la décision attaquée leur font grief et sont susceptibles d'être contestés dans le cadre d'un recours juridictionnel.

**182** La Commission considère que la décision attaquée fait référence à de nombreux éléments de preuve permettant d'établir l'existence d'une stratégie d'exclusion des génériques s'éloignant de la concurrence par les mérites. Elle estime, en outre, qu'elle était tenue d'exposer, dans la décision attaquée, des pratiques des requérantes relevant de leur stratégie antigénériques qu'elle n'a pas qualifiées d'infractions aux articles 101 et 102 TFUE, afin de pouvoir examiner les infractions dans leur contexte juridique, économique et factuel.

**183** S'agissant de la valeur des brevets de procédé, la Commission relève que ces derniers bénéficient d'un champ de protection plus limité que les brevets de molécule. Elle estime que la décision attaquée n'a jamais affirmé que le dépôt du brevet 947 et son invocation par les requérantes n'étaient pas légitimes. S'agissant du lancement d'un produit de deuxième génération, la Commission rappelle, d'une part, que, dans plusieurs États membres, les pharmaciens ne pouvaient pas procéder à la délivrance d'un générique en

substitution du médicament princeps en raison d'un dosage différent et que, d'autre part, le nouveau produit présentait peu d'intérêt pour les patients et les praticiens. Enfin, la décision attaquée comporterait des éléments permettant d'établir que certaines des pratiques litigieuses en cause s'inscrivaient dans la stratégie antigénériques des requérantes.

#### b) Appréciation du Tribunal

**184**La Commission conteste la recevabilité de ce moyen sur le fondement des dispositions de l'article 44, paragraphe 1, sous c), du règlement de procédure du 2 mai 1991, applicable en l'espèce, aux termes desquelles la requête doit contenir l'objet du litige et l'exposé sommaire des moyens invoqués. Ces éléments doivent être suffisamment clairs et précis pour permettre à la partie défenderesse de préparer sa défense et au Tribunal de statuer sur le recours, le cas échéant, sans autre information. Afin de garantir la sécurité juridique et une bonne administration de la justice, il est nécessaire, pour qu'un recours soit recevable au regard des dispositions rappelées ci-dessus, que les éléments essentiels de fait et de droit sur lesquels celui-ci se fonde ressortent, à tout le moins sommairement, mais d'une façon cohérente et compréhensible, de la requête elle-même (ordonnance du 28 avril 1993, De Hoe/Commission, T 85/92, EU:T:1993:39, point 20). Plus particulièrement, la Cour a jugé que, s'il convient d'admettre que l'énonciation des moyens d'ouverture des recours n'est pas liée à la terminologie et à l'énumération prévues par l'article 263, deuxième alinéa, TFUE, la présentation de ces moyens d'ouverture par leur substance plutôt que par leur qualification légale peut suffire, à condition toutefois qu'il se dégage suffisamment de la requête quel est celui des moyens visés au traité qui est invoqué (arrêt du 15 décembre 1961, Fives Lille Cail e.a./Haute Autorité, 19/60, 21/60, 2/61 et 3/61, EU:C:1961:30, p. 588).

**185**En l'espèce, les requérantes reprochent, en substance, à la Commission de ne pas avoir présenté certains faits de manière objective et d'avoir fait état de faits non pertinents pour constater l'existence d'une infraction. Or, bien qu'elles qualifient ce moyen de « dénaturation du contexte factuel sous-tendant les pratiques faisant l'objet de la décision », les requérantes n'ont pas spécifié quelle serait la règle de droit dont la violation par la Commission serait de nature à fonder le recours et les indications qu'elles donnent dans leur requête ne sont pas suffisamment claires et précises pour permettre à la Commission de répondre aux arguments soulevés et au Tribunal d'exercer son contrôle juridictionnel. En effet, les arguments qu'elles développent pourraient relever d'un moyen tiré d'une erreur de fait, d'une erreur de qualification juridique des faits, d'une violation du principe d'impartialité ou de l'obligation de diligence, d'un détournement de pouvoir ou encore d'une atteinte à la réputation susceptible de justifier l'introduction d'un recours indemnitaire.

**186**Dès lors, ce moyen doit être, pour ce motif, déclaré irrecevable.

**187**À titre subsidiaire, la Commission fait valoir que ce moyen serait également irrecevable dès lors que seuls les comportements des requérantes qui ont été considérés comme constituant des infractions aux articles 101 et 102 TFUE dans le dispositif de la décision attaquée leur font grief et sont susceptibles d'être contestés dans le cadre d'un recours juridictionnel.

**188**Selon la jurisprudence, seul le dispositif d'une décision est susceptible de produire des effets juridiques et de faire grief, et les appréciations formulées dans les motifs ne sont pas susceptibles de faire, en tant que telles, l'objet d'un recours en annulation. Ces

appréciations ne peuvent être soumises au contrôle de légalité du juge de l'Union que dans la mesure où, en tant que motifs d'un acte faisant grief, elles constituent le support nécessaire du dispositif de cet acte (ordonnance du 28 janvier 2004, Pays-Bas/Commission, C 164/02, EU:C:2004:54, point 21, et arrêt du 17 septembre 1992, NBV et NVB/Commission, T 138/89, EU:T:1992:95, point 31) et si, plus particulièrement, ces motifs sont susceptibles de changer la substance de ce qui a été décidé dans le dispositif de l'acte en question (voir arrêt du 12 octobre 2007, Pergan Hilfsstoffe für industrielle Prozesse/Commission, T 474/04, EU:T:2007:306, point 73 et jurisprudence citée). Il importe de rappeler, à cet égard, que le contenu des motifs d'un acte doit être pris en compte pour déterminer ce qui a été arrêté dans le dispositif (arrêts du 15 mai 1997, TWD/Commission, C 355/95 P, EU:C:1997:241, point 21, et du 20 novembre 2002, Lagardère et Canal+/Commission, T 251/00, EU:T:2002:278, point 67).

**189**En l'espèce, il convient donc de déterminer si les éléments critiqués par les requérantes et figurant au point 4 de la décision attaquée constituent le support nécessaire du dispositif de cette dernière et si ces appréciations sont susceptibles de changer la substance de ce qui a été décidé dans ledit dispositif.

**190**Il importe de relever que la Commission a indiqué, aux considérants 85 et 110 de la décision attaquée, relatifs à la présentation des différents éléments constitutifs de la stratégie antigénériques des requérantes (notamment la constitution d'un « halo de brevets » avec des brevets « de papier » et le passage progressif au sel d'arginine), que la description des pratiques n'étant pas examinées dans les points 5 (examen des règlements amiables au regard de l'article 101 TFUE) et 8 (examen de l'acquisition de technologie et des règlements amiables au regard de l'article 102 TFUE) de la décision attaquée était sans préjudice de leur légalité au regard du droit de la concurrence. De même, au considérant 2764 de la décision attaquée, la Commission a précisé qu'aucun des éléments de la stratégie générale des requérantes « ne peut être intrinsèquement qualifié de problématique au regard du droit de la concurrence de l'Union ». En outre, aux considérants 2917 et 2960, la Commission a rappelé que, « concernant l'abus de position dominante, l'objet de cette décision est l'infraction globale à l'article 102 TFUE, qui consiste en la combinaison d'une succession d'accords de règlement amiable en matière de brevets et de l'acquisition de la technologie d'Azad ». Par ailleurs, les requérantes elles-mêmes ont demandé au Tribunal de rendre confidentiels à l'égard de l'intervenante de nombreux passages de la décision attaquée relatifs à leur stratégie antigénériques, au motif que ces éléments factuels et leur interprétation ne tombaient pas dans le champ des griefs retenus à leur égard par la Commission et que, s'ils étaient divulgués au public, ils les lèseraient gravement en portant atteinte à la présomption d'innocence et à leur réputation. Les éléments constitutifs de la stratégie antigénériques des requérantes n'ayant pas été qualifiés d'infraction par la Commission n'ont, par conséquent, pas été pris en compte pour retenir et sanctionner les infractions visées dans le dispositif de la décision attaquée.

**191**Les requérantes font cependant valoir que, au considérant 2766 de la décision attaquée, qui figure dans le point 8 de la décision attaquée, la Commission a indiqué que l'examen des pratiques sanctionnées dans le cas de l'article 102 TFUE « prendra en compte le cadre factuel complet, y compris les autres pratiques découlant de cette stratégie pour lesquelles la contribution à l'effet d'éviction n'est pas établie dans la présente décision ». De plus, au considérant 2772 de la décision attaquée, la Commission

a indiqué que la stratégie antigénéralistes des requérantes, décrite au point 4 de ladite décision, et notamment la création d'un halo de brevets, constituait « d'importants éléments factuels permettant d'expliquer, par exemple lors de l'examen des effets d'exclusion anticoncurrentiels du comportement de Servier, pourquoi le degré de concurrence (potentielle) pour l'approvisionnement en périndopril générique était particulièrement limité ».

**192**Dans son mémoire en défense, la Commission soutient qu'elle était tenue d'exposer, dans la décision attaquée, des pratiques relevant de la stratégie antigénéralistes des requérantes mais n'ayant pas été qualifiées d'infractions aux articles 101 et 102 TFUE, afin de pouvoir examiner les infractions dans leur contexte juridique, économique et factuel. Lors de l'audience, la Commission a insisté sur l'importance de ce point 4 de la décision attaquée pour comprendre la stratégie globale de Servier à l'égard des sociétés de génériques et la portée de ses pratiques sur le marché, en distinguant le contexte factuel de ces pratiques, éclairé notamment par ledit point 4, et leur caractère infractionnel. Cette distinction aurait été faite clairement au considérant 2766 de la décision attaquée.

**193**Il est vrai que, selon une jurisprudence constante, il convient, afin d'apprécier si un accord entre entreprises présente un degré suffisant de nocivité pour être considéré comme une restriction de concurrence par objet au sens de l'article 101, paragraphe 1, TFUE, de s'attacher notamment au contexte économique et juridique dans lequel il s'insère (voir arrêt du 16 juillet 2015, ING Pensii, C 172/14, EU:C:2015:484, point 33 et jurisprudence citée). Pour apprécier l'accord en cause, il importe de le placer dans le contexte économique et juridique au vu duquel les parties l'ont conclu, sans que cela puisse être considéré comme une immixtion dans des actes ou des situations juridiques ne faisant pas l'objet de la procédure devant la Commission (arrêt du 13 juillet 1966, Consten et Grundig/Commission, 56/64 et 58/64, EU:C:1966:41, p. 497). Dans le cadre de cette appréciation du contexte juridique et économique, il y a lieu de prendre en considération la nature des biens ou des services affectés ainsi que les conditions réelles du fonctionnement et de la structure du ou des marchés en question (voir arrêts du 11 septembre 2014, CB/Commission, C 67/13 P, EU:C:2014:2204, point 53 et jurisprudence citée, et du 19 mars 2015, Dole Food et Dole Fresh Fruit Europe/Commission, C 286/13 P, EU:C:2015:184, point 117 et jurisprudence citée).

**194**De même, dans le cadre de son examen du comportement d'une entreprise en position dominante et aux fins de l'identification d'un éventuel abus d'une telle position, la Commission est tenue de considérer l'ensemble des circonstances factuelles pertinentes entourant ledit comportement (voir, en ce sens, arrêts du 15 mars 2007, British Airways/Commission, C 95/04 P, EU:C:2007:166, point 67, et du 27 mars 2012, Post Danmark, C 209/10, EU:C:2012:172, point 26). Il convient par ailleurs d'observer, à cet égard, que, lorsque la Commission procède à une évaluation du comportement d'une entreprise en position dominante, cet examen étant indispensable aux fins d'une conclusion relative à l'existence d'un abus d'une telle position, elle est forcément amenée à apprécier la stratégie commerciale poursuivie par ladite entreprise. Dans ce cadre, il apparaît normal que la Commission évoque des facteurs de nature subjective, tels que les mobiles qui sous-tendent la stratégie commerciale en question (arrêt du 19 avril 2012, Tomra Systems e.a./Commission, C 549/10 P, EU:C:2012:221, point 19).

**195**Il ressort des points 193 et 194 ci-dessus que, si la Commission est tenue de prendre en compte le contexte dans lequel intervient le comportement d'une entreprise afin d'examiner sa compatibilité avec les articles 101 et 102 TFUE, cette prise en compte ne saurait cependant la conduire à déduire ou à conforter la constatation d'une infraction à partir d'un comportement distinct jugé contraire ou peu en harmonie avec le droit de la concurrence, sans pour autant que ce comportement soit lui-même qualifié d'infraction.

**196**En l'espèce, il ressort de la décision attaquée (voir point 190 ci-dessus) que les éléments constitutifs de la stratégie antigénéralistes des requérantes, mentionnés dans le point 4 de la décision attaquée et présentant de façon négative les agissements de Servier, n'ont pas été qualifiés d'infraction par la Commission et n'ont pas été pris en compte pour qualifier d'infraction les pratiques qu'elle a sanctionnées d'une amende. Si la Commission les avait effectivement pris en considération pour qualifier d'infraction les pratiques sanctionnées, elle aurait encouru le reproche de constater des infractions en partie sur le fondement de soupçons ou d'affirmations qu'auraient fait naître d'autres comportements que les seules pratiques qu'elle a décidé de sanctionner. Une telle approche pourrait aboutir à ce que la mauvaise réputation présumée d'une entreprise, déduite de simples allégations ou de faits n'étant pas clairement établis, soit analysée comme un paramètre d'examen des pratiques anticoncurrentielles qui lui sont reprochées. Or, l'impartialité et l'objectivité qui doivent présider à la qualification par la Commission des infractions et à leur répression de même que le droit au respect de la présomption d'innocence excluent en principe ce type de présupposés. L'ambiguïté qu'entretient la Commission au sujet de la portée de ces éléments très critiques de l'attitude de Servier, exposés au point 4 de la décision attaquée, dont elle prétend à la fois qu'ils sont importants dans son analyse et qu'ils ne sauraient donner lieu à contestation devant le juge, est révélatrice des doutes que peuvent susciter ces motifs de la décision attaquée.

**197**Enfin, il importe de préciser que, à supposer même que les divers aspects de la stratégie globale antigénéralistes des requérantes figurent au nombre des éléments constitutifs du contexte des infractions constatées par la décision attaquée, ces appréciations n'apparaissent cependant pas comme ayant été susceptibles de modifier la substance du dispositif de la décision attaquée. En effet, il convient de rappeler que la prise en compte du contexte dans l'identification de l'objet anticoncurrentiel ne saurait pallier l'absence d'identification effective d'un objet anticoncurrentiel (conclusions de l'avocat général Wahl dans l'affaire CB/Commission, C 67/13 P, EU:C:2014:1958, point 44). De même, s'agissant de l'article 102 TFUE, si la Commission est tenue de considérer l'ensemble des circonstances factuelles pertinentes entourant le comportement en cause aux fins de l'identification d'un éventuel abus de position dominante, l'existence d'une éventuelle intention anticoncurrentielle ne constitue cependant que l'une des circonstances factuelles susceptibles d'être prises en compte aux fins de la détermination d'un abus d'une telle position (voir, en ce sens, arrêt du 19 avril 2012, Tomra Systems e.a./Commission, C 549/10 P, EU:C:2012:221, points 18 à 20).

**198**Ce moyen doit par conséquent, et en tout état de cause, être écarté comme inopérant, dès lors qu'il est dirigé contre des motifs de la décision attaquée qui ne portent pas sur les comportements et les pratiques des requérantes constitutifs d'infractions au droit de la concurrence et sanctionnés par ladite décision. Il convient cependant de relever que de nombreux éléments factuels critiqués par les requérantes sous ce moyen (notamment

l'acquisition de technologies alternatives et les règlements amiables de litiges en matière de brevets) se rattachent directement aux pratiques qualifiées d'infraction par la Commission et sont également repris sous d'autres moyens, ainsi que le fait valoir la Commission dans son mémoire en défense. Ces éléments, qui peuvent ainsi être pertinents, seront examinés lors de l'analyse desdits moyens.

5. Sur les erreurs de droit relatives à la définition de la notion de restriction de concurrence par objet

**199** Les requérantes considèrent que la Commission a commis une erreur de droit en estimant que le seul fait qu'un accord soit susceptible d'avoir un impact négatif sur la concurrence suffirait pour le qualifier de restriction de concurrence par objet. Une telle affirmation serait contraire à l'interprétation retenue par la Cour de la notion d'infraction par objet, qui devrait être restrictive et ne concerner que les seules pratiques qui sont, par leur nature même, nuisibles au bon fonctionnement du jeu normal de la concurrence. Une telle qualification serait par conséquent exclue pour des accords dont l'expérience ne confirme pas la nocivité, qui nécessitent une approche au cas par cas, ou pour des accords présentant des effets ambivalents ou porteurs d'effets restrictifs accessoires nécessaires à la poursuite d'un objectif principal non restrictif de concurrence. Dans l'arrêt *Actavis*, la Supreme Court of the United States (Cour suprême des États-Unis) aurait d'ailleurs rejeté l'approche retenue par la Commission en l'espèce.

**200** Les requérantes estiment que les accords de règlement amiable sont légitimes et ne sont pas, par nature, nuisibles à la concurrence. Si la Commission reconnaît l'objectif légitime de tels accords, les trois critères abstraits qu'elle aurait retenus dans la décision attaquée pour distinguer les accords légitimes des accords anticoncurrentiels seraient inopérants. La décision attaquée dérogerait d'ailleurs parfois elle-même à l'application de ces trois critères.

**201** L'intervenante soutient que la Commission a commis deux erreurs de droit en considérant que les accords de règlement amiable constituaient des restrictions de la concurrence par objet.

**202** En premier lieu, la Commission aurait dû faire application du test de nécessité objective, qui permettrait de faire échapper un accord à l'application de l'article 101, paragraphe 1, TFUE, lorsqu'il sert un but légitime et que les restrictions de concurrence qu'il impose sont objectivement nécessaires et proportionnées. Elle fait valoir que les accords de règlement amiable des litiges en matière de brevets ont un objectif légitime et que, même si les restrictions qu'ils imposent s'inscrivent en dehors du cadre des revendications des brevets, elles peuvent être nécessaires et proportionnées si elles représentent le moyen le moins restrictif d'atteindre un règlement amiable.

**203** En second lieu, l'intervenante estime que la Commission a méconnu une jurisprudence constante relative aux restrictions de la concurrence par objet. Celles-ci devraient, en effet, être interprétées de manière restrictive et ne concerner que des comportements dommageables de manière inhérente, évidente et claire et conduisant à une élimination ou à un affaiblissement sérieux de la concurrence. Or, les règlements amiables en matière de brevets ne répondraient pas à ces critères.

**204** L'intervenante et les requérantes font valoir, en outre, que la Commission aurait retenu une approche incohérente en qualifiant les règlements amiables de restriction de concurrence par objet au regard des dispositions de l'article 101 TFUE tout en considérant



qu'ils n'étaient pas en eux-mêmes contraires aux dispositions de l'article 102 TFUE et que la décision attaquée serait, par conséquent, entachée d'une contradiction de motifs justifiant son annulation.

**205**La Commission rappelle qu'elle n'a pas présenté, dans la décision attaquée, de conclusion définitive et générale sur le caractère anticoncurrentiel des accords de règlement amiable en matière de brevets, dès lors qu'elle adopte toujours des décisions au cas par cas sur le fondement des dispositions de l'article 23 du règlement no 1/2003, qui ne sauraient préjuger de la qualification d'autres accords de même nature juridique. En l'espèce, elle n'aurait ainsi examiné qu'une série d'accords conclus par les requérantes. La Commission soutient, en outre, que le fait qu'elle n'ait jamais, par le passé, imposé des amendes à des entreprises ayant passé des accords de règlement amiable en matière de brevets ne l'empêchait pas de retenir une qualification de restriction de concurrence par objet et qu'elle s'est contentée, en l'espèce, d'appliquer une jurisprudence constante à des faits nouveaux.

**206**Afin de conclure à une violation de l'article 101 TFUE, la Commission estime avoir appliqué le test de la restriction de concurrence par objet tel que défini par la jurisprudence, en examinant si les accords en cause présentaient en eux-mêmes un degré suffisant de nocivité à l'égard de la concurrence, en tenant compte, pour chaque accord, de la teneur de ses dispositions, des objectifs qu'il visait à atteindre, du contexte juridique et économique dans lequel il s'insérait et de l'intention des parties. La Commission souligne, à cet égard, la nécessité d'analyser les clauses de ces accords dans leur ensemble et de ne pas isoler chaque élément de l'accord.

**207**De plus, selon la Commission, la décision attaquée reconnaît la liberté des entreprises de régler leurs litiges en matière de brevets à l'amiable, tout en rappelant que le droit de la concurrence est applicable à de tels règlements. Elle aurait par ailleurs constaté qu'il n'existe pas de présomption d'illégalité des accords de règlement amiable comprenant un transfert de valeur du laboratoire de princeps vers la société de génériques, approche qu'aurait également suivie la United States Supreme Court (Cour suprême des États-Unis) dans l'arrêt Actavis.

**208**La Commission considère, en outre, que l'argumentation développée par les requérantes relative aux effets ambivalents des accords de règlement amiable est inopérante et non fondée, les effets d'un accord n'étant pas pertinents pour constater une restriction de concurrence par objet.

**209**Par ailleurs, la Commission estime que la décision attaquée ne comporte aucune contradiction s'agissant de la qualification des accords de règlement amiable de restriction par objet au regard des dispositions de l'article 101 TFUE et de l'abus de position dominante constaté au regard de l'article 102 TFUE.

**210**Enfin, s'agissant des arguments des requérantes et de l'intervenante relatifs au test de nécessité objective, la Commission rappelle que, selon la jurisprudence, un accord mettant fin à un litige demeure soumis au droit de la concurrence et que le fait qu'un accord poursuive un objectif légitime n'empêche pas de conclure à l'existence d'une restriction de concurrence par objet. En tout état de cause, la Commission soutient que les accords de règlement amiable des litiges en matière de brevets ne remplissent pas la condition préalable à l'application de la doctrine de la nécessité objective, dès lors qu'il n'y aurait aucune opération ou activité ne relevant pas de l'article 101, paragraphe 1, TFUE dont ils seraient l'accessoire. Les lignes directrices relatives à l'application de l'article

[101 TFUE] aux accords de transfert de technologie (JO 2004, C 101, p. 2, ci-après les « lignes directrices de 2004 sur les accords de transfert de technologie ») comme les lignes directrices concernant l'application de l'article 101 TFUE à des catégories d'accords de transfert de technologie (JO 2014, C 89, p. 3, ci-après les « lignes directrices de 2014 sur les accords de transfert de technologie ») excluraient également l'application d'un tel test. De plus, même en présence d'une restriction accessoire, la jurisprudence imposerait de déterminer si l'opération principale serait impossible en l'absence de ladite restriction accessoire, ce qui ne serait pas le cas pour le règlement des litiges en matière de brevets. La Commission fait en outre valoir que l'application du test de nécessité objective proposée par les requérantes et l'intervenante aurait pour effet de lui imposer d'apporter une preuve impossible, à savoir que, en l'absence des règlements amiables, les brevets en cause seraient nuls ou contrefaits.

**211** Par ce moyen, les requérantes et l'intervenante soutiennent que la Commission a commis des erreurs de droit en qualifiant de restrictions de concurrence par objet les accords de règlement amiable de litiges en matière de brevets et qu'elle a méconnu la portée des droits de propriété intellectuelle que constituent les brevets. Par conséquent, il appartient au Tribunal de déterminer si de tels accords de règlement amiable peuvent être constitutifs d'une restriction de concurrence par objet, et dans quelles conditions, tout en examinant si, dans son analyse, la Commission a méconnu la portée des brevets.

**212** Il convient de rappeler, à cet égard, que, dans la décision attaquée, la Commission a analysé la façon dont, selon elle, les accords de règlement amiable de litiges en matière de brevets devraient être appréciés au regard des dispositions de l'article 101, paragraphe 1, TFUE et, en particulier, la possibilité de qualifier de tels accords de restrictions par objet (considérants 1102 à 1155 de la décision attaquée).

**213** En substance, tout en reconnaissant, en général, le droit des entreprises de régler à l'amiable un litige, y compris lorsqu'il porte sur des brevets (considérant 1118 de la décision attaquée), la Commission a estimé que les accords de règlement amiable en matière de brevets devaient respecter le droit de la concurrence de l'Union et, plus spécialement, les dispositions de l'article 101, paragraphe 1, TFUE (voir notamment considérants 1119, 1122 et 1123 de la décision attaquée).

**214** La Commission a également tenu compte du contexte particulier dans lequel s'exerce, dans le secteur pharmaceutique, la concurrence entre les sociétés de princeps et les sociétés de génériques. Elle a en particulier relevé l'importance, dans ce secteur, de la contestation des brevets (considérants 1125 à 1132 de la décision attaquée).

**215** Au vu de ces éléments, la Commission a estimé que, en principe, il pouvait être justifié pour les parties de conclure un accord de règlement amiable mettant fin à un litige et même d'inclure dans cet accord des clauses de non-commercialisation et de non-contestation (considérants 1133 et 1136 de la décision attaquée).

**216** Toutefois, la Commission a considéré que, en fonction des circonstances particulières de l'affaire, un accord de règlement amiable en matière de brevets par lequel une société de génériques accepte des restrictions à sa capacité et à ses incitations à rivaliser avec ses concurrents en échange d'un transfert de valeur, sous la forme du versement d'une somme d'argent significative ou d'une autre incitation significative, pouvait constituer une restriction de concurrence par objet contraire à l'article 101 TFUE (considérant 1134 de la décision attaquée). En effet, dans une telle hypothèse, la renonciation de la société de génériques à ses efforts indépendants en vue d'entrer sur le marché résulterait non de

l'appréciation par les parties du bien-fondé du brevet mais du transfert de valeur de la société de princeps vers la société de génériques (considérant 1137 de la décision attaquée) et, partant, d'un paiement d'exclusion constitutif d'un achat de la concurrence (considérant 1140 de la décision attaquée).

**217** Par conséquent, la Commission a annoncé que, afin d'apprécier si les accords de règlement amiable en cause constituaient ou non des restrictions de la concurrence par objet, elle procéderait à une analyse au cas par cas des faits relatifs à chacun de ces accords. À cette fin, elle a précisé qu'elle s'attacherait plus particulièrement à déterminer, premièrement, si « la société de génériques et la société de princeps étaient des concurrents au moins potentiels », deuxièmement, si « la société de génériques s'[était] engagée dans l'accord à limiter, pour la durée de l'accord, ses efforts indépendants afin d'entrer sur un ou plusieurs marchés de [l'Union] avec un produit générique » et, troisièmement, si « l'accord était lié à un transfert de valeur de la société de princeps qui représentait une incitation significative réduisant sensiblement les incitations de la société de génériques à maintenir ses efforts indépendants pour entrer sur un ou plusieurs marchés de [l'Union] avec un produit générique » (considérant 1154 de la décision attaquée).

**218** La Commission a ensuite appliqué les trois critères énumérés au point 217 ci-dessus à chacun des accords de règlement amiable en cause et conclu, pour chacun de ces accords, que ces trois critères étaient satisfaits et que, par conséquent, lesdits accords devaient être qualifiés, notamment, de restrictions de la concurrence par objet.

a) Sur le caractère restrictif par objet des accords de règlement amiable en matière de brevets

1) Sur les restrictions de concurrence par objet

**219** L'article 101, paragraphe 1, TFUE dispose que sont incompatibles avec le marché intérieur et interdits tous accords entre entreprises, toutes décisions d'associations d'entreprises et toutes pratiques concertées qui ont « pour objet ou pour effet » d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence dans le marché intérieur. Selon une jurisprudence constante depuis l'arrêt du 30 juin 1966, LTM (56/65, EU:C:1966:38, p. 359), le caractère alternatif de ces conditions, marqué par l'emploi de la conjonction « ou », conduit à la nécessité de considérer en premier lieu l'objet même de l'accord, compte tenu du contexte économique dans lequel il doit être appliqué. Cependant, dans l'hypothèse où l'analyse de la teneur de l'accord ne révélerait pas un degré suffisant de nocivité à l'égard de la concurrence, il conviendrait d'en examiner les effets et, pour le frapper d'interdiction, d'exiger la réunion des éléments établissant que le jeu de la concurrence a été, en fait, soit empêché, soit restreint ou faussé de façon sensible (voir arrêts du 19 mars 2015, Dole Food et Dole Fresh Fruit Europe/Commission, C 286/13 P, EU:C:2015:184, point 116 et jurisprudence citée, et du 16 juillet 2015, ING Pensii, C 172/14, EU:C:2015:484, point 30 et jurisprudence citée). En revanche, il n'est pas nécessaire d'examiner les effets d'un accord sur la concurrence dès lors que son objet anticoncurrentiel est établi (voir arrêt du 20 janvier 2016, Toshiba Corporation/Commission, C 373/14 P, EU:C:2016:26, point 25 et jurisprudence citée). Ainsi, dans la décision attaquée, la Commission a rappelé à juste titre, d'une part, que l'objet et l'effet anticoncurrentiel d'un accord constituaient des conditions alternatives et non cumulatives pour apprécier si un accord relevait de l'interdiction énoncée à l'article 101, paragraphe 1, TFUE (considérant 1109) et, d'autre part, qu'il n'était pas nécessaire

de démontrer les effets anticoncurrentiels concrets d'un comportement dès lors que l'objet anticoncurrentiel de ce dernier était établi (considérant 1112).

**220**La notion de restriction de concurrence par objet ne peut être appliquée qu'à certains types de coordination entre entreprises révélant, par leur nature même, un degré suffisant de nocivité pour le bon fonctionnement du jeu normal de la concurrence pour qu'il puisse être considéré que l'examen de leurs effets n'est pas nécessaire (voir, en ce sens, arrêts du 30 juin 1966, LTM, 56/65, EU:C:1966:38, p. 359 ; du 11 septembre 2014, CB/Commission, C 67/13 P, EU:C:2014:2204, points 49, 50 et 58 et jurisprudence citée ; du 16 juillet 2015, ING Pensii, C 172/14, EU:C:2015:484, point 31, et du 26 novembre 2015, Maxima Latvija, C 345/14, EU:C:2015:784, point 20).

**221**Selon la jurisprudence de la Cour, il convient, afin d'apprécier si un accord entre entreprises présente un degré suffisant de nocivité pour être considéré comme une restriction de concurrence par objet au sens de l'article 101, paragraphe 1, TFUE, de s'attacher à la teneur de ses dispositions, aux objectifs qu'il vise à atteindre ainsi qu'au contexte économique et juridique dans lequel il s'insère (voir arrêt du 16 juillet 2015, ING Pensii, C 172/14, EU:C:2015:484, point 33 et jurisprudence citée). Dans le cadre de l'appréciation du contexte juridique et économique, il y a lieu également de prendre en considération la nature des biens ou des services affectés ainsi que les conditions réelles du fonctionnement et de la structure du ou des marchés en question (voir arrêt du 19 mars 2015, Dole Food et Dole Fresh Fruit Europe/Commission, C 286/13 P, EU:C:2015:184, point 117 et jurisprudence citée). Néanmoins, il importe de rappeler que l'examen des conditions réelles du fonctionnement et de la structure du marché en cause ne saurait conduire le Tribunal à apprécier les effets de la coordination concernée (voir, en ce sens, arrêt du 11 septembre 2014, CB/Commission, C 67/13 P, EU:C:2014:2204, points 72 à 82), sous peine de faire perdre son effet utile à la distinction prévue par les dispositions de l'article 101, paragraphe 1, TFUE.

**222**En outre, bien que l'intention des parties ne constitue pas un élément nécessaire pour déterminer le caractère restrictif d'un type de coordination entre entreprises, rien n'interdit aux autorités de la concurrence ou aux juridictions nationales et de l'Union d'en tenir compte (voir arrêt du 19 mars 2015, Dole Food et Dole Fresh Fruit Europe/Commission, C 286/13 P, EU:C:2015:184, point 118 et jurisprudence citée). Toutefois, la seule circonstance qu'un accord poursuive également des objectifs légitimes ne saurait suffire à faire obstacle à une qualification de restriction de concurrence par objet (arrêt du 20 novembre 2008, Beef Industry Development Society et Barry Brothers, C 209/07, EU:C:2008:643, point 21 ; voir également, en ce sens, arrêts du 8 novembre 1983, IAZ International Belgium e.a./Commission, 96/82 à 102/82, 104/82, 105/82, 108/82 et 110/82, EU:C:1983:310, point 25, et du 6 avril 2006, General Motors/Commission, C 551/03 P, EU:C:2006:229, point 64).

**223**Les requérantes reprochent à la Commission d'avoir commis une erreur de droit en considérant que le seul fait qu'un accord soit susceptible d'avoir un impact négatif sur la concurrence était suffisant pour le qualifier de restriction de concurrence par objet. Il est vrai que, au considérant 1111 de la décision attaquée, la Commission a indiqué, en citant la jurisprudence de la Cour (arrêts du 4 juin 2009, T-Mobile Netherlands e.a., C 8/08, EU:C:2009:343, point 31, et du 14 mars 2013, Allianz Hungária Biztosító e.a., C 32/11, EU:C:2013:160, points 35 à 38), que, « [p]our avoir un objet anticoncurrentiel, il suffit qu'un accord soit susceptible d'avoir un impact négatif sur la concurrence » et que, « [e]n

d'autres termes, l'accord doit simplement être à même dans un cas concret, et en tenant compte du contexte juridique et économique dans lequel il s'inscrit, d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence au sein du marché intérieur ».

**224**À cet égard, il convient, d'abord, de relever que la Commission a, dans la décision attaquée, correctement rappelé la jurisprudence relative à la définition des restrictions de concurrence par objet, qui figure aux points 219 à 222 ci-dessus. Il ressort en effet des considérants 1109 et 1110, 1112 à 1117 et 1211 de la décision attaquée que la Commission a rappelé cette jurisprudence sans commettre d'erreur de droit et qu'elle l'a appliquée dans l'analyse de chaque accord (voir, notamment, considérants 1369 à 1375, 1475 à 1481, 1622 à 1627, 1763, 1804 à 1810 et 1994 à 2000 de la décision attaquée). Il est indifférent que la Commission n'ait pas utilisé les termes « degré suffisant de nocivité » dans la décision attaquée, dès lors qu'il ressort de ladite décision qu'elle a correctement saisi la notion de restriction de concurrence par objet. En particulier, elle a indiqué, aux considérants 1110 et 1113 de ladite décision, que ces restrictions étaient celles qui, « par leur nature même, peuvent être nuisibles au bon fonctionnement du jeu normal de la concurrence », que, « pour apprécier si un accord constitue une restriction de concurrence par objet, il convient de s'attacher inter alia à la teneur de ses dispositions, aux objectifs qu'il vise à atteindre ainsi qu'au contexte économique et juridique dans lequel il s'insère » et que, « pour déterminer ce contexte, il est aussi approprié de prendre en compte la nature des biens et services affectés, ainsi que les conditions réelles du fonctionnement et la structure du ou des marchés en question ». Elle a également rappelé à juste titre que, « bien que l'intention des parties ne constitue pas un élément nécessaire pour déterminer le caractère restrictif de la concurrence par objet d'un accord, rien n'interdisait à la Commission ou aux juridictions de l'Union d'en tenir compte » (considérant 1113 de la décision attaquée).

**225**Il importe, ensuite, de souligner que, au point 31 de l'arrêt du 4 juin 2009, T-Mobile Netherlands e.a. (C 8/08, EU:C:2009:343), repris par le point 38 de l'arrêt du 14 mars 2013, Allianz Hungária Biztosító e.a. (C 32/11, EU:C:2013:160), la Cour n'a pas entendu affirmer qu'un accord peu nocif et pouvant par conséquent éventuellement avoir un impact négatif sur la concurrence pouvait constituer une restriction de concurrence par objet, mais uniquement, d'une part, que l'identification des effets concrets d'un accord sur la concurrence n'était pas pertinente dans l'analyse de la restriction de concurrence par objet et que, d'autre part, la seule circonstance qu'un accord n'ait pas été mis en œuvre ne saurait empêcher de le qualifier de restriction de concurrence par objet. La lecture du point 31 de l'arrêt du 4 juin 2009, T-Mobile Netherlands e.a. (C 8/08, EU:C:2009:343), faite notamment à la lumière de ses points 29 et 30 et du point 46 des conclusions de l'avocat général Kokott dans cette affaire, auquel l'arrêt renvoie expressément, et du point 47 de ces conclusions permet, en effet, de le replacer dans le contexte de la distinction entre les restrictions de concurrence par effet et celles par objet.

**226**Par conséquent, il convient d'écarter les arguments des requérantes selon lesquels la Commission aurait commis une erreur de droit au considérant 1111 de la décision attaquée.

**227**Les requérantes et l'intervenante font valoir en outre, en se prévalant de l'arrêt du 11 septembre 2014, CB/Commission(C 67/13 P, EU:C:2014:2204), que la notion d'infraction par objet devrait être interprétée restrictivement, contrairement à l'approche retenue par la Commission dans la décision attaquée.

**228**À cet égard, il importe d'abord de rappeler que, dans l'arrêt du 11 septembre 2014, CB/Commission(C 67/13 P, EU:C:2014:2204, point 58), la Cour a affirmé que la notion de restriction de concurrence par objet ne pouvait être appliquée qu'à certains types de coordination entre entreprises révélant un degré suffisant de nocivité à l'égard de la concurrence pour qu'il puisse être considéré que l'examen de leurs effets n'est pas nécessaire et non à des accords dont il n'est en rien établi qu'ils sont, par leur nature même, nuisibles au bon fonctionnement du jeu normal de la concurrence. Elle a, en conséquence, censuré pour erreur de droit l'affirmation du Tribunal selon laquelle il n'y avait pas lieu d'interpréter la notion d'infraction par objet de manière restrictive. La Cour n'a, cependant, pas remis en cause la jurisprudence selon laquelle les types d'accords envisagés à l'article 101, paragraphe 1, sous a) à e), TFUE ne forment pas une liste exhaustive de collusions prohibées (arrêts du 20 novembre 2008, Beef Industry Development Society et Barry Brothers, C 209/07, EU:C:2008:643, point 23 ; voir également, en ce sens, arrêt du 11 septembre 2014, CB/Commission, C 67/13 P, EU:C:2014:2204, point 58), constat qui ressort de l'emploi du terme « notamment » à l'article 101, paragraphe 1, TFUE (conclusions de l'avocat général Trstenjak dans l'affaire Beef Industry Development Society et Barry Brothers, C 209/07, EU:C:2008:467, point 46).

**229**Il convient ensuite de relever que la Commission a retenu, en l'espèce, une approche conforme à l'arrêt du 11 septembre 2014, CB/Commission(C 67/13 P, EU:C:2014:2204), en analysant les accords litigieux au regard des critères rappelés aux points 219 à 222 ci-dessus (voir point 224 ci-dessus), critères qui sont en tant que tels restrictifs, dès lors qu'ils supposent l'identification d'un degré suffisant de nocivité. Contrairement à ce que font valoir les requérantes et l'intervenante, l'analyse de la Commission ne devait pas, a priori, être conditionnée par une approche plus restrictive que celle impliquée par les critères de la notion de restriction de concurrence par objet, mais elle supposait l'identification d'une restriction de concurrence présentant un degré suffisant de nocivité ou, à défaut, l'analyse des effets anticoncurrentiels concrets des accords litigieux.

**230**Les requérantes soutiennent par ailleurs que l'absence de précédent empêcherait toute qualification de restriction par objet et font valoir que l'ancien chef d'unité chargé de l'affaire aurait publiquement reconnu le caractère inédit de celle-ci, tout comme l'aurait admis la Commission dans la décision attaquée elle-même. Il importe cependant de rappeler que les pratiques figurant à l'article 101, paragraphe 1, sous a) à e), TFUE ne forment pas une liste exhaustive de collusions prohibées (arrêt du 20 novembre 2008, Beef Industry Development Society et Barry Brothers, C 209/07, EU:C:2008:643, point 23) et que, même si l'expérience acquise peut incontestablement venir conforter le caractère intrinsèquement préjudiciable à la concurrence de certains types de coopération (arrêt du 11 septembre 2014, CB/Commission, C 67/13 P, EU:C:2014:2204, point 51), le fait que la Commission n'ait pas, dans le passé, estimé qu'un accord d'un type donné était, de par son objet même, restrictif de la concurrence n'est pas en soi de nature à l'empêcher de le faire pour l'avenir à la suite d'un examen individuel et circonstancié des mesures litigieuses (voir arrêt du 8 septembre 2016, Lundbeck/Commission, T 472/13, sous pourvoi, EU:T:2016:449, point 438 et jurisprudence citée).

**231**De même, contrairement à ce que soutiennent les requérantes, la seule circonstance qu'une approche au cas par cas soit nécessaire pour identifier une restriction de concurrence par objet n'empêche pas de retenir une telle qualification. En effet, la

jurisprudence n'exige pas qu'un accord doive être suffisamment nocif pour la concurrence à première vue ou sans aucun doute, sans qu'il soit procédé par la Commission ou le juge de l'Union à un examen individuel et concret de son contenu, de sa finalité et de son contexte économique et juridique, pour pouvoir être qualifié de restriction de concurrence par objet au sens de l'article 101, paragraphe 1, TFUE (voir, en ce sens, arrêts du 14 mars 2013, *Allianz Hungária Biztosító e.a.*, C 32/11, EU:C:2013:160, point 51, et du 8 septembre 2016, *Lundbeck/Commission*, T 472/13, sous pourvoi, EU:T:2016:449, point 775).

**232** Les requérantes et l'intervenante font par ailleurs grief à la décision attaquée d'être entachée d'une contradiction de motifs, dès lors qu'il serait indiqué, au considérant 2764, que les règlements amiables en matière de brevets ne seraient pas en eux-mêmes anticoncurrentiels au regard de l'article 102 TFUE. Il ressort cependant clairement de la phrase litigieuse du considérant 2764 de la décision attaquée que la Commission faisait référence aux seules pratiques décrites dans la décision attaquée comme faisant partie de la stratégie antigénéralistes générale des requérantes mais n'ayant pas été qualifiées d'infractions au droit de la concurrence dans la décision attaquée. Par conséquent, cette phrase ne visait pas les règlements amiables conclus par les requérantes. Par ailleurs, il ressort de la décision attaquée, et notamment de son point 8.3, que la Commission a considéré que les règlements amiables conclus par les requérantes constituaient un comportement abusif contribuant à la stratégie d'exclusion globale unique et continue constituant une infraction aux dispositions de l'article 102 TFUE. La décision attaquée n'est donc pas entachée de la contradiction de motifs alléguée.

**233** Après ce rappel des conditions d'application de la notion de restriction de concurrence par objet et l'examen des griefs des requérantes critiquant l'interprétation de cette notion, il convient de relever que, en l'espèce, les accords litigieux visaient, selon les requérantes, à régler à l'amiable des litiges entre les parties contractantes et ont été conclus dans le contexte particulier du droit des brevets, les litiges en cause portant sur les brevets des requérantes. Or, dès lors que la détermination de l'existence d'une restriction par objet suppose l'examen de la teneur de l'accord en cause, de ses objectifs et du contexte économique et juridique dans lequel il s'insère (voir point 221 ci-dessus), il convient en l'espèce d'analyser les clauses de non-contestation des brevets et les clauses de non-commercialisation des produits contrefaisant ces brevets que contiennent les règlements amiables en général et en particulier les accords litigieux, au regard de leur objectif de régler à l'amiable les litiges en matière de brevets et du contexte spécifique, constitué par les brevets, aux fins de vérifier si la Commission a, à bon droit et selon des critères juridiquement adéquats, qualifié ces accords de restrictifs de la concurrence par objet.

2) Sur les droits de propriété intellectuelle et, en particulier, les brevets

**234** L'objet spécifique de l'attribution d'un brevet est d'assurer à son titulaire, afin de récompenser l'effort créatif de l'inventeur, le droit exclusif d'utiliser une invention en vue de la fabrication et de la première mise en circulation de produits industriels, soit directement, soit par l'octroi de licences à des tiers, ainsi que le droit de s'opposer à toute contrefaçon (arrêt du 31 octobre 1974, *Centrafarm et de Peijper*, 15/74, EU:C:1974:114, point 9). Lorsqu'il est accordé par une autorité publique, un brevet est normalement présumé être valide et sa détention par une entreprise est supposée être légitime. La seule possession par une entreprise d'un tel droit exclusif a normalement pour conséquence de tenir les concurrents à l'écart, ces derniers étant tenus de respecter, en

vertu de la réglementation publique, ce droit exclusif (arrêt du 1er juillet 2010, AstraZeneca/Commission, T 321/05, EU:T:2010:266, point 362).

**235**L'exercice des droits découlant d'un brevet octroyé conformément à la législation d'un État membre ne porte cependant pas, en lui-même, infraction aux règles de concurrence fixées par le traité (arrêt du 29 février 1968, Parke, Davis and Co., 24/67, EU:C:1968:11, p. 109). Les règles en matière de propriété intellectuelle sont même essentielles pour le maintien d'une concurrence non faussée sur le marché intérieur (arrêt du 16 avril 2013, Espagne et Italie/Conseil, C 274/11 et C 295/11, EU:C:2013:240, point 22). En effet, d'une part, en récompensant l'effort créatif de l'inventeur, le droit des brevets contribue à promouvoir un environnement favorable à l'innovation et à l'investissement et, d'autre part, il vise à rendre publiques les modalités de fonctionnement des inventions et à permettre, ainsi, à d'autres avancées de voir le jour. Le paragraphe 7 des lignes directrices de 2004 sur les accords de transfert de technologie, dont les dispositions sont intégralement reprises par le paragraphe 7 des lignes directrices de 2014 sur les accords de transfert de technologie, reconnaît ainsi ce qui suit :

« [Il n'y a pas] de conflit intrinsèque entre les droits de propriété intellectuelle et les règles de concurrence communautaires. En effet, selon ces dispositions, ces deux corpus législatifs ont le même objectif fondamental, qui est de promouvoir le bien-être des consommateurs ainsi qu'une répartition efficace des ressources. L'innovation constitue une composante essentielle et dynamique d'une économie de marché ouverte et concurrentielle. Les droits de propriété intellectuelle favorisent une concurrence dynamique, en encourageant les entreprises à investir dans le développement de produits et de processus nouveaux ou améliorés. C'est aussi ce que fait la concurrence en poussant les entreprises à innover. C'est pourquoi tant les droits de propriété intellectuelle que la concurrence sont nécessaires pour promouvoir l'innovation et assurer qu'elle soit exploitée dans des conditions concurrentielles. »

**236**Selon une jurisprudence constante, le droit de propriété, dont font partie les droits de propriété intellectuelle, constitue un principe général du droit de l'Union (arrêt du 29 janvier 2008, Promusicae, C 275/06, EU:C:2008:54, point 62 ; voir également, en ce sens, arrêt du 12 juillet 2005, Alliance for Natural Health e.a., C 154/04 et C 155/04, EU:C:2005:449, point 126 et jurisprudence citée).

**237**Le droit de propriété intellectuelle, et notamment le droit des brevets, n'apparaît toutefois pas comme une prérogative absolue, mais il doit être pris en considération par rapport à sa fonction dans la société et il convient de le concilier avec d'autres droits fondamentaux, et des restrictions peuvent y être apportées afin de répondre à des objectifs d'intérêt général poursuivis par l'Union, sans que celles-ci ne constituent cependant, au regard du but poursuivi, une intervention démesurée et intolérable qui porterait atteinte à la substance même du droit garanti (voir arrêt du 12 juillet 2005, Alliance for Natural Health e.a., C 154/04 et C 155/04, EU:C:2005:449, point 126 et jurisprudence citée). La Cour a, par exemple, considéré, dans des litiges relatifs à l'interprétation du règlement (CE) no 469/2009 du Parlement européen et du Conseil, du 6 mai 2009, concernant le certificat complémentaire de protection pour les médicaments (JO 2009, L 152, p. 1), qu'il convenait de mettre en balance les intérêts de l'industrie pharmaceutique titulaire de brevets avec ceux de la santé publique (voir, en ce sens, arrêt du 12 mars 2015, Actavis Group PTC et Actavis UK, C 577/13, EU:C:2015:165, point 36 et jurisprudence citée).



**238**Il convient également de rappeler que l'article 3, paragraphe 3, TUE précise que l'Union établit un marché intérieur, lequel, conformément au protocole no 27 sur le marché intérieur et la concurrence, annexé au traité de Lisbonne (JO 2010, C 83, p. 309), qui, en vertu de l'article 51 TUE, a même valeur que les traités, comprend un système garantissant que la concurrence n'est pas faussée. Or, les articles 101 et 102 TFUE sont au nombre des règles de concurrence qui, telles celles visées à l'article 3, paragraphe 1, sous b), TFUE, sont nécessaires au fonctionnement dudit marché intérieur. En effet, de telles règles ont précisément pour objectif d'éviter que la concurrence ne soit faussée au détriment de l'intérêt général, des entreprises individuelles et des consommateurs, contribuant ainsi au bien-être dans l'Union (arrêt du 17 février 2011, TeliaSonera Sverige, C 52/09, EU:C:2011:83, points 20 à 22).

**239**Si les traités n'ont jamais expressément prévu de conciliation entre les droits de propriété intellectuelle et le droit de la concurrence, l'article 36 du traité CE, dont les dispositions ont été reprises à l'article 36 TFUE, a cependant prévu une conciliation des droits de propriété intellectuelle avec le principe de libre circulation des marchandises, en indiquant que les dispositions du traité relatives à l'interdiction des restrictions quantitatives entre les États membres ne faisaient pas obstacle aux restrictions d'importation, d'exportation ou de transit justifiées, notamment, par des raisons de protection de la propriété industrielle et commerciale, tout en précisant que ces restrictions ne devaient constituer ni un moyen de discrimination arbitraire ni une restriction déguisée dans le commerce entre les États membres. La Cour considère que l'article 36 du traité CE a ainsi entendu établir une distinction entre l'existence d'un droit reconnu par la législation d'un État membre en matière de protection de la propriété artistique et intellectuelle, qui ne peut être affecté par les dispositions du traité, et son exercice, qui pourrait constituer une restriction déguisée dans le commerce entre les États membres (voir, en ce sens, arrêt du 6 octobre 1982, Coditel e.a., 262/81, EU:C:1982:334, point 13).

**240**Le législateur de l'Union a par ailleurs eu l'occasion de rappeler la nécessité d'une telle conciliation. Ainsi, la directive 2004/48/CE du Parlement européen et du Conseil, du 29 avril 2004, relative au respect des droits de propriété intellectuelle (JO 2004, L 157, p. 45), qui a pour objectif de rapprocher les législations nationales afin d'assurer un niveau de protection élevé, équivalent et homogène de la propriété intellectuelle dans le marché intérieur (considérant 10) et « vise à assurer le plein respect de la propriété intellectuelle, conformément à l'article 17, paragraphe 2, de la charte des droits fondamentaux » (considérant 32), précise qu'elle « ne devrait pas avoir d'incidence sur l'application des règles de concurrence, en particulier les articles [101] et [102 TFUE] », et que « les mesures prévues par la présente directive ne devraient pas être utilisées pour restreindre indûment la concurrence d'une manière qui soit contraire au traité » (considérant 12).

**241**La Cour a développé une jurisprudence relative aux différents types de droits de propriété intellectuelle visant à concilier les règles de concurrence avec l'exercice de ces droits, sans porter atteinte à leur substance, en utilisant le même raisonnement que celui lui permettant de concilier ces droits et la libre circulation des marchandises. Il s'agit ainsi, pour la Cour, de sanctionner l'usage anormal des droits de propriété intellectuelle et non leur exercice légitime, qu'elle définit à partir de leur objet spécifique, notion utilisée dans la jurisprudence de la Cour comme synonyme de celles de substance même de ces droits et de prérogatives essentielles du titulaire de ces droits. Selon la Cour, l'exercice

de prérogatives qui font partie de l'objet spécifique d'un droit de propriété intellectuelle concerne ainsi l'existence de ce droit (voir, en ce sens, conclusions de l'avocat général Gulmann dans l'affaire RTE et ITP/Commission, C 241/91 P, EU:C:1994:210, points 31 et 32 et jurisprudence citée). Néanmoins, la Cour considère que l'exercice du droit exclusif par son titulaire peut, dans des circonstances exceptionnelles, également donner lieu à un comportement contraire aux règles de concurrence (arrêt du 6 avril 1995, RTE et ITP/Commission, C 241/91 P et C 242/91 P, EU:C:1995:98, point 50 ; voir également, en ce sens, arrêt du 17 septembre 2007, Microsoft/Commission, T 201/04, EU:T:2007:289, point 691).

**242**S'agissant des brevets, la Cour a dit pour droit qu'il n'était pas exclu que les dispositions de l'article 101 TFUE puissent trouver application au droit de la propriété intellectuelle si l'utilisation d'un ou plusieurs brevets, concertée entre entreprises, devait aboutir à créer une situation susceptible de tomber sous les notions d'accords entre entreprises, décisions d'association d'entreprises ou pratiques concertées au sens de l'article 101, paragraphe 1, TFUE (arrêt du 29 février 1968, Parke, Davis and Co., 24/67, EU:C:1968:11, p. 110). Elle a à nouveau considéré, en 1974, que, si les droits reconnus par la législation d'un État membre en matière de propriété industrielle ne sont pas affectés dans leur existence par l'article 101 TFUE, les conditions de leur exercice peuvent cependant relever des interdictions édictées par cet article et que tel peut être le cas chaque fois que l'exercice d'un tel droit apparaît comme étant l'objet, le moyen ou la conséquence d'une entente (arrêt du 31 octobre 1974, Centrafarm et de Peijper, 15/74, EU:C:1974:114, points 39 et 40).

**243**Il convient de rappeler que, en l'absence d'harmonisation au niveau de l'Union du droit des brevets applicable dans la présente affaire, l'étendue de la protection conférée par un brevet délivré par un office national des brevets ou par l'OEB ne peut être déterminée qu'au regard de règles qui ne relèvent pas du droit de l'Union, mais du droit national ou de la CBE (voir, en ce sens, arrêts du 16 septembre 1999, Farmitalia, C 392/97, EU:C:1999:416, point 26, et du 24 novembre 2011, Medeva, C 322/10, EU:C:2011:773, points 22 et 23). Par conséquent, lorsque, dans le cadre d'un recours en annulation dirigé contre une décision de la Commission, le juge de l'Union est appelé à procéder à l'examen d'un accord de règlement amiable d'un litige relatif à un brevet, régi par d'autres règles que celles du droit de l'Union, il ne lui appartient pas de définir la portée dudit brevet ou de se prononcer sur sa validité. Il convient d'ailleurs de relever que, en l'espèce, dans la décision attaquée, si la Commission a évoqué, aux considérants 113 à 123, une stratégie des requérantes de constitution d'un « halo de brevets » et de « brevets de papier », elle ne s'est toutefois pas prononcée sur la validité des brevets litigieux au moment de la conclusion des accords.

**244**S'il n'appartient ni à la Commission ni au Tribunal de se prononcer sur la validité d'un brevet, l'existence du brevet doit cependant être prise en compte dans l'analyse effectuée dans le cadre des règles de concurrence de l'Union. En effet, la Cour a déjà indiqué que, s'il n'appartient pas à la Commission de définir la portée d'un brevet, il n'en reste pas moins que cette institution ne saurait s'abstenir de toute initiative lorsque la portée du brevet est pertinente pour l'appréciation d'une violation des articles 101 et 102 TFUE dès lors que, même dans le cas où la portée effective d'un brevet fait l'objet d'un litige devant des juridictions nationales, la Commission doit pouvoir exercer ses compétences conformément aux dispositions du règlement no 1/2003, que les constatations que la

Commission peut faire ne préjugent en rien les appréciations que les juridictions nationales porteront sur les différends relatifs aux droits de brevet dont elles sont saisies et que la décision de la Commission est soumise au contrôle du juge de l'Union (arrêt du 25 février 1986, *Windsurfing International/Commission*, 193/83, EU:C:1986:75, points 26 et 27).

**245** Enfin, il importe de souligner que les droits de propriété intellectuelle sont protégés par la charte des droits fondamentaux. Aux termes de l'article 17, paragraphe 1, de la charte des droits fondamentaux, à laquelle le traité de Lisbonne a conféré une valeur juridique égale à celle des traités (article 6, paragraphe 1, TUE), « [t]oute personne a le droit de jouir de la propriété des biens qu'elle a acquis légalement, de les utiliser, d'en disposer et de les léguer », « [n]ul ne peut être privé de sa propriété, si ce n'est pour cause d'utilité publique, dans des cas et conditions prévus par une loi et moyennant en temps utile une juste indemnité pour sa perte » et « [l]'usage des biens peut être réglementé par la loi dans la mesure nécessaire à l'intérêt général ». L'article 17, paragraphe 2, de la charte des droits fondamentaux précise, en outre, que « [l]a propriété intellectuelle est protégée ». Par conséquent, les garanties prévues à l'article 17, paragraphe 1, de la charte des droits fondamentaux s'appliquent également à la propriété intellectuelle. Or, la Cour considère que la reconnaissance des droits de propriété intellectuelle dans la charte des droits fondamentaux implique une exigence de protection élevée de ces derniers et qu'il convient de mettre en balance, d'une part, la préservation du libre jeu de la concurrence au titre duquel le droit primaire et notamment les articles 101 et 102 TFUE prohibent les ententes et les abus de position dominante et, d'autre part, la nécessaire garantie des droits de propriété intellectuelle, qui résulte de l'article 17, paragraphe 2, de la charte des droits fondamentaux (voir, en ce sens, arrêt du 16 juillet 2015, *Huawei Technologies*, C 170/13, EU:C:2015:477, points 42 et 58).

### 3) Sur les règlements amiables des litiges en matière de brevets

**246** À titre liminaire, il y a lieu de préciser que les développements qui suivent ne concernent pas les cas de brevets obtenus par fraude, de litiges « fictifs » ou de désaccords n'ayant pas atteint un stade juridictionnel. En effet, la Commission a admis au considérant 1170 de la décision attaquée que, au moment de la conclusion des accords de règlement amiable, les requérantes et les sociétés de génériques étaient toutes parties ou associées à un litige devant une juridiction nationale ou l'OEB, portant sur la validité de certains brevets des requérantes ou sur le caractère contrefaisant du produit développé par la société de génériques.

**247** Tout d'abord, il importe de relever qu'il est a priori légitime, pour les parties à un litige relatif à un brevet, de conclure un accord de règlement amiable plutôt que de poursuivre un contentieux devant une juridiction. Ainsi que l'a indiqué à juste titre la Commission au considérant 1102 de la décision attaquée, les entreprises sont généralement habilitées à régler à l'amiable les contentieux, y compris en matière de brevets, ces règlements amiables bénéficiant souvent aux deux parties au litige et permettant une allocation des ressources plus efficace que si le contentieux s'était poursuivi jusqu'à un jugement. Une partie requérante n'est, en effet, pas tenue de poursuivre un contentieux qu'elle a librement porté en justice. Il convient d'ajouter que le règlement juridictionnel des litiges, outre le fait qu'il occasionne un coût pour la collectivité, ne peut être considéré comme constituant la voie privilégiée et idéale de résolution des conflits. La multiplication des litiges devant les tribunaux peut être le reflet

de dysfonctionnements ou d'insuffisances, qui peuvent trouver d'autres formes de remèdes ou faire l'objet d'actions de prévention adaptées. À supposer que les systèmes nationaux de délivrance des brevets ou celui de l'OEB connaissent de telles difficultés, par exemple en accordant trop libéralement une protection à des procédés dénués de caractère inventif, ces problèmes ne sauraient justifier une obligation ni même un encouragement des entreprises de poursuivre les litiges en matière de brevets jusqu'à une issue juridictionnelle.

**248**De même, les paragraphes 204 et 209 des lignes directrices de 2004 sur les accords de transfert de technologie, applicables à tout le moins à des accords portant sur la concession de licences de technologie, reconnaissent la possibilité de conclure des accords de règlement et de non-revendication incluant la concession de licences et indiquent que, dans le cadre d'un tel accord de règlement et de non-revendication, des clauses de non-contestation sont généralement considérées comme ne relevant pas de l'article 101, paragraphe 1, TFUE. Le paragraphe 235 des lignes directrices de 2014 sur les accords de transfert de technologie, qui ont remplacé celles de 2004, énonce également que « les accords de règlement dans le cadre des litiges technologiques constituent en principe, comme dans beaucoup d'autres secteurs des litiges commerciaux, un moyen légitime de trouver un compromis mutuellement acceptable en cas de litige juridique de bonne foi ». Ce paragraphe précise, en outre, que « les parties peuvent préférer mettre un terme au différend ou au litige parce qu'il s'avère trop coûteux en ressources ou en temps et/ou parce que son issue est incertaine » et que « le règlement peut également éviter aux tribunaux et/ou aux organismes administratifs compétents d'avoir à statuer sur le litige et peut donc engendrer des avantages augmentant le bien-être ».

**249**La Commission fait d'ailleurs elle-même usage d'une procédure administrative en matière d'ententes qui s'apparente, à certains égards, à un règlement amiable. En effet, la procédure de transaction, qui a été instituée par le règlement (CE) no 622/2008 de la Commission, du 30 juin 2008, modifiant le règlement no 773/2004 en ce qui concerne les procédures de transaction engagées dans les affaires d'entente (JO 2008, L 171, p. 3), a pour objectif de simplifier et d'accélérer les procédures administratives ainsi que de réduire le nombre de recours introduits devant le juge de l'Union, en vue de permettre à la Commission de traiter davantage d'affaires avec les mêmes ressources (arrêt du 20 mai 2015, *Timab Industries et CFPR/Commission*, [T 456/10](#), EU:T:2015:296, points 59 et 60).

**250**En outre, selon la jurisprudence, le fait de pouvoir faire valoir ses droits par voie juridictionnelle, et le contrôle juridictionnel qu'il implique, est l'expression d'un principe général de droit qui se trouve à la base des traditions constitutionnelles communes aux États membres et qui a été consacré par les articles 6 et 13 de la CEDH. L'accès au juge étant un droit fondamental et un principe général garantissant le respect du droit, ce n'est que dans des circonstances tout à fait exceptionnelles que le fait d'intenter une action en justice est susceptible de constituer une infraction au droit de la concurrence (arrêt du 17 juillet 1998, *ITT Promedia/Commission*, [T 111/96](#), EU:T:1998:183, point 60). Ainsi que l'a rappelé la Cour, l'exigence de protection élevée des droits de propriété intellectuelle implique que leur titulaire ne peut, en principe, se voir privé de la faculté de recourir aux actions en justice de nature à garantir le respect effectif de ses droits exclusifs (arrêt du 16 juillet 2015, *Huawei Technologies*, [C 170/13](#), EU:C:2015:477, point 58). De manière symétrique, le fait pour une entreprise de décider de renoncer à la voie juridictionnelle

en préférant recourir à un règlement extra-juridictionnel du litige n'est que l'expression d'une même liberté de choix des moyens d'assurer la défense de ses droits et ne saurait, en principe, constituer une infraction au droit de la concurrence.

**251** Si l'accès au juge constitue un droit fondamental, il ne saurait cependant être considéré qu'il constitue une obligation, quand bien même il contribuerait à aviver la concurrence entre opérateurs économiques. En effet, d'une part, il importe de rappeler que, malgré la diversité des procédures et des systèmes de délivrance des brevets qui prévalait dans les différents États membres de l'Union et devant l'OEB au moment de la survenance des faits de l'espèce, un droit de propriété intellectuelle, accordé par une autorité publique, est normalement présumé être valide et sa détention par une entreprise est supposée être légitime (arrêt du 1er juillet 2010, AstraZeneca/Commission, T 321/05, EU:T:2010:266, point 362). D'autre part, s'il est certes de l'intérêt public d'éliminer tout obstacle à l'activité économique qui pourrait découler d'un brevet délivré à tort (voir, en ce sens, arrêt du 25 février 1986, Windsurfing International/Commission, 193/83, EU:C:1986:75, points 92 et 93) et s'il est généralement admis que les budgets publics, notamment ceux consacrés à la couverture des dépenses de santé, sont soumis à des contraintes importantes et que la concurrence, en particulier celle que représentent les médicaments génériques développés par les sociétés de génériques, peut contribuer efficacement à la maîtrise de ces budgets, il importe également de rappeler, ainsi que la Commission l'a indiqué à juste titre au considérant 1201 de la décision attaquée, que toute entreprise demeure libre de décider d'introduire ou de ne pas introduire un recours contre les brevets sur les médicaments princeps détenus par les sociétés de princeps. En outre, une telle décision d'introduire ou non un recours ou de mettre fin à l'amiable à un litige n'empêche pas, en principe, d'autres entreprises de décider de contester lesdits brevets.

**252** Il résulte de tout ce qui précède que, aux fins de concilier le droit des brevets et le droit de la concurrence dans le cadre particulier de la conclusion de règlements amiables entre des parties à un litige relatif à un brevet, il convient de trouver un point d'équilibre entre, d'une part, la nécessité de permettre aux entreprises de procéder à des règlements amiables dont le développement est favorable à la collectivité et, d'autre part, la nécessité de prévenir le risque d'un usage détourné des accords de règlement amiable, contraire au droit de la concurrence, conduisant au maintien de brevets dépourvus de toute validité et, en particulier dans le secteur des médicaments, à une charge financière injustifiée pour les budgets publics.

4) Sur la conciliation entre les accords de règlement amiable en matière de brevets et le droit de la concurrence

**253** Il convient de rappeler que le recours au règlement amiable d'un litige en matière de brevets n'exonère pas les parties de l'application du droit de la concurrence (voir, en ce sens, arrêts du 27 septembre 1988, Bayer et Maschinenfabrik Hennecke, 65/86, EU:C:1988:448, point 15, et du 8 septembre 2016, Lundbeck/Commission, T 472/13, sous pourvoi, EU:T:2016:449, point 118 ; voir, par analogie, arrêt du 30 janvier 1985, BAT Cigaretten-Fabriken/Commission, 35/83, EU:C:1985:32, point 33 ; voir, également, paragraphe 204 des lignes directrices de 2004 sur les accords de transfert de technologie ainsi que paragraphe 237 des lignes directrices de 2014 sur les accords de transfert de technologie).

**254**La Cour a ainsi jugé, en particulier, qu'une clause de non-contestation d'un brevet, y compris lorsqu'elle était insérée dans un accord visant à mettre fin à un litige pendant devant une juridiction, pouvait avoir, eu égard au contexte juridique et économique, un caractère restrictif de la concurrence au sens de l'article 101, paragraphe 1, TFUE (arrêt du 27 septembre 1988, Bayer et Maschinenfabrik Hennecke, 65/86, EU:C:1988:448, points 14 à 16).

**255**Il y a lieu dès lors d'identifier les éléments pertinents qui permettent de conclure au caractère restrictif de concurrence par objet d'une clause de non-contestation d'un brevet et, plus largement, d'un accord de règlement amiable en matière de brevets, étant rappelé que la détermination de l'existence d'une restriction par objet suppose l'examen de la teneur de l'accord en cause, des objectifs qu'il vise à atteindre et du contexte économique et juridique dans lequel il s'insère (voir point 221 ci-dessus).

**256**À titre liminaire, il convient de relever qu'un accord de règlement amiable d'un litige en matière de brevets peut n'avoir aucune incidence négative sur la concurrence. Tel est le cas, par exemple, si les parties s'accordent pour estimer que le brevet litigieux n'est pas valide et prévoient, de ce fait, l'entrée immédiate de la société de génériques sur le marché.

**257**Les accords en cause en l'espèce ne relèvent pas de cette catégorie, car ils comportent des clauses de non-contestation de brevets et de non-commercialisation de produits, lesquelles ont, par elles-mêmes, un caractère restrictif de la concurrence. En effet, la clause de non-contestation porte atteinte à l'intérêt public d'éliminer tout obstacle à l'activité économique qui pourrait découler d'un brevet délivré à tort (voir, en ce sens, arrêt du 25 février 1986, Windsurfing International/Commission, 193/83, EU:C:1986:75, point 92) et la clause de non-commercialisation entraîne l'exclusion du marché d'un des concurrents du titulaire du brevet.

**258**Cependant, l'insertion de telles clauses peut être légitime, mais seulement dans la mesure où elle se fonde sur la reconnaissance par les parties de la validité du brevet en cause (et, accessoirement, du caractère contrefaisant des produits génériques concernés).

**259**En effet, d'une part, les clauses de non-commercialisation et de non-contestation sont nécessaires au règlement amiable de certains litiges relatifs aux brevets. Si les parties à un litige étaient mises dans l'impossibilité de faire usage de telles clauses, le règlement amiable du litige perdrait tout intérêt pour les litiges dans lesquels les deux parties s'accordent sur la validité du brevet. Il importe au demeurant de rappeler à cet égard que la Commission a indiqué, au paragraphe 209 des lignes directrices de 2004 sur les accords de transfert de technologie, qu'« [u]ne caractéristique propre [aux accords de règlement] est que les parties conviennent de ne pas contester a posteriori les droits de propriété intellectuelle qu'ils couvrent [car] le véritable objectif de l'accord est de régler les litiges existants et/ou d'éviter des litiges futurs ». Or, il est tout autant nécessaire, aux fins d'atteindre cet objectif, que les parties conviennent qu'aucun produit contrefaisant ne puisse être commercialisé.

**260**D'autre part, l'insertion de clauses de non-commercialisation se borne, pour partie, à conforter les effets juridiques préexistants d'un brevet dont les parties reconnaissent explicitement ou implicitement la validité. En effet, le brevet a normalement pour conséquence, au profit de son titulaire, d'empêcher la commercialisation par des concurrents du produit objet du brevet ou du produit obtenu par le procédé objet du

brevet (voir point 234 ci-dessus). Or, en se soumettant à une clause de non-commercialisation, la société de génériques s'engage à ne pas vendre de produits susceptibles d'être contrefaisants à l'égard du brevet en cause. Cette clause, si elle se limite au champ d'application du brevet litigieux, peut alors être regardée comme reproduisant, en substance, les effets de ce brevet, dans la mesure où elle se fonde sur la reconnaissance de la validité de celui-ci. S'agissant des clauses de non-contestation, le brevet ne saurait être interprété comme garantissant une protection contre les actions visant à contester la validité d'un brevet (arrêt du 25 février 1986, Windsurfing International/Commission, 193/83, EU:C:1986:75, point 92). Les effets de ces clauses ne se confondent donc pas avec les effets du brevet. Cependant, lorsqu'une clause de non-contestation est adoptée dans le cadre du règlement amiable d'un véritable litige dans lequel le concurrent a déjà eu l'opportunité de contester la validité du brevet en cause et reconnaît finalement cette validité, une telle clause ne peut être regardée, dans un tel contexte, comme portant atteinte à l'intérêt public d'éliminer tout obstacle à l'activité économique qui pourrait découler d'un brevet délivré à tort (voir point 257 ci-dessus).

**261**La Commission a elle-même indiqué, dans la décision attaquée, que les clauses de non-contestation et de non-commercialisation étaient généralement inhérentes à tout règlement amiable. Elle a ainsi considéré qu'il était « peu probable qu'un règlement amiable conclu dans le cadre d'un litige ou d'un contentieux en matière de brevets sur la base de l'appréciation par chaque partie du contentieux auquel elle est confrontée enfreigne le droit de la concurrence, quand bien même l'accord prévoirait l'obligation pour la société de génériques de s'abstenir d'utiliser l'invention couverte par le brevet pendant la durée de protection de celui-ci (par exemple par une clause de non-commercialisation) et/ou de ne pas contester le brevet en cause devant les tribunaux (par exemple par une clause de non-contestation) » (considérant 1136 de la décision attaquée).

**262**Ainsi, la seule présence, dans des accords de règlement amiable, de clauses de non-commercialisation et de non-contestation dont la portée se limite à celle du brevet en cause ne permet pas, malgré le fait que ces clauses ont, par elles-mêmes, un caractère restrictif (voir point 257 ci-dessus), de conclure à une restriction de concurrence présentant un degré suffisant de nocivité pour être qualifiée de restriction par objet lorsque ces accords se fondent sur la reconnaissance par les parties de la validité du brevet (et, accessoirement, du caractère contrefaisant des produits génériques concernés).

**263**La présence de clauses de non-commercialisation et de non-contestation dont la portée se limite à celle du brevet en cause est, en revanche, problématique lorsqu'il apparaît que la soumission de la société de génériques à ces clauses n'est pas fondée sur la reconnaissance par celle-ci de la validité du brevet. Comme le relève à juste titre la Commission, « même si les limitations contenues dans l'accord [à] l'autonomie commerciale de la société de génériques ne vont pas au-delà du champ d'application matériel du brevet, elles constituent une violation de l'article 101 [TFUE] lorsque ces limitations ne peuvent être justifiées et ne résultent pas de l'évaluation par les parties du bien-fondé du droit exclusif lui-même » (considérant 1137 de la décision attaquée).

**264**À cet égard, il convient de relever que l'existence d'un « paiement inversé », c'est-à-dire d'un paiement de la société de princeps vers la société de génériques, est doublement suspecte dans le cadre d'un accord de règlement amiable. En effet, en premier lieu, il

importe de rappeler que le brevet vise à récompenser l'effort créatif de l'inventeur en lui permettant de tirer un juste profit de son investissement (voir point 234 ci-dessus) et qu'un brevet valide doit donc, en principe, permettre un transfert de valeur vers son titulaire – par exemple, par le biais d'un accord de licence – et non l'inverse. En second lieu, l'existence d'un paiement inversé introduit une suspicion quant au fait que le règlement amiable est fondé sur la reconnaissance par les parties à l'accord de la validité du brevet en cause.

**265**Cependant, la seule présence d'un paiement inversé ne saurait permettre de conclure à l'existence d'une restriction par objet. En effet, il n'est pas exclu que certains paiements inversés, lorsqu'ils sont inhérents au règlement amiable du litige en cause, soient justifiés (voir points 277 à 280 ci-après). En revanche, dans l'hypothèse où un paiement inversé non justifié intervient dans la conclusion du règlement amiable, la société de génériques doit être alors regardée comme ayant été incitée par ce paiement à se soumettre aux clauses de non-commercialisation et de non-contestation et il y a lieu de conclure à l'existence d'une restriction par objet. Dans cette hypothèse, les restrictions à la concurrence qu'introduisent les clauses de non-commercialisation et de non-contestation ne sont plus liées au brevet et au règlement amiable, mais s'expliquent par le versement d'un avantage incitant la société de génériques à renoncer à ses efforts concurrentiels.

**266**Il convient de relever que, si ni la Commission ni le juge de l'Union ne sont compétents pour statuer sur la validité du brevet (voir points 243 et 244 ci-dessus), il n'en demeure pas moins que ces institutions peuvent, dans le cadre de leurs compétences respectives et sans statuer sur la validité intrinsèque du brevet, constater l'existence d'un usage anormal de celui-ci, lequel est sans rapport avec son objet spécifique (voir, en ce sens, arrêts du 29 février 1968, Parke, Davis and Co., 24/67, EU:C:1968:11, p. 109 et 110, et du 31 octobre 1974, Centrafarm et de Peijper, 15/74, EU:C:1974:114, points 7 et 8 ; voir également, par analogie, arrêts du 6 avril 1995, RTE et ITP/Commission, C 241/91 P et C 242/91 P, EU:C:1995:98, point 50, et du 4 octobre 2011, Football Association Premier League e.a., C 403/08 et C 429/08, EU:C:2011:631, point 104 à 106).

**267**Or, le fait d'inciter un concurrent à accepter des clauses de non-commercialisation et de non-contestation, au sens décrit au point 265 ci-dessus, ou son corollaire, le fait de se soumettre à de telles clauses en raison d'une incitation, constituent un usage anormal du brevet.

**268**Ainsi que l'a indiqué à juste titre la Commission au considérant 1137 de la décision attaquée, « le droit des brevets ne prévoit pas un droit de payer ses concurrents réels ou potentiels afin qu'ils restent en dehors du marché ou qu'ils s'abstiennent de contester un brevet avant d'entrer sur le marché ». De même, toujours selon la Commission, « les titulaires de brevets ne sont pas autorisés à payer des sociétés de génériques pour les maintenir en dehors du marché et réduire les risques dus à la concurrence, que ce soit dans le cadre d'un accord de règlement amiable en matière de brevets ou par un autre moyen » (considérant 1141 de la décision attaquée). Enfin, la Commission a ajouté à bon droit que « payer ou inciter autrement des concurrents potentiels à rester en dehors du marché ne f[ais]ait partie d'aucun droit lié aux brevets et ne correspond[ait] à aucun des moyens prévus par le droit des brevets pour faire respecter les brevets » (considérant 1194 de la décision attaquée).

**269**Lorsque l'existence d'une incitation est constatée, les parties ne peuvent plus se prévaloir de leur reconnaissance, dans le cadre du règlement amiable, de la validité du



brevet. Le fait que la validité du brevet soit confirmée par une instance juridictionnelle ou administrative est, à cet égard, indifférent.

**270**C'est alors l'incitation, et non la reconnaissance par les parties au règlement amiable de la validité du brevet, qui doit être considérée comme étant la véritable cause des restrictions à la concurrence qu'introduisent les clauses de non-commercialisation et de non-contestation (voir point 257 ci-dessus), lesquelles, étant dépourvues dans ce cas de toute légitimité, présentent dès lors un degré de nocivité pour le bon fonctionnement du jeu normal de la concurrence suffisant pour qu'une qualification de restriction par objet puisse être retenue.

**271**En présence d'une incitation, les accords en cause doivent ainsi être regardés comme étant des accords d'exclusion du marché, dans lesquels les restants indemnisent les sortants. Or, de tels accords consistent en réalité en un rachat de concurrence et doivent par conséquent être qualifiés de restrictions par objet à la concurrence, ainsi que cela ressort de l'arrêt du 20 novembre 2008, Beef Industry Development Society et Barry Brothers (C 209/07, EU:C:2008:643, points 8 et 31 à 34), et des conclusions de l'avocat général Trstenjak dans l'affaire Beef Industry Development Society et Barry Brothers (C 209/07, EU:C:2008:467, point 75), cités, notamment, aux considérants 1139 et 1140 de la décision attaquée. De plus, l'exclusion de concurrents du marché est une forme extrême de répartition de marché et de limitation de la production (arrêt du 8 septembre 2016, Lundbeck/Commission, T 472/13, sous pourvoi, EU:T:2016:449, point 435) qui présente, dans un contexte tel que celui des accords litigieux, un degré de nocivité d'autant plus élevé que les sociétés exclues sont des sociétés de génériques dont l'entrée sur le marché est, en principe, favorable à la concurrence et contribue par ailleurs à l'intérêt général d'assurer des soins de santé à moindre coût. Enfin, cette exclusion est confortée, dans les accords litigieux, par l'impossibilité pour la société de génériques de contester le brevet litigieux.

**272**Il résulte de tout ce qui précède que, dans le contexte des accords de règlement amiable de litiges relatifs à des brevets, la qualification de restriction à la concurrence par objet suppose la présence, au sein de l'accord de règlement amiable, à la fois d'un avantage incitatif à l'égard de la société de génériques et d'une limitation corrélative des efforts de celle-ci à faire concurrence à la société de princeps. Lorsque ces deux conditions sont remplies, un constat de restriction de concurrence par objet s'impose eu égard au degré de nocivité pour le bon fonctionnement du jeu normal de la concurrence de l'accord ainsi conclu.

**273**Ainsi, en présence d'un accord de règlement amiable en matière de brevets comportant des clauses de non-commercialisation et de non-contestation dont le caractère intrinsèquement restrictif (voir point 257 ci-dessus) n'a pas été valablement mis en cause, l'existence d'une incitation de la société de génériques à se soumettre à ces clauses permet de fonder le constat d'une restriction par objet, et ce alors même qu'il existerait un véritable litige, que l'accord de règlement amiable inclurait des clauses de non-commercialisation et de non-contestation dont la portée ne dépasserait pas celle du brevet litigieux et que ce brevet pourrait, eu égard, en particulier, aux décisions adoptées par les autorités administratives ou les juridictions compétentes, légitimement être estimé valide par les parties à l'accord au moment de l'adoption de celui-ci.

**274**Or, dans la décision attaquée, la Commission a, à juste titre, examiné si les accords en cause comportaient un transfert de valeur de la société de princeps vers la société de

génériques représentant une incitation « significative », c'est-à-dire de nature à conduire cette dernière société à accepter de se soumettre à des clauses de non-commercialisation et de non-contestation, pour en déduire, en présence d'une telle incitation, l'existence d'une restriction de concurrence par objet.

**275**La Commission, en retenant ainsi le critère de l'incitation aux fins de distinguer les accords de règlement amiable constituant des restrictions par objet de ceux qui ne constituent pas de telles restrictions, critère qui sera désigné ci-après comme étant celui de l'« incitation » ou de l'« avantage incitatif », n'a, au vu des développements qui précèdent, pas entaché sa décision d'une erreur de droit.

**276**Une telle erreur de droit ne saurait davantage être déduite d'une supposée absence de prise en compte du contexte dans lequel les accords litigieux s'insèrent (voir, sur la notion de contexte, arrêt du 11 septembre 2014, CB/Commission, C 67/13 P, EU:C:2014:2204, point 53), dès lors qu'il ressort également du raisonnement qui précède que le critère de l'incitation repose sur une analyse du contenu des accords litigieux non seulement au regard de leur objectif affiché, qui est celui de régler à l'amiable des litiges en matière de brevets, mais également de leur contexte spécifique qui se caractérise par l'existence, dans le domaine pharmaceutique, de brevets constitutifs de droits exclusifs présumés être valides et dont la possession a normalement pour conséquence de tenir les concurrents à l'écart (voir point 234 ci-dessus). Le contexte dans lequel les accords litigieux ont été conclus a d'autant plus été pris en compte en l'espèce que la Commission s'est attachée, pour chacun de ces accords, à démontrer que la société de génériques en cause était un concurrent potentiel de Servier, c'est-à-dire qu'elle avait des possibilités réelles et concrètes d'entrer sur le marché (voir points 317 et suivants ci-après). Aux fins de compléter la réponse apportée au moyen tiré de l'erreur de droit qu'aurait commise la Commission en retenant l'existence d'une restriction par objet et de permettre ensuite d'examiner si, pour chaque accord, la Commission a commis une erreur d'appréciation, il convient encore de préciser dans quelles conditions l'existence d'une incitation peut être constatée.

#### 5) Sur l'incitation

**277**Afin de déterminer si un paiement inversé, c'est-à-dire un transfert de valeur de la société de princeps en direction de la société de génériques, constitue ou non une incitation à accepter des clauses de non-contestation et de non-commercialisation, il convient d'examiner, en tenant compte de sa nature et de sa justification, s'il couvre des coûts inhérents au règlement amiable du litige. Dans la décision attaquée, la Commission a ainsi, à juste titre, examiné si le transfert de valeur correspondait aux coûts spécifiques du règlement amiable supportés par la société de génériques (considérants 1333 et suivants, 1461 et suivants, 1592 et suivants et 1969 et suivants de la décision attaquée).

**278**Dans l'hypothèse où le paiement inversé prévu dans un accord de règlement amiable comportant des clauses restrictives de concurrence viserait à compenser les coûts inhérents au règlement amiable supportés par la société de génériques, ce paiement ne pourrait en principe être considéré comme incitatif. En effet, par leur inhérence au règlement amiable, de tels coûts impliquent qu'ils sont, en tant que tels, fondés sur la reconnaissance de la validité des brevets litigieux que ce règlement amiable vise à entériner en mettant fin à la contestation de cette validité et à la potentielle contrefaçon desdits brevets. Il ne saurait ainsi être considéré qu'un tel paiement inversé introduit une suspicion quant au fait que le règlement amiable est fondé sur la reconnaissance par les

parties à l'accord de la validité du brevet en cause (voir points 264 et 265 ci-dessus). La constatation de l'existence d'une incitation et d'une restriction de concurrence par objet n'est pas pour autant exclue dans cette hypothèse. Elle suppose toutefois que la Commission établisse que les montants correspondant à ces coûts inhérents au règlement amiable, même établis et précisément chiffrés par les parties à ce règlement, ont un caractère excessif (voir, en ce sens, considérants 1338, 1465, 1600 et 1973 de la décision attaquée). Une telle disproportion romprait en effet le lien d'inhérence entre les coûts concernés et le règlement amiable et, partant, empêcherait de déduire du remboursement de ces coûts que l'accord de règlement en cause est fondé sur la reconnaissance de la validité des brevets litigieux.

**279** Il peut être considéré, ainsi que les requérantes et la Commission l'ont admis lors de l'audience, que les coûts inhérents au règlement amiable du litige recouvrent, notamment, les frais contentieux supportés par la société de génériques dans le cadre du litige qui l'oppose à la société de princeps. Ces frais ont, en effet, été exposés aux seules fins des contentieux de validité ou de contrefaçon des brevets en cause, auquel le règlement amiable vise précisément à mettre un terme sur la base d'un accord reconnaissant la validité des brevets. Leur prise en charge est donc en lien direct avec un tel règlement amiable. Par conséquent, lorsque les montants des frais contentieux de la société de génériques sont établis par les parties au règlement amiable, la Commission ne peut constater leur caractère incitatif qu'en démontrant que ceux-ci seraient disproportionnés. À cet égard, doivent être considérés comme disproportionnés des montants qui correspondraient à des frais contentieux dont le caractère objectivement indispensable pour la conduite de la procédure litigieuse, eu égard notamment à la difficulté juridique et factuelle des questions traitées ainsi que de l'intérêt économique que le litige présente pour la société de génériques, ne serait pas établi sur le fondement de documents précis et détaillés.

**280** En revanche, certains frais incombant à la société de génériques sont, a priori, trop extérieurs au litige et à son règlement pour pouvoir être considérés comme inhérents au règlement amiable d'un litige en matière de brevets. Il s'agit, par exemple, des coûts de fabrication des produits contrefaisants, correspondant à la valeur du stock desdits produits, ainsi que des frais de recherche et de développement exposés pour mettre au point ces produits. En effet, de tels coûts et frais sont a priori exposés indépendamment de la survenance de litiges et de leur règlement et ne se traduisent pas par des pertes du fait de ce règlement, ainsi qu'en atteste en particulier le fait que les produits en cause sont souvent, en dépit de l'interdiction de leur commercialisation par l'accord de règlement, vendus sur des marchés non couverts par ledit accord et que les recherches correspondantes peuvent être utilisées aux fins de la mise au point d'autres produits. Il en est de même des sommes devant être versées par la société de génériques à des tiers en raison d'engagements contractuels conclus en dehors du litige (par exemple des contrats de fourniture). De tels frais de résiliation de contrats conclus avec des tiers ou d'indemnisation de ces tiers sont en effet généralement imposés par les contrats en cause ou en lien direct avec ces contrats, lesquels ont au surplus été conclus par la société de génériques concernée indépendamment de tout litige avec la société de princeps ou de son règlement. Il appartient alors aux parties à l'accord, si elles souhaitent que le paiement de ces frais ne soit pas qualifié d'incitatif et de constitutif d'un indice de l'existence d'une restriction de concurrence par objet, de démontrer que ceux-ci sont inhérents au litige ou à son règlement, puis d'en justifier le montant. Elles pourraient

également, aux mêmes fins, se fonder sur le montant insignifiant du remboursement de ces frais a priori non inhérents au règlement amiable du litige et, ainsi, insuffisant pour constituer une incitation significative à accepter les clauses restrictives de concurrence prévues par l'accord de règlement (voir, en ce sens, arrêt du 8 septembre 2016, Lundbeck/Commission, T 472/13, sous pourvoi, EU:T:2016:449, point 360).

**281** Il convient encore, pour clore l'analyse de l'erreur de droit qu'aurait commise la Commission en retenant l'existence d'une restriction de concurrence par objet, d'examiner trois arguments secondaires invoqués par les requérantes et l'intervenante, tirés de l'applicabilité aux accords en cause de la théorie des restrictions accessoires, des implications du droit américain sur la solution du litige et des effets ambivalents que produiraient les accords de règlement amiable en matière de brevets.

6) Sur l'applicabilité de la théorie des restrictions accessoires aux accords de règlement amiable

**282** Les requérantes et l'intervenante font valoir que, en raison de l'objectif légitime des accords de règlement amiable des litiges en matière de brevet, la Commission aurait dû faire application du test de nécessité objective, qui permettrait de faire échapper un accord à l'application de l'article 101, paragraphe 1, TFUE lorsqu'il sert un but légitime et que les restrictions de concurrence qu'il impose sont objectivement nécessaires et proportionnées.

**283** À titre liminaire, il convient de constater que les requérantes ne s'étaient pas prévaluées de l'application de la théorie des restrictions accessoires lors de la procédure administrative et que la décision attaquée n'en fait pas mention.

**284** Il ressort de la jurisprudence que, si une opération ou une activité déterminée ne relève pas du principe d'interdiction prévu à l'article 101, paragraphe 1, TFUE, en raison de sa neutralité ou de son effet positif sur le plan de la concurrence, une restriction de l'autonomie commerciale d'un ou de plusieurs des participants à cette opération ou à cette activité ne relève pas non plus dudit principe d'interdiction si cette restriction est objectivement nécessaire à la mise en œuvre de ladite opération ou de ladite activité et proportionnée aux objectifs de l'une ou de l'autre (voir arrêt du 11 septembre 2014, MasterCard e.a./Commission, C 382/12 P, EU:C:2014:2201, point 89 et jurisprudence citée). En effet, lorsqu'il n'est pas possible de dissocier une telle restriction, qualifiée de restriction accessoire, de l'opération ou de l'activité principale sans en compromettre l'existence et les objets, il y a lieu d'examiner la compatibilité avec l'article 101 TFUE de cette restriction conjointement avec la compatibilité de l'opération ou de l'activité principale dont elle constitue l'accessoire, et cela bien que, prise isolément, pareille restriction puisse paraître, à première vue, relever du principe d'interdiction de l'article 101, paragraphe 1, TFUE (arrêt du 11 septembre 2014, MasterCard e.a./Commission, C 382/12 P, EU:C:2014:2201, point 90).

**285** La Commission fait valoir que la condition préalable à l'application du test de la nécessité objective ne serait pas remplie dès lors qu'un règlement amiable d'un litige en matière de brevets ne saurait, par principe, être qualifié d'opération dépourvue de caractère anticoncurrentiel en raison de sa neutralité ou de son effet positif sur le plan de la concurrence. Il est vrai qu'il résulte d'une jurisprudence constante que le règlement amiable d'un litige n'exonère pas les parties de l'application des règles de concurrence, l'article 101, paragraphe 1, TFUE ne faisant aucune distinction entre les accords qui ont pour objet de mettre fin à un litige et ceux qui poursuivent d'autres buts (voir point 253

ci-dessus). Toutefois, ainsi que le soutiennent à juste titre les requérantes et l'intervenante, la jurisprudence n'exclut pas qu'un accord de règlement amiable d'un litige ne relève pas du principe d'interdiction prévu à l'article 101, paragraphe 1, TFUE, en raison de sa neutralité ou de ses effets positifs sur le plan de la concurrence. L'application du test de la nécessité objective dans un cas d'espèce suppose, en effet, que l'opération ou l'activité principale soit dépourvue de caractère anticoncurrentiel en raison de sa neutralité ou de son effet positif sur le plan de la concurrence, mais elle n'impose pas que l'opération ou l'activité principale soit, par sa nature même et indépendamment des circonstances de chaque espèce, dépourvue de caractère anticoncurrentiel. La jurisprudence a d'ailleurs rappelé que l'examen de l'opération ou de l'activité principale ne saurait être effectué in abstracto, mais qu'il était fonction des clauses ou des restrictions accessoires propres à chaque cas d'espèce (voir, en ce sens, arrêts du 28 janvier 1986, Pronuptia de Paris, 161/84, EU:C:1986:41, point 14 ; du 15 décembre 1994, DLG, C 250/92, EU:C:1994:413, point 31, et du 12 décembre 1995, Oude Luttikhuis e.a., C 399/93, EU:C:1995:434, points 12 à 14). En outre, il importe de rappeler que de nombreuses dispositions du droit de l'Union encouragent le règlement amiable des litiges (voir points 247 à 250 ci-dessus).

**286** La Commission ne saurait par ailleurs invoquer l'arrêt du 27 septembre 1988, Bayer et Maschinenfabrik Hennecke (65/86, EU:C:1988:448), pour écarter en principe toute possibilité de faire application de la théorie des restrictions accessoires au règlement amiable des litiges. En effet, s'il ressort de cet arrêt que la Cour a refusé de suivre le raisonnement proposé par la Commission consistant à considérer une clause de non-contestation d'un brevet insérée dans un accord de licence comme compatible avec l'article 101, paragraphe 1, TFUE lorsque certaines conditions sont remplies et a précisé que l'article 101, paragraphe 1, TFUE ne faisait aucune distinction entre les accords qui ont pour objet de mettre fin à un litige et ceux qui poursuivent d'autres buts, elle n'a cependant pas exclu qu'un accord de règlement amiable d'un litige comportant des clauses de non-contestation et de non-commercialisation puisse, en fonction du contexte juridique et économique, ne pas avoir de caractère restrictif de concurrence (arrêt du 27 septembre 1988, Bayer et Maschinenfabrik Hennecke, 65/86, EU:C:1988:448, point 21). Cet arrêt n'a d'ailleurs pas été rendu dans le contexte du règlement amiable d'un litige mais dans celui d'un accord de licence.

**287** Si un accord de règlement amiable d'un litige en matière de brevets ayant un effet neutre ou positif sur le plan de la concurrence ne saurait par principe être exclu du champ d'application de la théorie des restrictions accessoires, il convient cependant d'examiner la portée de la restriction accessoire de concurrence, qui implique un double examen. En effet, il convient de rechercher, d'une part, si la restriction est objectivement nécessaire à la réalisation de l'opération ou de l'activité principale et, d'autre part, si elle est proportionnée par rapport à celle-ci (arrêts du 18 septembre 2001, M6 e.a./Commission, T 112/99, EU:T:2001:215, point 106, et du 29 juin 2012, E.ON Ruhrgas et E.ON/Commission, T 360/09, EU:T:2012:332, point 64).

**288** S'agissant de la première condition, selon la jurisprudence, il convient de rechercher si la réalisation de cette opération ou de cette activité serait impossible en l'absence de la restriction en question. Ainsi, le fait que ladite opération ou ladite activité soit simplement rendue plus difficilement réalisable voire moins profitable en l'absence de la restriction en cause ne saurait être considéré comme conférant à cette restriction le

caractère objectivement nécessaire requis afin de pouvoir être qualifiée d'accessoire. En effet, une telle interprétation reviendrait à étendre cette notion à des restrictions qui ne sont pas strictement indispensables à la réalisation de l'opération ou de l'activité principale. Un tel résultat porterait atteinte à l'effet utile de la prohibition prévue à l'article 101, paragraphe 1, TFUE (voir, en ce sens, arrêt du 11 septembre 2014, MasterCard e.a./Commission, C 382/12 P, EU:C:2014:2201, point 91).

**289**S'agissant des clauses de non-contestation et de non-commercialisation, celles-ci ne sont inhérentes qu'à certains règlements amiables, à savoir ceux qui sont fondés sur une reconnaissance de la validité du ou des brevets en cause (voir point 259 ci-dessus). De telles clauses, dès lors qu'elles reflètent la reconnaissance de la validité du brevet par chacune des parties et que leur portée se limite à celle du brevet en cause, doivent ainsi être considérées comme pouvant satisfaire à la première condition de la dérogation prévue par la théorie des restrictions accessoires.

**290**S'agissant de la seconde condition, il importe de rappeler que, dès lors qu'une restriction est objectivement nécessaire à la réalisation d'une opération ou d'une activité principale, il convient encore de vérifier si sa durée et son champ d'application matériel, temporel et géographique n'excèdent pas ce qui est nécessaire pour la réalisation de ladite opération ou de ladite activité. Si le champ d'application de la restriction excède ce qui est nécessaire pour la réalisation de l'opération ou de l'activité principale, elle doit faire l'objet d'une analyse séparée dans le cadre de l'article 101, paragraphe 3, TFUE (arrêt du 18 septembre 2001, M6 e.a./Commission, T 112/99, EU:T:2001:215, point 113). Par conséquent, un accord de règlement amiable dont les clauses de non-contestation et de non-commercialisation n'excéderaient pas la durée et le champ d'application du brevet dont il reconnaît la validité pourrait bénéficier de l'application de la théorie des restrictions accessoires.

**291**Toutefois, en l'espèce, c'est à bon droit que la Commission a pu ne pas examiner s'il y avait lieu de faire application de la théorie des restrictions accessoires, dès lors qu'elle estimait que les clauses de non-contestation et de non-commercialisation ne reposaient pas sur une reconnaissance de la validité du brevet mais sur un transfert de valeur du laboratoire de princeps vers la société de génériques constituant une incitation, pour cette société, à renoncer à exercer une pression concurrentielle sur la société titulaire du brevet. En effet, dans un tel cas, l'accord de règlement amiable constitue une restriction de concurrence par objet qui ne saurait être qualifiée d'opération dépourvue de caractère anticoncurrentiel en raison de sa neutralité ou de son effet positif sur le plan de la concurrence. Par ailleurs, les clauses de non-contestation et de non-commercialisation ne peuvent être l'accessoire nécessaire que d'un accord de règlement amiable fondé sur une reconnaissance de la validité du brevet en cause par les parties à cet accord (voir point 289 ci-dessus). Or, en présence d'une incitation, le règlement amiable n'est pas fondé sur une telle reconnaissance. Les clauses de non-contestation et de non-commercialisation ne peuvent alors être regardées comme nécessaires à un tel règlement amiable.

7) Sur la conciliation entre les accords de règlement amiable en matière de brevets et le droit américain de la concurrence

**292**Les requérantes se prévalent de l'arrêt Actavis, en soutenant que la Supreme Court of the United States (Cour suprême des États-Unis) aurait rejeté l'approche retenue par la Commission en l'espèce. La Commission, qui a mentionné cet arrêt dans la décision

attaquée (considérant 1199), fait néanmoins valoir qu'elle a retenu la même approche que la Supreme Court of the United States (Cour suprême des États-Unis), en considérant qu'il n'existait pas de présomption d'illégalité des accords de règlement amiable comprenant un transfert de valeur du laboratoire de princeps vers la société de génériques.

**293**L'arrêt Actavis est relatif à des accords de règlement amiable conclus dans le secteur pharmaceutique, dans lequel les sociétés de génériques s'étaient engagées à ne pas entrer sur le marché jusqu'à une date antérieure à la date d'expiration du brevet de la société du princeps (65 mois avant la date d'expiration du brevet pour Actavis) et à promouvoir le médicament en cause auprès des médecins, en échange de versements importants (pour Actavis, des versements annuels de 19 à 30 millions de USD pendant neuf ans).

**294**Il convient de rappeler que, selon une jurisprudence constante, des pratiques nationales, à supposer qu'elles soient communes à tous les États membres, ne sauraient s'imposer dans l'application des règles de concurrence du traité (voir, en ce sens, arrêt du 17 janvier 1984, VBVB et VBVB/Commission, 43/82 et 63/82, EU:C:1984:9, point 40) et que tel est d'autant plus le cas lorsqu'il s'agit de pratiques nationales de pays tiers (voir, en ce sens, arrêt du 28 février 2002, Compagnie générale maritime e.a./Commission, T 86/95, EU:T:2002:50, point 341 et jurisprudence citée). L'approche retenue par le droit de la concurrence de l'Union en ce qui concerne la distinction entre les restrictions de concurrence par objet et par effet diffère en effet du droit antitrust américain, qui distingue les restrictions de concurrence per se, réservées aux cas dans lesquels les effets anticoncurrentiels sont si évidents qu'ils ne nécessitent qu'une approche rapide et à première vue (quick look approach), sans tenir compte du contexte, et qui sont nécessairement et irrémédiablement interdites, des infractions devant être prouvées selon une règle de raison (« rule of reason »), c'est-à-dire à la suite d'un examen mettant en balance les effets pro- et anticoncurrentiels de l'accord. Or, d'une part, le droit de l'Union ne considère aucune restriction de concurrence comme étant nécessairement et irrémédiablement illégale, une restriction de concurrence par objet pouvant, en principe, relever des exceptions prévues par l'article 101, paragraphe 3, TFUE. D'autre part, ainsi que l'a rappelé la jurisprudence, l'existence d'une règle de raison ne saurait être admise en droit de la concurrence de l'Union (arrêt du 29 juin 2012, E.ON Ruhrgas et E.ON/Commission, T 360/09, EU:T:2012:332, point 65 ; voir également, en ce sens, arrêt du 23 octobre 2003, Van den Bergh Foods/Commission, T 65/98, EU:T:2003:281, point 106). En outre, les différences entre les cadres réglementaires présents aux États-Unis et dans l'Union, relatifs en particulier aux brevets en matière pharmaceutique, rendent plus difficiles encore la transposition par analogie, dans le présent litige, de la portée de l'arrêt Actavis (voir, en ce sens, arrêt du 8 septembre 2016, Lundbeck/Commission, T 472/13, sous pourvoi, EU:T:2016:449, point 513).

**295**Il y a, par conséquent, lieu d'écarter l'argument des requérantes tiré d'une méconnaissance de la position de la Supreme Court of the United States (Cour suprême des États-Unis) comme inopérant.

8) Sur les effets par nature ambivalents des accords de règlement amiable

**296**Les requérantes estiment que les effets des accords de règlement amiable sont par nature ambivalents et ne sauraient, dès lors, faire l'objet d'une qualification de restriction de concurrence par objet.

**297**Elles font valoir, en premier lieu, que de tels accords ont des effets potentiels ambivalents sur la contestation des brevets, dès lors qu'il existe des litiges parallèles et que, dans les procédures devant l'OEB, le retrait de son opposition par une partie n'empêche pas la poursuite de la procédure, ses arguments pouvant être évoqués d'office par la division d'opposition ou la chambre de recours de l'OEB. De plus, la décision attaquée aurait omis de prendre en compte le fait que les accords de règlement amiable n'ont que des effets ambivalents sur les litiges futurs, les sociétés de génériques demeurant libres d'engager ou non des procédures judiciaires coûteuses et celles-ci pouvant s'avérer en tout état de cause inutiles dans certains États membres lorsqu'une procédure devant l'OEB est en cours.

**298**En deuxième lieu, les requérantes estiment que les effets potentiels de ces accords sur l'entrée des génériques sur le marché sont également ambivalents, en fonction des termes des accords et du contexte dans lesquels ils interviennent. Il conviendrait, ainsi, de prendre en compte l'existence du litige et les chances de succès des parties, l'existence d'autres litiges et la possibilité de développer d'autres formes alternatives du produit. En outre, ces accords pourraient permettre une entrée plus rapide des génériques sur le marché. Enfin, la Commission devrait prendre en compte la capacité et l'intention des sociétés de génériques à réaliser une entrée à risque sur le marché.

**299**En troisième lieu, les requérantes considèrent que la Commission ne saurait sanctionner des accords de règlement amiable de litiges en matière de brevets sans apprécier leurs effets concrets sur le marché, à l'instar de la position retenue par la Supreme Court of the United States (Cour suprême des États-Unis) dans l'arrêt Actavis.

**300**La Commission soutient que cet argument est inopérant, dès lors que, pour déterminer si un accord constitue une restriction de concurrence par objet, il n'y a pas lieu de prendre en compte ses effets et qu'une restriction de concurrence par objet peut même, dans certains cas, en raison de circonstances postérieures, ne produire aucun effet. L'analyse de la restriction par objet ne requerrait ainsi pas de démontrer quelles situations contrefactuelles pourraient se présenter en l'absence des accords.

**301**À titre subsidiaire, la Commission rappelle, s'agissant des effets des accords de règlement amiable sur la contestation des brevets, que, en l'espèce, les requérantes se sont efforcées de conclure des accords avec l'ensemble de leurs concurrents potentiels et que seuls deux des cinq accords conclus par elles comportaient une clause permettant une entrée des sociétés de génériques sur le marché en cas d'annulation du brevet litigieux.

**302**La Commission considère, en outre, qu'elle a examiné, dans la décision attaquée, la capacité et l'intention de chaque société de génériques de réaliser une entrée à risque sur le marché.

**303**Enfin, la Commission estime que la décision attaquée n'est pas incohérente avec l'approche retenue par la Supreme Court of the United States (Cour suprême des États-Unis) dans l'arrêt Actavis, compte tenu des différences existant entre la notion européenne de restriction par objet et la notion américaine de restriction per se. Elle rappelle également que la jurisprudence de l'Union rejette l'existence d'une règle de raison, les bénéfiques proconcurrentiels d'un accord devant être examinés dans le cadre de l'article 101, paragraphe 3, TFUE.



**304** Il y a lieu de considérer, à la suite des requérantes, que la Commission et le juge ne peuvent, lors de l'examen de l'objet restrictif d'un accord et, en particulier, dans le cadre de la prise en compte de son contexte économique et juridique, ignorer complètement les effets potentiels de cet accord (conclusions de l'avocat général Wahl dans l'affaire ING Pensii, C 172/14, EU:C:2015:272, point 84). Il importe en effet de rappeler que les accords restrictifs de concurrence par objet sont ceux qui révèlent un degré suffisant de nocivité, en ce qu'ils sont tellement susceptibles de produire des effets anticoncurrentiels qu'il peut être considéré comme inutile de démontrer qu'ils ont des effets concrets sur le marché (voir, en ce sens, arrêt du 11 septembre 2014, CB/Commission, C 67/13 P, EU:C:2014:2204, points 49 et 51 et jurisprudence citée). Il s'ensuit que ne peuvent être considérés comme étant restrictifs de concurrence par objet les accords qui, au vu du contexte dans lequel ils s'insèrent, présentent des effets potentiels ambivalents sur le marché (conclusions de l'avocat général Wahl dans l'affaire CB/Commission, C 67/13 P, EU:C:2014:1958, point 56).

**305** Cependant, en l'espèce, dans la mesure où les requérantes avancent principalement, au soutien de leurs allégations relatives aux effets potentiels ambivalents des accords litigieux, des arguments tirés de chacun de ces accords et de leur contexte, il convient de répondre aux allégations en cause dans le cadre de la réponse aux critiques dirigées contre la qualification de restriction par objet de chaque accord, et ce d'autant plus que, comme le souligne pertinemment la Commission, l'appréciation de l'existence d'une restriction par objet doit être effectuée pour chaque accord comme constituant un tout, sans séparer l'analyse du caractère restrictif des clauses de non-contestation de celle des clauses de non-commercialisation.

**306** Sera ainsi examinée, lors de la réponse donnée aux moyens critiquant l'appréciation de chacun des accords litigieux, la question de savoir si la Commission a valablement retenu l'existence d'une telle restriction malgré les effets potentiels proconcurrentiels allégués qui résulteraient en particulier du contexte de la conclusion desdits accords, étant précisé que seront uniquement pris en compte ceux demeurant dans le cadre d'analyse des restrictions de concurrence par objet (voir points 525, 644 et 989 ci-après).

**307** En outre, ainsi qu'il ressort des points 293 à 295 ci-dessus, les requérantes ne sauraient se prévaloir utilement de l'arrêt Actavis.

b) Sur les critères de qualification de restriction par objet des accords de règlement amiable retenus par la Commission

**308** C'est à la lumière des considérations qui précèdent qu'il convient d'examiner les arguments des requérantes qui portent spécifiquement sur chacun des trois principaux critères retenus par la Commission pour qualifier les accords de règlement amiable en cause de restrictions de concurrence par objet, que sont, premièrement, la qualité de concurrent potentiel des sociétés de génériques, deuxièmement, l'engagement de ces sociétés de limiter leurs efforts pour entrer sur le marché avec un produit générique et, troisièmement, un transfert de valeur de la société de princeps vers la société de génériques représentant une incitation significative pour cette dernière à limiter ses efforts d'entrée (considérant 1154 de la décision attaquée).

1) Sur le critère relatif à la concurrence potentielle

i) Arguments des parties

**309**Les requérantes soutiennent que la Commission a fait une application de la notion de concurrent potentiel contraire à la jurisprudence. Ainsi, seule une entreprise ayant des possibilités réelles et concrètes de faire concurrence aux entreprises établies, selon une stratégie économique viable, pourrait être qualifiée de concurrent potentiel. L'entrée potentielle de la société de génériques devrait par ailleurs pouvoir se faire suffisamment rapidement aux fins de peser sur les participants au marché. En revanche, la perception des opérateurs en place ne saurait constituer un élément valable pour apprécier l'existence d'une concurrence potentielle. Or, en l'espèce, la Commission aurait, à tort, assimilé l'absence de difficultés objectivement insurmontables à entrer sur le marché à l'existence de possibilités réelles et concrètes d'entrer sur le marché. Elle se serait, ce faisant, essentiellement fondée sur l'intention des sociétés de génériques d'entrer sur le marché et sur une accumulation d'hypothèses indépendantes des accords litigieux pour affirmer que les sociétés de génériques étaient des concurrents potentiels.

**310**La Commission aurait par ailleurs fait abstraction de l'existence des brevets et de la probabilité que le brevet en cause soit validé comme des cas de validation effective dudit brevet. L'intervenante précise, en se fondant sur la jurisprudence et sur la directive 2004/48/CE du Parlement européen et du Conseil, du 29 avril 2004, relative au respect des droits de propriété intellectuelle (JO 2004, L 157, p. 45), qu'un brevet constitue une interdiction légale de pénétration du marché empêchant toute concurrence potentielle et reproche à la Commission d'avoir nié la présomption de validité qui s'attache aux brevets, en affirmant que la validité d'un brevet n'était pas certaine tant qu'elle n'avait pas été confirmée par un jugement définitif. L'intervenante critique également, à cet égard, la position de la Commission selon laquelle le contentieux en matière de brevets constituerait l'expression même de la concurrence potentielle, en arguant que la poursuite d'un tel contentieux serait dépendante de toute une série de facteurs complexes susceptibles de varier tout au long de la procédure contentieuse. Les requérantes et l'intervenante reprochent enfin à la Commission d'avoir méconnu la définition de la concurrence potentielle retenue dans les lignes directrices de 2004 et dans celles de 2014 sur les accords de transfert de technologie et d'avoir opté pour une approche contraire tant à celle retenue dans son appréciation de l'abus de position dominante de Servier dans la décision attaquée qu'à celle adoptée dans d'autres de ses décisions.

**311**La Commission aurait, en outre, considéré à tort que la concurrence potentielle commençait au lancement du développement d'un produit, en évoquant à cet égard un délai arbitraire et excessif de trois ans. Elle aurait ainsi retenu une période de concurrence potentielle trop longue et contraire à l'exigence d'une entrée sur le marché suffisamment rapide. Les requérantes reprochent, par ailleurs, à la Commission de ne pas avoir pris en compte l'importance pour les sociétés de génériques d'entrer rapidement sur le marché et d'être les premières à y entrer et critiquent, à cet égard, l'interprétation retenue dans la décision attaquée de l'arrêt du 3 avril 2003, BaByliss/Commission (T 114/02, EU:T:2003:100).

**312**La Commission fait valoir qu'elle a retenu une définition de la concurrence potentielle distincte de la concurrence actuelle et conforme à la jurisprudence, en analysant si chaque société de génériques avait des possibilités réelles et concrètes d'entrer sur le marché au moment de la signature de l'accord, eu égard à sa capacité et à son intention d'y entrer. Elle aurait notamment pris en compte les démarches et les investissements effectués par les sociétés de génériques en vue de la mise au point d'une version générique du

périndopril, tels que les demandes d'AMM. L'identification d'éventuels obstacles objectivement insurmontables à l'entrée sur le marché serait également nécessaire à l'examen de l'existence d'une concurrence potentielle, tout comme la perception des opérateurs du marché, lorsqu'elle permet de corroborer des faits objectifs. La Commission ajoute, dans la duplique, qu'elle aurait même appliqué un standard de preuve plus élevé que celui requis pour le même type de collusion par l'arrêt du 20 janvier 2016, *Toshiba Corporation/Commission (C 373/14 P, EU:C:2016:26)*.

**313**La Commission conteste que les brevets soient des barrières absolues à l'entrée sur le marché, en écartant la pertinence de la jurisprudence citée par l'intervenante. Elle souligne qu'il ressortirait au contraire de la jurisprudence qu'une concurrence potentielle peut exister même lorsque le brevet de base de la molécule est toujours en vigueur et que ce raisonnement serait a fortiori valable s'agissant d'un brevet de procédé. Elle précise, en outre, que, contrairement à ce que soutient l'intervenante, la décision attaquée n'a jamais affirmé qu'un brevet pouvait être ignoré tant que sa validité n'aurait pas été reconnue par un jugement définitif et a même admis qu'un nouvel entrant pouvait s'exposer à des mesures d'injonction, tout en considérant, en conformité avec la directive 2004/48, qu'il ne saurait en être déduit que toute entrée sur le marché était bloquée. La Commission soutient, par ailleurs, avoir procédé à une analyse approfondie des possibilités réelles et concrètes d'entrer sur le marché en tenant compte des contentieux de chaque société de génériques concernant les brevets et de l'issue de la procédure d'opposition devant l'OEB. Elle estime, à cet égard, qu'elle n'était pas tenue d'établir que les sociétés de génériques obtiendraient gain de cause dans les litiges les opposant aux requérantes et réitère ses considérations figurant dans la décision attaquée selon lesquelles la contestation des brevets est l'expression de la concurrence dans le secteur concerné.

**314**La Commission ajoute avoir retenu une approche cohérente de la notion de concurrence potentielle tant au regard de l'une de ses autres décisions, citée par les requérantes, que de la partie de la décision attaquée faisant application de l'article 102 TFUE, en évaluant, sur le marché des produits, si les sociétés de génériques étaient des concurrents potentiels et, sur le marché de la technologie, si la technologie des concurrents produisant l'IPA était potentiellement viable. De même, l'approche retenue dans la décision attaquée serait conforme aux lignes directrices de 2014 sur les accords de transfert de technologie.

**315**La Commission considère, en outre, qu'elle a analysé, dans la décision attaquée, si les retards auxquels pouvaient être confrontées les sociétés de génériques avaient pu éliminer la pression concurrentielle sur les requérantes en tenant compte de la situation du marché à la date de conclusion des accords. La jurisprudence lui permettrait cependant de considérer qu'il existe une concurrence potentielle même lorsque le temps nécessaire à l'entrée sur le marché peut être relativement long. Par ailleurs, le fait de ne pas être le premier entrant sur un marché ne signifierait pas que la société de génériques ne serait plus un concurrent potentiel, dès lors que son entrée sur le marché resterait économiquement viable et pourrait intervenir dans un laps de temps relativement court. La Commission ajoute ne pas avoir considéré que les sociétés de génériques étaient des concurrents du simple fait qu'elles avaient commencé à développer un produit générique. Elle souligne également que, selon la jurisprudence, la pression exercée par les génériques sur les médicaments princeps pourrait apparaître avant l'expiration du brevet

de molécule et que, en l'espèce, les sociétés ayant conclu des accords avec les requérantes n'en étaient pas au stade préliminaire du développement du périmètre générique, mais à un stade plus avancé.

ii) Appréciation du Tribunal

**316** Les requérantes reprochent en substance à la Commission d'avoir commis une erreur de droit en retenant des critères erronés pour qualifier les sociétés de génériques ayant conclu les accords litigieux avec elles de concurrents potentiels. Elles critiquent également l'appréciation par la Commission des obstacles à l'existence de cette concurrence potentielle qui résulteraient de leurs brevets.

– Sur les critères d'appréciation de la concurrence potentielle

Sur la définition de la notion de concurrent potentiel

**317** Les requérantes reprochent à la Commission de s'être bornée, aux fins de constater l'existence d'une concurrence potentielle entre les parties aux accords litigieux, à vérifier l'absence d'obstacles insurmontables à l'entrée des sociétés de génériques sur le marché et de ne pas avoir examiné si lesdites sociétés avaient des possibilités réelles et concrètes d'y entrer (voir point 309 ci-dessus).

**318** Il ressort effectivement de la jurisprudence citée par les requérantes qu'une entreprise constitue un concurrent potentiel s'il existe des possibilités réelles et concrètes que celle-ci intègre le marché en cause et concurrence les entreprises qui y sont établies. Une telle démonstration ne doit pas reposer sur une simple hypothèse, mais doit être étayée par des éléments de fait ou une analyse des structures du marché pertinent. Ainsi, une entreprise ne saurait être qualifiée de concurrent potentiel si son entrée sur le marché ne correspond pas à une stratégie économique viable (arrêt du 29 juin 2012, E.ON Ruhrgas et E.ON/Commission, T 360/09, EU:T:2012:332, point 86 ; voir également, en ce sens, arrêt du 14 avril 2011, Visa Europe et Visa International Service/Commission, T 461/07, EU:T:2011:181, points 166 et 167 et jurisprudence citée). Il en découle nécessairement que, si l'intention d'une entreprise d'intégrer un marché est éventuellement pertinente aux fins de vérifier si elle peut être considérée comme un concurrent potentiel sur ledit marché, l'élément essentiel sur lequel doit reposer une telle qualification est cependant constitué par sa capacité à intégrer ledit marché (arrêt du 14 avril 2011, Visa Europe et Visa International Service/Commission, T 461/07, EU:T:2011:181, point 168, et du 29 juin 2012, E.ON Ruhrgas et E.ON/Commission, T 360/09, EU:T:2012:332, point 87).

**319** Dans d'autres contextes, il a également été jugé qu'une entreprise constitue un concurrent potentiel s'il n'existe pas de barrières insurmontables à son entrée sur le marché (voir, en ce sens, arrêts du 21 mai 2014, Toshiba/Commission, T 519/09, non publié, EU:T:2014:263, point 230, confirmé par l'arrêt du 20 janvier 2016, Toshiba Corporation/Commission, C 373/14 P, EU:C:2016:26, points 28, 29, 32 et 34, et du 28 juin 2016, Portugal Telecom/Commission, T 208/13, EU:T:2016:368, point 181).

**320** Il résulte ainsi de la jurisprudence que, en fonction du contexte et du comportement infractionnel en cause, le seuil à partir duquel l'existence d'une concurrence potentielle est admise peut varier. En effet, l'examen des seuls obstacles insurmontables à l'entrée implique que toute possibilité, même théorique, d'entrer sur le marché suffit à établir l'existence d'une concurrence potentielle, alors que l'analyse des possibilités réelles et concrètes d'entrer conduit à ce que l'existence d'une concurrence potentielle ne soit

reconnue qu'en cas de possibilités réalistes d'entrer, qui auraient pu se traduire dans les faits en l'absence d'acte restrictif.

**321** Il n'en reste pas moins que la vérification du caractère insurmontable de certains obstacles à l'entrée sur le marché, constitués en l'espèce principalement par les brevets et l'obligation d'obtenir une AMM, ne remet pas en cause l'examen des possibilités réelles et concrètes d'entrée des sociétés de génériques fondé sur celui de leur capacité et de leur intention d'entrer, ni ne présente une incohérence par rapport à cet examen. Comme l'a pertinemment souligné la Commission dans la décision attaquée (note en bas de page no 1666) et lors de l'audience, cette vérification de l'absence d'obstacles insurmontables « a servi à vérifier si, malgré la capacité générale des sociétés de génériques et leur intention démontrée d'entrer, il y avait des raisons objectives rendant l'entrée des génériques impossible » et, ainsi, à compléter l'analyse fondée sur le critère des possibilités réelles et concrètes. En effet, en présence d'obstacles insurmontables à l'entrée sur un marché, il ne saurait être considéré qu'un opérateur dispose de possibilités réelles et concrètes d'y entrer. Dès lors, lorsqu'un marché est caractérisé par des obstacles à l'entrée, l'examen objectif de leur caractère insurmontable vient utilement compléter celui des possibilités réelles et concrètes, reposant sur des critères individuels de capacité et d'intention d'entrer de la société en cause.

**322** Il ne saurait, dès lors, comme le font les requérantes, être déduit de la référence au critère des obstacles insurmontables à plusieurs reprises dans la décision attaquée (voir notamment considérants 1125 et 1181) que la Commission a retenu une définition de la concurrence potentielle fondée sur ce seul critère.

**323** Il en est d'autant plus ainsi que la Commission a cité, aux côtés de l'arrêt du 21 mai 2014, *Toshiba/Commission* (T 519/09, non publié, EU:T:2014:263), qui a appliqué le critère des obstacles insurmontables (voir point 319 ci-dessus), les arrêts du 15 septembre 1998, *European Night Services e.a./Commission* (T 374/94, T 375/94, T 384/94 et T 388/94, EU:T:1998:198), et du 14 avril 2011, *Visa Europe et Visa International Service/Commission* (T 461/07, EU:T:2011:181), qui ont retenu le critère des possibilités réelles et concrètes, en les mentionnant au surplus en introduction de sa présentation des règles de détermination des concurrents potentiels (considérants 1156 et 1157 de la décision attaquée), ainsi que plusieurs autres arrêts ayant rappelé et appliqué cette définition de la concurrence potentielle, dont l'arrêt du 29 juin 2012, *E.ON Ruhrgas et E.ON/Commission* (T 360/09, EU:T:2012:332) (voir point 318 ci-dessus). Elle a par ailleurs clairement indiqué que la capacité d'entrer sur un marché, caractéristique du critère des possibilités réelles et concrètes (voir point 318 ci-dessus), « demeure[ait] l'aspect crucial pour démontrer la concurrence potentielle » (considérant 1163 de la décision attaquée). La Commission a enfin et surtout, dans le cadre de son analyse de la qualité de concurrent potentiel de chacune des sociétés de génériques en cause, déduit de plusieurs données concrètes et propres à chacune d'elles, relatives notamment à leurs capacités de production et à leurs stocks de produits, à leurs contrats commerciaux, à leurs démarches en vue de l'obtention d'AMM et à leurs actions contentieuses contre Servier, qu'elles avaient toutes des possibilités réelles et concrètes d'entrer sur le marché (voir points 432 à 438, 579 à 585 et 718 à 722 ci-après). Or, une telle analyse circonstanciée à partir des données propres à chaque prétendu concurrent potentiel est caractéristique de l'examen de ses possibilités réelles et concrètes d'entrer sur le marché et se distingue d'une vérification des seuls obstacles insurmontables à une entrée sur un

marché donné, qui peut aboutir au constat de l'existence d'une concurrence potentielle du seul fait qu'un opérateur quelconque est entré sur le marché en cause.

**324**Ces constatations ne sont pas remises en cause par les allégations des requérantes selon lesquelles la Commission se serait essentiellement fondée sur l'intention des sociétés de génériques d'entrer sur le marché et sur une accumulation d'hypothèses non réalistes (voir point 309 ci-dessus), dès lors qu'il ressort des termes de la réplique que les requérantes contestent, par ces allégations, non le critère retenu, mais l'application en l'espèce du critère des possibilités réelles et concrètes, laquelle est examinée ci-après dans la cadre de la réponse aux griefs dirigés contre l'appréciation de chacun des accords litigieux.

**325**Il s'ensuit que, contrairement à ce qu'ont fait valoir les requérantes, la Commission a évalué la concurrence potentielle sur le marché en cause en se fondant sur le critère des possibilités réelles et concrètes.

**326**Il peut au surplus être relevé que, contrairement à ce qu'a prétendu la Commission dans la duplique en se référant à l'arrêt du 20 janvier 2016, Toshiba Corporation/Commission (C 373/14 P, EU:C:2016:26) (voir point 312 ci-dessus), elle ne pouvait pas se limiter en l'espèce à vérifier l'absence d'obstacles insurmontables à l'entrée sur le marché pour en déduire l'existence d'une concurrence potentielle sur ledit marché (voir, en ce sens, arrêt du 8 septembre 2016, Lundbeck/Commission, T 472/13, sous pourvoi, EU:T:2016:449, points 99 à 101).

**327**Il ressort certes des points 28, 29, 32 et 34 de l'arrêt du 20 janvier 2016, Toshiba Corporation/Commission (C 373/14 P, EU:C:2016:26), que, s'agissant d'accords portant sur la répartition des marchés, l'analyse du contexte économique et juridique dans lequel la pratique s'insère peut se limiter à ce qui s'avère strictement nécessaire en vue de conclure à l'existence d'une restriction de concurrence par objet et, en particulier, à vérifier que les barrières à l'entrée du marché en cause ne pouvaient être qualifiées d'insurmontables (voir également, en ce sens, arrêt du 28 juin 2016, Portugal Telecom/Commission, T 208/13, EU:T:2016:368, points 177 et 181).

**328**Toutefois, il convient de considérer, tout d'abord, qu'il ressort de l'arrêt du 20 janvier 2016, Toshiba Corporation/Commission (C 373/14 P, EU:C:2016:26), lu à la lumière des conclusions de l'avocat général Wathelet dans l'affaire Toshiba Corporation/Commission (C 373/14 P, EU:C:2015:427, points 69, 70, 89 et 90), que la limitation de l'analyse du contexte économique et juridique qu'il consacre résulte du caractère particulièrement évident de certaines restrictions par objet qui, notamment parce que les accords en cause ne sont ni atypiques ni complexes, ne nécessitent pas une analyse approfondie du contexte économique et juridique pour établir qu'elles sont par nature suffisamment nocives.

**329**Or, en l'espèce, du fait que les accords litigieux ont été conclus sous la forme de règlements amiables relatifs à des brevets, le caractère infractionnel, et en particulier restrictif de concurrence par objet, desdits accords pouvait ne pas apparaître de manière évidente à un observateur extérieur. Est, à cet égard, révélateur le fait que la Commission ait analysé à la fois leur objet et leur effet anticoncurrentiel. Le confirme également la qualification par la Commission des accords litigieux de restriction par objet au sens de l'arrêt du 20 novembre 2008, Beef Industry Development Society et Barry Brothers (C 209/07, EU:C:2008:643), et ce sans qu'il soit besoin de se prononcer à ce stade sur cette qualification. En effet, s'il ressort du point 34 de cet arrêt que les accords d'exclusion du

marché se heurtent « de manière patente » à la conception inhérente aux dispositions du traité relatives à la concurrence, la Cour n'a pas jugé que les accords en cause dans cette affaire étaient, pour un observateur extérieur, de manière patente ou évidente, des accords d'exclusion et ainsi des restrictions par objet ne nécessitant pas une analyse détaillée de leur contexte économique et juridique. Elle a au contraire procédé à une telle analyse de ce contexte ainsi qu'à celle des clauses et des objectifs des accords en cause pour en déduire qu'ils étaient des accords d'exclusion et, par suite, « de manière patente », des accords restrictifs de concurrence par objet (arrêt du 20 novembre 2008, Beef Industry Development Society et Barry Brothers, C 209/07, EU:C:2008:643, points 31 à 40).

**330** Il convient de souligner, ensuite, que, dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt du 20 janvier 2016, Toshiba Corporation/Commission (C 373/14 P, EU:C:2016:26), les capacités de production et de commercialisation des producteurs ayant participé aux pratiques litigieuses n'étaient pas contestées et le marché pertinent ne faisait l'objet d'aucun monopole. Or, en l'espèce, la capacité des sociétés de génériques de produire et de commercialiser le produit litigieux est précisément contestée, compte tenu notamment des droits exclusifs que constituent les brevets des requérantes (voir point 234 ci-dessus et point 357 ci-après). Il ne saurait partant être déduit de cet arrêt que la détermination du caractère restrictif de concurrence par objet d'un accord ne nécessite pas, de manière générale et en particulier dans des circonstances telles que celles de l'espèce, la vérification des possibilités réelles et concrètes des parties à l'accord d'entrer sur le marché en cause.

**331** Il résulte de tout ce qui précède que le grief tiré de l'application d'une définition erronée de la concurrence potentielle doit être écarté.

Sur le critère de l'entrée suffisamment rapide

**332** Dans la décision attaquée, la Commission a, en se fondant sur les arrêts du 3 avril 2003, BaByliss/Commission (T 114/02, EU:T:2003:100), et du 14 avril 2011, Visa Europe et Visa International Service/Commission (T 461/07, EU:T:2011:181), considéré que l'élément essentiel pour qu'une entreprise soit qualifiée de concurrent potentiel était qu'elle puisse entrer suffisamment rapidement sur le marché aux fins de peser sur les participants audit marché. Elle a souligné que, bien que les retards puissent refléter la difficulté d'entrer en termes de coûts et de temps et que l'entrée sur le marché puisse être commercialement moins attrayante du fait de ces retards, ils ne remettaient pas en cause en eux-mêmes la capacité d'entrer sur le marché ou la contrainte exercée sur Servier ou sur les autres sociétés de génériques. La Commission en a déduit, en l'espèce, en se référant aux indications temporelles données dans des règlements d'exemption et dans ses lignes directrices – notamment les lignes directrices sur l'applicabilité de l'article 101 [TFUE] aux accords de coopération horizontale (JO 2011, C 11, p. 1, ci-après les « lignes directrices sur les accords de coopération horizontale de 2011 »), qui prévoient une période n'excédant pas trois ans – ainsi qu'aux durées indicatives et réelles des procédures judiciaires, d'obtention des AMM et de développement des IPA, que les retards allégués par les requérantes et les sociétés de génériques ne paraissaient pas suffisamment longs pour que le challengeur générique n'exerce pas une pression concurrentielle (considérants 1158, 1159, 1182 et note en bas de page no 1669 de la décision attaquée ; voir, également, considérants 1125, 1126 et 1296 de la même décision).

**333** Contrairement à ce que soutiennent les requérantes, cette analyse, d'un point de vue temporel, de la concurrence potentielle effectuée par la Commission est conforme aux principes applicables.

**334** En effet, selon une jurisprudence constante, pour qu'un opérateur puisse être qualifié de concurrent potentiel, son entrée potentielle doit pouvoir se faire suffisamment rapidement aux fins de peser et ainsi d'exercer une pression concurrentielle sur les participants au marché (arrêt du 14 avril 2011, *Visa Europe et Visa International Service/Commission*, T 461/07, EU:T:2011:181, point 189 ; voir également, en ce sens, arrêt du 29 juin 2012, *E.ON Ruhrgas et E.ON/Commission*, T 360/09, EU:T:2012:332, point 114).

**335** Cette jurisprudence a pris en compte les lignes directrices sur l'applicabilité de l'article [101 TFUE] aux accords de coopération horizontale (JO 2001, C 3, p. 2, ci-après les « lignes directrices sur les accords de coopération horizontale de 2001 ») (voir également les lignes directrices sur les accords de coopération horizontale de 2011), qui non seulement affirment l'exigence d'une entrée suffisamment rapide, mais également donnent des durées indicatives de ce que peut être une entrée suffisamment rapide, n'excédant pas, selon les cas, un ou trois ans, en se fondant sur d'autres lignes directrices ainsi que sur des règlements d'exemption par catégorie.

**336** Cependant, comme le précisent tant ces lignes directrices (note en bas de page no 9 des lignes directrices sur les accords de coopération horizontale de 2001 et note en bas de page no 3 des lignes directrices sur les accords de coopération horizontale de 2011) que la jurisprudence (voir, en ce sens, arrêt du 14 avril 2011, *Visa Europe et Visa International Service/Commission*, T 461/07, EU:T:2011:181, points 171 et 189), ces délais ne sont qu'indicatifs et la notion d'entrée « suffisamment rapide » est fonction des faits de l'affaire traitée ainsi que du contexte juridique et économique dans lequel celle-ci s'inscrit, qui devront être pris en compte aux fins de déterminer si l'entreprise extérieure au marché exerce une pression concurrentielle sur les entreprises opérant actuellement sur ce marché (voir, en ce sens, arrêt du 14 avril 2011, *Visa Europe et Visa International Service/Commission*, T 461/07, EU:T:2011:181, point 169).

**337** Or, en l'espèce, d'une part, la Commission a pris en compte les spécificités du contexte économique et juridique de l'espèce, en évaluant les durées de chacune des étapes requises pour entrer sur le marché. Il convient de souligner que, en raison précisément des particularités du secteur pharmaceutique et notamment des diverses étapes devant être franchies ainsi que de l'existence de brevets, les sociétés de génériques entament souvent les démarches visant à entrer sur le marché bien avant l'expiration des brevets, de manière à avoir franchi les étapes requises au plus tard au moment de cette expiration. Ces démarches sont alors susceptibles d'exercer une pression concurrentielle sur la société de princeps, dès avant, voire bien avant, l'expiration des brevets et l'entrée effective des sociétés de génériques sur le marché [voir point 356 ci-après ; voir également, en ce sens, arrêts du 6 décembre 2012, *AstraZeneca/Commission*, C 457/10 P, EU:C:2012:770, point 108, du 8 septembre 2016, *Lundbeck/Commission*, T 472/13, sous pourvoi, EU:T:2016:449, point 163, et du 8 septembre 2016, *Sun Pharmaceutical Industries et Ranbaxy (UK)/Commission*, T 460/13, non publié, sous pourvoi, EU:T:2016:453, points 77 à 79].

**338** Comme le soutiennent à juste titre les requérantes (voir point 311 ci-dessus), il ne saurait toutefois en être déduit qu'une société de génériques peut être considérée comme



un de leurs concurrents potentiels dès que et du seul fait qu'elle commence à développer un générique du périndopril. La Commission a certes affirmé, au considérant 1125 de la décision attaquée, que la concurrence potentielle des sociétés de génériques commençait lorsque celles qui veulent lancer un produit générique se lancent dans le développement de technologies commercialement viables pour la production d'IPA et du produit fini. Il ressort cependant des mentions suivantes de ce considérant, qui renvoient à l'analyse ultérieure de la qualité de concurrent potentiel de chacune des sociétés de génériques en cause, comme surtout de cette analyse et des considérations générales de la décision attaquée relatives au critère de l'entrée suffisamment rapide (voir point 332 ci-dessus) que la Commission n'a pas entendu faire débiter l'exercice d'une pression concurrentielle à la date du lancement du développement du produit générique, mais qu'elle a souhaité mettre en évidence la possibilité de l'exercice d'une pression concurrentielle à partir de ce lancement, dans l'hypothèse où les conditions de l'exercice d'une telle pression seraient réunies. En tout état de cause, quand bien même le considérant 1125 serait interprété comme fixant le début de la concurrence potentielle à la date de lancement du développement du produit générique, la critique de cette appréciation devrait être rejetée comme inopérante, dès lors que la Commission ne s'est pas fondée sur ce considérant pour déduire la qualité de concurrents potentiels des sociétés de génériques en cause. En effet, comme le souligne pertinemment la Commission, à la date d'appréciation de la qualité de concurrents potentiels des sociétés de génériques, soit au moment de la conclusion des accords litigieux, elle avait estimé que l'ensemble de ces sociétés avait atteint un stade avancé de développement de leur périndopril et ne s'était pas prononcée sur leur qualité antérieure de concurrent potentiel, au moment où elles se sont lancées dans ce développement (voir point 315 ci-dessus).

**339**De même, la Commission a certes rappelé, dans la note en bas de page no 1840 sous le considérant 1296 de la décision attaquée, le délai de trois ans mentionné dans les lignes directrices sur les accords de coopération horizontale de 2011, mais n'en a tiré aucune conséquence décisive en l'espèce, de sorte que les griefs lui reprochant la prise en compte de ce délai, au regard notamment du temps requis pour développer le périndopril (considérant 3137 de la décision attaquée), doivent être écartés comme inopérants.

**340**D'autre part, la Commission s'est fondée sur l'idée de pression concurrentielle inhérente à la concurrence potentielle pour considérer que les retards dans le processus d'entrée sur le marché éventuellement subis par les sociétés de génériques ne suffisaient pas à eux seuls pour exclure leur qualité de concurrent potentiel lorsqu'elles continuent à exercer une telle pression du fait de leur capacité à entrer et a cité, en ce sens, l'arrêt du 3 avril 2003, BaByliss/Commission (T\_114/02, EU:T:2003:100). Contrairement à ce que soutiennent les requérantes, la Commission s'est à bon droit fondée sur ledit arrêt susmentionné, dès lors que, même si le Tribunal s'est prononcé dans cet arrêt sur un contexte très différent de celui de l'espèce, il n'en a pas moins pris position sur l'impact sur la qualité de concurrent potentiel de BaByliss de plusieurs reports de son entrée sur le marché, impact qui est précisément analysé dans la décision attaquée. Le Tribunal a jugé, à cet égard, sans d'ailleurs que les requérantes le contestent, que les reports d'entrée ne remettaient pas en cause la qualité de concurrent potentiel de BaByliss, en se fondant sur plusieurs éléments attestant de l'exercice d'une pression concurrentielle résultant de sa capacité d'entrer sur le marché (arrêt du 3 avril 2003, BaByliss/Commission, T\_114/02, EU:T:2003:100, points 102 à 106). Il en résulte ainsi

également que, dans la mesure où l'intérêt pour les sociétés de génériques d'être les premières sur le marché peut tout au plus avoir un impact sur leur intention d'y entrer, eu égard à l'importance des profits attendus, mais non, en tant que tel, sur leur capacité d'y entrer, la Commission a, à juste titre, au considérant 1182 de la décision attaquée et contrairement à ce que soutiennent les requérantes, écarté la pertinence de cet intérêt des sociétés de génériques aux fins de son appréciation des retards allégués. En effet, la capacité d'entrer sur le marché doit être examinée au regard du critère de la stratégie économique viable (voir point 318 ci-dessus), c'est-à-dire correspondre à une entrée simplement rentable, et non à la plus rentable parmi les entrées possibles sur le marché, en ce que la société de génériques en cause serait la première à y entrer et ainsi la seule à y faire concurrence à la société de princeps pendant une certaine période (voir, en ce sens, arrêt du 8 septembre 2016, Xellia Pharmaceuticals et Alpharma/Commission, T 471/13, non publié, sous pourvoi, EU:T:2016:460, point 124).

**341** Il s'ensuit que l'ensemble des griefs dirigés contre l'appréciation temporelle de la concurrence potentielle par la Commission doivent être écartés.

Sur le critère de la perception des opérateurs en place

**342** Dans la décision attaquée, la Commission a considéré, en s'appuyant sur les arrêts du 12 juillet 2011, Hitachi e.a./Commission (T 112/07, EU:T:2011:342), et du 21 mai 2014, Toshiba/Commission (T 519/09, non publié, EU:T:2014:263), que la perception d'un opérateur déjà présent sur le marché jouait un rôle dans l'évaluation de la concurrence potentielle. Selon la Commission, en effet, si un tel opérateur, qui est expérimenté, perçoit une menace concurrentielle de la part de sociétés de génériques, une telle menace est susceptible d'exercer une contrainte concurrentielle sur son comportement sur le marché et est pertinente pour apprécier la concurrence potentielle. Elle a précisé, en se référant à l'arrêt du 14 avril 2011, Visa Europe et Visa International Service/Commission (T 461/07, EU:T:2011:181), que la concurrence potentielle pouvait n'être constituée que par l'existence d'une entreprise en dehors du marché et que cette simple existence pouvait donner lieu à une pression concurrentielle, représentée par la probabilité d'entrée (considéranants 1160 à 1162). La Commission en a déduit que, pour répondre à la question de savoir si les sociétés de génériques exerçaient une pression concurrentielle sur Servier, la perception de l'opérateur en place, Servier, et celle des autres sociétés de génériques concurrentes seraient aussi prises en compte (considérant 1163). En l'espèce, elle a estimé que les sociétés de génériques étaient perçues comme des concurrents potentiels tant par Servier que par leurs propres rivales génériques (considérant 1183).

**343** Il peut être relevé d'emblée que la Commission a, dans la décision attaquée, utilisé le critère de la perception de l'opérateur en place comme un critère parmi d'autres aux fins de déterminer la qualité de concurrent potentiel des sociétés de génériques, ainsi qu'en attestent l'adverbe « aussi » rappelé au point 342 ci-dessus ainsi que l'examen des autres critères d'appréciation de la concurrence potentielle pour chacune desdites sociétés (voir points 432 à 438, 579 à 585 et 718 à 722 ci-après).

**344** Or, contrairement à ce que soutiennent les requérantes, l'usage du critère de la perception de l'opérateur en place comme un critère d'appréciation parmi d'autres de la concurrence potentielle est conforme à la jurisprudence applicable en l'espèce, telle qu'invoquée par les requérantes.

**345**En effet, contrairement à ce que font valoir les requérantes, le Tribunal a clairement pris en compte le critère de la perception de l'opérateur en place dans l'arrêt du 12 juillet 2011, *Hitachi e.a./Commission* (T 112/07, EU:T:2011:342), aux fins d'établir l'existence d'une concurrence potentielle. Il ressort ainsi des points 90, 226 et 319 de cet arrêt, rappelés au considérant 1160 de la décision attaquée, que non seulement les accords en cause conclus entre des producteurs européens et japonais constituaient des indices sérieux de ce que ces derniers étaient perçus par les premiers comme des concurrents potentiels crédibles, mais également qu'ils révélaient l'existence de possibilités pour les producteurs japonais de pénétrer le marché européen (voir également, en ce sens, arrêt du 21 mai 2014, *Toshiba/Commission*, T 519/09, non publié, EU:T:2014:263, point 231). Certes, le Tribunal a également procédé à une analyse objective de la concurrence potentielle, en examinant notamment la capacité des producteurs japonais à entrer sur le marché européen (arrêt du 12 juillet 2011, *Hitachi e.a./Commission*, T 112/07, EU:T:2011:342, points 157 et 160), ainsi que l'a d'ailleurs relevé la Commission dans le considérant 1160 de la décision attaquée. Toutefois, cette analyse objective ne fait que démontrer que le critère subjectif de la perception de l'opérateur en place constitue uniquement un critère parmi d'autres pour apprécier l'existence d'une concurrence potentielle.

**346**Dans l'arrêt du 29 juin 2012, *E.ON Ruhrgas et E.ON/Commission* (T 360/09, EU:T:2012:332, point 115), invoqué par les requérantes, le Tribunal a jugé que l'existence d'un accord, et ainsi la perception des parties à cet accord, ne pouvait à elle seule suffire à démontrer ou n'impliquait pas nécessairement l'existence d'une concurrence potentielle à la date de la signature de l'accord. Contrairement à ce que soutiennent les requérantes, cet arrêt a ainsi conclu, non à l'absence de pertinence du critère de la perception de l'opérateur en place, mais uniquement à l'insuffisance de la seule perception de cet opérateur pour établir l'existence d'une concurrence potentielle en l'absence de tout autre élément de nature à permettre une telle démonstration.

**347**Il s'ensuit que, selon la jurisprudence, le critère de la perception de l'opérateur en place est un critère pertinent, mais non suffisant, pour apprécier l'existence d'une concurrence potentielle. En effet, comme le soulignent pertinemment les requérantes, compte tenu de sa nature subjective et ainsi variable selon les opérateurs en cause, leur connaissance du marché comme leurs rapports avec leurs hypothétiques concurrents, la perception de ces opérateurs, même expérimentés, ne peut à elle seule permettre de considérer qu'un autre opérateur donné est l'un de leurs concurrents potentiels. En revanche, cette perception est susceptible de conforter la capacité d'un opérateur à entrer sur un marché et, ce faisant, de contribuer à sa qualification de concurrent potentiel [voir, en ce sens, arrêts du 8 septembre 2016, *Lundbeck/Commission*, T 472/13, sous pourvoi, EU:T:2016:449, points 103 et 104, et du 8 septembre 2016, *Sun Pharmaceutical Industries et Ranbaxy (UK)/Commission*, T 460/13, non publié, sous pourvoi, EU:T:2016:453, point 88].

**348**Les arguments des requérantes dirigés contre la prise en compte par la Commission de la perception des opérateurs en place aux fins d'établir l'existence d'une concurrence potentielle doivent, par conséquent, être écartés.

– Sur les obstacles à la concurrence potentielle constitués par les brevets des requérantes

**349**Les requérantes et l'intervenante reprochent à la Commission d'avoir qualifié les sociétés de génériques de concurrents potentiels de Servier en dépit des obstacles à leur entrée sur le marché que constitueraient les brevets dont Servier était titulaire.

**350**Dans la décision attaquée, la Commission a considéré que les parties avaient tort de prétendre, en se fondant notamment sur l'arrêt du 1er juillet 2010, AstraZeneca/Commission (T 321/05, EU:T:2010:266, point 362), que l'entrée sur le marché était impossible, au motif que l'existence d'un brevet excluait toute possibilité de concurrence, et d'en conclure que les brevets de Servier créaient un « blocage unilatéral » au sens des lignes directrices de 2004 sur les accords de transfert de technologie, lesquelles ne seraient au surplus pas applicables en l'espèce (considérants 1167 et 1168 ainsi que note en bas de page no 1638).

**351**La Commission a ajouté que, en tout état de cause, les sociétés de génériques avaient la possibilité, premièrement, de contester la validité des brevets de Servier. Elle a rappelé, à cet égard, l'arrêt du 25 février 1986, Windsurfing International/Commission (193/83, EU:C:1986:75, point 92), en vertu duquel il est de l'intérêt public d'éliminer, notamment par des actions contestant la validité des brevets, tout obstacle à l'activité économique qui pourrait découler d'un brevet délivré à tort, ainsi que l'arrêt du 6 décembre 2012, AstraZeneca/Commission (C 457/10 P, EU:C:2012:770, point 108), qui aurait affirmé que la concurrence potentielle pouvait exister même avant l'expiration du brevet de molécule (considérants 1132, 1165 et 1169 ainsi que note en bas de page no 1640 de la décision attaquée). La Commission a ajouté que le fait que Servier avait ou allait invoquer une contrefaçon de ses brevets était sans importance afin de déterminer si ces brevets étaient en mesure de bloquer l'entrée des médicaments génériques, en soulignant l'absence de présomption de contrefaçon et l'absence de décision de justice ayant constaté pendant la période pertinente une telle contrefaçon (considérants 1169 à 1171 de la décision attaquée). Elle a précisé qu'elle se fonderait, en ce qui concerne la possibilité perçue d'invalidité ou de contrefaçon des brevets de Servier, sur les évaluations réalisées par les parties elles-mêmes ainsi que par des tiers, telles qu'exposées dans des documents antérieurs à ou contemporains de la conclusion des accords litigieux (considérant 1172 de la décision attaquée).

**352**La Commission a estimé que les sociétés de génériques avaient également la possibilité, deuxièmement, d'avoir recours à des voies alternatives pour accéder aux marchés où les litiges se déroulaient (considérant 1175). D'une part, les sociétés de génériques demeuraient libres de lancer le périndopril à risque, c'est-à-dire avec le risque que la société de princeps engage une action en contrefaçon. La Commission a souligné, à cet égard, que, compte tenu de la pratique du dépôt de brevets de procédé à la suite de l'expiration du brevet de molécule, la quasi-totalité des ventes après cette expiration étaient à risque et que l'entrée sur le marché à risque d'Apotex en 2006 s'était soldée par un jugement d'invalidité du brevet 947 et l'octroi de dommages et intérêts par Servier (considérants 1176 et 1177 de la décision attaquée). D'autre part, les sociétés de génériques auraient pu adapter leurs procédés, soit directement, soit en changeant de fournisseur d'IPA, pour éviter les allégations de contrefaçon. Bien que, le cas échéant, sources de retards réglementaires, ces changements représentaient, selon la Commission, une voie alternative viable pour accéder au marché (considérant 1178 de la décision attaquée).

**353**La Commission a conclu, au considérant 1179 de la décision attaquée, comme suit :

« [...] les règlements amiables ont été conclus dans un contexte où le brevet de molécule avait expiré, et où toutes les parties génériques étaient impliquées, directement ou indirectement, dans des actions en justice ou litiges concernant un ou plusieurs des brevets restants de Servier, que ce soit sous la forme d'une défense contre des actions en contrefaçon, ou par des actions ou des demandes reconventionnelles visant à invalider lesdits brevets. Les sociétés de génériques pouvaient également choisir d'autres mesures brevetaires comme pistes potentielles d'accès au marché. La Commission examinera en détail si les sociétés de génériques cherchant à surmonter les obstacles en matière de brevets et à lancer leur périndopril générique étaient une source de pression concurrentielle à l'égard de Servier en dépit de ses brevets. Il convient de rappeler, à cet égard, que tous les accords visés par la présente décision ont été conclus à un moment où il y avait une incertitude quant au fait de savoir si l'un quelconque des brevets avait été violé et en particulier si le brevet 947 pouvait être invalidé. La simple existence, et l'invocation, des brevets de Servier n'ont donc pas empêché toute possibilité de concurrence potentielle ou réelle. »

**354** Les requérantes et l'intervenante font valoir, en substance, que cette analyse de la Commission fait abstraction des effets attachés à un brevet déclaré ou présumé valide, tels que prévus par les textes ou reconnus par la jurisprudence. Elles lui reprochent par ailleurs de méconnaître les lignes directrices de 2004 et celles de 2014 sur les accords de transfert de technologie ainsi que certaines considérations qu'elle a émises lors de son appréciation de l'abus de position dominante de Servier dans la décision attaquée et dans d'autres décisions.

Sur la méconnaissance des effets des brevets de Servier déclarés ou présumés valides

**355** Selon les requérantes et l'intervenante, un brevet présumé valide constitue, à tout le moins à compter de la déclaration de validité et jusqu'à son expiration, une interdiction légale de pénétration du marché empêchant toute concurrence potentielle.

**356** Toutefois, il ressort du point 108 de l'arrêt du 6 décembre 2012, *AstraZeneca/Commission* (C 457/10 P, EU:C:2012:770), cité par la Commission dans la décision attaquée (voir point 351 ci-dessus), qu'une concurrence potentielle peut exister sur un marché même avant l'expiration d'un brevet. Plus précisément, la Cour a jugé que des certificats complémentaires de protection qui visent à prolonger les effets d'un brevet entraînaient un effet d'exclusion important après l'expiration des brevets, mais qu'ils étaient également susceptibles d'altérer la structure du marché en portant atteinte à la concurrence potentielle même avant cette expiration, ce constat relatif à l'exercice d'une concurrence potentielle avant l'expiration des brevets étant indépendant du fait que les certificats complémentaires de protection en cause avaient été obtenus de manière frauduleuse et irrégulière (arrêt du 8 septembre 2016, *Lundbeck/Commission*, T 472/13, sous pourvoi, EU:T:2016:449, point 164). Ainsi, le droit exclusif que constitue le brevet n'empêche pas, en tant que tel, le déploiement d'une concurrence potentielle pendant la période d'exclusivité en cause.

**357** En effet, si, comme le soulignent les requérantes et l'intervenante, un tel droit exclusif a normalement pour conséquence de tenir les concurrents à l'écart, ces derniers étant tenus de respecter ce droit exclusif en vertu de la réglementation publique (arrêt du 1er juillet 2010, *AstraZeneca/Commission*, T 321/05, EU:T:2010:266, point 362 ; voir, également, point 234 ci-dessus), cet effet d'exclusion de la concurrence concerne les concurrents réels commercialisant des produits contrefaisants. Le brevet confère à son

titulaire le droit exclusif d'utiliser une invention en vue de la fabrication et de la première mise en circulation de produits industriels ainsi que le droit de s'opposer à toute contrefaçon (arrêts du 31 octobre 1974, Centrafarm et de Peijper, 15/74, EU:C:1974:114, point 9, et du 16 juillet 2015, Huawei Technologies, C 170/13, EU:C:2015:477, point 46 ; voir, également, point 234 ci-dessus), mais ne s'oppose pas, par lui-même, à ce que des opérateurs entament les démarches requises pour être en mesure d'entrer sur le marché en cause à l'expiration du brevet et, ainsi, exercent une pression concurrentielle sur le titulaire du brevet caractéristique de l'existence d'une concurrence potentielle avant cette expiration. Il ne s'oppose pas davantage à ce que des opérateurs procèdent aux opérations nécessitées par la fabrication et la commercialisation d'un produit non contrefaisant, leur permettant d'être considérés comme des concurrents réels du titulaire du brevet à compter de leur entrée sur le marché et, le cas échéant, comme des concurrents potentiels jusqu'à cette entrée (voir, en ce sens, arrêt du 8 septembre 2016, Lundbeck/Commission, T 472/13, sous pourvoi, EU:T:2016:449, point 164).

**358** Il en est d'autant plus ainsi dans le secteur pharmaceutique, dans lequel la législation relative à l'octroi des AMM qui sont requises pour qu'un médicament puisse être commercialisé sur le marché permet aux autorités compétentes d'accorder une AMM à un produit générique alors même que le produit de référence est protégé par un brevet. En effet, il ressort de la directive 2001/83/CE du Parlement européen et du Conseil, du 6 novembre 2001, instituant un code communautaire relatif aux médicaments à usage humain (JO 2001, L 311, p. 67), telle que modifiée, que les demandes d'AMM pour des produits génériques peuvent suivre une procédure abrégée s'appuyant sur les résultats des tests et des essais communiqués dans la demande d'AMM du produit de princeps et que les données relatives à ces résultats peuvent être utilisées et permettent, partant, l'octroi d'une AMM avant l'expiration du brevet sur le produit de princeps (article 10 de la directive 2001/83 ; voir, également, considérants 74 et 75 de la décision attaquée). Ainsi, la législation relative à la commercialisation des produits pharmaceutiques prévoit elle-même qu'une société de génériques peut entrer sur le marché grâce une AMM légalement octroyée ou, à tout le moins, entamer la procédure d'obtention de l'AMM, au cours de la période de protection du brevet de la société de princeps. Contrairement à ce que soutiennent les requérantes, il en est de même dans les législations nationales de transposition de la directive 2001/83, dès lors qu'il ressort du rapport final de l'enquête sectorielle de la Commission dans le secteur pharmaceutique du 8 juillet 2009, sur lequel elles se fondent, que les autorités slovaques ont modifié leur législation en ce sens et que les autorités hongroises exigent uniquement une « déclaration de brevet » par laquelle la société de génériques s'engage à ne pas commercialiser un produit contrefaisant avant l'expiration du brevet en cause. Le fait, souligné par les requérantes, qu'un courrier électronique interne de Servier indique qu'« il semble que les dossiers périndopril [de certaines sociétés de génériques] soient bloqués par [l'autorité réglementaire slovaque] tant que le brevet 947 est en vigueur » n'est pas de nature à remettre en cause cette constatation.

**359** Bien plus, le système de protection des brevets est conçu de telle sorte que, si les brevets sont présumés valides à compter de leur enregistrement (arrêt du 1er juillet 2010, AstraZeneca/Commission, T 321/05, EU:T:2010:266, point 362), cette présomption de validité n'implique pas ipso facto le caractère contrefaisant de tous les produits introduits sur le marché (voir, en ce sens, arrêt du 8 septembre 2016,

Lundbeck/Commission, T 472/13, sous pourvoi, EU:T:2016:449, points 121 et 122). Comme le souligne à juste titre la Commission dans la décision attaquée (voir point 351 ci-dessus) et sans que cela soit spécifiquement contesté par les requérantes, il n'existe pas de présomption de contrefaçon, une telle contrefaçon devant être constatée par un juge. En effet, ainsi qu'il ressort de l'arrêt du 25 février 1986, Windsurfing International/Commission (193/83, EU:C:1986:75, point 52), si un opérateur privé titulaire d'un brevet pouvait substituer sa propre appréciation de l'existence d'une infraction à son droit de brevet à celle de l'autorité compétente, il pourrait utiliser cette appréciation aux fins d'étendre le champ de protection de son brevet (voir également considérant 1171 et note en bas de page no 1642 de la décision attaquée). Il est par conséquent possible pour un opérateur de prendre le risque d'entrer sur le marché avec un produit, y compris potentiellement contrefaisant du brevet en vigueur, cette entrée ou ce lancement à risque (voir notamment considérants 75 et 1176 de la décision attaquée) pouvant être couronnés de succès si le titulaire du brevet renonçait à introduire une action en contrefaçon ou si cette action en contrefaçon était rejetée dans l'hypothèse où elle aurait été introduite (voir, en ce sens, arrêt du 8 septembre 2016, Lundbeck/Commission, T 472/13, sous pourvoi, EU:T:2016:449, points 128 et 165). Il convient de préciser, à cet égard, que cette possibilité d'entrer à risque sur le marché contribue à démontrer que les brevets ne constituent pas des obstacles insurmontables à l'entrée sur le marché des sociétés de génériques, mais n'implique pas par elle-même que celles-ci disposent de possibilités réelles et concrètes d'y entrer, lesquelles dépendent de leur capacité et de leur intention de procéder à une telle entrée à risque.

**360** Contrairement à ce que fait valoir l'intervenante, cette approche de la Commission ne renverse pas la présomption de validité attachée aux brevets, en admettant l'existence d'une concurrence potentielle, à moins que la validité du brevet ait été confirmée par un tribunal et que la contrefaçon du brevet valide ait été constatée par un tribunal. L'intervenante se fonde en effet sur une lecture erronée de la décision attaquée, dès lors que la Commission y a considéré, en substance et à juste titre (voir points 357 à 359 ci-dessus), non que le brevet était présumé invalide jusqu'à l'adoption d'une décision juridictionnelle relative à sa validité et à l'existence d'une contrefaçon, mais que, jusqu'à l'adoption d'une telle décision, la présomption de validité du brevet n'empêchait pas une entrée à risque sur le marché (considérants 1171 et 1176 de la décision attaquée).

**361** Il convient de souligner que la même absence de présomption de contrefaçon s'applique en cas de déclaration de validité du brevet en cause par une autorité compétente. En effet, dès lors qu'un brevet n'empêche pas en tant que tel l'entrée effective ou potentielle de concurrents sur le marché, la déclaration de validité dudit brevet, si elle n'est pas combinée à une déclaration de contrefaçon, n'exclut pas davantage une telle concurrence. Ainsi, contrairement à ce que soutiennent les requérantes, le fait que la décision de l'OEB du 27 juillet 2006 ait déclaré le brevet 947 valide ne suffit pas à lui seul pour empêcher une concurrence potentielle de se déployer.

**362** Ces considérations ne sont pas remises en cause par la jurisprudence citée par l'intervenante.

**363** En effet, d'une part, les arrêts du 15 septembre 1998, European Night Services e.a./Commission (T 374/94, T 375/94, T 384/94 et T 388/94, EU:T:1998:198), et du 29 juin 2012, E.ON Ruhrgas et E.ON/Commission (T 360/09, EU:T:2012:332), ne concernaient pas des droits de propriété intellectuelle, mais portaient sur des droits

exclusifs empêchant en droit ou en fait la prestation des services en cause ainsi que l'accès aux infrastructures. En outre, même à considérer que les « monopoles territoriaux de fait » mentionnés dans l'arrêt du 29 juin 2012, E.ON Ruhrgas et E.ON/Commission (T 360/09, EU:T:2012:332, point 102), ne sont pas sans rappeler les droits exclusifs que constituent les brevets (voir point 234 ci-dessus), il ressort de cet arrêt que le Tribunal a déduit l'absence de concurrence potentielle, non de la seule existence de ces monopoles, mais du fait que la Commission n'avait pas démontré à suffisance de droit qu'il existait des possibilités réelles et concrètes pour un autre fournisseur de gaz d'intégrer le marché allemand du gaz en dépit desdits monopoles, admettant par là même que de tels monopoles ne suffisent pas en eux-mêmes pour exclure l'existence d'une concurrence potentielle (voir, en ce sens, arrêt du 29 juin 2012, E.ON Ruhrgas et E.ON/Commission, T 360/09, EU:T:2012:332, points 103 à 107).

**364**D'autre part, si les arrêts du 31 mai 1979, Hugin Kassaregister et Hugin Cash Registers/Commission (22/78, EU:C:1979:138), et du 6 octobre 1994, Tetra Pak/Commission (T 83/91, EU:T:1994:246), portent sur des droits de propriété intellectuelle et, en particulier, s'agissant du second, sur les brevets, il ne saurait cependant en être déduit que les brevets et les autres droits de propriété intellectuelle en cause constitueraient des obstacles insurmontables à une entrée sur le marché excluant l'existence d'une concurrence potentielle. En effet, dans l'arrêt du 31 mai 1979, Hugin Kassaregister et Hugin Cash Registers/Commission (22/78, EU:C:1979:138, point 9), la Cour a déduit l'existence d'un monopole, tel qu'au demeurant admis par la partie requérante, et ainsi l'absence de concurrence effective sur le marché des pièces de rechange pour les caisses enregistreuses fabriquées par ladite partie, d'un ensemble de « raisons d'ordre commercial », parmi lesquelles, mais pas seulement – ainsi qu'il ressort d'ailleurs plus explicitement du rapport d'audience dans cette affaire (p. 1885) –, la législation du Royaume-Uni sur les dessins et modèles et le droit d'auteur. De même, dans l'arrêt du 6 octobre 1994, Tetra Pak/Commission (T 83/91, EU:T:1994:246, point 110), le Tribunal a certes considéré que les nombreux brevets en cause faisaient obstacle à l'arrivée de nouveaux concurrents sur le marché des machines aseptiques. Toutefois, il ne peut en être déduit que les brevets étaient considérés en tant que tels comme des obstacles insurmontables à l'entrée sur le marché concerné, compte tenu de la pluralité des brevets en cause, soulignée par le Tribunal, de l'existence de barrières technologiques, également prise en compte aux fins de conclure à l'existence d'obstacles, et, surtout, de la présence d'un concurrent détenant 10 % du marché en cause.

**365**Les considérations susvisées ne sont pas davantage remises en cause par l'article 9, paragraphe 1, de la directive 2004/48, également mentionné par l'intervenante, lequel prévoit que les États membres veillent à ce que les autorités judiciaires puissent rendre à l'encontre du contrevenant supposé une ordonnance de référé visant à prévenir toute atteinte imminente à un droit de propriété intellectuelle ou à interdire à titre provisoire que les atteintes présumées à ce droit se poursuivent.

**366**De telles ordonnances de référé ou injonctions provisoires empêchent certes l'entrée d'un contrevenant supposé sur le marché et ainsi l'exercice d'une concurrence réelle sur ce marché pendant la durée déterminée par lesdites ordonnances. Toutefois, compte tenu de ce caractère provisoire et en l'absence de décision statuant de manière définitive sur l'existence d'une contrefaçon pour constater une telle contrefaçon et prendre les mesures correctives qui s'imposent, ces ordonnances de référé ou injonctions sont uniquement



des obstacles temporaires et non des obstacles insurmontables empêchant l'accomplissement de démarches visant à commercialiser le produit prétendument contrefaisant et, ainsi, le déploiement d'une concurrence potentielle.

**367**En effet, eu égard au temps limité d'analyse dont dispose l'autorité compétente pour rendre sa décision et aux conditions requises par l'article 9, paragraphe 3, de la directive 2004/48 pour qu'une mesure provisoire soit ordonnée, en particulier la conviction avec une certitude suffisante de l'atteinte à un droit de propriété intellectuelle, l'adoption de telles décisions provisoires n'est fondée que sur une appréciation à première vue, nécessairement sommaire, de la contrefaçon alléguée, laquelle devra être confirmée ou, le cas échéant, infirmée à la suite d'une appréciation plus approfondie des conditions requises pour constater l'existence d'une contrefaçon. Par ailleurs, les sociétés de génériques visées disposent de la possibilité d'empêcher l'adoption d'une décision défavorable, non seulement par la présentation d'arguments contraires dans le cadre de la procédure au fond, mais également en contestant parallèlement la validité du brevet en cause par la voie d'une demande reconventionnelle en invalidité de ce brevet. Ainsi, l'adoption d'une ordonnance ou d'une injonction provisoire, et a fortiori le simple risque qu'une telle ordonnance ou injonction soit adoptée, eu égard notamment à l'adoption de telles décisions provisoires à l'égard d'autres sociétés de génériques, ne saurait en tant que telle permettre d'exclure la qualité de concurrent potentiel de la société de génériques effectivement ou potentiellement visée par ce type de décision.

**368**En outre, un jugement sur le fond qui constaterait l'existence d'une contrefaçon présente lui-même un caractère provisoire tant que les voies de recours possibles n'auront pas été épuisées. En effet, contrairement à ce que soutient l'intervenante, la Commission a, à juste titre, estimé, aux considérants 1132 et 1169 de la décision attaquée, que la contestation des brevets et des décisions relatives à ces brevets constituait une « expression [...] de la concurrence » en matière de brevets. En effet, eu égard au risque de contrefaçon auquel est exposée toute société de génériques et à l'incompétence des opérateurs privés pour juger de la réalité de la contrefaçon, précédemment relevés (voir point 359 ci-dessus), l'action contentieuse constitue l'un des moyens à la disposition de la société de génériques pour réduire ce risque et entrer sur le marché, en obtenant soit une déclaration de non-contrefaçon, soit une invalidation du brevet potentiellement contrefait (voir, en ce sens, arrêt du 8 septembre 2016, Lundbeck/Commission, [T 472/13](#), sous pourvoi, EU:T:2016:449, point 122). Il en résulte également que, tant que des voies contentieuses sont ouvertes à la société de génériques pour contester les brevets concernés et leur contrefaçon et ainsi lui ouvrir un accès au marché, il peut être considéré que lesdits brevets ne constituent pas en principe des obstacles insurmontables à cet accès.

Sur la méconnaissance des lignes directrices de 2004 et de celles de 2014 sur les accords de transfert de technologie

**369**Il ne saurait être considéré que les lignes directrices de 2004 et celles de 2014 sur les accords de transfert de technologie, à supposer même qu'elles soient applicables en l'espèce, aient été méconnues par la Commission dans la décision attaquée.

**370**Premièrement, contrairement à ce que soutiennent les requérantes et l'intervenante, les décisions constatant la validité des brevets en cause, et en particulier la décision de l'OEB du 27 juillet 2006, n'attestent pas d'une « situation de blocage » résultant des brevets considérée par les lignes directrices de 2004 et par celles de 2014 sur les accords

de transfert de technologie comme empêchant le déploiement d'une concurrence potentielle. En effet, dans les lignes directrices de 2004 sur les accords de transfert de technologie (paragraphe 32) comme dans celles de 2014 (paragraphe 32), les situations de blocage sont définies comme celles dans lesquelles un opérateur ne peut pénétrer sur le marché sans enfreindre les droits de propriété intellectuelle d'un autre opérateur. Or, il convient de rappeler que des décisions constatant la validité d'un brevet n'empêchent pas, à elles seules, une entrée à risque sur le marché et que seule pourrait l'empêcher une décision constatant une infraction au droit de propriété intellectuelle concerné, c'est-à-dire une contrefaçon du brevet en cause (voir points 359 et 361 ci-dessus). Ainsi, les « décisions des tribunaux » mentionnées dans les lignes directrices de 2004 sur les accords de transfert de technologie (paragraphe 32) et les « décision[s] de justice ayant acquis force de chose jugée » citées dans celles de 2014 (paragraphe 33) comme prouvant de manière certaine l'existence d'une situation de blocage renvoient, non à des décisions constatant la validité d'un brevet, mais à celles constatant la contrefaçon de ce brevet.

**371**Deuxièmement, contrairement à ce que soutiennent les requérantes, les recommandations des lignes directrices de 2014 sur les accords de transfert de technologie relatives à l'analyse de la concurrence potentielle en l'absence de situation de blocage établie par une décision de justice n'ont pas davantage été méconnues par la Commission. Il convient de rappeler, à cet égard, que, en vertu du paragraphe 31 des lignes directrices de 2014 sur les accords de transfert de technologie, un opérateur « peut être considéré comme un concurrent potentiel sur le marché de produits s'il est probable qu'en l'absence d'accord, il engagerait les investissements supplémentaires nécessaires pour pénétrer sur le marché en cause en réaction à une augmentation légère, mais permanente, des prix des produits » et « [l]a probabilité de l'entrée sur le marché devrait être évaluée sur la base de motifs réalistes, c'est-à-dire en se fondant sur les faits propres à l'espèce ». Par ailleurs, selon le paragraphe 33 de ces mêmes lignes directrices :

« En l'absence de certitude, sous la forme, par exemple, d'une décision de justice ayant acquis force de chose jugée, quant à l'existence d'une situation de blocage, les parties devront, pour examiner si elles sont des concurrents potentiels, se fonder sur toutes les données disponibles au moment donné, et notamment la possibilité que des droits de propriété intellectuelle soient enfreints et la question de savoir s'il existe des possibilités effectives de contourner des droits de propriété intellectuelle existants. Des investissements substantiels déjà effectués ou des plans avancés en vue d'entrer sur un marché donné peuvent soutenir le point de vue selon lequel les parties sont des concurrents au moins potentiels, même si une situation de blocage ne peut pas être exclue [...] »

**372**Or, ainsi qu'il ressort des points 323 et 325 ci-dessus, la Commission a appliqué en l'espèce le critère des possibilités réelles et concrètes pour établir la qualité de concurrents potentiels des sociétés de génériques en cause et s'est ainsi fondée, conformément aux paragraphes susvisés des lignes directrices de 2014 sur les accords de transfert de technologie, non sur l'absence d'impossibilité d'entrer, mais sur la probabilité d'entrée évaluée sur la base de motifs réalistes et des données disponibles portant notamment sur la situation contentieuse des parties, l'état d'avancement du développement de leurs produits et leurs démarches en vue de l'obtention d'AMM (voir également points 432 à 438, 579 à 585 et 718 à 722 ci-après). En outre, si les arguments

des requérantes devaient être interprétés comme visant à remettre en cause la constatation par la Commission d'une probabilité d'entrée sur le marché des sociétés de génériques, ils seront examinés ci-après dans le cadre de l'analyse des griefs contestant la qualité de concurrent potentiel de chacune de ces sociétés.

**373** Il convient également d'ajouter que, contrairement à ce que fait valoir l'intervenante, il résulte précisément de cette analyse des probabilités d'entrée sur le marché des sociétés de génériques, telle que requise par les lignes directrices de 2004 et celles de 2014 sur les accords de transfert de technologie et effectuée par la Commission, que l'existence d'une concurrence potentielle ne se déduit pas ipso facto de l'absence de situation de blocage établie, mais qu'elle nécessite, aux fins d'être démontrée, une véritable analyse pouvant aboutir à ce que la qualité de concurrent potentiel ne soit pas reconnue à une société malgré l'absence de situation de blocage résultant des brevets.

Sur la contradiction au sein de la décision attaquée

**374** Selon les requérantes, la position de la Commission serait en contradiction avec ses appréciations dans la décision attaquée relatives à l'abus de position dominante de Servier. En particulier, elles lui reprochent d'avoir de manière contradictoire reconnu le pouvoir d'exclusion des brevets de Servier dans la partie de la décision attaquée consacrée à l'abus de position dominante de Servier (considérants 2572, 2857 et 2972) et écarté le risque d'exclusion des sociétés de génériques du marché en conséquence de ces brevets dans la partie de la décision attaquée relative à l'article 101 TFUE.

**375** Cette allégation de contradiction peut être écartée dès ce stade, sans qu'il y ait lieu de se prononcer sur la définition des marchés pertinents par la Commission dans le cadre de son analyse des effets restrictifs de concurrence des accords litigieux et de l'abus de position dominante de Servier.

**376** Il convient en effet de relever, premièrement, que, si la Commission a effectivement conclu, dans la décision attaquée (considérants 2857 et 2972), à l'absence de source effectivement viable de concurrence sur le marché, la notion de viabilité utilisée dans ces considérants pour définir le marché en cause, à savoir le marché en amont de la technologie pour la production d'IPA de périndopril, et déterminer l'existence d'une position dominante sur ce marché aux fins de l'application de l'article 102 TFUE, diffère de celle utilisée aux fins de déterminer le caractère économiquement viable d'une entrée sur le marché dans le cadre de l'application de l'article 101 TFUE. Elle s'entend en effet plus largement comme visant une « viabilité économique et réglementaire » et cette viabilité réglementaire est entendue strictement comme étant exclue dès lors qu'il existe un brevet sur le marché, celui-ci empêchant de considérer que la technologie en cause est substituable à celle couverte par le brevet (note en bas de page no 3386 de la décision attaquée ; voir, également, considérants 2748 et 2754 de la décision attaquée). Il peut encore être relevé, aux fins d'écarter la pertinence en l'espèce des appréciations effectuées par la Commission aux considérants 2857 et 2972 de la décision attaquée, que celles-ci portent sur l'existence d'une concurrence réelle et effective sur le marché en cause, et non sur les perspectives d'entrée sur le marché de concurrents potentiels.

**377** Il convient de relever, en outre et deuxièmement, que, dans les autres passages de la décision attaquée cités par les requérantes et l'intervenante (considérants 2571 et 2572), consacrés à la définition du marché du produit fini et à la détermination de l'existence d'une position dominante sur ce marché, la Commission a considéré en substance que les brevets de Servier étaient des barrières importantes mais non absolues

à l'entrée sur le marché, de manière conforme à son appréciation de la concurrence potentielle sur ce marché.

Sur la contradiction entre la décision attaquée et d'autres décisions de la Commission

**378** Selon les requérantes et l'intervenante, la position de la Commission serait en contradiction avec certaines de ses décisions antérieures [décision 94/770/CE de la Commission, du 6 octobre 1994, relative à une procédure engagée en vertu de l'article [101 TFUE] et de l'article 53 de l'accord EEE (affaire IV/34.776 – Pasteur Merieux/Merck) et décision C(2013) 8535 final de la Commission, du 26 novembre 2013, relative à une procédure engagée en vertu de l'article 6 du règlement no 139/2004 (affaire COMP/M.6944 – Thermo Fisher Scientific/Life Technologies)]. Alors que, dans ces autres décisions, la Commission aurait déduit de l'existence des brevets ou de litiges en matière de brevets l'absence de forte pression concurrentielle des sociétés de génériques, elle aurait considéré dans la décision attaquée, malgré l'existence de ces mêmes litiges pouvant conduire à l'exclusion des sociétés de génériques du marché, que ces dernières étaient des concurrents potentiels de Servier capables d'exercer une forte pression concurrentielle sur le périndopril de Servier.

**379** Il y a lieu de considérer, à cet égard, que la décision attaquée n'est, en tout état de cause, pas en contradiction avec les décisions de la Commission citées par les requérantes et l'intervenante. En effet, il convient de rappeler, tout d'abord, que, dans la mesure où les brevets ne constituent pas en principe des obstacles insurmontables à l'entrée d'un concurrent sur le marché, mais peuvent créer de tels obstacles selon l'issue du contentieux en matière de brevets et avoir un impact sur les possibilités réelles et concrètes d'y entrer (voir points 359 à 368 ci-dessus et 442 à 453, 589 à 597 et 726 à 735 ci-après), il n'est pas exclu que la Commission ait pu, dans certaines de ses décisions, dont notamment les deux décisions susvisées, se fonder sur l'existence de brevets pour en inférer l'absence de concurrence potentielle. Il y a lieu de relever, ensuite, que, dans ces deux décisions, la Commission a retenu l'existence de barrières à l'entrée sur le marché ou l'absence de concurrence potentielle en se fondant non seulement sur l'existence de brevets ou de litiges en matière de brevets, mais également sur d'autres facteurs, tels que la difficulté d'obtenir des AMM, l'importance des investissements requis ou les relations commerciales existantes, de sorte qu'il ne saurait être déduit que l'existence de brevets ou de litiges en matière de brevets empêche, en tant que telle, la concurrence potentielle de se déployer.

**380** Il résulte de tout ce qui précède que la Commission a estimé sans commettre d'erreur que les brevets de Servier ne constituaient pas en l'espèce des obstacles insurmontables à l'entrée des sociétés de génériques sur le marché. En effet, à la date de conclusion des accords litigieux, aucune décision définitive statuant sur une action en contrefaçon n'avait constaté le caractère contrefaisant des produits desdites sociétés.

**381** Il reste alors à déterminer si la Commission a également correctement considéré que les sociétés de génériques avaient, compte tenu des caractéristiques propres à chacune d'elles, des possibilités réelles et concrètes d'entrer sur le marché en cause et, pour ce faire, de répondre aux arguments remettant en cause l'existence de telles possibilités avancés dans le cadre de l'argumentation spécifique relative à chacun des accords litigieux. Il convient de préciser, dès ce stade, que cet examen des griefs dirigés contre l'appréciation par la Commission des possibilités réelles et concrètes des sociétés de

génériques d'entrer sur le marché doit être effectué à la lumière des quatre principes et considérations suivants.

**382**Premièrement, il importe de rappeler qu'il ressort de la jurisprudence relative à la détermination de l'existence de possibilités réelles et concrètes d'entrer sur un marché (voir point 318 ci-dessus) que l'élément essentiel sur lequel doit reposer la qualification de concurrent potentiel est constitué par la capacité d'une entreprise à intégrer ledit marché et que son intention d'intégrer ce marché, tout en étant pertinente aux fins de vérifier si elle peut être considérée comme un concurrent potentiel, n'intervient qu'à titre complémentaire. Plus précisément, l'intention d'entrer sur un marché n'est ni nécessaire à la reconnaissance de l'existence d'une concurrence potentielle sur ledit marché (arrêt du 14 avril 2011, *Visa Europe et Visa International Service/Commission*, [T 461/07](#), EU:T:2011:181, point 169), ni susceptible de la remettre en cause, mais elle n'en est pas moins, lorsqu'elle est établie, de nature à conforter la capacité d'entrer sur le marché et ainsi à contribuer à la qualification d'un opérateur donné de concurrent potentiel.

**383**Il en ressort également que le critère tiré de la correspondance de l'entrée sur le marché à une stratégie économique viable, exigée par ladite jurisprudence, ne constitue pas un critère autonome et distinct du critère principal de la capacité à entrer sur le marché et du critère complémentaire de l'intention d'y entrer (voir, en ce sens, arrêt du 8 septembre 2016, *Xellia Pharmaceuticals et Alpharma/Commission*, [T 471/13](#), non publié, sous pourvoi, EU:T:2016:460, point 81). En effet, d'une part, il est cité dans les arrêts en cause comme une explicitation du caractère réel et concret des possibilités d'entrée sur le marché et précède l'annonce du critère principal de la capacité d'y entrer et du critère complémentaire de l'intention d'y entrer, présentés comme en « décou[ant] nécessairement ». D'autre part, ces mêmes arrêts ne l'examinent pas distinctement et indépendamment de la vérification de la capacité et de l'intention d'entrer sur le marché, dès lors qu'il peut raisonnablement être déduit du fait qu'une entreprise a à la fois la capacité d'entrer sur le marché, eu égard à ses moyens de production et de commercialisation ainsi qu'à ses ressources financières, et l'intention d'y entrer, compte tenu notamment des perspectives de profit et de rentabilité, que cette entrée correspond à une stratégie économique viable pour l'entreprise concernée.

**384**Deuxièmement, ainsi que l'a considéré à juste titre la Commission dans la décision attaquée (considérant 1172 ; voir, également, point 351 ci-dessus), les évaluations réalisées par les parties elles-mêmes quant aux possibilités d'invalidité ou de contrefaçon des brevets des requérantes peuvent être prises en compte aux fins de déterminer si les sociétés de génériques avaient des possibilités réelles et concrètes d'entrer sur le marché (voir, en ce sens, arrêt du 8 septembre 2016, *Lundbeck/Commission*, [T 472/13](#), sous pourvoi, EU:T:2016:449, point 141). En effet, en l'absence de décision d'une autorité publique relative à la contrefaçon et à la validité des brevets de Servier, les évaluations réalisées par les parties elles-mêmes quant aux possibilités d'invalidation ou de contrefaçon de ces brevets sont susceptibles de donner une indication quant aux intentions, notamment contentieuses, de ces parties. En particulier, lorsqu'elles sont le fait des sociétés de génériques, elles peuvent contribuer à établir leur intention, compte tenu de leur perception subjective des brevets concernés, d'entrer sur le marché, mais non en tant que telles leur capacité d'y entrer, compte tenu de la seule compétence des juridictions nationales et de l'OEB pour établir la contrefaçon et la validité des brevets (voir points 243 et 359 ci-dessus). Dès lors que l'intention est considérée comme un

critère pertinent de détermination des possibilités réelles et concrètes d'entrer sur le marché (voir point 382 ci-dessus), il s'ensuit que les évaluations subjectives des parties peuvent valablement être prises en compte aux fins d'établir de telles possibilités. Il convient néanmoins de préciser que, dans la mesure où l'intention d'intégrer un marché, tout en étant pertinente aux fins de vérifier si une société peut être considérée comme un concurrent potentiel, n'intervient qu'à titre complémentaire, ces évaluations interviendront également uniquement à titre complémentaire dans la détermination de la qualité de concurrent potentiel de ladite société. Elles devront en outre être confrontées à d'autres éléments pouvant tout autant attester des intentions d'une société quant à son entrée sur un marché.

**385**Troisièmement, l'existence de possibilités réelles et concrètes d'entrer sur le marché s'apprécie à la date de conclusion des accords litigieux [voir, en ce sens, arrêts du 8 septembre 2016, *Lundbeck/Commission*, T 472/13, sous pourvoi, EU:T:2016:449, points 138, 139 et 203, et du 8 septembre 2016, *Sun Pharmaceutical Industries et Ranbaxy (UK)/Commission*, T 460/13, non publié, sous pourvoi, EU:T:2016:453, points 94 et 95]. En effet, aux fins de déterminer si de tels accords sont restrictifs de concurrence au sens de l'article 101 TFUE, il convient de déterminer quel était le jeu de la concurrence, actuelle ou potentielle, sur le marché en cause au moment où ils ont été conclus. Il s'ensuit que ne sauraient être pris en compte les arguments et les documents relatifs à des données postérieures à la conclusion des accords litigieux, dès lors que de telles données reflètent la mise en œuvre de ces accords et non la situation concurrentielle sur le marché au moment de leur conclusion.

**386**Quatrièmement, la charge de la preuve de l'existence de possibilités réelles et concrètes d'entrée d'un concurrent sur le marché, comme plus largement celle de prouver l'existence d'une infraction (article 2 du règlement no 1/2003), incombe à la Commission (voir, en ce sens, arrêt du 8 septembre 2016, *Lundbeck/Commission*, T 472/13, sous pourvoi, EU:T:2016:449, point 105). Néanmoins, dans la mesure où l'essentiel des données permettant d'établir la capacité et l'intention des sociétés de génériques d'entrer sur le marché, et ainsi leurs possibilités réelles et concrètes d'y entrer, sont des données internes auxdites sociétés, que ces dernières sont mieux placées pour recueillir, il convient de considérer que la Commission a, en l'absence de preuves contraires relatives à des difficultés techniques, réglementaires, commerciales ou financières, suffisamment établi l'existence de telles possibilités dans les circonstances de l'espèce si elle a réuni un faisceau d'indices concordants attestant, à tout le moins, de démarches visant à la production et à la commercialisation du produit en cause dans un délai suffisamment court pour peser sur l'opérateur présent sur le marché. Il peut en effet être déduit de telles démarches que la société en cause avait non seulement la capacité mais également l'intention de prendre le risque d'entrer sur le marché (voir, en ce sens, le paragraphe 33 des lignes directrices de 2014 sur les accords de transfert de technologie ; voir également, en ce sens, arrêt du 8 septembre 2016, *Arrow Group et Arrow Generics/Commission*, T 467/13, non publié, sous pourvoi, EU:T:2016:450, point 81).

2) Sur le critère relatif à l'engagement des sociétés de génériques de limiter leurs efforts indépendants pour entrer sur le marché

i) Arguments des parties

**387**Les requérantes et l'intervenante considèrent que la seule présence de clauses de non-contestation et de non-commercialisation dans un règlement amiable ne saurait

suffire à établir son caractère anticoncurrentiel. De telles clauses seraient légitimes et objectivement nécessaires à un accord ayant pour objet de régler un litige existant et d'éviter des litiges futurs, ainsi que l'indiqueraient les lignes directrices de 2004 sur les accords de transfert de technologie.

**388** Selon les requérantes, la seule circonstance selon laquelle il existe une mesure incitative au bénéfice de la société de génériques dans l'accord ne saurait faire des clauses de non-contestation et de non-commercialisation une restriction de concurrence caractérisée. La Commission aurait d'ailleurs déjà considéré comme non problématique un accord obligeant une société de génériques à se retirer du marché dans l'attente de la résolution d'un litige parallèle, en échange d'une indemnisation en cas de défaite dans ce litige [accords conclus entre Neolab Ltd et H. Lundbeck A/S (ci-après les « accords Lundbeck-Neolab »)].

**389** Enfin, les requérantes soutiennent qu'il appartiendrait à la Commission d'établir que la poursuite d'un litige est nécessaire et suffisante à l'accomplissement de la concurrence pour considérer que son interruption constitue une restriction de concurrence.

**390** La Commission rappelle qu'il importe d'examiner les clauses de chaque accord dans leur ensemble et qu'il ressort de ses rapports sur les règlements amiables en matière de brevets conclus entre les laboratoires de princeps et les sociétés de génériques dans le secteur pharmaceutique que seul un faible nombre d'accords prévoit des limitations à l'entrée des génériques sur le marché ainsi qu'un transfert de valeur aux sociétés de génériques. Elle considère que les clauses de non-contestation et de non-commercialisation étendant de manière induite la protection accordée par le brevet ne sauraient être considérées comme les seules susceptibles de restreindre la concurrence par objet. S'agissant de l'argument des requérantes selon lequel elle aurait déjà considéré comme non problématique un accord obligeant une société de génériques à se retirer du marché en échange d'une indemnisation, la Commission souligne les différences factuelles existant entre les accords Lundbeck-Neolab et les accords en cause dans la présente affaire. Elle rappelle, enfin, que les accords de règlement amiable des litiges en matière de brevets ne remplissent pas les conditions nécessaires à l'application de la doctrine de la nécessité objective.

ii) Appréciation du Tribunal

**391** Il y a tout d'abord lieu de constater que la Commission n'a pas examiné de manière isolée, dans la décision attaquée, la licéité générale de clauses de non-contestation et de non-commercialisation. En effet, il ressort du considérant 1154 de la décision attaquée que, afin de déterminer si les accords en cause constituaient des restrictions de concurrence par objet, la Commission ne s'est pas contentée d'examiner s'ils comportaient des clauses de non-contestation et de non-commercialisation, mais qu'elle a également analysé si les parties au règlement amiable étaient des concurrents potentiels et si les clauses de non-contestation et de non-commercialisation reposaient sur un transfert de valeur du laboratoire de princeps vers la société de génériques constituant une incitation, pour cette société, à renoncer à exercer une pression concurrentielle sur la société titulaire du brevet. Par conséquent, les requérantes et l'intervenante ne sauraient faire grief à la Commission d'avoir considéré que la seule présence de clauses de non-contestation et de non-commercialisation dans un règlement amiable suffirait à établir son caractère anticoncurrentiel.

**392** Ensuite, s'agissant des arguments des requérantes et de l'intervenante relatifs à la présence nécessaire de clauses de non-contestation et de non-commercialisation dans tout règlement amiable, il y a lieu de renvoyer aux développements figurant aux points 258 à 275 ci-dessus, dans lesquels sont exposés les conditions qui permettent à la Commission de constater l'existence d'une restriction par objet en présence de telles clauses.

**393** S'agissant des arguments des requérantes et de l'intervenante relatifs à l'application de la théorie des restrictions accessoires en l'espèce, il convient de les écarter en renvoyant au point 291 ci-dessus.

**394** S'agissant de l'argument des requérantes selon lequel la Commission aurait déjà considéré comme non problématique un accord obligeant une société de génériques à se retirer du marché dans l'attente de la résolution d'un litige parallèle, en échange d'une indemnisation en cas de défaite dans ce litige, il importe de rappeler que, selon la jurisprudence, le principe d'égalité de traitement, qui constitue un principe général du droit de l'Union, requiert que des situations comparables ne soient pas traitées de manière différente et que des situations différentes ne soient pas traitées de manière égale, à moins qu'un tel traitement ne soit objectivement justifié (arrêts du 13 décembre 1984, *Sermide*, 106/83, EU:C:1984:394, point 28, et du 14 mai 1998, *BPB de Eendracht/Commission*, T 311/94, EU:T:1998:93, point 309).

**395** Il convient cependant de souligner que, dès lors qu'une entreprise a, par son comportement, violé l'article 101, paragraphe 1, TFUE, elle ne saurait échapper à toute sanction au motif qu'une autre entreprise ne se serait pas vu infliger d'amende. En effet, à supposer même que la Commission ait commis une erreur, en considérant que les accords Lundbeck-Neolab étaient conformes à l'article 101, paragraphe 1, TFUE, le respect du principe d'égalité de traitement devrait se concilier avec le respect du principe de légalité selon lequel nul ne peut invoquer, à son profit, une illégalité commise en faveur d'autrui (arrêts du 31 mars 1993, *Ahlström Osakeyhtiö e.a./Commission*, C 89/85, C 104/85, C 114/85, C 116/85, C 117/85 et C 125/85 à C 129/85, EU:C:1993:120, point 197, et du 14 juillet 1994, *Parker Pen/Commission*, T 77/92, EU:T:1994:85, point 86).

**396** En tout état de cause, il existe d'importantes différences entre les accords litigieux et les accords Lundbeck-Neolab, que la Commission a qualifié de non problématiques au regard du droit de la concurrence dans la décision C(2013) 3803 final, du 19 juin 2013, relative à une procédure d'application de l'article 101 [TFUE] et de l'article 53 de l'accord EEE (affaire AT/39226 – Lundbeck). En effet, il ressort du considérant 164 de cette décision que Neolab était entrée en octobre 2002 sur le marché du citalopram au Royaume Uni, que Lundbeck avait introduit un recours en violation de l'un de ses brevets en novembre 2002 et que Neolab avait alors introduit une demande reconventionnelle en nullité du brevet litigieux. Dans le cadre d'une injonction volontaire (« voluntary injunction ») adoptée lors de la procédure juridictionnelle nationale, Neolab s'était engagée, par un premier accord, à ne pas commercialiser son générique jusqu'au prononcé du jugement dans une affaire parallèle opposant Lundbeck et la société Lagap au sujet du même brevet ou au plus tard jusqu'au 30 novembre 2003. En contrepartie, Lundbeck s'était engagée à verser des dommages et intérêts à Neolab en cas d'invalidation du brevet en cause. Lundbeck ayant cependant conclu un règlement amiable avec Lagap le 13 octobre 2003, Lundbeck et Neolab ont été libérées de leurs engagements et Neolab a repris la vente de son générique le 30 octobre 2003. Le 22 décembre 2003, Neolab et Lundbeck ont, par un



second accord, conclu un règlement amiable prévoyant le versement par Lundbeck à Neolab de dommages et intérêts destinés à compenser l'impossibilité de vente du produit générique pendant la période couverte par l'injonction volontaire ainsi que la renonciation des deux parties à l'accord à poursuivre le litige relatif à la contrefaçon du brevet litigieux et à sa nullité jusqu'au 31 mars 2004.

**397S'**agissant du premier accord, celui-ci se distinguait des accords en cause en l'espèce dès lors qu'il se situait après une première entrée de la société de génériques sur le marché, que la restriction en cause semblait résulter d'un injonction adoptée dans un cadre juridictionnel, qu'il n'avait pour objet qu'un engagement de non-commercialisation pour une période limitée, à savoir jusqu'à la résolution d'un litige ayant le même objet, et qu'il ne prévoyait le versement de dommages et intérêts par la société de princeps qu'en cas d'invalidation de son brevet.

**398S'**agissant du second accord, si celui-ci prévoyait bien un paiement de la société de princeps à la société de génériques, il se distinguait cependant également des accords litigieux en ce que la société de génériques était déjà présente sur le marché au moment de sa conclusion et qu'il ne remettait pas en cause cette présence sur le marché. De plus, le paiement de la société de princeps à la société de génériques ne visait qu'à compenser l'impossibilité de vente du produit générique pendant la période couverte par l'injonction volontaire et à éviter, ainsi, l'engagement d'une action en dommages et intérêts sur ce fondement par Neolab.

**399**Enfin, s'agissant par ailleurs de l'argument des requérantes selon lequel il appartiendrait à la Commission d'établir que la poursuite d'un litige est nécessaire et suffisante à la préservation de la concurrence pour considérer que son interruption constitue une restriction de concurrence, il y a lieu de rappeler que la définition de la restriction de concurrence par objet (voir points 220 et suivants ci-dessus) n'impose à la Commission ni de mesurer le degré de concurrence susceptible d'être affecté par l'accord litigieux, ni d'établir que la poursuite d'un litige serait nécessaire au maintien de la concurrence.

3) Sur le critère relatif au transfert de valeur au profit des sociétés de génériques

i) Arguments des parties

**400**Les requérantes et l'intervenante estiment que la seule présence d'un transfert de valeur à caractère incitatif ne permet pas d'identifier les accords anticoncurrentiels. Les risques associés aux contentieux étant toujours plus élevés pour les sociétés de princeps, ces dernières seraient tenues de faire des concessions plus importantes que les sociétés de génériques lors de règlements amiables. En effet, une entrée illégale, même temporaire, d'une société de génériques aurait des conséquences commerciales importantes pour la société de princeps, qui ne pourraient être véritablement compensées par l'octroi ultérieur de dommages et intérêts. Les sociétés de princeps seraient par ailleurs confrontées à des difficultés pour obtenir, devant les juridictions nationales, le prononcé d'injonctions empêchant l'entrée des génériques sur le marché. De plus, un règlement amiable ne saurait être fondé uniquement sur les mérites du litige, dès lors que devraient également être pris en compte des considérations d'opportunité commerciale.

**401**Selon les requérantes, la Commission aurait d'ailleurs elle-même reconnu, dans la décision attaquée, que les accords d'entrée anticipée sont légaux, alors même qu'ils

comportent un transfert de valeur de nature incitative. Par ailleurs, la Commission aurait retenu une définition extensive du transfert de valeur significatif prenant en compte des accords accessoires conclus aux conditions du marché, qui priverait toute partie à un litige des moyens classiques de résolution amiable des différends. En outre, le critère relatif au transfert de valeur nécessiterait une analyse détaillée des incitations de la société de génériques à poursuivre le litige. Enfin, la Commission aurait ignoré les stipulations contractuelles figurant dans les accords conclus avec Teva, Krka et Lupin qui étaient susceptibles d'accélérer l'entrée des fabricants de génériques sur le marché.

**402** Les requérantes reprochent par ailleurs à la Commission de n'avoir diligenté aucune enquête sur les 57 règlements amiables comportant un transfert de valeur répertoriés dans ses exercices annuels de surveillance.

**403** La Commission rappelle, à titre liminaire, que, en l'espèce, elle a considéré que chaque accord litigieux comportait un transfert de valeur correspondant globalement aux profits attendus par la société de génériques à la suite d'une entrée sur le marché. Elle souligne également que la décision attaquée ne prétend pas qu'un transfert de valeur suffirait, à lui seul, à prouver l'existence d'un degré suffisant de nocivité à l'égard de la concurrence. Elle considère, ensuite, que les requérantes n'ont pas établi que les sociétés de princeps étaient exposées à un risque contentieux plus élevé que les sociétés de génériques. Par ailleurs, si des considérations commerciales peuvent peser sur les termes d'un règlement amiable, ce dernier ne saurait cependant aligner les intérêts des deux parties au détriment de la concurrence et des consommateurs. De même, s'agissant des arguments de l'intervenante selon lesquels les systèmes nationaux de détermination des prix de vente des médicaments seraient défavorables aux fabricants de princeps et l'obtention de mesures d'injonctions empêchant l'entrée des génériques sur le marché serait difficile, la Commission fait valoir que des entreprises ne sauraient pallier les effets de règles juridiques qu'elles considèrent comme excessivement défavorables par la conclusion d'ententes ayant pour objet de corriger ces désavantages.

**404** En outre, si la Commission a admis, dans la décision attaquée, que des accords d'entrée anticipée sur le marché pouvaient être favorables à la concurrence, les accords en cause en l'espèce ne relèveraient pas de cette catégorie, dès lors qu'ils auraient éliminé les incitations des sociétés de génériques à entrer sur le marché de manière indépendante. S'agissant des accords accessoires ou concomitants aux règlements amiables, la Commission estime que c'est à bon droit qu'elle les a considérés comme faisant partie du paiement consenti aux sociétés de génériques. Par ailleurs, la Commission relève qu'il existe une asymétrie d'information entre les parties dans tout accord de règlement amiable et que, en tout état de cause, le fait qu'un accord soit commercialement rationnel pour les parties ne suffit pas à le rendre licite au regard des règles de concurrence.

**405** Enfin, elle soutient qu'aucun des accords litigieux ne prévoyait une entrée anticipée des génériques sur le marché. Ainsi, Krka était déjà entrée à risque sur les marchés d'Europe centrale et orientale et le brevet 947 n'avait pas été octroyé dans certains de ces pays. En outre, Teva et Lupin n'avaient pas le droit d'entrer comme premier entrant sur le marché, les accords ne prévoyant leur entrée qu'en cas d'arrivée d'un concurrent tiers sur le marché. La Commission rappelle également, s'agissant de ses rapports annuels sur les règlements amiables en matière de brevets, que les paiements inversés

ne sont ni nécessaires ni toujours présents dans les règlements amiables, même lorsque ceux-ci visent à mettre un terme à un litige incertain comportant des enjeux majeurs.

ii) Appréciation du Tribunal

**406** Il y a lieu de constater, à titre liminaire, que la Commission n'a pas considéré, dans la décision attaquée, que la seule présence d'un transfert de valeur de la société de princeps vers la société de génériques suffirait, à elle seule, à prouver l'existence d'un degré suffisant de nocivité à l'égard de la concurrence. En effet, il ressort du considérant 1154 de la décision attaquée que, afin de déterminer si les accords en cause constituaient des restrictions de concurrence par objet, la Commission a examiné si les parties aux règlements amiables étaient des concurrents potentiels, s'ils comportaient des clauses de non-contestation et de non-commercialisation et si la société de princeps avait obtenu l'engagement de non-commercialisation et de non-contestation de la société de génériques en échange d'un transfert de valeur (voir également points 265 à 272 ci-dessus).

**407** En outre, il ressort des points 265 à 273 ci-dessus que, en présence d'un accord de règlement amiable en matière de brevets conclu entre deux concurrents potentiels et comportant des clauses de non-commercialisation et de non-contestation, l'existence d'une incitation de la société de génériques à se soumettre à ces clauses fonde, à elle seule, le constat d'une restriction par objet.

**408** Les arguments présentés par les requérantes et l'intervenante ne permettent pas de remettre en cause ce constat.

**409** Premièrement, s'agissant de l'argument selon lequel les fabricants de princeps seraient tenus de faire des concessions plus importantes que les sociétés de génériques dans les règlements amiables, en raison des risques contentieux plus importants auxquels ils seraient exposés, il y a lieu de constater, ainsi que le souligne la Commission, que les requérantes n'ont apporté aucun élément au soutien de cette allégation, se contentant d'effectuer un renvoi à leur réponse à la communication des griefs. En outre, même à supposer établie l'existence d'un risque plus important pour la société de princeps, un tel risque ne serait pas de nature à justifier un transfert de valeur inversé constitutif d'une incitation de la société de génériques à renoncer à ses efforts d'entrer sur le marché.

**410** S'agissant des arguments de l'intervenante selon lesquels les systèmes nationaux de fixation des prix des médicaments seraient défavorables aux fabricants de princeps et les mécanismes juridictionnels nationaux ne permettraient pas de remédier efficacement aux entrées à risque des génériques sur le marché, il importe de rappeler, à supposer ces circonstances établies, qu'elles ne sont pas de nature à justifier un accord ayant un objet anticoncurrentiel. En effet, selon une jurisprudence constante, il ne saurait être accepté que des entreprises essaient de pallier les effets de règles juridiques qu'elles considèrent comme excessivement défavorables par la conclusion d'ententes ayant pour objet de corriger ces désavantages sous prétexte que ces règles créent un déséquilibre à leur détriment (arrêt du 27 juillet 2005, Brasserie nationale e.a./Commission, T 49/02 à T 51/02, EU:T:2005:298, point 81 ; voir également, en ce sens, arrêt du 15 octobre 2002, Limburgse Vinyl Maatschappij e.a./Commission, C 238/99 P, C 244/99 P, C 245/99 P, C 247/99 P, C 250/99 P à C 252/99 P et C 254/99 P, EU:C:2002:582, points 487 et 488).

**411** S'agissant des arguments des requérantes selon lesquels la Commission aurait dû tenir compte des considérations commerciales et des perspectives de profits des parties

aux règlements amiables afin d'évaluer le caractère incitatif du transfert de valeur, il ressort du point 277 ci-dessus que, afin de déterminer si le transfert de valeur de la société de princeps en direction de la société de génériques constitue ou non une incitation à accepter des clauses de non-contestation et de non-commercialisation, la Commission a examiné à bon droit si le transfert de valeur correspondait aux coûts spécifiques du règlement amiable supportés par la société de génériques. Le critère pertinent réside ainsi dans l'identification des coûts inhérents au règlement amiable supportés par la société de génériques et non dans la prise en compte des considérations commerciales des parties au règlement amiable.

**412** Il convient d'ajouter, concernant l'ensemble des arguments mentionnés aux trois points qui précèdent, que le fait que l'adoption d'un comportement anticoncurrentiel puisse se révéler être la solution la plus rentable ou la moins risquée pour une entreprise n'exclut aucunement l'application de l'article 101 TFUE (voir, en ce sens, arrêts du 8 juillet 2004, *Corus UK/Commission*, T 48/00, EU:T:2004:219, point 73, et du 8 juillet 2004, *Dalmine/Commission*, T 50/00, EU:T:2004:220, point 211), en particulier lorsqu'il s'agit de payer des concurrents réels ou potentiels pour qu'ils se tiennent à l'écart du marché (voir, en ce sens, arrêt du 8 septembre 2016, *Lundbeck/Commission*, T 472/13, sous pourvoi, EU:T:2016:449, points 379 et 380).

**413** Deuxièmement, les requérantes ne sauraient reprocher à la Commission d'avoir dérogé aux trois critères rappelés au considérant 1154 de la décision attaquée en qualifiant de légaux des accords d'entrée anticipée de sociétés de génériques sur le marché, alors même que ceux-ci comporteraient une incitation significative. En effet, il ressort des considérants 1138, 1200 et 1203 de la décision attaquée que la Commission s'est bornée à relever qu'un accord de règlement amiable autorisant l'entrée d'un générique sur le marché avant l'expiration du brevet litigieux pouvait constituer un accord favorable à la concurrence et par conséquent légitime. Or, dans un tel accord, si les parties conviennent d'une date d'entrée anticipée du générique sur le marché, elles ne prévoient cependant pas l'octroi d'une incitation par la société de princeps à la société de génériques pour que cette dernière retarde l'entrée de son produit sur le marché.

**414** Les requérantes ne sauraient par ailleurs reprocher à la Commission de ne pas avoir diligenté d'enquête sur les 57 règlements amiables répertoriés dans ses exercices annuels de surveillance comportant un transfert de valeur. En effet, d'une part, il importe de rappeler que, dès lors qu'une entreprise a, par son comportement, violé l'article 101, paragraphe 1, TFUE, elle ne saurait échapper à toute sanction au motif qu'une autre entreprise ne se serait pas vu infliger d'amende, le respect du principe d'égalité de traitement devant se concilier avec le respect du principe de légalité selon lequel nul ne peut invoquer, à son profit, une illégalité commise en faveur d'autrui (voir point 395 ci-dessus). D'autre part, un accord de règlement amiable d'un litige en matière de brevets ne saurait être considéré comme illégal au seul motif qu'il comporte un transfert de valeur de la société de princeps à la société de génériques, approche que n'a pas retenue la Commission dans la décision attaquée, dans laquelle elle a examiné à juste titre si les parties aux règlements amiables étaient des concurrents potentiels, si ceux-ci comportaient des clauses de non-contestation et de non-commercialisation et si la société de princeps avait obtenu l'engagement de non-commercialisation et de non-contestation de la société de génériques en échange d'un transfert de valeur (voir point 406 ci-dessus).

**415**Troisièmement, les requérantes reprochent à la Commission d'avoir retenu une définition extensive du transfert de valeur significatif, en prenant en compte des accords accessoires conclus aux conditions du marché. Cependant, ainsi que la Commission l'a indiqué à bon droit au considérant 1190 de la décision attaquée, l'incitation de la société de princeps à accepter des clauses de non-commercialisation et de non-contestation peut prendre la forme d'un accord accessoire à l'accord de règlement amiable. Si les accords accessoires constituent des accords commerciaux usuels, qui pourraient exister de façon autonome, la Commission a, à juste titre, examiné en l'espèce si certains accords accessoires faisant partie intégrante des règlements amiables des litiges en cause impliquaient des transferts de valeur du titulaire du brevet vers la société de génériques.

**416**Quatrièmement, les requérantes reprochent à la Commission d'avoir tenu compte des incitations de la société de génériques à poursuivre le litige dans le seul cadre de l'analyse de la concurrence potentielle et non dans l'appréciation du transfert de valeur. Il ressort cependant du point 277 ci-dessus que, afin de déterminer si le transfert de valeur de la société de princeps en direction de la société de génériques constituait ou non une incitation à accepter des clauses de non-contestation et de non-commercialisation, la Commission a examiné à bon droit si le transfert de valeur correspondait aux coûts spécifiques du règlement amiable supportés par la société de génériques. Le critère pertinent réside ainsi dans l'identification des coûts inhérents au règlement amiable supportés par la société de génériques et non dans l'éventuelle asymétrie d'information existant entre les parties ou dans leurs intérêts commerciaux respectifs.

**417**Enfin, les requérantes font grief à la Commission d'avoir ignoré certaines stipulations contractuelles des accords conclus avec Teva, Krka et Lupin, qui étaient susceptibles d'accélérer l'entrée des fabricants de génériques sur le marché. Cet argument sera examiné dans le cadre des moyens relatifs aux accords en cause.

**418**Il ressort de l'ensemble de ce qui précède que la Commission a correctement défini les trois critères retenus pour qualifier les accords de règlement amiable de litiges en matière de brevets de restriction par objet et n'a, dès lors, pas commis d'erreur de droit relative à la notion de restriction de concurrence par objet.

6. Sur les accords conclus avec Niche et avec Matrix

a) Sur la qualité de concurrent potentiel de Niche et de Matrix

1) Arguments des parties

**419**Les requérantes soutiennent que ni Niche ni Matrix ne constituaient des concurrents potentiels à la date de conclusion des accords Niche et Matrix. Ainsi, à cette date, Niche ne disposait d'aucune AMM et aurait eu peu de chance d'en obtenir une dans un bref laps de temps, les autorités réglementaires de tous les États membres concernés lui ayant envoyé de nombreuses notifications d'irrégularités identifiant des problèmes majeurs.

**420**Les requérantes considèrent, à cet égard, que la Commission a commis une erreur de droit et a violé ses droits de la défense ainsi que le principe de bonne administration en ne cherchant pas à se procurer la correspondance de Niche avec les autorités réglementaires nationales, qui aurait pu fournir des informations essentielles quant à l'état réel d'avancement du projet de Niche et de Matrix et aurait revêtu une importance considérable pour leur défense. Les requérantes contestent en particulier le caractère disproportionné de leur demande de production des documents en cause, en soulignant

l'avoir formulée alors que l'enquête était en cours et que lesdits documents auraient pu être rapidement obtenus.

**421** Les requérantes font valoir que les données et les documents sur lesquels s'est fondée la Commission pour conclure que les AMM de Niche étaient attendues au premier semestre 2005 ne sont pas crédibles. Elles soulignent l'importance en revanche des lettres de carence reçues par Niche, même postérieures à l'accord Niche, comme démontrant ou non la capacité à entrer sur le marché, à la différence des réponses apportées à ces lettres, qui attesteraient surtout des efforts accomplis et ainsi de l'intention d'y entrer. De plus, à la date de conclusion des accords Niche et Matrix, le dossier sur lequel les demandes d'AMM de Niche étaient fondées ne correspondait plus au procédé de fabrication utilisé par Matrix, rendant la préparation d'un nouveau dossier et l'introduction d'une demande de modification des AMM indispensables. Or, Matrix n'aurait pas été en mesure de fournir les données requises sur certains points majeurs et Niche n'aurait pas disposé des fonds suffisants pour démarrer une nouvelle procédure devant les autorités réglementaires.

**422** Par ailleurs, selon les requérantes, à la date de conclusion des accords Niche et Matrix, Matrix n'aurait pas été en mesure de fabriquer un produit pur, stable et viable. Elles estiment que la décision attaquée dénature les faits en considérant que Niche et Matrix étaient proches de la fabrication d'un produit viable au moment de la conclusion des accords, alors même qu'aucun élément du dossier ne permettrait de déduire que ces dernières pensaient pouvoir surmonter rapidement leurs difficultés, notamment celle liée à la présence d'une impureté inconnue. En examinant si Niche et Matrix n'avaient pas abandonné tous leurs efforts et n'avaient pas résilié l'accord Niche-Matrix, la Commission n'aurait pas appliqué le test pertinent au regard de la jurisprudence relative à la concurrence potentielle, c'est-à-dire celui fondé sur la capacité à intégrer le marché et non celui fondé sur l'intention d'y entrer. Les requérantes ajoutent que Niche avait elle-même reconnu le caractère insurmontable des obstacles rencontrés et que les filiales de Matrix qui ont lancé un générique de périndopril auraient préféré utiliser le produit fabriqué par Servier ou par Krka.

**423** Les requérantes reprochent en outre à la Commission d'avoir erronément apprécié les obstacles en matière de brevets auxquels le produit de Niche développé en partenariat avec Matrix (ci-après le « produit de Niche/Matrix ») était confronté. En particulier, elles estiment que la Commission a surestimé la confiance de Niche dans l'issue du litige tout en sous-estimant leur propre chance de remporter le litige. La Commission aurait notamment ignoré le fait, pourtant admis par Niche, qu'elle aurait adopté une posture à l'égard de ses partenaires ainsi que la position de certains des partenaires de Niche relative à l'existence d'une contrefaçon et aurait utilisé des éléments de preuve antérieurs à la modification du procédé de fabrication par Matrix pour établir que Niche ne méconnaissait pas leurs brevets. Les requérantes font par ailleurs valoir que la Commission aurait ignoré à tort la pertinence de l'éventuelle contrefaçon du brevet 947 par le produit de Niche/Matrix et qu'elle ne disposait d'aucun élément probant pour affirmer que ce brevet n'était pas considéré par Niche et Matrix comme un obstacle. Enfin, les requérantes estiment qu'elles auraient très probablement obtenu une injonction à l'encontre de Niche et de Matrix si elles avaient invoqué le brevet 947 devant les juridictions du Royaume-Uni.

**424**Enfin, les requérantes indiquent que, à la date de conclusion des accords Niche et Matrix, Niche connaissait de graves difficultés financières et aurait été mise en faillite par un jugement en sa défaveur pour contrefaçon des brevets de Servier, ce qui expliquerait pourquoi elle avait fait part à des tiers du bon avancement de son projet de périndopril générique pour obtenir le paiement d'avances financières.

**425**La Commission soutient que Niche et Matrix constituaient des concurrents potentiels des requérantes à la date de conclusion des accords Niche et Matrix.

**426**S'agissant de la violation des droits de la défense et du principe de bonne administration alléguée par les requérantes en raison de l'absence de versement au dossier de la correspondance de Niche avec les autorités réglementaires, la Commission indique que, selon la jurisprudence, elle n'est tenue de se procurer certains documents à la demande d'une entreprise visée par une enquête que dans certaines circonstances exceptionnelles, non réunies en l'espèce, dès lors notamment qu'il était douteux que ces documents aient présenté une importance centrale ou aient pu constituer un élément à décharge et que cette demande aurait revêtu un caractère disproportionné.

**427**La Commission considère, ensuite, que les possibilités réelles et concrètes de Niche et de Matrix d'entrer sur le marché doivent être appréciées à la date à laquelle les accords Niche et Matrix ont été conclus. Les éléments de fait relatifs à la période postérieure à la conclusion des accords Niche et Matrix ne seraient par conséquent pas pertinents, d'autant plus qu'ils reflètent la situation de mise en œuvre de ces accords. S'agissant des échanges entre Niche et les autorités réglementaires relatifs à l'octroi de l'AMM antérieurs à la conclusion des accords Niche et Matrix, la Commission fait valoir que ceux-ci sont usuels et que des éléments de preuve permettent d'établir que Niche et Matrix ont tout mis en œuvre pour répondre aux préoccupations des autorités réglementaires.

**428**Par ailleurs, les requérantes auraient omis le fait que Niche a été la première société à demander une AMM au Royaume-Uni pour une version générique du périndopril, que des partenaires de Niche avaient soumis des demandes d'AMM dans d'autres États membres et que plusieurs clients de Niche auraient ainsi obtenu une AMM en mai 2005. Les requérantes auraient également omis de mentionner les éléments de preuve du dossier permettant de connaître le point de vue interne de Niche sur sa capacité à entrer sur le marché au moment de la conclusion des accords Niche et Matrix. De même, elles auraient gardé sous silence la circonstance que Matrix n'aurait jamais renoncé à ses activités de recherche et de développement sur le périndopril générique avant la conclusion des accords Niche et Matrix et que, même après cette date, les requérantes lui auraient demandé de retirer son dossier permanent de la substance active (drug master file, ci-après le « DMF ») dans les pays où il avait été soumis par d'autres sociétés. Enfin, selon la Commission, rien n'indiquerait que la question des demandes de modification de l'AMM ait été éludée ou n'ait pas été anticipée.

**429**En ce qui concerne les difficultés de fabrication rencontrées par Matrix, la Commission indique que la décision attaquée a admis l'existence d'obstacles techniques ayant retardé le projet de Niche et de Matrix, mais qu'il ressort des éléments du dossier que ces dernières avaient pris leurs dispositions pour les surmonter, la source d'impuretés dans le produit ayant notamment été identifiée, et avaient pour objectif de lancer leur version générique du périndopril sur le marché en 2005. Ni Matrix ni Niche n'auraient ainsi envisagé de renoncer au projet avant la conclusion des accords Niche et Matrix.

**430**Quant aux obstacles liés aux brevets, la Commission estime que la décision attaquée comporte suffisamment d'éléments de preuve permettant d'établir que Niche et Matrix ne considéraient pas que leur produit contrefaisait les brevets de procédé des requérantes et qu'elle a également tenu compte de documents faisant état de divergences au sein de Niche à ce sujet, antérieures à la modification du procédé de fabrication de l'IPA du produit. S'agissant de la confiance des requérantes dans l'issue du litige les opposant à Niche, la Commission soutient ne pas avoir ignoré les documents présentés par les requérantes, mais considère que la question de la contrefaçon des brevets de procédé des requérantes par le produit de Niche/Matrix restait ouverte. Elle fait notamment valoir que les requérantes disposaient de nombreux éléments de preuve relatifs à la composition du produit de Niche/Matrix, mais qu'elles n'avaient pas jugé opportun d'obtenir une décision de justice et avaient préféré conclure un règlement amiable. La Commission rappelle que, en tout état de cause, il ne lui appartenait pas de trancher le litige en matière de brevets en fonction des preuves avancées par les parties, mais qu'elle devait uniquement vérifier que Niche et Matrix avaient des possibilités réelles et concrètes d'entrer sur le marché et qu'il existait un véritable litige à l'issue incertaine entre les requérantes et Niche. Elle considère par ailleurs que la question d'une éventuelle contrefaçon du brevet 947 par le produit de Niche/Matrix ne se posait pas à la date de conclusion des accords Niche et Matrix, dès lors qu'aucun litige en contrefaçon n'opposait les parties à ce sujet. Enfin, la Commission estime qu'aucun élément ne permet d'affirmer que les requérantes auraient obtenu une injonction à l'encontre de Niche au Royaume-Uni s'agissant du brevet 947.

**431**Enfin, la Commission soutient que les difficultés financières de Niche n'ont jamais été établies et que plusieurs éléments du dossier permettent de considérer que le périndopril ne constituait pas le principal projet de Niche. Les requérantes n'auraient ainsi pas établi que la situation financière de Niche au moment de la conclusion des accords Niche et Matrix constituait une barrière insurmontable à son entrée sur le marché, et ce d'autant plus qu'il était démontré que la société mère de Niche, Unichem, prendrait les mesures nécessaires à la poursuite de l'activité de l'entreprise en cas de retard dans le lancement du périndopril.

## 2) Appréciation du Tribunal

**432**Il convient de rappeler que, dans la décision attaquée, la Commission a considéré que « Niche/Unichem » était un concurrent potentiel clé de Servier qui avait l'intention et la capacité d'entrer sur le marché dans un court laps de temps (considérants 1282, 1292 et 1298), en se fondant sur les cinq considérations suivantes.

**433**Premièrement, la Commission a relevé que « Niche/Unichem » avait, depuis plusieurs années, investi des ressources, avec Matrix, en vue de la mise au point d'un produit générique de substitution au périndopril de Servier et que ce projet avait bien progressé. En auraient attesté, d'une part, les démarches entreprises aux fins de se voir octroyer des AMM, dont l'obtention était prévue pour 2005 et dont l'une avait effectivement été obtenue aux Pays-Bas par un client de Niche en mai 2005, et, d'autre part, les lots commerciaux d'IPA en cours de préparation pour le lancement commercial prévu, lots que Matrix considérait comme suffisants pour satisfaire aux prévisions de commande (considérant 1283 de la décision attaquée).

**434**Deuxièmement, la Commission a souligné que Niche avait conclu quatorze accords avec des partenaires commerciaux souhaitant vendre du périndopril générique en Europe,



ce qui démontrerait qu'elle était confiante dans sa capacité à commercialiser ce périndopril rapidement. Elle a précisé qu'une réponse aurait été apportée aux notifications d'irrégularités des autorités réglementaires reçues par Niche ainsi que par ses partenaires. La Commission a également précisé que Niche avait demandé à l'un de ses clients, en octobre 2004, de lui communiquer ses commandes pour 2005 afin de planifier sa production pour 2005 et qu'elle négociait, quelques jours seulement avant la conclusion des accords Niche et Matrix, un accord de fourniture avec l'une des plus grandes sociétés de génériques, Teva (considérant 1284 de la décision attaquée).

**435**Troisièmement, selon la Commission, un document datant de l'époque suggérait que l'entrée sur le marché de « Niche/Unichem » (et Matrix) aurait été économiquement viable, eu égard au montant du bénéfice brut annuel escompté pour l'exercice 2003/2004 (considérant 1284 de la décision attaquée).

**436**Quatrièmement, la Commission a constaté que Servier lui-même considérait « Niche/Unichem » comme une menace générique, en se fondant notamment sur un audit qu'il avait réalisé en vue de l'acquisition de Niche, mettant en évidence la situation financière de cette dernière (considérant 1286 de la décision attaquée).

**437**Cinquièmement, la Commission a évoqué la situation de Niche au regard des litiges brevetaires. Quant au litige devant la High Court of Justice (England & Wales), Chancery Division (patents court) [Haute Cour de Justice (Angleterre et pays de Galles), division de la Chancery (chambre des brevets)], portant sur les brevets de procédé de Servier, il ressortirait de plusieurs déclarations de Niche que cette dernière était confiante dans la perspective de l'emporter (considérants 1288 et 1289 de la décision attaquée). Quant au litige relatif au brevet 947, Niche aurait opté pour une action devant l'OEB et n'aurait pas entamé, malgré une tentative en 2004, d'action devant une juridiction nationale (considérants 1290 et 1291 de la décision attaquée).

**438**Enfin, la Commission a ajouté, en réponse à diverses allégations avancées par Niche et Servier au cours de la procédure administrative, qu'il n'y avait pas eu de rejet d'AMM, malgré des notifications d'irrégularités, que les difficultés financières alléguées par Niche devaient être nuancées, eu égard aux fonds obtenus ou pouvant l'être au cours de la période en cause, qu'il n'était pas nécessaire qu'un concurrent potentiel dispose d'un produit prêt à être commercialisé, pour autant qu'il soit en mesure d'entrer rapidement sur le marché et qu'il ne se heurte pas à des problèmes qui, pris ensemble, auraient représenté des difficultés insurmontables. L'absence de telles difficultés aurait notamment été attestée en l'espèce par la poursuite de la coopération entre Niche et Matrix en vue de les résoudre (considérants 1293 à 1297 de la décision attaquée, renvoyant notamment aux considérants 471 et suivants de ladite décision).

**439**Il importe de souligner, à titre liminaire, que les requérantes ne contestent pas que le partenaire de Niche, Matrix, avait commencé à préparer des lots d'IPA de périndopril pour un lancement commercial, que Niche et ses partenaires avaient entrepris des démarches en vue de l'octroi d'AMM (voir point 433 ci-dessus), que Niche avait conclu quatorze accords avec des partenaires commerciaux souhaitant vendre du périndopril générique en Europe (voir point 434 ci-dessus) et qu'il serait établi que son entrée sur le marché avec Matrix était économiquement viable (voir point 435 ci-dessus).

**440**Or, de tels éléments, en ce qu'ils attestent de démarches visant à la production et à la commercialisation prochaine du périndopril et des perspectives de rentabilité de cette commercialisation, permettent d'établir que Niche et Matrix avaient non seulement

l'intention de prendre le risque d'entrer sur le marché européen, mais également la capacité d'y entrer.

**441** Il convient, dès lors, de déterminer si les allégations des requérantes relatives aux obstacles liés à leurs brevets ainsi qu'aux difficultés techniques, réglementaires et financières de Niche et de Matrix sont susceptibles de remettre en cause la capacité et l'intention de ces dernières d'entrer sur le marché, telles que déduites des éléments susvisés, et ainsi leurs possibilités réelles et concrètes de les concurrencer (voir point 386 ci-dessus).

i) Sur les obstacles liés aux brevets de Servier

**442** Il y a lieu de relever tout d'abord que, à la date de conclusion des accords Niche et Matrix, aucune décision définitive statuant sur le fond d'une action en contrefaçon des brevets de Servier n'avait été prise à l'égard du produit de Niche/Matrix. Il en résulte que ces brevets ne sauraient être considérés comme des obstacles insurmontables à l'entrée de Niche et de Matrix sur le marché (voir points 368 et 380 ci-dessus).

**443** Il convient de constater, ensuite, que les requérantes reprochent principalement à la Commission d'avoir erronément apprécié la perception par Niche comme leur propre perception de la contrefaçon et de la validité des brevets concernés.

**444** Or, ainsi qu'il ressort du point 384 ci-dessus, compte tenu de la seule compétence des autorités publiques pour établir la contrefaçon et la validité des brevets, de telles évaluations subjectives de cette contrefaçon ou de cette validité ne sauraient équivaloir à une décision d'une autorité publique constatant l'existence d'une contrefaçon, ni a fortiori à une décision définitive en ce sens, faisant des brevets en cause des obstacles insurmontables. Elles ne peuvent intervenir qu'au titre de la prise en compte de l'intention des sociétés de génériques d'entrer sur le marché, qui est un critère complémentaire d'appréciation de l'existence de possibilités réelles et concrètes d'y entrer. Elles doivent ainsi être confrontées à des éléments permettant d'évaluer la capacité d'entrer sur un marché ainsi que, le cas échéant, à d'autres éléments pouvant tout autant attester de l'intention d'une société d'entrer sur le marché, aux fins de déterminer s'il peut en être déduit l'absence de possibilités réelles et concrètes de surmonter les obstacles liés aux brevets.

**445** En l'espèce, même s'il devait être considéré, comme le soutiennent les requérantes, que l'ensemble des documents sur lesquels s'est appuyée la Commission pour estimer que Niche avait confiance dans le résultat positif du contentieux en matière de brevets (considérants 1288 et 1289 de la décision attaquée) n'étaient pas sincères – que ces documents soient purement internes à Niche ou adressés à Matrix et qu'ils soient antérieurs ou postérieurs à la modification du procédé de fabrication de l'IPA du produit de Niche/Matrix datant de fin 2004 –, eu égard notamment à d'autres documents émanant également de Niche, il ne saurait en être déduit, compte tenu d'autres éléments non contestés du dossier, que Niche n'avait pas l'intention d'entrer sur le marché.

**446** En effet, Niche avait pris toute une série de mesures visant à surmonter les obstacles liés aux brevets de Servier. Ainsi, il ressort des considérants 490 et 491 de la décision attaquée, non contestés par les requérantes, que Niche a invité les requérantes, par courrier du 27 avril 2004, à reconnaître qu'elle ne méconnaissait aucun de leurs brevets de procédé et a, ce faisant, pris l'initiative d'« ouvrir la voie », c'est-à-dire de mener une stratégie contentieuse de lancement à risque consistant à prendre des mesures pour

ouvrir un éventuel contentieux visant à vérifier l'existence d'une contrefaçon. Elle indiquait également dans ce courrier que son produit ne pouvait être considéré comme une contrefaçon du brevet 947 et que, si les requérantes invoquaient une telle contrefaçon, elle s'emploierait à obtenir l'annulation du brevet 947. Niche n'a d'ailleurs pas attendu que les requérantes introduisent une action en contrefaçon du brevet 947, puisqu'elle a formé une opposition contre le brevet 947 devant l'OEB en novembre 2004 (considérants 522 et 1290 de la décision attaquée) et a signifié aux requérantes, dans le cadre de la procédure de contrefaçon des brevets de procédé, une demande reconventionnelle en nullité du brevet 947 le 9 juillet 2004 (considérant 499 de la décision attaquée), dès qu'elle a pris conscience, ainsi qu'en attestent plusieurs documents cités par les requérantes, du risque de contrefaçon du brevet 947 par son produit. Les requérantes mentionnent par ailleurs, à plusieurs reprises, les modifications apportées par Matrix au procédé de fabrication et à la forme du produit pour éviter la contrefaçon de leurs brevets.

**447** Il ressort de ces données non contestées que Niche et Matrix ont accompli des démarches tant techniques – consistant en des modifications du procédé de fabrication et de la forme de leur produit – que contentieuses – consistant en des actions visant à ouvrir la voie et à contester la validité des brevets – pour limiter les risques de l'entrée sur le marché avec ce produit et que, ce faisant, elles avaient, à tout le moins, l'intention de surmonter les obstacles liés aux brevets en cause.

**448** Cette considération n'est pas remise en cause par le risque allégué d'injonction provisoire. En effet, ce risque est insuffisamment étayé, les requérantes se bornant à invoquer les demandes d'injonction provisoire formées et accueillies ultérieurement contre Apotex et Krka, et au surplus ne permet pas, en tant que tel et compte tenu des circonstances de l'espèce, d'exclure la qualité de concurrent potentiel de Niche et de Matrix. En effet, la procédure d'injonction provisoire implique la poursuite et l'aboutissement rapide du contentieux et offre des possibilités réelles et concrètes de défense contentieuse aux contrefacteurs présumés (voir points 592 et 593 ci-après), que Niche a déjà mises en œuvre en l'espèce en contestant la validité du brevet qui aurait fondé la procédure d'injonction.

**449** Enfin, quant à la perception de la contrefaçon ou de la validité des brevets des requérantes par ces dernières, dont l'appréciation par la Commission est également critiquée, si elle ne peut intervenir pour apprécier l'intention de Niche d'entrer sur le marché, elle peut en revanche contribuer à déterminer comment les requérantes, en leur qualité de titulaire des brevets concernés et d'opérateur présent sur le marché, perçoivent les possibilités de Niche et de Matrix d'entrer sur ce marché en dépit de ces brevets et, ainsi, leur qualité de concurrent potentiel.

**450** Il convient néanmoins de rappeler que, en vertu de la jurisprudence, le critère de la perception de l'opérateur en place constitue un critère pertinent, mais non suffisant, pour apprécier l'existence d'une concurrence potentielle (voir point 347 ci-dessus). Il s'ensuit que la prétendue perception des requérantes selon laquelle elles auraient remporté les litiges en matière de brevets en obtenant notamment une déclaration de contrefaçon, si tant est qu'elle soit établie, ne suffit pas à elle seule à exclure la qualité de concurrent potentiel de Niche et de Matrix, lorsqu'une telle qualité repose, comme en l'espèce, sur d'autres critères pertinents d'appréciation de la concurrence potentielle. Il ressort en outre de cette jurisprudence que, parmi les éléments permettant d'attester de la

perception de l'existence d'une concurrence potentielle par l'opérateur en place, le fait même qu'une entreprise déjà présente sur le marché cherche à conclure des accords avec des entreprises ayant des activités similaires dans le même secteur mais non présentes sur le marché aux fins de s'accorder sur leur entrée sur ledit marché, et a fortiori la conclusion de tels accords, bénéficient d'une force probante particulière (voir, en ce sens, arrêt du 8 septembre 2016, Lundbeck/Commission, T 472/13, sous pourvoi, EU:T:2016:449, point 144 et jurisprudence citée). Ainsi, dans la mesure où les requérantes ont conclu de tels accords avec Niche et Matrix, leur allégation selon laquelle il ressortirait de rapports d'expertise établis à leur demande ainsi que d'un courrier interne du 14 mai 2004 qu'elles étaient confiantes dans leurs chances de remporter les litiges en matière de brevets à l'encontre des sociétés de génériques ne saurait prospérer. Il peut enfin être relevé que les requérantes elles-mêmes ont fait valoir, dans le cadre de leur allégation d'utilisation de critères erronés d'appréciation de la concurrence potentielle, que la perception des opérateurs en place ne saurait constituer un élément valable pour apprécier l'existence d'une concurrence potentielle (voir point 309 ci-dessus).

**451** Il s'ensuit que, même à supposer qu'il ressorte des documents produits par les requérantes qu'elles étaient confiantes dans leurs chances de remporter les litiges en matière de brevets, il ne saurait en être déduit ni que les requérantes ne percevaient pas Niche et Matrix comme des concurrents potentiels, ni a fortiori que cette qualité de concurrent potentiel devait leur être refusée pour ce motif.

**452** Ces considérations valent, par identité de motifs, pour écarter les allégations des requérantes relatives à la perception de la contrefaçon par les partenaires commerciaux de Niche.

**453** Les arguments des requérantes relatifs aux obstacles liés à leurs brevets ne permettent pas, dès lors, de remettre en cause les possibilités réelles et concrètes de Niche et de Matrix de les concurrencer.

ii) Sur les difficultés techniques

**454** Il convient de préciser, à titre liminaire, que, dans la mesure où l'examen des possibilités réelles et concrètes de fabriquer un produit diffère de celui des possibilités réelles et concrètes d'obtenir une AMM, mais que certains problèmes de fabrication peuvent avoir des conséquences sur l'obtention d'une AMM, les arguments des requérantes relatifs aux difficultés techniques de Niche et de Matrix seront examinés avant ceux relatifs aux difficultés de Niche et de ses partenaires pour obtenir les AMM demandées.

**455** Il y a lieu de relever, s'agissant de ces difficultés techniques, qu'elles ne sont que sommairement évoquées par la Commission dans la partie de la décision attaquée spécifiquement consacrée à l'analyse de la qualité de concurrent potentiel de Niche (considérants 1282 à 1298 ; voir, également, points 432 à 438 ci-dessus) et que la Commission ne leur consacre pas de développements dans la partie de la décision attaquée visant à présenter les critères d'appréciation de la concurrence potentielle (considérants 1156 à 1183). Ces difficultés sont en revanche examinées de manière détaillée dans la partie de la décision attaquée relative à la présentation des accords Niche et Matrix ainsi que des circonstances de leur conclusion (considérants 463 à 479) et il en ressort que la Commission s'est principalement fondée sur les efforts accomplis pour trouver des solutions aux difficultés techniques en cause et sur l'absence de preuve du

caractère insurmontable de ces difficultés (considérant 479 ; voir, également, considérant 1296).

**456**La Commission a ainsi considéré que la qualité de concurrent potentiel ne dépendait pas de la disposition d'un produit « prêt à être commercialisé » (considérant 1296 de la décision attaquée), ou « viable », selon une expression utilisée de manière synonyme par la Commission (voir notamment considérant 1884 de la décision attaquée), c'est-à-dire remplissant à la fois les conditions techniques pour être mis sur le marché en termes notamment de procédé de fabrication, de composition, de forme ou encore de conditionnement et les conditions de rentabilité (voir point 606 ci-après).

**457**Les requérantes ne contestent pas qu'une société de génériques puisse être considérée comme un concurrent potentiel de la société de princeps alors qu'elle ne dispose pas d'un produit prêt à être commercialisé. Elles critiquent, en revanche, le critère retenu par la Commission pour qualifier une telle société de génériques de concurrent potentiel, en arguant que les efforts fournis pour fabriquer ce produit établiraient tout au plus l'intention subjective de ladite société et non sa capacité réelle et concrète à entrer sur le marché dans un court laps de temps.

**458**Il y a lieu de considérer que, en se fondant sur les démarches visant à mettre au point un produit en vue de sa commercialisation et le maintien des efforts pour obtenir un tel produit, la Commission a effectivement pris en compte l'intention des sociétés de génériques d'entrer sur le marché. Toutefois, de tels efforts ne témoignent pas uniquement d'une intention d'obtenir un produit prêt à être commercialisé. Ils sont également révélateurs de la capacité de l'obtenir, dès lors, d'une part, qu'ils impliquent l'accomplissement de démarches actives dans le processus d'obtention d'un produit fini, visant tant à concevoir le produit pharmaceutique qu'à le fabriquer concrètement, et, d'autre part, que de telles démarches sont prises en compte, ainsi qu'il ressort de la décision attaquée (voir point 455 ci-dessus) et que le négligent les requérantes, uniquement lorsqu'elles ont des chances d'aboutir et ne se heurtent pas à des problèmes insurmontables.

**459**Il convient d'ajouter que la Commission n'a pas négligé, ce faisant, le critère de l'entrée suffisamment rapide sur le marché, caractéristique de la concurrence potentielle. En effet, eu égard au délai moyen de deux à trois ans requis pour développer une technologie d'IPA de périndopril en vue d'une utilisation commerciale, retenu par la Commission dans la décision attaquée à partir des faits de l'espèce (note en bas de page no 1669) et non contesté par les requérantes, ainsi qu'au fait que Niche et Matrix ont commencé leur collaboration en mars 2001, date de l'accord Niche-Matrix, les efforts pris en compte par la Commission, datant de 2004-2005 (voir point 461 ci-après), sont les derniers efforts avant la finalisation en l'espèce des démarches réglementaires, lesquelles sont, ainsi que les parties l'ont confirmé en substance lors de l'audience, généralement menées en parallèle aux dernières démarches de mise au point du produit (voir point 477 ci-après). Ainsi, de tels efforts accomplis à un stade avancé du développement du produit générique sont susceptibles, s'ils sont couronnés de succès, de permettre une entrée suffisamment rapide sur le marché et ont à juste titre été considérés comme exerçant une pression concurrentielle sur la société de princeps.

**460**Il s'ensuit par ailleurs que, aux fins de déterminer si une société de génériques développant un médicament générique exerce une pression concurrentielle sur la société titulaire du médicament de référence, il appartient à la Commission d'établir

l'accomplissement d'efforts à un stade avancé du développement du médicament générique susceptibles de permettre une entrée suffisamment rapide sur le marché, à charge pour l'entreprise concernée de fournir des éléments de preuve attestant de l'existence de problèmes insurmontables rencontrés dans le développement de ce médicament.

**461**Or, en l'espèce, il y a lieu de relever qu'il ressort de la décision attaquée, telle que précisée par les écritures de la Commission, que la modification du procédé de fabrication de l'IPA du produit de Niche/Matrix, intervenue fin 2004 aux fins de limiter les risques de contrefaçon des brevets des requérantes, a entraîné une réduction de la taille de la particule, laquelle a conduit à réduire la dureté des comprimés ainsi qu'à une modification du profil de dissolution. Selon la Commission, Niche, Matrix et Unichem ont envisagé plusieurs solutions aux fins de résoudre ces difficultés techniques, dont notamment de nouveaux essais, en partie mis en œuvre dès janvier 2005, ainsi qu'en attesteraient plusieurs courriers datant de décembre 2004 et de janvier 2005, faisant état tant des mesures d'ores et déjà prises et de leurs résultats que de mesures envisagées, y compris à la suite des mesures prises (considérants 471 à 473). Quant au problème d'impureté également détecté fin 2004, il a fait l'objet en janvier 2005 de plusieurs courriers de Niche notamment à Matrix, lui demandant de faire des recherches en vue d'identifier de manière certaine la source de l'impureté, identification qui a eu lieu dès le 3 janvier 2005, et envisageant diverses solutions en vue de régler ce problème d'impureté. Le problème concernant le contrôle du niveau des éléments résiduels a fait l'objet d'un échange de correspondance similaire en janvier 2005, produit par les requérantes elles-mêmes.

**462**Il en résulte ainsi que Niche et Matrix ont envisagé, voire mené, des actions en vue de résoudre les difficultés techniques apparues à la suite de la modification du procédé de fabrication de leur IPA de périndopril et qu'elles ont, partant, accompli des efforts en vue d'obtenir un produit prêt à être commercialisé. Il en résulte au surplus que ces efforts ont été accomplis à un stade avancé du développement de l'IPA, dès lors qu'ils l'ont été à un moment où plusieurs demandes d'AMM avaient déjà été déposées (considérant 454 de la décision attaquée).

**463**Il importe de souligner, à cet égard, que, si les requérantes ont prétendu que la Commission avait dénaturé les faits en interprétant positivement les efforts de Niche et de Matrix comme étant proches d'un aboutissement, elles n'ont pas remis en cause l'existence même de ces efforts et n'ont pas davantage déploré l'absence d'aboutissement desdits efforts à la date de conclusion des accords Niche et Matrix, qui s'explique par le court laps de temps séparant la détection des difficultés techniques (fin 2004) et la date de cette conclusion (février 2005). Par ailleurs, aucun des éléments avancés par les requérantes ne permet de considérer que les efforts accomplis se heurtaient à des problèmes insurmontables.

**464**Tout d'abord, il convient d'écarter la pertinence de l'ensemble des arguments et des documents relatifs à des données postérieures à la conclusion des accords Niche et Matrix le 8 février 2005. En effet, ces données reflètent la mise en œuvre des accords et, en particulier, de leurs clauses interdisant la fabrication d'un produit contrefaisant les brevets des requérantes (voir point 385 ci-dessus). Elles ne sauraient partant permettre de déterminer si Niche et Matrix rencontraient des difficultés techniques insurmontables ou si elles avaient limité leurs efforts en vue de surmonter ces difficultés eu égard à ces clauses.

**465**Il s'ensuit que le constat de la persistance d'un taux trop élevé d'impuretés dans un rapport d'avril 2005 transmis à Niche ne permet pas en tant que tel d'établir le caractère insurmontable de ce problème, et ce d'autant plus que ce rapport est intervenu peu de temps après la détection du problème d'impureté en cause (voir point 461 ci-dessus) et précède ainsi l'adoption et la concrétisation de mesures visant à résoudre ledit problème. De même, la résiliation de l'accord Niche-Matrix et le lancement par les filiales de Matrix d'un générique de périndopril autre que celui de Niche et de Matrix, intervenus postérieurement aux accords Niche et Matrix, sont les conséquences directes ou indirectes de la mise en œuvre de ces accords prévoyant qu'il soit mis un terme aux activités de Niche et de Matrix relatives à leur périndopril. Sont également et a fortiori dépourvus de pertinence en l'espèce les problèmes d'uniformité entre les lots détectés en mai 2005, de même que les problèmes d'instabilité du produit constatés en juillet 2005, et ce d'autant plus que les requérantes n'allèguent ni que ces problèmes existaient avant la conclusion des accords Niche et Matrix, ni qu'ils étaient insurmontables en ce que Niche et Matrix ne parvenaient pas à les résoudre.

**466**Ensuite, n'est pas davantage susceptible d'établir l'existence de problèmes insurmontables en l'espèce la déclaration en ce sens de Niche. En effet, d'une part, cette déclaration a été faite par Niche en octobre 2009, en réponse à un questionnaire de la Commission, soit après l'ouverture de la procédure administrative ayant donné lieu à la décision attaquée. Il ne saurait dès lors être exclu que la déclaration en cause relevait d'une stratégie de défense de Niche visant à écarter sa qualité de concurrent potentiel [voir, en ce sens, arrêt du 8 septembre 2016, Sun Pharmaceutical Industries et Ranbaxy (UK)/Commission, T 460/13, non publié, sous pourvoi, EU:T:2016:453, point 94], les requérantes ayant par ailleurs elles-mêmes reconnu, s'agissant de contrats conclus par Niche avec des partenaires commerciaux, que celle-ci pouvait adopter des postures ne reflétant pas la réalité. D'autre part, la déclaration en cause de Niche doit être mise en perspective avec ses actes contemporains des faits litigieux et, en particulier, ses actes susvisés qui attestent de ses efforts aux fins de surmonter les problèmes techniques détectés.

**467**Enfin, l'allégation des requérantes selon laquelle certaines des difficultés techniques identifiées empêchaient l'obtention d'une AMM ne permet pas non plus de qualifier lesdites difficultés d'insurmontables. En effet, quand bien même certaines exigences techniques – dont notamment l'une de celles posant difficultés selon les requérantes, à savoir le taux d'impureté – doivent être satisfaites pour qu'une AMM soit délivrée, il y a lieu de constater que le caractère insurmontable de cette difficulté technique n'est pas établi en l'espèce.

**468**En effet, il ressort clairement du courrier électronique du 4 janvier 2005 de Niche à Unichem et à Matrix que Niche a demandé à Matrix de poursuivre ses recherches quant à l'origine de l'impureté compte tenu de l'analyse différente à cet égard d'Unichem et d'arrêter, si possible, sa production le temps de trouver une solution au problème d'impureté, dans l'hypothèse où le taux d'impureté dans le matériel déjà produit serait supérieur à 0,1 %. L'arrêt de la production demandé par Niche était donc, d'une part, hypothétique, la Commission prétendant d'ailleurs qu'un arrêt effectif n'aurait pas été établi, en se fondant sur un courrier envoyé par Niche à Matrix le 7 mars 2005, qui indiquait que le processus de fabrication n'avait été stoppé qu'après la conclusion des accords Niche et Matrix (voir également considérant 626 de la décision attaquée). Il était,

d'autre part et en tout état de cause, provisoire, car limité au temps requis pour le règlement de la difficulté technique en cause, règlement dont il ressort par ailleurs du dossier qu'il avait déjà été entamé et portait sur un dépassement limité du seuil requis. En effet, il ressort des pièces produites par les requérantes elles-mêmes à la fois que le dépassement du taux de 0,1 % oscillait entre 0,01 % et 0,03 %, et que Matrix était en contact étroit avec Unichem pour lui fournir tant des résultats d'analyse que des conseils relatifs à la réalisation des analyses du produit, ainsi qu'en attestent les échanges de courriers électroniques intervenus entre Matrix et Unichem du 21 au 24 janvier 2005.

**469** De même, Unichem a certes, en février 2005, rejeté plusieurs lots du produit en raison de la présence d'impuretés en quantité supérieure au plafond de 0,1 %. Toutefois, il ressort des pièces du dossier attestant de ces rejets qu'Unichem a demandé à Matrix d'enquêter sur la cause du non-respect de ce plafond et au sous-traitant de Matrix de vérifier le processus de fabrication ainsi que de contrôler le niveau d'impuretés de tous les futurs lots qui lui seraient fournis, suggérant par là même que le problème d'impureté n'excluait pas son approvisionnement futur en périndopril de Niche et de Matrix et, ainsi, la poursuite du processus de mise au point de ce périndopril.

**470** L'arrêt allégué de la production et le rejet de lots par Unichem ne permettent pas, partant, d'établir que le taux d'impureté constituait une difficulté technique insurmontable pour Niche et Matrix à la date de conclusion des accords Niche et Matrix, de nature à faire obstacle à la constatation d'une concurrence potentielle.

**471** Il résulte ainsi de l'absence de caractère insurmontable du problème d'impureté en cause qu'il ne saurait en tant que tel empêcher la délivrance de l'AMM et ainsi empêcher l'entrée de Niche et de Matrix sur le marché. Il convient d'ajouter, à la suite de la Commission, que quand bien même Niche et Matrix ne seraient pas parvenues à ramener le taux d'impureté au seuil souhaité, il leur restait encore la possibilité de faire réaliser des études toxicologiques afin de démontrer que l'impureté en cause ne posait pas de problème sanitaire et de se voir également octroyer en conséquence l'AMM.

**472** Les arguments des requérantes relatifs aux difficultés techniques rencontrées par Niche et Matrix ne permettent pas, dès lors, de remettre en cause les possibilités réelles et concrètes de ces sociétés de les concurrencer.

iii) Sur les obstacles réglementaires

**473** Il convient de rappeler que, dans la décision attaquée, la Commission a constaté que, à l'exception de Krka, les sociétés de génériques avaient conclu les accords litigieux avant d'avoir obtenu les AMM nécessaires à la commercialisation de leurs produits. Elle a néanmoins considéré que l'absence d'AMM ne signifiait pas que le produit n'était pas en mesure d'atteindre le marché, aussi longtemps que la société de génériques maintenait ses efforts afin d'obtenir l'approbation réglementaire et que ces tentatives ne se heurtaient pas à des problèmes objectivement insurmontables au moment du règlement amiable. La Commission a ajouté que, dans aucun des cas, la demande d'AMM des sociétés de génériques n'allait finalement être rejetée par les autorités réglementaires (considérants 1180 et 1181).

**474** Il importe de souligner, à titre liminaire, que les requérantes ne contestent pas qu'une société de génériques puisse être considérée comme un concurrent potentiel de la société de princeps avant d'avoir obtenu une AMM.



**475**Elles critiquent, en revanche, le critère retenu par la Commission pour qualifier un demandeur d'AMM de concurrent potentiel, à savoir la fourniture d'efforts pour l'obtention de cette AMM ne se heurtant pas à des problèmes objectivement insurmontables, en arguant que de tels efforts établiraient tout au plus l'intention subjective et non la capacité réelle et concrète du demandeur à entrer sur le marché dans un court laps de temps.

**476**Il y a lieu de considérer que, en se fondant sur l'introduction d'une demande d'AMM et le maintien des efforts pour obtenir cette AMM, la Commission a effectivement pris en compte l'intention des sociétés de génériques d'entrer sur le marché. Toutefois, de tels efforts ne témoignent pas uniquement d'une intention de poursuivre la procédure d'AMM. Ils sont également révélateurs de la capacité d'obtenir l'AMM demandée, dès lors qu'ils impliquent l'accomplissement de démarches actives dans la procédure d'AMM visant pour l'essentiel à compléter le dossier de demande d'AMM, en présentant des documents ou des explications supplémentaires par écrit ou oralement (article 19, point 3, de la directive 2001/83, telle que modifiée), et que de telles démarches ne sont prises en compte que lorsqu'elles ont des chances objectives d'aboutir et ne se heurtent pas à des problèmes objectivement insurmontables. Il y a lieu de préciser, à cet égard, contrairement à ce qu'ont pu prétendre les requérantes lors de l'audience, que le recours par la Commission au critère des problèmes insurmontables dans son analyse des difficultés réglementaires ne revient pas à fonder ladite analyse sur ce seul critère, mais vise seulement et pertinemment, aux fins d'établir le caractère réel et concret des possibilités en cause, à compléter l'examen en l'espèce de la capacité d'obtenir l'AMM demandée fondée sur les démarches accomplies par le demandeur.

**477**Il convient de souligner, par ailleurs, que les demandes d'AMM pour des produits génériques peuvent suivre une procédure abrégée s'appuyant sur les résultats des tests et des essais communiqués dans la demande d'AMM du produit de princeps et se limiter à démontrer en substance, dans le cadre de cette procédure, l'équivalence entre le médicament générique et le médicament de référence (considérant 74 de la décision attaquée, se fondant sur l'article 10 de la directive 2001/83, telle que modifiée). Pour ce faire, le demandeur d'AMM pour le produit générique doit produire toute une série de données relevant de la documentation pharmaceutique, préclinique et clinique figurant au dossier du médicament de référence (article 11 de la directive 2001/83, telle que modifiée), que ce demandeur peut obtenir soit en les demandant au titulaire de l'AMM pour le médicament de référence, soit en ayant accès au dossier de ce médicament, à condition toutefois qu'un tel accès ait été accordé de manière générale par ce titulaire après la délivrance de l'AMM concernée (article 10 quater de la directive 2001/83, telle que modifiée). Ainsi, même si, comme les parties l'ont précisé lors de l'audience en réponse à une question du Tribunal, le titulaire de l'AMM pour le médicament de référence n'est en principe pas directement informé par l'autorité réglementaire du dépôt d'une demande d'AMM pour un médicament générique correspondant, les interventions des sociétés de princeps auprès de ces autorités pour contester notamment l'équivalence entre le médicament générique et le médicament de référence, rapportées tant par la Commission que par les requérantes, attestent que ces sociétés disposent de moyens d'être informées du dépôt de ces demandes d'AMM et qu'elles peuvent subir dès ce stade une pression concurrentielle, et ce d'autant plus que la procédure d'AMM est généralement la dernière phase des préparatifs avant l'entrée sur le marché, les demandeurs d'AMM faisant en sorte d'être prêts à entrer sur le marché au moment de son obtention (voir point 459 ci-dessus). Cette pression concurrentielle exercée sur les

sociétés de princeps est par ailleurs également attestée par le fait qu'il n'est pas rare que ces sociétés proposent, dès la fin de la période d'exclusivité des données relatives à leur médicament et le dépôt des premières demandes de procédure abrégée pouvant se fonder sur ces données, des modifications des monographies de leur médicament inscrites à la pharmacopée européenne en vue d'obliger les demandeurs d'AMM à modifier leurs demandes aux fins de respecter les normes de la pharmacopée européenne et, le cas échéant, d'obtenir le rejet desdites demandes. Les requérantes ont ainsi révisé leur monographie du périndopril à deux reprises, obligeant les sociétés de génériques demandant des AMM pour leur produit générique à déposer des demandes de variations de leurs dossiers d'AMM (considérants 132 à 136 et 1181 de la décision attaquée).

**478** Il résulte par ailleurs du fait qu'une pression concurrentielle est susceptible de s'exercer dès le dépôt de la demande d'AMM et aussi longtemps que des efforts ne se heurtant pas à des problèmes objectivement insurmontables sont accomplis en vue d'obtenir l'AMM que les retards subis dans les procédures d'AMM ne suffisent pas à eux seuls à exclure la qualité de concurrent potentiel des demandeurs d'AMM concernés par de tels retards (voir, en ce sens et par analogie, arrêt du 3 avril 2003, *BaByliss/Commission*, T 114/02, EU:T:2003:100, points 102 à 106 ; voir, également, point 340 ci-dessus). En outre, dans la mesure où la procédure d'AMM précède généralement l'entrée sur le marché et où l'obtention d'une AMM permet en principe l'entrée immédiate sur le marché et ainsi l'exercice d'une concurrence effective, l'exigence d'une obtention particulièrement rapide de l'AMM ou d'absence de retard dans cette obtention reviendrait à nier la différence entre concurrence réelle et concurrence potentielle (voir, en ce sens, arrêt du 8 septembre 2016, *Lundbeck/Commission*, T 472/13, sous pourvoi, EU:T:2016:449, points 313 et 314).

**479** Il s'ensuit également que, aux fins de déterminer si un demandeur d'AMM exerce une pression concurrentielle sur la société titulaire du médicament de référence, il appartient à la Commission d'établir l'existence d'une demande d'AMM et d'une participation active de la société de génériques à la procédure d'octroi de l'AMM, à charge pour ladite société de fournir des éléments de preuve attestant de l'existence de problèmes empêchant objectivement l'obtention de l'AMM demandée.

**480** Or, en l'espèce, il y a lieu de relever qu'il ressort de la décision attaquée (considérant 454) et de la requête que Niche ou ses partenaires ont déposé des demandes d'AMM dans plusieurs pays d'Europe (République tchèque, Danemark, France, Hongrie, Pays-Bas, Portugal, Slovénie, Suède, Royaume-Uni), la première l'ayant été dès octobre 2003 au Royaume-Uni. Il ressort également de la décision attaquée (considérant 455), des pièces du dossier administratif et de la requête elle-même que les demandeurs d'AMM ont apporté des réponses aux différentes notifications d'irrégularités et autres commentaires envoyés par les autorités réglementaires nationales. En effet, même si les requérantes font valoir que la Commission a erronément considéré qu'une réponse était apportée à ces commentaires et à ces notifications d'irrégularités, elles exposent de manière détaillée les nombreux échanges entre les demandeurs d'AMM et les différentes autorités réglementaires nationales concernées, mettant ainsi en évidence non seulement la possibilité d'une pluralité de notifications d'irrégularités portant sur des irrégularités différentes, mais également le fait que les demandeurs ont répondu à ces notifications d'irrégularités de manière suffisamment satisfaisante pour qu'elles ne soient pas suivies d'une réitération de la notification d'irrégularités ou d'un refus d'octroi des AMM

demandées. Or, de telles réponses attestent précisément des efforts accomplis et poursuivis, malgré l'ampleur de certains échanges entre les demandeurs et les autorités réglementaires ainsi que les prétendus problèmes majeurs soulevés dans lesdites notifications, pour obtenir les AMM demandées.

**481** Il en résulte qu'il ne saurait être reproché à la Commission, comme le font les requérantes, d'avoir violé leurs droits de la défense et le principe de bonne administration en refusant de faire droit à leur demande, formulée au cours de la procédure administrative, de production de l'ensemble de la correspondance entre Niche ou ses partenaires et les autorités réglementaires nationales concernées. En effet, il ressort du tableau résumant le contenu de ces échanges produit par Niche au cours de la procédure administrative et repris en substance par les requérantes dans leurs écritures, tel qu'examiné au point 480 ci-dessus, que les problèmes identifiés par les autorités réglementaires nationales n'ont pas empêché Niche d'y apporter des réponses, ni la procédure d'AMM de se poursuivre. Dans ces circonstances, il ne peut être considéré que la correspondance avec les autorités réglementaires nationales revêtait dans son intégralité une importance considérable pour la défense des requérantes, seule susceptible de fonder à la charge de la Commission une obligation de se la procurer à leur demande, au sens de l'arrêt du 12 juin 2014, Intel/Commission (T 286/09, EU:T:2014:547, points 378 à 380), allégué par les requérantes et annulé depuis (arrêt du 6 septembre 2017, Intel/Commission, C 413/14 P, EU:C:2017:632), sans que les conditions posées par le Tribunal pour imposer à la Commission une obligation de se procurer certains documents à la demande d'une entreprise visée par une enquête aient été remises en cause. Est par ailleurs révélateur de cette absence d'importance considérable pour la contestation de la qualité de concurrent potentiel de Niche le fait souligné par la Commission et non remis en cause par les requérantes que Niche, qui disposait ou était en mesure de disposer de l'ensemble de cette correspondance, ne l'ait produite en intégralité ni au cours de la procédure administrative devant la Commission, ni dans le cadre du recours qu'elle a introduit contre la décision attaquée devant le Tribunal (affaire T 701/14) au soutien de son moyen critiquant sa qualification de concurrent potentiel de Servier par la Commission.

**482** Par ailleurs, aucun des éléments avancés par les requérantes ne permet de considérer que les demandes d'AMM portant sur le produit de Niche/Matrix se heurtaient à des problèmes objectivement insurmontables.

**483** Tout d'abord, il convient d'écartier la pertinence de l'ensemble des arguments et des documents relatifs à des données postérieures à la conclusion des accords Niche et Matrix en février 2005. En effet, comme le souligne à juste titre la Commission, ces données reflètent la mise en œuvre des accords Niche et Matrix et, en particulier, de leurs clauses interdisant la commercialisation du produit de Niche/Matrix et le dépôt de demandes d'AMM relatives à ce produit ainsi que celle prévoyant la suspension ou la fin des contrats relatifs à ce produit et aux AMM correspondantes (voir point 385 ci-dessus). Elles ne sauraient, partant, permettre de déterminer si Niche et Matrix rencontraient des difficultés objectivement insurmontables dans la procédure d'AMM ou si elles avaient, conformément aux accords Niche et Matrix, limité leurs efforts en vue de l'obtention des AMM demandées. Les notifications d'irrégularités postérieures aux accords Niche et Matrix, quand bien même elles porteraient sur des difficultés qui existaient déjà au moment des demandes d'AMM, ne sont ainsi pas susceptibles d'être qualifiées de

problèmes objectivement insurmontables, compte tenu des réponses insuffisantes qui y auraient été apportées. Il est par ailleurs également indifférent qu'un partenaire de Niche se soit vu refuser l'AMM demandée au Danemark en septembre 2005, et ce d'autant plus que l'un de ses autres partenaires a vu sa demande accueillie en mai 2005 aux Pays-Bas.

**484** Quant à la notification d'irrégularités par l'autorité réglementaire du Royaume-Uni intervenue postérieurement aux accords Niche et Matrix, il y a lieu de considérer que, même si elle ne saurait résulter de la limitation des efforts de Niche en vue d'obtenir l'AMM demandée, dès lors que l'article 9 de l'accord Niche prévoit que Niche n'est pas tenue de mettre un terme aux procédures d'AMM engagées en son propre nom – ce qui était le cas de la demande d'AMM déposée au Royaume-Uni –, il ne peut davantage en être déduit l'existence de problèmes objectivement insurmontables rencontrés au cours de la procédure d'AMM. En effet, quand bien même, comme le font valoir les requérantes, cette notification d'irrégularités réitérerait des critiques précédentes antérieures à l'accord Niche, cette réitération révèle précisément que les irrégularités relevées permettaient à la procédure d'AMM de se poursuivre et n'étaient pas suffisantes pour être suivies d'un refus d'AMM.

**485** Ensuite, ne sont pas davantage susceptibles d'établir l'existence de problèmes objectivement insurmontables les différents documents internes à Niche ou envoyés par Niche à ses partenaires, produits par les requérantes, et faisant état de difficultés, de sérieux problèmes de retard et de rejet probable de certaines demandes d'AMM. En effet, de telles perceptions, quand bien même elles seraient établies, sont par nature subjectives et ne permettent à elles seules de révéler l'existence de problèmes objectivement insurmontables.

**486** Enfin, l'allégation des requérantes selon laquelle les demandes d'AMM auraient nécessité des modifications que Matrix et Niche n'auraient pas été en mesure d'effectuer ne repose sur aucune donnée probante. En effet, si les documents cités au soutien de cette allégation font certes état de difficultés techniques liées à la modification du procédé de fabrication par Matrix (pour l'examen de l'impact de ces difficultés sur les possibilités réelles et concrètes de Niche et de Matrix d'entrer sur le marché, voir points 461 à 472 ci-dessus) et de l'absence de finalisation du nouveau DMF à la date de conclusion des accords Niche et Matrix, contrairement à ce qui est affirmé au considérant 455 de la décision attaquée, ils ne fournissent aucune indication quant à l'absence de démarches visant à modifier le DMF, certains d'entre eux suggérant même la réalisation de telles démarches. Il peut être relevé au surplus que le fait que ces démarches n'avaient pas encore abouti le 8 février 2005 doit être mis en perspective avec le fait que la modification du procédé de fabrication de Matrix date de la fin de l'année 2004.

**487** Les arguments des requérantes relatifs aux difficultés réglementaires rencontrées par Niche ne permettent pas, dès lors, de remettre en cause ses possibilités réelles et concrètes de les concurrencer.

iv) Sur les obstacles financiers

**488** Il convient de rappeler que, au considérant 1294 de la décision attaquée, en réponse à l'allégation de Niche selon laquelle sa situation financière était précaire et elle aurait probablement été dissoute si elle n'avait pas conclu l'accord Niche, la Commission a relevé qu'un accord d'affacturage conclu en décembre 2004 aurait fourni à Niche des fonds de roulement supplémentaires (voir également note en bas de page no 869 de la décision attaquée), que Niche aurait reçu en janvier 2005 de la part des requérantes un acompte

non remboursable d'un montant compris entre 0 et 5 millions d'euros dans le cadre de son acquisition projetée par les requérantes (voir également considérant 535 de la décision attaquée) et qu'elle aurait pu améliorer sa situation financière en demandant une garantie à sa société mère ou en demandant à Matrix de contribuer aux coûts contentieux à venir (voir également point 438 ci-dessus). La Commission a par ailleurs constaté que Niche avait conclu quatorze contrats avec des partenaires commerciaux souhaitant commercialiser son périndopril et négociait un futur accord de fourniture avec Teva quelques jours seulement avant la conclusion de l'accord Niche (considérant 1284 de la décision attaquée ; voir, également, point 434 ci-dessus).

**489** Il s'en déduit que la Commission a considéré que l'entrée sur le marché de Niche et de Matrix ne se heurtait pas à l'obstacle financier insurmontable que constituerait une faillite de Niche et que cette dernière disposait au surplus de la capacité financière requise pour mener à bien cette entrée.

**490** Les requérantes contestent cette appréciation de la Commission, en invoquant la situation financière précaire et le risque de faillite de Niche.

**491** S'agissant, premièrement, de la situation financière prétendument précaire de Niche, il y a lieu de relever, tout d'abord, que les requérantes ne contestent pas avoir versé à Niche un acompte non remboursable d'un montant compris entre 0 et 5 millions d'euros en janvier 2005 et reconnaissent que le contrat d'affacturage susvisé permettait de financer Niche au premier trimestre de 2005.

**492** Il y a lieu de relever, ensuite, que les requérantes fondent leur allégation d'une situation financière précaire de Niche sur la seule suggestion en ce sens de cette dernière en réponse à des questions posées par la Commission en 2009 dans le cadre de la procédure administrative ayant donné lieu à la décision attaquée, ainsi que sur un résumé des comptes de Niche. Toutefois, si ce résumé atteste certes de pertes en 2003 et en 2004, il révèle également l'amélioration substantielle de la situation déficitaire de Niche en 2004 par rapport à 2003 (réduction de ses pertes de près des deux tiers). Les requérantes ne contestent par ailleurs ni qu'Unichem a prêté 350 000 GBP à Niche en août 2004, parallèlement à un investissement de 29 000 GBP des actionnaires de la direction de Niche, ni que les bénéfices de Niche avant déduction des coûts de développement étaient en hausse lors de l'exercice 2003/2004 par rapport à l'exercice précédent. Les requérantes ne contestent pas davantage la déclaration du directeur financier de Niche en octobre 2004, selon laquelle « la rentabilité des mois d'octobre et de novembre [2004] devrait dépasser les prévisions en raison d'un volume des ventes élevé dans l'Union », et se contentent de souligner que les estimations de ce directeur pour la période allant de décembre 2004 à mars 2005, dont elles admettent le caractère hypothétique, étaient moins favorables.

**493** S'agissant, deuxièmement, du prétendu risque de faillite de Niche, les requérantes le déduisent des importants frais auxquels celle-ci pouvait être exposée dans le cadre de ses litiges en matière de brevets et qui ne pouvaient être financés ni par Unichem ni par ses partenaires commerciaux, dissuadés par les problèmes posés par son périndopril, qui constituait son principal projet commercial.

**494** Quant aux frais contentieux qui pouvaient prétendument être mis à la charge de Niche, il y a lieu de relever que les requérantes se contentent, d'une part, d'alléguer qu'un jugement en défaveur de Niche l'aurait mise en faillite et que Niche n'aurait pas été en mesure de régler les dommages et intérêts élevés auxquels elle aurait pu être condamnée

et, d'autre part, d'estimer les frais d'avocat en fonction de ceux exposés par les requérantes et du coût moyen à chaque niveau d'instance devant les juridictions du Royaume-Uni. Or, de telles allégations ne sont fondées que sur de simples affirmations de Niche, au surplus hypothétiques, ainsi que sur des évaluations très approximatives, voire inexistantes en ce qui concerne les dommages et intérêts invoqués, et ne tiennent aucun compte des paiements et des prêts effectués en août 2004 pour faire face aux frais contentieux (voir point 492 ci-dessus) ni du partage prévu de certains frais contentieux.

**495**Quant au projet de périndopril de Niche et de Matrix, il résulte des considérations susvisées relatives aux obstacles liés aux brevets ainsi qu'aux obstacles techniques et réglementaires que Niche et Matrix disposaient de possibilités réelles et concrètes de surmonter ces obstacles et d'entrer de manière suffisamment rapide sur le marché avec leur périndopril (voir points 453, 472 et 487 ci-dessus). Ainsi, même à supposer, comme le prétendent les requérantes, que le périndopril ait été le principal projet commercial de Niche, il ne saurait être considéré que les difficultés auxquelles Niche et Matrix étaient confrontées pour le mener à bien étaient telles qu'elles auraient engendré un risque de faillite de Niche, qui aurait nui à ses possibilités d'obtenir un financement externe.

**496**Quant au prétendu financement défaillant d'Unichem, il ressort clairement du rapport établi par une société d'audit dans le cadre du projet d'acquisition de Niche par les requérantes que, « [a]u cas où [les] recettes [du périndopril] seraient retardées, Unichem continuera de jouer son rôle d'actionnaire en capitalisant une partie de son prêt », soit un montant compris entre 1 et 2 millions de GBP.

**497**Quant aux contrats conclus ou en cours de négociation avec des partenaires commerciaux, les requérantes ne fournissent aucun élément de nature à établir que ces contrats auraient été résiliés ou que les négociations en cours avec Teva auraient été interrompues, à la date de conclusion de l'accord Niche, du fait des difficultés rencontrées par le projet de périndopril de Niche et de Matrix. En effet, elles se contentent de soutenir que Niche souhaitait ne pas révéler ses difficultés à ses partenaires et que l'accord en cours de négociation avec Teva n'aurait pas pu être conclu rapidement en raison de lourdeurs administratives.

**498**Il peut encore être ajouté, à la suite de la Commission, non contestée à cet égard par les requérantes, que, si Niche était effectivement au bord de la faillite, les requérantes n'auraient eu aucun intérêt à conclure l'accord Niche prévoyant le versement d'un montant correspondant à une proportion non négligeable de sa valeur, telle que résultant de l'audit effectué dans le cadre du projet d'acquisition de Niche (considérant 532 de la décision attaquée).

**499**Il résulte de ce qui précède que les requérantes n'ont établi ni la situation financière précaire ni les perspectives de faillite alléguées et n'ont ainsi remis en cause ni la capacité financière de Niche à entrer sur le marché ni l'absence d'obstacles financiers insurmontables à cette entrée, telles que constatées par la Commission dans la décision attaquée.

**500**Partant, aucune des allégations des requérantes relatives aux obstacles liés à leurs brevets, aux difficultés techniques, réglementaires et financières de Niche et de Matrix ne permettent de remettre en cause la capacité et l'intention de ces sociétés d'entrer sur le marché, telles qu'établies par la Commission dans la décision attaquée (voir point 440 ci-dessus).

**501** Par conséquent, le grief tiré d'une appréciation erronée de la qualité de concurrent potentiel de Niche et de Matrix doit être écarté.

b) Sur les erreurs de droit et d'appréciation relatives à la qualification de restriction de concurrence par objet des accords Niche et Matrix

1) Arguments des parties

i) Sur la restriction significative de concurrence

**502** Les requérantes soutiennent que, en raison de leur contexte économique et juridique, les accords Niche et Matrix ne pouvaient conduire à aucune restriction sensible de concurrence.

**503** Tout d'abord, la Commission aurait commis une erreur de droit en se limitant à examiner si les accords Niche et Matrix étaient susceptibles de produire des effets négatifs sur la concurrence, alors qu'elle aurait dû établir que ces accords étaient « tellement susceptibles » d'avoir de tels effets. Or, les accords Niche et Matrix, qui auraient eu pour objet de clore un litige à l'amiable, auraient eu des effets ambivalents sur la concurrence, dépendant de l'issue du contentieux et d'autres facteurs externes, et ne sauraient être comparés à des accords de fixation de prix ou d'élimination d'un concurrent potentiel.

**504** Ensuite, les requérantes soutiennent que les clauses de non-contestation et de non-commercialisation ne constituent pas, en elles-mêmes, des restrictions sensibles de concurrence.

**505** Une clause de non-contestation serait ainsi inhérente à tout règlement amiable tant pour mettre fin aux contentieux en cours que pour éviter de futurs contentieux. En l'espèce, le différend avec Niche et Matrix aurait porté tant sur les brevets de procédé que sur les brevets de formes polymorphes. La perte d'une chance de gagner un contentieux ne saurait suffire à qualifier de restriction par objet un accord de règlement amiable d'un véritable contentieux. De plus, les requérantes relèvent que neuf autres sociétés avaient formé opposition contre le brevet 947 et ne seraient pas concernées par les accords Niche et Matrix. Par ailleurs, les accords en cause n'auraient eu aucun impact sur la position des autres sociétés de génériques, le contentieux opposant les requérantes à Niche et à Matrix au Royaume-Uni ne portant que sur la contrefaçon du produit développé par ces dernières et non sur la validité de leurs brevets.

**506** De même, une clause de non-commercialisation serait inévitable dans tout règlement amiable et aurait le même effet qu'une injonction obtenue devant une juridiction. Les requérantes reprochent, en outre, à la Commission d'avoir minimisé, dans la décision attaquée, l'absence de toute clause empêchant Niche et Matrix de développer un produit non contrefaisant, les accords ne comportant d'obligations de résiliation et de suspension des contrats de distribution et d'interdiction de dépôt d'une AMM qu'en ce qui concerne le produit litigieux ou des procédés substantiellement similaires et les produits contrefaisant les brevets de procédé, dans les seuls pays où ceux-ci étaient en vigueur. En outre, le paiement versé à Niche et à Matrix aurait permis à ces dernières de dédommager pleinement leurs partenaires et de participer à un nouveau projet de développement d'un produit non contrefaisant. Les requérantes estiment ainsi que, même après la conclusion des accords, Niche et Matrix demeuraient des concurrents potentiels au sens où l'entend la Commission.

**507** Les requérantes soulignent, en outre, que la nature restrictive de concurrence de l'interdiction pour Niche et Matrix de lancer le produit litigieux dépend de la probabilité

qu'avaient ces dernières d'être les premières à entrer sur le marché du périndopril générique. Or, en l'absence des accords, il aurait été improbable que celles-ci entrent sur le marché dans un court laps de temps, alors même que deux autres sociétés auraient été prêtes à y parvenir en 2006. Les requérantes estiment, par ailleurs, que plusieurs éléments du dossier permettent d'établir que, à la date de conclusion des accords Niche et Matrix, le produit de Niche/Matrix contrefaisait les brevets de procédé des requérantes et le brevet 947. La Commission aurait pourtant choisi d'accorder une importance disproportionnée à des éléments non probants. Les requérantes soutiennent, en outre, que, même si Niche et Matrix avaient pu obtenir gain de cause devant la High Court of Justice (England & Wales), Chancery Division (patents court) [Haute Cour de justice (Angleterre et pays de Galles), division de la Chancery (chambre des brevets)], en ce qui concerne les brevets 339, 340 et 341, le contentieux se serait poursuivi en raison de la violation du brevet 947.

**508**La Commission considère qu'elle a appliqué le standard de preuve requis par la jurisprudence pour établir que les accords Niche et Matrix constituaient une restriction de concurrence par objet. Ainsi, elle ne se serait pas limitée à montrer que les accords Niche et Matrix étaient susceptibles de produire des effets négatifs sur la concurrence. De plus, la Commission soutient que Niche et Matrix ont accepté des engagements allant au-delà du champ d'application des brevets des requérantes. Elle reproche, par ailleurs, aux requérantes de ne pas discuter la véritable nature des accords Niche et Matrix, qui aurait consisté à acheter une exclusion du marché et à ignorer les effets d'exclusion inhérents à ce type d'accords.

**509**Par ailleurs, la Commission estime que, en l'espèce, les clauses de non-contestation et de non-commercialisation prises dans leur ensemble et dans leur contexte constituent des restrictions de concurrence par objet. Ainsi, de telles clauses ne sauraient être considérées comme usuelles dès lors qu'elles ont été acceptées en contrepartie d'un paiement, ainsi que le montrerait l'échec des tentatives de règlements amiables effectuées par les parties en 2004. De plus, en l'espèce, Matrix aurait accepté une clause de non-contestation en l'absence même de tout litige avec les requérantes et Niche aurait accepté une clause de non-contestation portant également sur les brevets 947, 689 et 948, qui n'expiraient qu'en 2021. Enfin, la Commission souligne que la clause de non-commercialisation, qui s'appliquait jusqu'à l'expiration des brevets des requérantes, interdisait la mise sur le marché du produit fabriqué non seulement selon le procédé litigieux, mais également selon tout procédé pouvant être considéré comme substantiellement similaire. La Commission estime, par conséquent, que les accords Niche et Matrix allaient au-delà de ce qu'une juridiction aurait pu enjoindre à Niche et à Matrix, et ce d'autant plus qu'ils leur imposaient de suspendre toutes leurs relations avec leurs clients relatives au périndopril et de résilier l'accord Niche-Matrix.

**510**La Commission fait également remarquer que la circonstance que la procédure d'opposition devant l'OEB subsistait ne saurait modifier la nature des accords Niche et Matrix, qui visaient à exclure l'un des concurrents les plus menaçants du marché. Elle indique, en outre, que Niche et Matrix auraient certes pu tenter d'entrer sur le marché avec un procédé différent du procédé litigieux et ne relevant pas du champ d'application des brevets des requérantes, mais qu'elles auraient dû alors reprendre un projet ab initio.

**511**S'agissant des arguments des requérantes relatifs à la question de savoir si Niche et Matrix étaient en mesure d'entrer en premier sur le marché, la Commission les écarte en



considérant qu'ils se rapportent aux effets et à la concurrence potentielle. La Commission écarte, en outre, les arguments des requérantes selon lesquels le produit de Niche/Matrix contrefaisait leurs brevets, dès lors qu'aucune contrefaçon n'aurait été établie et que de nombreux éléments du dossier permettraient d'établir la confiance de Niche quant au caractère non contrefaisant de la version modifiée du procédé de fabrication de l'IPA de périndopril générique développée en 2004. En revanche, il conviendrait de ne pas accorder une importance démesurée aux arguments exposés pour la première fois par Niche en réponse à la communication des griefs et durant l'audition devant le conseiller-auditeur. De même, les requérantes n'auraient pas établi qu'elles auraient pu obtenir une injonction devant la High Court of Justice (England & Wales), Chancery Division (patents court) [Haute Cour de justice (Angleterre et pays de Galles), division de la Chancery (chambre des brevets)], à l'encontre de Niche, d'autant qu'elles n'auraient pas souhaité invoquer la contrefaçon du brevet 947.

**512** Enfin, la Commission fait valoir qu'elle n'a jamais soutenu que les accords Niche et Matrix auraient éliminé toute forme d'entrée de concurrents sur le marché, mais qu'il importe d'examiner l'élimination de la concurrence potentielle qu'aurait représenté le produit de Niche/Matrix pour les requérantes.

ii) Sur les sommes versées à Niche et à Matrix dans le cadre des accords de règlement amiable

**513** En premier lieu, les requérantes soutiennent que les accords Niche et Matrix n'avaient pas d'autre objectif que de régler à l'amiable le contentieux en cours. Ainsi, les sommes versées à Niche et à Matrix en vertu de ces accords, quand bien même elles l'auraient été « en contrepartie » des engagements de non-commercialisation et de non-contestation selon une formule standard de droit anglais, visaient à offrir une compensation à ces deux sociétés de génériques pour les coûts exposés pendant quatre années pour le développement de leur périndopril générique, pour les frais à venir liés à la rupture des contrats de distribution que leur imposaient les accords ainsi que pour les frais d'avocats et de brevets. S'agissant spécifiquement du paiement effectué à Matrix, les requérantes font valoir que cette dernière était conjointement tenue, avec Niche, aux dédommagements liés à la rupture des contrats de distribution que leur imposaient les accords. Elles considèrent que la seule circonstance que le montant versé soit in fine supérieur aux indemnités effectivement versées par Niche à ses partenaires s'explique par les talents de négociation de cette dernière. Elles soutiennent également que ces montants n'ont pas été calculés selon une formule mathématique précise, car ils auraient été le résultat de négociations orales très rapides. Elles soulignent, en outre, que le transfert de valeur refléterait l'asymétrie des risques inéluctable dans ce type de transactions. Elles ajoutent enfin que la Commission n'a pas établi que les parties auraient conclu un accord moins restrictif de concurrence en l'absence des paiements versés à Niche et à Matrix.

**514** En deuxième lieu, les requérantes font valoir que la Commission a commis une erreur d'appréciation lors de sa comparaison du montant versé à Niche en application de l'accord Niche avec les prévisions de ventes et de marge bénéficiaire brute de cette dernière.

**515** En troisième lieu, la Commission aurait commis une erreur en considérant que l'accord Biogaran par lequel Niche avait cédé à Biogaran des dossiers de produits portant sur trois molécules et une AMM relative à l'une d'elles constituait une incitation supplémentaire. Biogaran aurait en effet eu un intérêt commercial propre à conclure un tel accord. Les

requérantes se réfèrent, par ailleurs, au recours introduit par Biogaran et sollicitent de pouvoir bénéficier de toute annulation de la décision attaquée ou de toute réduction du montant de l'amende que cette société pourrait obtenir dans ce cadre.

**516**La Commission considère que les requérantes n'ont jamais réussi à expliquer pourquoi, en leur qualité de titulaire de brevets persuadé de leur validité et de leur contrefaçon par le produit de Niche/Matrix, elles avaient choisi de consentir un transfert de valeur de cette importance à ces dernières. Ainsi, les requérantes n'auraient eu aucune raison commerciale objective de prendre en charge les coûts supportés par Niche pour mettre fin au programme de périndopril générique qui, en tout état de cause, n'auraient constitué que 21 % du montant versé au titre du règlement amiable. De plus, la Commission s'étonne que les requérantes aient accepté ce versement tout en étant dans l'ignorance complète des obligations financières de Niche. S'agissant de Matrix, la Commission soutient que les clients de Niche ne disposaient d'aucun moyen d'agir directement contre Matrix, que la possibilité d'une action récursoire de Niche contre Matrix ne ressortait pas de l'accord Niche-Matrix et que l'élément de preuve invoqué par les requérantes à cet égard datait du 18 mai 2006 et était donc postérieur à l'accord Matrix.

**517**La Commission estime, par ailleurs, que, contrairement aux requérantes, elle s'est fondée sur un document fiable afin de déterminer les bénéfices escomptés par Niche pour les ventes de périndopril.

**518**Enfin, elle fait valoir que la décision attaquée a suffisamment établi l'existence d'un lien entre l'accord Biogaran et l'accord Niche et que les arguments présentés par les requérantes à ce sujet sont identiques à ceux qu'elles avaient fait valoir dans leur réponse à la communication des griefs.

iii) Sur les intentions subjectives des parties

**519**Les requérantes estiment que les intentions subjectives des parties aux accords de règlement amiable étaient légitimes. Ainsi, elles soulignent que le développement d'une version générique du périndopril n'aurait pas été la seule option retenue par Niche, qui aurait plutôt été à la recherche d'un accord commercial, ainsi que le démontrerait la circonstance que Niche a pris l'initiative de les contacter à ce sujet en mai 2004. Or, si Niche ne visait pas effectivement à développer un périndopril générique, le règlement amiable n'aurait pu entraîner aucune restriction de concurrence.

**520**Les requérantes soutiennent qu'elles-mêmes ne visaient pas à exclure un concurrent du marché, mais à régler efficacement et rapidement un contentieux et à éviter de devoir défendre leurs droits dans de nombreux contentieux en Europe, qui auraient comporté des risques de décisions contradictoires, ainsi que l'aurait montré l'enquête sectorielle de la Commission. Elles font également valoir qu'elles ont tenté d'acquiescer à Niche avant de conclure un règlement amiable avec cette dernière, afin de développer leurs activités génériques au Royaume-Uni, mais qu'elles ont renoncé en raison de l'inadéquation du portefeuille de produits et de l'assise de Niche au Royaume-Uni avec leurs projets. Elles soutiennent, par ailleurs, que la somme versée à Niche lors de la seconde phase de l'audit mené dans le cadre de leur projet d'acquisition était sans lien avec l'accord de règlement amiable. Elles rappellent, enfin, le déséquilibre des risques encourus dans un litige en matière de brevets entre la société de princeps et la société de génériques.

**521**La Commission rappelle que les intentions des parties peuvent contribuer à établir l'existence d'une restriction de concurrence par objet, mais elle estime que la circonstance

que les parties poursuivent également un autre objectif que celui de restreindre la concurrence n'immunise pas un accord de l'application de l'article 101 TFUE. La question de savoir quelle partie serait à l'origine de la conclusion d'un accord ne permettrait par ailleurs pas de déterminer si celui-ci est restrictif de concurrence.

**522**La Commission soutient que, en l'espèce, Niche a cherché en 2004 à conclure avec les requérantes un accord lui permettant d'entrer sur le marché et que ce sont ces dernières qui ont préféré conclure un accord de règlement amiable l'en empêchant, après avoir effectué un audit préalable au cours duquel elles ont pu avoir accès à des informations spécifiques relatives au projet de périndopril générique de Niche et de Matrix. La Commission souligne que les requérantes ont versé un acompte à Niche pour pouvoir effectuer cette seconde phase de l'audit préalable. Elle estime que le projet d'acquisition de Niche par les requérantes et le règlement amiable répondaient à une même logique d'élimination d'un concurrent potentiel sur le marché du périndopril, ainsi que l'établiraient l'intérêt porté par les requérantes au périndopril lors de la seconde phase de l'audit et le fait que l'acompte non remboursable pouvait être déduit d'un paiement futur tel que celui résultant d'un règlement amiable du litige.

**523**La Commission fait en outre valoir que la seule circonstance qu'un accord soit conforme à l'intérêt des parties ne l'immunise pas de l'application de l'article 101 TFUE et que les requérantes n'ont pas fourni de motif convaincant permettant d'expliquer pourquoi elles ont accepté d'effectuer deux versements de 11,8 millions de GBP pour prendre en charge par anticipation des frais contentieux en dépit de leur conviction que leurs brevets étaient valides. De plus, les requérantes n'auraient pas expliqué comment Niche aurait pu développer son produit dans d'autres États membres et provoquer des contentieux dans plusieurs États membres alors même qu'elles soutenaient que celle-ci connaissait de très graves difficultés financières et qu'il n'existait aucun indice permettant d'établir que les requérantes avaient l'intention d'introduire des contentieux contre Niche dans d'autres États membres.

**524**S'agissant de l'asymétrie des risques entre la société de princeps et la société de génériques, la Commission fait valoir que celle-ci n'est pas établie, que le rapport produit par les requérantes à ce sujet en annexe à la réplique est irrecevable et que, en tout état de cause, une telle asymétrie ne saurait justifier une restriction de concurrence.

## 2) Appréciation du Tribunal

**525**Quant aux erreurs de droit qu'aurait prétendument commises la Commission en qualifiant les accords Niche et Matrix de restrictions par objet, sans examiner s'ils étaient « tellement susceptibles » d'avoir des effets négatifs et alors que leurs effets potentiels seraient ambivalents (voir point 503 ci-dessus), il convient de renvoyer aux points 223 à 226, 304 à 306 et 418 ci-dessus. Il convient d'ajouter, quant aux effets potentiels ambivalents que les requérantes invoquent en se fondant sur les difficultés en matière de brevets, ainsi qu'aux difficultés techniques, réglementaires et financières auxquelles Niche et Matrix étaient confrontées, que celles-ci ont été valablement considérées par la Commission comme n'entravant pas les possibilités réelles et concrètes de Niche et de Matrix de concurrencer les requérantes (voir point 501 ci-dessus) et, ainsi, ne permettent pas d'en déduire que les accords Niche et Matrix produiraient des effets potentiels ambivalents.

**526**Quant aux erreurs d'appréciation invoquées, il convient d'examiner les arguments des requérantes relatifs à la présence dans les accords Niche et Matrix, d'une part, d'un

avantage incitatif à l'égard de Niche et de Matrix et, d'autre part, d'une limitation corrélative de leurs efforts à faire concurrence à la société de princeps, conditions qui, lorsqu'elles sont réunies, imposent de constater l'existence d'une restriction par objet (voir point 272 ci-dessus). Il y a lieu de préciser, à cet égard, que les requérantes ne remettent pas en cause l'existence de clauses de non-commercialisation et de non-contestation dans les accords Niche et Matrix, lesquelles ont par elles-mêmes un caractère restrictif de concurrence (voir point 257 ci-dessus), mais font valoir que ces clauses ne présenteraient pas un degré suffisant de nocivité en l'espèce et contestent que les transferts de valeur prévus par les accords Niche et Matrix puissent être considérés comme des transferts de valeur incitatifs.

i) Sur l'absence de transfert de valeur incitatif

**527** Il importe, à titre liminaire, de rappeler que la seule présence d'un transfert de valeur de la société de princeps vers la société de génériques ne saurait permettre de conclure à l'existence d'une restriction par objet. C'est seulement dans l'hypothèse où un paiement inversé non justifié intervient dans la conclusion du règlement amiable, c'est-à-dire lorsque la société de génériques est incitée par ledit paiement à se soumettre aux clauses de non-commercialisation et de non-contestation, qu'il y a lieu de conclure à l'existence d'une telle restriction. Dans cette hypothèse, les restrictions à la concurrence qu'introduisent les clauses de non-commercialisation et de non-contestation ne sont plus liées au brevet et au règlement amiable, mais s'expliquent par l'incitation (voir point 265 ci-dessus).

**528** Afin de déterminer si un paiement inversé, c'est-à-dire un transfert de valeur de la société de princeps en direction de la société de génériques, constitue ou non une incitation à accepter des clauses de non-contestation et de non-commercialisation, il convient d'examiner, en tenant compte de sa nature et de sa justification, s'il couvre des coûts inhérents au règlement amiable du litige (voir point 277 ci-dessus). Dans la décision attaquée, la Commission a ainsi à juste titre examiné si le transfert de valeur prévu par les accords Niche et Matrix correspondait aux coûts spécifiques du règlement amiable supportés par la société de génériques (considérants 1333 à 1337 et 1461 à 1464 de la décision attaquée).

**529** Dans l'hypothèse où le paiement inversé prévu dans un accord de règlement amiable comportant des clauses restrictives de concurrence viserait à compenser les coûts inhérents au règlement amiable supportés par la société de génériques, ce paiement ne pourrait en principe être considéré comme incitatif. La constatation de l'existence d'une incitation et d'une restriction de concurrence par objet n'est pas pour autant exclue dans cette hypothèse. Elle suppose toutefois que la Commission établisse que les montants correspondant à ces coûts inhérents au règlement amiable, même établis et précisément chiffrés par les parties à ce règlement, ont un caractère excessif (voir point 278 ci-dessus).

**530** Les coûts inhérents au règlement amiable du litige recouvrent, notamment, les frais contentieux supportés par la société de génériques dans le cadre du litige qui l'oppose à la société de princeps. En effet, la prise en charge de ces frais est en lien direct avec un tel règlement amiable. Par conséquent, lorsque les montants des frais contentieux de la société de génériques sont établis par les parties au règlement amiable, la Commission ne peut constater leur caractère incitatif qu'en démontrant que ceux-ci seraient disproportionnés (voir point 279 ci-dessus).

**531**En revanche, certains frais incombant à la société de génériques sont, a priori, trop extérieurs au litige et à son règlement pour pouvoir être considérés comme inhérents au règlement amiable d'un litige en matière de brevets. Il s'agit, par exemple, des coûts de fabrication des produits contrefaisants, correspondant à la valeur du stock desdits produits, ainsi que des frais de recherche et de développement exposés pour mettre au point ces produits. Il en est de même des sommes devant être versées par la société de génériques à des tiers en raison d'engagements contractuels conclus en dehors du litige (par exemple des contrats de fourniture). Il appartient alors aux parties à l'accord, si elles souhaitent que le paiement de ces frais ne soit pas qualifié d'incitatif et de constitutif d'un indice de l'existence d'une restriction de concurrence par objet, de démontrer que ceux-ci sont inhérents au litige ou à son règlement, puis d'en justifier le montant. Elles pourraient également, aux mêmes fins, se fonder sur le montant insignifiant du remboursement de ces frais a priori non inhérents au règlement amiable du litige et, ainsi, insuffisant pour constituer une incitation significative à accepter les clauses restrictives de concurrence prévues par l'accord de règlement (voir point 280 ci-dessus).

**532**En l'espèce, s'agissant de l'accord Niche et ainsi que la Commission l'a relevé à juste titre au considérant 1322 de la décision attaquée, l'existence d'une incitation ressort clairement des termes mêmes de l'accord, qui stipule en son article 13 que, « [e]n contrepartie des engagements [prévus par l'accord] et des coûts substantiels et responsabilités potentielles qui pourraient être supportés par Niche et Unichem du fait de la cessation de leur programme de développement du périndopril fabriqué en utilisant le procédé [litigieux], Servier réglera à Niche et à Unichem [...] la somme de 11,8 millions de GBP ». En effet, les engagements visés sont les clauses de non-contestation et de non-commercialisation, dont le paiement est ainsi expressément prévu par cet article.

**533**Cette interprétation du texte de l'accord Niche n'est en outre pas remise en cause par l'allégation des requérantes selon laquelle les termes « en contrepartie des » constituent la formule standard de droit anglais visant à marquer la réciprocité nécessaire à la validité de tout contrat. En effet, même s'il devait en être déduit que ces termes constituent une sorte de formule de style à laquelle il ne conviendrait pas d'accorder d'importance, il n'en reste pas moins que cette formule marque, selon les requérantes elles-mêmes, la réciprocité et, ainsi, le fait que la somme prévue par l'article 13 de l'accord Niche vient en échange des obligations imposées à Niche par ledit accord.

**534**Cette interprétation de l'accord Niche n'est pas davantage invalidée par l'asymétrie alléguée entre les risques encourus par la société de princeps et ceux auxquels est exposée la société de génériques, ni par les prétendus talents de négociateur de Niche. Certes, une telle asymétrie des risques de même que les talents de négociateur de la société de génériques permettent en partie d'expliquer les raisons pour lesquelles la société de princeps peut être conduite à octroyer des paiements inversés importants à la société de génériques. Toutefois, l'octroi d'un paiement important vise précisément à éviter tout risque, même minime, que les sociétés de génériques puissent entrer sur le marché et, ainsi, conforte l'existence d'un achat de la mise à l'écart de ces sociétés par la société de princeps. Il convient en outre de rappeler que le fait que l'adoption d'un comportement anticoncurrentiel puisse se révéler être la solution la plus rentable ou la moins risquée pour une entreprise ou qu'il vise à corriger un déséquilibre à son détriment n'exclut aucunement l'application de l'article 101 TFUE (voir, en ce sens, arrêts du 8 juillet 2004, *Corus UK/Commission*, T 48/00, EU:T:2004:219, point 73 ; du 8 juillet 2004,

Dalmine/Commission, T 50/00, EU:T:2004:220, point 211, et du 27 juillet 2005, Brasserie nationale e.a./Commission, T 49/02 à T 51/02, EU:T:2005:298, point 81), en particulier lorsqu'il s'agit de payer des concurrents réels ou potentiels pour qu'ils se tiennent à l'écart du marché (arrêt du 8 septembre 2016, Lundbeck/Commission, T 472/13, sous pourvoi, EU:T:2016:449, points 379 et 380).

**535** Il est, par ailleurs, indifférent en l'espèce que l'article susvisé de l'accord Niche stipule, selon une proportion non déterminée, que le versement de la somme de 11,8 millions de GBP est la contrepartie non seulement des clauses de non-contestation et de non-commercialisation, mais également d'autres frais, dès lors que cette autre compensation ne remet pas en cause le constat selon lequel les clauses restrictives concernées ont été achetées par les requérantes et, ainsi, l'existence d'une incitation de Niche à se soumettre à ces clauses.

**536** En effet, ces autres frais, décrits dans l'accord Niche comme les « coûts substantiels et responsabilités potentielles qui pourraient être supportés par Niche et Unichem du fait de la cessation de leur programme de développement du périndopril fabriqué en utilisant le procédé [litigieux] », ont été présentés par Niche, au cours de la procédure administrative (considérant 1326 de la décision attaquée), ainsi que par les requérantes elles-mêmes, dans leurs écritures, comme correspondant aux coûts de développement du périndopril de Niche et à l'indemnisation due aux clients de Niche pour violation de ses obligations contractuelles à leur égard. Or, de tels frais ne sont pas, a priori, inhérents au règlement amiable d'un litige en matière de brevets (voir point 531 ci-dessus) et les requérantes n'établissent pas qu'ils seraient inhérents à l'accord de règlement amiable conclu en l'espèce.

**537** En particulier, même si, comme le font valoir en substance les requérantes, les indemnités dues aux clients de Niche ne l'auraient pas été si Niche avait poursuivi le contentieux l'opposant aux requérantes, de telles indemnités sont en l'espèce trop extérieures au litige et à son règlement pour être considérées comme des coûts inhérents à ce règlement, dès lors que de telles indemnités étaient dues, selon les requérantes, en cas d'« arrêt volontaire du projet », impliquant une résiliation des contrats avec leurs clients, et que l'accord Niche laissait la possibilité à Niche de ne pas mettre un terme aux relations contractuelles avec ses clients mais de simplement les suspendre (article 11 de l'accord Niche). Les requérantes ont au surplus elles-mêmes concédé, lors de l'audience, que les indemnités en cause auraient pu devoir être versées aux clients de Niche indépendamment de l'accord Niche. Il peut par ailleurs être relevé que les éléments fournis par les requérantes pour contester le montant de ces indemnités, tel qu'évalué par la Commission dans la décision attaquée à 1,3 million de GBP (considérant 1335), ne sont pas probants, dès lors qu'ils font état soit de sommes inférieures à ce montant, soit de simples réclamations de sommes plus élevées.

**538** Quant aux « frais juridiques » mentionnés dans la décision attaquée (considérant 1334), Niche les a présentés au cours de la procédure administrative comme se rapportant aux frais de conseil juridique compris dans les coûts de développement (considérant 601 de la décision attaquée), dont il convient de rappeler qu'ils ne sont pas inhérents au règlement amiable (voir point 531 ci-dessus), alors que les requérantes les décrivent comme des « frais d'avocats et de brevets », pouvant relever des frais contentieux inhérents au règlement amiable (voir point 530 ci-dessus). Toutefois, même à supposer que le montant de 1,1 million de GBP allégué au titre des « frais d'avocats et

de brevets » corresponde à des frais contentieux dont le remboursement peut, dans son principe, être légitimement prévu par un règlement amiable, ce montant ne saurait relever des frais inhérents à l'accord de règlement amiable conclu en l'espèce. En effet, il ressort de l'argumentation et des documents produits par les requérantes que les frais en cause se rapportaient à une période se terminant à la fin de l'année 2003, soit avant la naissance des contentieux opposant Niche aux requérantes (voir points 11, 13 et 16 ci-dessus) auxquels l'accord Niche a mis un terme.

**539** Il peut être ajouté, à titre surabondant, que, même si ce montant de 1,1 million de GBP devait être ajouté aux coûts de développement et de dédommagement des clients de Niche évalués, respectivement, à 1,2 et à 1,3 million de GBP par la Commission dans la décision attaquée (considérant 1336), sans que ces montants aient été valablement contestés par les requérantes (voir notamment point 537 ci-dessus), le montant total obtenu (3,6 millions de GBP) serait nettement inférieur à 11,8 millions de GBP.

**540** Il s'ensuit que la Commission a valablement retenu, dans la décision attaquée (considérant 1348), l'existence dans l'accord Niche d'une incitation de Niche à se soumettre aux clauses de non-commercialisation et de non-contestation prévues par ledit accord, sans avoir au surplus, comme le soutiennent les requérantes (voir point 513 ci-dessus), à vérifier si ces clauses auraient eu une portée restrictive moindre en l'absence de ce paiement incitatif. En effet, le constat d'une incitation à se soumettre à des clauses de non-commercialisation et de non-contestation requiert uniquement la présence de telles clauses, indépendamment de leur portée plus ou moins restrictive, et une analyse des coûts couverts par le transfert de valeur en cause (voir points 528 à 531 ci-dessus).

**541** Il s'ensuit également que doit être écarté comme inopérant le grief tiré de l'erreur d'appréciation qu'aurait commise la Commission en affirmant que le montant versé à Niche en application de l'accord Niche équivalait aux prévisions de plus de dix ans de ventes et de plus de vingt ans de marge bénéficiaire brute (voir point 514 ci-dessus). En effet, à supposer que la Commission ait commis une telle erreur, celle-ci serait sans influence sur la qualification d'incitation du transfert de valeur des requérantes en direction de Niche, dès lors qu'il ressort des points 536 à 538 ci-dessus que ce transfert de valeur ne couvrirait pas des coûts inhérents au règlement amiable du litige et qu'il n'est par ailleurs aucunement allégué, ni a fortiori établi, que le montant de ce transfert serait insignifiant et ainsi insuffisant pour caractériser une incitation.

**542** Par ailleurs, quant à l'incitation supplémentaire qui résulterait du montant versé à Niche en application de l'accord Biogaran (considéranants 1349 à 1354 de la décision attaquée), il convient de considérer, ainsi qu'il sera détaillé aux points 798 à 810 ci-après, que la circonstance qu'un accord commercial qui n'a normalement pas pour objet le règlement amiable d'un litige et par lequel transite un transfert de valeur allant de la société de princeps vers la société de génériques soit associé à un accord de règlement amiable d'un litige comportant des clauses restrictives de la concurrence constitue un indice sérieux de l'existence d'un « paiement inversé », c'est-à-dire d'un transfert de valeur auquel ne correspond aucune véritable contrepartie relevant de cet accord commercial accessoire (voir point 804 ci-après), paiement qui est alors également constitutif d'un avantage incitatif s'il n'a pas pour objet de compenser des coûts qui seraient inhérents au règlement amiable du litige. En présence d'indices ou d'éléments de preuve avancés par la Commission de nature à conforter un tel indice sérieux et à établir ainsi l'existence d'un paiement inversé, les parties aux accords peuvent présenter

leur version des faits, en étayant leurs allégations par les éléments qu'elles sont en mesure de fournir et qui permettent de considérer que l'accord commercial, bien qu'associé à l'accord de règlement amiable, est justifié par d'autres raisons que l'exclusion d'un concurrent au moyen d'un paiement inversé.

**543** En l'espèce, la Commission a avancé plusieurs éléments mettant en évidence l'existence d'un lien entre l'accord Niche et l'accord Biogaran ainsi que l'absence de correspondance entre le transfert de valeur prévu par l'accord Biogaran et les obligations imposées à Niche par ledit accord. D'une part, elle a tenu compte du fait que les accords ont été négociés pendant la même période et ont été conclus entre les mêmes entreprises à la même date ainsi que de la circonstance que les deux accords prévoyaient un paiement en deux versements, prévus aux mêmes dates. D'autre part, alors que les requérantes ont soutenu qu'il n'existait aucun lien entre les deux accords, Niche a indiqué que l'accord Biogaran avait été proposé par les requérantes afin de lui donner « la totalité de la compensation convenue en échange de la conclusion de l'accord de règlement amiable global ». La Commission a par ailleurs interprété un courrier électronique adressé par le conseil de Biogaran à Niche le 4 février 2005 indiquant que, « eu égard au montant en jeu, il nous apparaît nécessaire de disposer de droits supplémentaires sur d'autres produits et d'une certaine liberté en matière d'offre des produits », comme signifiant que le montant devant être transféré à Niche avait été fixé avant que les parties ne s'accordent sur le champ d'application des produits concernés par l'accord Biogaran. La Commission a également considéré que les stipulations contractuelles de l'accord Biogaran, et notamment ses articles 14.4 et 14.5, prévoyaient une résiliation automatique de celui-ci en cas de non-obtention des AMM dans un délai de 18 mois, sans qu'aucune indemnisation ne puisse être réclamée par Biogaran à Niche, contrairement aux stipulations figurant dans d'autres accords conclus par Biogaran relatifs à l'acquisition de dossiers de produits. Enfin, la Commission a relevé que, à l'exception d'un produit, Biogaran n'avait pas obtenu les AMM sur le fondement des dossiers cédés par Niche et que son chiffre d'affaires lié à l'accord Biogaran s'était élevé à un montant compris entre 100 000 et 200 000 euros.

**544** Les requérantes ne font valoir aucun argument remettant en cause cette analyse, à l'exception d'un grief tiré de l'absence de prise en compte de l'intérêt de Biogaran à conclure l'accord Biogaran. Outre le fait qu'un tel intérêt ne saurait être considéré comme suffisant à justifier le montant du transfert de valeur prévu par l'accord Biogaran, il peut être relevé qu'il ressort du considérant 1351 de la décision attaquée plusieurs constatations mettant en doute l'existence d'un tel intérêt de Biogaran. En effet, selon ces constatations non contestées par les requérantes, le montant qui devait être transféré à Niche par Biogaran avait été convenu avant que Niche et Biogaran ne s'accordent sur les produits concernés par l'accord Biogaran, ce dernier pouvait être résilié par les parties dans un délai de 18 mois sans qu'aucune d'entre elles ne puisse avoir droit à une indemnisation et aucun remboursement n'était prévu à Biogaran dans le cas où les AMM cédées ne seraient pas obtenues dans un certain délai. Dès lors, la Commission pouvait considérer à juste titre que l'accord Biogaran constituait une incitation supplémentaire pour Niche à accepter les clauses restrictives de l'accord Niche.

**545** En outre, s'agissant des conclusions des requérantes tendant à pouvoir bénéficier de toute annulation de la décision attaquée ou de toute réduction du montant de l'amende



que Biogaran pourrait obtenir dans le cadre de l'affaire T 677/14, il convient de renvoyer aux points 89 à 99 ci-dessus.

**546**S'agissant de l'accord Matrix, il convient de relever que son article 9 est similaire à l'article 13 de l'accord Niche et que les arguments critiquant les appréciations de la Commission relatives à l'accord Matrix au même titre que celles relatives à l'accord Niche doivent par conséquent être écartés par identité de motifs. Quant à l'argument spécifiquement dirigé contre l'analyse par la Commission de l'accord Matrix, selon lequel Matrix serait également concernée par le dédommagement des clients de Niche, au titre d'une responsabilité conjointe avec Niche, il y a lieu de rappeler que de tels frais ne sauraient être considérés comme des coûts inhérents au règlement amiable d'un litige (voir point 531 ci-dessus) et, partant, justifier le transfert de valeur prévu par l'accord Matrix, et ce d'autant plus que ni les requérantes ni Matrix n'ont été en mesure d'établir que le montant de 11,8 millions de GBP correspondait à de tels frais ou à d'autres coûts inhérents au règlement amiable du litige.

**547**Il s'ensuit que la Commission a également valablement retenu, dans la décision attaquée (voir notamment considérants 1452, 1453, 1463, 1464 et 1467), l'existence dans l'accord Matrix d'une incitation de Matrix à se soumettre aux clauses de non-commercialisation et de non-contestation prévues par ledit accord.

ii) Sur l'absence de caractère suffisamment nocif des clauses de non-contestation et de non-commercialisation

**548**Il convient de rappeler que les requérantes ne contestent pas l'existence de clauses de non-contestation et de non-commercialisation dans les accords Niche et Matrix.

**549**En vertu des clauses de non-contestation contenues dans les accords Niche et Matrix, ces deux sociétés devaient s'abstenir de toute action en invalidité ou en déclaration de non-contrefaçon des brevets 339, 340, 341, 689, 947 et 948, Niche étant au surplus tenue de retirer ses oppositions contre les brevets 947 et 948 devant l'OEB (articles 7 et 8 de l'accord Niche et article 5 de l'accord Matrix). En vertu des clauses de non-commercialisation contenues dans les accords Niche et Matrix, ces deux sociétés devaient s'abstenir de fabriquer, détenir, importer, fournir, proposer de fournir, disposer ou réaliser un acte susceptible de violer les brevets 339 à 341 en relation avec le périndopril (article 3 de l'accord Niche et article 1er de l'accord Matrix). Elles devaient également s'abstenir de demander des AMM relatives au périndopril (article 10 de l'accord Niche et article 6 de l'accord Matrix) et étaient contraintes de mettre un terme ou de suspendre leurs contrats relatifs au périndopril conclus avec des tiers (article 11 de l'accord Niche et article 7 de l'accord Matrix).

**550**Toutefois, les requérantes contestent le caractère suffisamment nocif ou sensible des clauses de non-contestation et de non-commercialisation contenues dans les accords Niche et Matrix.

**551**Elles font valoir à cet égard, en premier lieu, que les clauses de non-contestation et de non-commercialisation seraient inhérentes aux accords de règlement amiable.

**552**Si les clauses de non-contestation et de non-commercialisation sont effectivement nécessaires au règlement amiable de certains litiges relatifs aux brevets (voir point 259 ci-dessus), il convient de rappeler que de telles clauses perdent leur légitimité et présentent un degré de nocivité pour le jeu normal de la concurrence suffisant lorsque c'est l'incitation, telle que celle constatée en l'espèce, et non la reconnaissance par les

parties de la validité des brevets en cause, qui est la véritable cause des restrictions à la concurrence qu'introduisent lesdites clauses (voir point 270 ci-dessus).

**553** Il convient également de souligner, en réponse à l'argument des requérantes selon lequel la perte de chance de gagner un contentieux impliquée par la clause de non-contestation ne saurait suffire à qualifier un accord visant à régler un réel contentieux à l'amiable de restriction par objet (voir point 505 ci-dessus), que, tout en n'empêchant pas en tant que telle une entrée sur le marché, la clause de non-contestation empêche notamment l'introduction d'actions visant à « ouvrir la voie » dans le cadre d'un lancement à risque et, ainsi, l'utilisation de l'un des moyens visant à permettre une telle entrée sur le marché (voir également point 257 ci-dessus). Il importe également de rappeler que la Commission a en l'espèce qualifié de restriction par objet, non les seules clauses de non-contestation contenues dans les accords Niche et Matrix, mais ces accords en leur entier, comprenant tant des clauses de non-contestation que des clauses de non-commercialisation et une incitation à se soumettre à de telles clauses (considérants 1375 et 1481 de la décision attaquée).

**554** Les requérantes font valoir, en deuxième lieu, que les clauses de non-contestation et de non-commercialisation contenues dans les accords Niche et Matrix ne présenteraient pas un degré suffisant de nocivité, en ce que leurs effets découleraient de l'existence des brevets en cause et non des termes de ces accords.

**555** Il convient de rappeler, à cet égard, que l'existence d'une incitation de la société de génériques à se soumettre à des clauses de non-commercialisation et de non-contestation permet de fonder le constat d'une restriction par objet, et ce alors même que l'accord de règlement amiable inclurait des clauses dont la portée ne dépasserait pas celle du brevet litigieux (voir point 273 ci-dessus). Ainsi, quand bien même, comme le font valoir les requérantes, les clauses de non-commercialisation n'empêcheraient pas Niche et Matrix d'entrer sur le marché avec un produit non contrefaisant et se limiteraient aux effets produits par une décision d'injonction pour contrefaçon des brevets en cause, voire leur permettraient, grâce également à la somme perçue dans le cadre du transfert de valeur, de se lancer avec leurs partenaires dans le développement d'un nouveau projet de périndopril non contrefaisant (voir point 506 ci-dessus), les accords Niche et Matrix n'en seraient pas moins constitutifs d'une restriction par objet.

**556** Les requérantes contestent, en troisième lieu, le caractère suffisamment nocif des clauses de non-contestation, en faisant valoir qu'elles ne concernaient qu'un opposant parmi tous ceux ayant formé opposition contre le brevet 947 devant l'OEB et étaient sans impact sur les autres sociétés de génériques en raison de la limitation du contentieux à celui de la contrefaçon.

**557** Il y a lieu de considérer que, quand bien même de telles allégations relatives à la production d'effets des accords Niche et Matrix uniquement sur les sociétés de génériques parties à ces accords seraient avérées, elles ne remettraient pas en cause l'exclusion du marché desdites sociétés impliquée par les clauses de non-commercialisation et de non-contestation en contrepartie d'un transfert de valeur incitatif et, ainsi, le degré suffisant de nocivité des accords concernés, rendant l'examen de leurs effets concrets superflu.

**558** Il s'ensuit que la Commission n'a pas erronément considéré que les accords Niche et Matrix étaient restrictifs de concurrence par objet.

**559**Cette conclusion n'est pas remise en cause par les prétendues erreurs d'appréciation commises par la Commission dans la présentation du contexte économique et juridique des accords Niche et Matrix et dans la prise en compte des intentions subjectives des parties.

**560**En effet, l'allégation par les requérantes de l'absence d'intention anticoncurrentielle des parties aux accords Niche et Matrix et de la poursuite d'objectifs légitimes, qui auraient notamment conduit Niche à prendre l'initiative de contacter les requérantes, n'est susceptible de remettre en cause ni l'existence d'un avantage incitatif ni le caractère restrictif de la concurrence des clauses de non-commercialisation et de non-contestation figurant dans les accords. Par conséquent, à supposer même que les arguments en cause reposent sur des faits établis, ils ne seraient pas de nature, en toute hypothèse, à invalider la qualification de restriction par objet des accords Niche et Matrix que la Commission a retenue.

**561**Il convient également d'ajouter que l'intention des parties ne constitue pas un élément nécessaire pour déterminer le caractère restrictif d'un type de coordination entre entreprises (voir point 222 ci-dessus).

**562**De plus, en présence de clauses de non-commercialisation et de non-contestation, dont le caractère intrinsèquement restrictif n'a pas été valablement mis en cause, les accords Niche et Matrix ont pu être regardés à bon droit par la Commission, du fait du constat de l'existence d'une incitation, comme étant des accords d'exclusion du marché, poursuivant de ce fait un objectif anticoncurrentiel. Or, selon une jurisprudence constante, la seule circonstance qu'un accord poursuive également des objectifs légitimes ne saurait suffire à faire obstacle à une qualification de restriction de concurrence par objet (voir point 222 ci-dessus).

**563**Quant aux prétendues erreurs d'appréciation qu'aurait commises la Commission dans sa prise en compte du contexte économique et juridique des accords Niche et Matrix, il y a lieu de constater que les requérantes réitèrent, à cet égard, leurs arguments critiquant la capacité et l'intention de Niche et de Matrix d'entrer sur le marché, eu égard notamment aux brevets des requérantes et aux litiges relatifs auxdits brevets ainsi qu'aux difficultés financières et règlementaires de Niche (voir points 507 et 519 ci-dessus). Ces arguments ayant été examinés et écartés dans le cadre du moyen contestant la qualité de concurrent potentiel de Niche et de Matrix (voir points 432 à 501 ci-dessus), ils ne sauraient remettre en cause le caractère restrictif par objet des accords Niche et Matrix.

**564**Il ressort de ce qui précède que le moyen tiré d'erreurs de droit et d'appréciation relatives à la qualification de restriction de concurrence par objet des accords Niche et Matrix doit être écarté dans son ensemble.

c) Sur les erreurs de droit et d'appréciation relatives à la qualification de restriction de concurrence par effet des accords Niche et Matrix

**565**Les requérantes soutiennent que la Commission a commis différentes erreurs de droit et d'appréciation relatives à la qualification de restriction de concurrence par effet des accords Niche et Matrix.

**566**Il convient de rappeler que, dans la mesure où certains motifs d'une décision sont, à eux seuls, de nature à justifier à suffisance de droit celle-ci, les vices dont pourraient être entachés d'autres motifs de cette décision sont, en tout état de cause, sans influence sur son dispositif. En outre, dès lors que le dispositif d'une décision de la Commission repose

sur plusieurs piliers de raisonnement dont chacun suffirait à lui seul à fonder ce dispositif, il n'y a lieu pour le Tribunal d'annuler cette décision, en principe, que si chacun de ces piliers est entaché d'illégalité. Dans cette hypothèse, une erreur ou autre illégalité qui n'affecterait qu'un seul des piliers du raisonnement ne saurait suffire à justifier l'annulation de la décision litigieuse dès lors que cette erreur n'a pu avoir une influence déterminante quant au dispositif retenu par l'institution auteur de cette décision (voir arrêt du 14 décembre 2005, *General Electric/Commission*, T 210/01, EU:T:2005:456, points 42 et 43 et jurisprudence citée).

**567**Or, ainsi qu'il a été relevé au point 219 ci-dessus, pour apprécier si un accord est prohibé par l'article 101, paragraphe 1, TFUE, la prise en considération de ses effets concrets est superflue lorsqu'il apparaît qu'il a pour objet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence dans le marché intérieur.

**568**Par conséquent, lorsque la Commission fonde le constat d'une infraction à la fois sur l'existence d'une restriction par objet et sur celle d'une restriction par effet, une erreur entachant d'illégalité le motif tiré de l'existence d'une restriction par effet n'a, en tout état de cause, pas une influence déterminante quant au dispositif retenu par la Commission dans sa décision, dans la mesure où le motif tiré de l'existence d'une restriction par objet, qui peut fonder à lui seul le constat d'infraction, n'est pas entaché d'illégalité.

**569**En l'espèce, il résulte de l'examen du moyen tiré d'erreurs de droit et d'appréciation relatives à la qualification de restriction de concurrence par objet des accords Niche et Matrix que les requérantes n'ont pas établi que la Commission avait commis une erreur en concluant, dans la décision attaquée, que les accords en cause avaient pour objet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché intérieur, au sens de l'article 101, paragraphe 1, TFUE.

**570**Le présent moyen doit donc être écarté comme inopérant.

## 7. Sur l'accord conclu avec Teva

### a) Sur la qualité de concurrent potentiel de Teva

#### 1) Arguments des parties

**571**Les requérantes soutiennent que la Commission a commis des erreurs d'appréciation et dénaturé les faits en considérant que Teva était, au moment de la conclusion de l'accord Teva, un concurrent prêt à entrer sur le marché dans un court laps de temps. Elles reprochent à la Commission de n'avoir tenu compte ni des difficultés rencontrées par Teva ni du risque et des délais auxquels celle-ci devait faire face. Elles soulignent en outre que la qualité de concurrent potentiel de Teva dépendait, non seulement de ses possibilités réelles et concrètes de surmonter ces difficultés, mais aussi de ses possibilités d'être la première société de génériques à entrer sur le marché.

**572**Teva aurait en effet rencontré des difficultés à obtenir une AMM pour le produit que lui fournissait Hetero Drugs Ltd (ci-après le « produit de Teva ») et, contrairement à ce qu'indique la Commission dans la décision attaquée, aucun document du dossier ne permettrait d'établir que Teva pensait pouvoir obtenir cette AMM en septembre 2006.

**573**De plus, les requérantes soutiennent que plusieurs éléments permettent d'établir que Teva faisait face au risque que son produit enfreigne les brevets 339 et 947 et que cette contrefaçon donne lieu à terme à une injonction de la High Court of Justice (England & Wales), Chancery Division (patents court) [Haute Cour de justice (Angleterre et pays de Galles), division de la Chancery (chambre des brevets)], même si une telle injonction

était exclue pendant une certaine période concernant le brevet 947. Par ailleurs, ce produit aurait été instable et ainsi commercialement moins attrayant que d'autres, tels que celui fabriqué par Krka. Teva aurait cependant renoncé à se fournir en péridopril générique auprès de Krka en raison des risques élevés de contrefaçon qu'aurait présentés ce produit. Les requérantes reprochent au surplus à la Commission de s'être fondée dans le mémoire en défense, pour répondre aux allégations de risque de contrefaçon, sur un document qui ne leur aurait pas été communiqué au cours de la procédure administrative.

**574** Les requérantes ajoutent enfin que la Commission a, de manière contradictoire, retenu la qualité de concurrent potentiel de Teva et refusé cette qualité à Glenmark, qui se trouvait pourtant dans une situation similaire, notamment en ayant également contesté le brevet 947 devant l'OEB.

**575** La Commission considère qu'elle n'a pas dénaturé les faits de l'espèce et qu'un faisceau d'indices précis, contemporains des faits et crédibles permettait de considérer que Teva était un concurrent potentiel clé des requérantes à la date de conclusion de l'accord Teva. Elle souligne qu'il ne suffit pas de proposer une lecture différente des éléments du dossier pour établir une dénaturation et que Teva disposait des mêmes capacités que la société dont le Tribunal a reconnu la qualité de concurrent potentiel dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt du 14 avril 2011, Visa Europe et Visa International Service/Commission (T 461/07, EU:T:2011:181).

**576** Ainsi, les considérations de la décision attaquée selon lesquelles les retards dans l'obtention de l'AMM n'étaient pas significatifs, les études supplémentaires devant être réalisées constituaient le seul obstacle à l'octroi de cette AMM et la date d'octroi prévue par Teva était septembre 2006 ne seraient pas contredites par les documents cités par les requérantes. En particulier, ces documents n'établiraient ni le scepticisme de Teva quant à l'octroi de l'AMM ni l'impossibilité de réaliser les études supplémentaires en cause et montreraient au contraire que Teva travaillait à obtenir l'AMM le plus rapidement possible, afin d'éviter que Krka parvienne à lancer une version générique du péridopril avant elle. La Commission précise toutefois qu'elle n'était pas tenue de démontrer que Teva remporterait cette « course entre génériques ». Elle fait enfin remarquer que Teva a obtenu l'AMM le 12 décembre 2006.

**577** Par ailleurs, les requérantes ne contesteraient pas l'absence de contrefaçon des brevets 340 et 341 par le produit de Teva, constatée dans la décision attaquée. S'agissant du brevet 339, la Commission estime avoir admis qu'il existait un risque de contrefaçon, mais que Teva était prête à l'assumer et à prendre des mesures pour le gérer, et soutient qu'aucun document crédible ne permet d'établir que les requérantes auraient obtenu une injonction devant la High Court of Justice (England & Wales), Chancery Division (patents court) [Haute Cour de justice (Angleterre et pays de Galles), division de la Chancery (chambre des brevets)]. Elle réfute, à cet égard, ne pas avoir communiqué un document pertinent aux requérantes. Par ailleurs, s'agissant du brevet 947, Teva aurait bénéficié d'un avantage considérable par rapport aux autres fabricants de génériques, en ce que les requérantes s'étaient engagées à n'introduire aucune injonction contre elle au Royaume-Uni sur ce fondement jusqu'à la fin de la procédure devant l'OEB. En outre, la Commission estime avoir admis que le produit de Teva présentait l'inconvénient d'avoir un emballage plus volumineux, mais qu'il demeurerait profitable pour Teva, qui n'aurait d'ailleurs jamais envisagé d'abandonner ce projet pour ce motif. Enfin, Teva aurait pris la décision de ne pas conclure de contrat avec Krka le 18 mai 2006, non en raison de ses

inquiétudes quant à une éventuelle contrefaçon du brevet 340, mais à la suite de l'offre de règlement amiable faite par les requérantes, Teva leur ayant envoyé sa lettre d'intention le 19 mai 2006.

**578**La Commission a ajouté, lors de l'audience, que Glenmark et Teva se trouvaient dans une situation différente, au regard en particulier des brevets des requérantes.

## 2) Appréciation du Tribunal

**579**Il convient de rappeler que, dans la décision attaquée, la Commission a considéré que Teva était un concurrent potentiel clé de Servier qui avait l'intention et la capacité d'entrer sur le marché dans un court laps de temps (considérants 1528 et 1540), et ce même si elle n'avait pas encore reçu d'AMM et n'avait pas lancé de version générique du périndopril sur le marché du Royaume-Uni, en se fondant sur les cinq considérations suivantes.

**580**Premièrement, la Commission a relevé que Teva disposait, au moment de la signature de l'accord Teva, d'un stock de périndopril générique fabriqué et fourni par Alembic Pharmaceuticals Ltd à partir de l'IPA d'Hetero Drugs. Elle a estimé que ce produit était viable, malgré sa durée de conservation prétendument inférieure à celle d'autres versions du périndopril, mais qui correspondait à celle du périndopril erbumine de Servier, et en dépit de la taille de son emballage et de ses problèmes de stabilité, problèmes dont il n'aurait pas été établi qu'ils auraient affecté la viabilité du périndopril de Teva (considérants 1529 et 1530 de la décision attaquée).

**581**Deuxièmement, la Commission a souligné avoir reconnu les difficultés de nature réglementaire auxquelles Teva faisait face à l'époque. Elle a estimé néanmoins, en se fondant sur l'arrêt du 3 avril 2003, BaByliss/Commission (T\_114/02, EU:T:2003:100, point 102), que des retards dans l'obtention de l'AMM ne signifiaient pas qu'une entrée sur le marché n'aurait pas lieu, et ce d'autant plus que les retards envisagés demeuraient dans les limites du court laps de temps, tel qu'il ressort de la jurisprudence et des lignes directrices sur les accords de coopération horizontale de 2011. La Commission a ajouté que Teva avait pris en compte la possibilité de ne pas être la première société de génériques à entrer sur le marché et n'avait pas abandonné son projet de commercialisation pour cette raison. Elle a précisé, à cet égard, qu'il n'y avait aucune certitude quant au fait que Teva n'entrerait pas la première sur le marché et que, quand bien même elle ne serait pas la première, elle pourrait faire partie de la première vague d'entrants grâce à ses ressources et son expérience significatives au Royaume-Uni (considérant 1531, renvoyant aux considérants 674 et 675, et considérant 1538 de la décision attaquée).

**582**Troisièmement, la Commission a constaté que Teva avait atteint un stade avancé dans les négociations avec Krka en vue de la fourniture éventuelle du produit final à des fins de distribution au Royaume-Uni. Elle a souligné l'existence d'une possibilité, et non d'une certitude, de contrefaçon du brevet 340 par le produit de Krka (considérant 1532 de la décision attaquée).

**583**Quatrièmement, la Commission a estimé que, au vu des documents de Teva contemporains des faits, l'entrée de Teva sur le marché avec son propre produit aurait été « plutôt profitable » et ainsi économiquement viable (considérant 1533 de la décision attaquée).

**584**Cinquièmement, selon la Commission, Teva semblait confiante dans le fait, d'une part, que son produit n'enfreignait pas les brevets de procédé, malgré les menaces de Servier

de la poursuivre pour contrefaçon du brevet 339, et, d'autre part, que le brevet 947 était invalide, Ivax, qui a fusionné avec Teva en 2006, ayant été le premier contestataire de ce brevet au Royaume-Uni et Teva ayant introduit une procédure d'opposition contre ledit brevet devant l'OEB. La Commission souligne par ailleurs que Teva était la seule société de génériques destinataire de la décision attaquée que Servier se serait engagé à ne pas poursuivre en contrefaçon. Elle relève enfin que Teva aurait pu obtenir une AMM et ainsi entrer sur le marché avant l'annulation du brevet 947 (considérants 1534 à 1539, renvoyant aux considérants 677 à 681, de la décision attaquée).

**585** Il importe de rappeler, à titre liminaire, que, contrairement à ce que font valoir les requérantes (voir point 571 ci-dessus), pour être considéré comme un concurrent potentiel, il faut et il suffit de disposer de possibilités réelles et concrètes d'entrer sur le marché en cause, l'ordre d'entrée étant indifférent. En effet, cette entrée doit correspondre à une stratégie économique viable, c'est-à-dire être simplement rentable, et non être la plus rentable parmi les entrées possibles sur le marché, en ce que la société de génériques en cause serait la première à entrer sur le marché et ainsi la seule à y faire concurrence à la société de princeps pendant une certaine période (voir point 340 ci-dessus).

**586** Il y a lieu de relever, ensuite, que les requérantes ne contestent pas que Teva disposait d'un stock de périndopril viable (voir point 580 ci-dessus) ainsi que de ressources et d'une expérience significatives au Royaume-Uni (voir point 581 ci-dessus), et que des documents émanant de Teva établissaient que son entrée sur le marché avec son propre produit aurait été « plutôt profitable » (voir point 583 ci-dessus).

**587** Or, de tels éléments, en ce qu'ils attestent de démarches visant à la production de périndopril, d'une assise locale importante et des perspectives de rentabilité de la commercialisation du périndopril de Teva, permettent d'établir que cette dernière avait non seulement l'intention de prendre le risque d'entrer sur le marché du Royaume-Uni, mais également la capacité d'y entrer.

**588** Il convient, dès lors, de déterminer si les allégations des requérantes relatives aux risques de contrefaçon et d'injonction provisoire auxquels aurait été exposée Teva, à ses difficultés d'obtention de l'AMM et aux défauts de son produit sont susceptibles de remettre en cause la capacité et l'intention de Teva d'entrer sur le marché, telles que déduites des éléments susvisés, et ainsi ses possibilités réelles et concrètes de les concurrencer (voir, en ce sens, point 441 ci-dessus).

i) Sur les risques de contrefaçon et d'injonction provisoire

**589** Il y a lieu de relever que, à la date de conclusion de l'accord Teva, aucune injonction provisoire, ni a fortiori aucune décision définitive statuant sur le fond d'une action en contrefaçon des brevets des requérantes, n'avait été prononcée à l'égard du produit de Teva ou de celui de Krka. Il en résulte que les brevets des requérantes ne sauraient être considérés comme des obstacles insurmontables à l'entrée de Teva sur le marché (voir points 368 et 380 ci-dessus).

**590** Il est par ailleurs admis par les parties qu'aucun risque d'injonction ne portait sur le brevet 947, à tout le moins à la date de conclusion de l'accord Teva, dès lors que les requérantes s'étaient engagées à ne pas demander d'injonction sur ce fondement à l'égard de Teva jusqu'à l'intervention de la décision finale dans la procédure d'opposition devant l'OEB. Il se déduit de cet engagement des requérantes au seul bénéfice de Teva

que sa situation en matière de brevets ne pouvait valablement être comparée à celle de Glenmark, qui n'a pas bénéficié d'un tel engagement. Il s'ensuit également que seuls demeureraient potentiellement des risques d'injonction provisoire à l'égard du produit de Teva pour contrefaçon du brevet 339 et à l'égard du produit de Krka pour contrefaçon du brevet 340.

**591** Il convient toutefois de considérer, contrairement à ce que soutiennent les requérantes, que de tels risques de contrefaçon et d'injonction provisoire, quand bien même ils seraient établis, alors qu'aucune action en ce sens n'avait été introduite à la date de la conclusion de l'accord Teva, et que la probabilité de leur concrétisation serait importante, ne sauraient en l'espèce exclure l'existence de possibilités réelles et concrètes de Teva de surmonter les obstacles liés aux brevets en cause.

**592** En effet, d'une part, une injonction provisoire, outre qu'elle ne constitue pas un obstacle insurmontable à une entrée sur le marché (voir points 366 et 367 ci-dessus), implique, de par sa nature même, la poursuite du contentieux, dès lors qu'elle ne constitue qu'une étape procédurale intermédiaire permettant à titre provisoire de préserver les intérêts du titulaire du brevet jusqu'à l'adoption d'une décision statuant sur le fond de la contrefaçon, pour la rejeter le cas échéant. En outre, une telle décision de rejet, favorable au prétendu auteur de la contrefaçon, est en principe susceptible d'intervenir rapidement après le prononcé de l'injonction, ainsi qu'en atteste en particulier le délai de moins d'un an s'étant écoulé entre l'injonction provisoire prononcée à l'encontre d'Apotex et le jugement de la High Court of Justice (England & Wales), Chancery Division (patents court) [Haute Cour de justice (Angleterre et pays de Galles), division de la Chancery (chambre des brevets)], statuant sur la demande reconventionnelle en annulation du brevet 947 formée à la suite de l'action en contrefaçon des requérantes. Cette constatation est d'ailleurs corroborée par les statistiques relatives à la durée moyenne des mesures d'injonction provisoire et à la durée moyenne totale d'une instance de contrefaçon ou de validité des brevets au Royaume-Uni, figurant dans le rapport d'enquête de la Commission sur le secteur pharmaceutique du 8 juillet 2009 (tableaux nos 82 et 86). Ainsi, de deux choses l'une : soit Teva obtiendrait rapidement une déclaration de non-contrefaçon et la levée de l'injonction provisoire lui permettant d'entrer sur le marché, de sorte qu'une injonction provisoire pourrait être considérée comme préservant les possibilités réelles et concrètes d'entrer sur un marché ; soit le juge rendrait une décision constatant la contrefaçon, décision qui, sans constituer un obstacle insurmontable à son entrée sur le marché (voir point 368 ci-dessus), pourrait nuire, mais uniquement à compter du prononcé de cette décision, à ses possibilités réelles et concrètes d'entrer sur le marché.

**593** D'autre part, il convient de rappeler que l'action contentieuse, en ce compris la défense dans le cadre d'une action en contrefaçon introduite par la société de princeps qui a donné lieu à une injonction provisoire, constitue une expression de la concurrence en matière de brevets, en ce qu'elle permet à la société de génériques de limiter les risques éventuels de son entrée sur le marché (voir point 368 ci-dessus). Il peut d'ailleurs être souligné, à cet égard, qu'est considérée comme une stratégie contentieuse de lancement à risque, évoquée par les parties elles-mêmes, la stratégie visant à « ouvrir la voie », qui consiste pour la société de génériques à prendre des mesures pour ouvrir un contentieux, soit en engageant une action en déclaration de non-contrefaçon, soit en



annonçant à la société de princeps son intention de lancer un médicament et en lui demandant de la poursuivre en contrefaçon rapidement si tel est son souhait.

**594**Or, en l'espèce, l'ensemble des documents contemporains des faits cités par les requérantes comme ayant été dénaturés attestent, ainsi qu'elles le soutiennent au demeurant, tant de la connaissance des risques de contrefaçon et d'injonction que de la prise en compte de ces risques. Il ressort ainsi de ces documents émanant de Teva elle-même, de ses conseils en propriété intellectuelle et de ses représentants que Teva a été informée dès février 2006 de l'existence de risques de contrefaçon, de risques de demandes d'injonction provisoire par Servier, des résultats potentiels de ces procédures d'injonction ainsi que des moyens d'y faire face. Il en ressort également que Teva s'était renseignée sur les suites possibles d'un contentieux et sur les moyens d'y assurer sa défense. Il peut en outre être relevé que la Commission a affirmé dans ses écritures qu'il ressortait d'un examen complet des preuves que Teva était prête à assumer le risque de contrefaçon en cause et prenait des mesures pour le gérer, sans que les requérantes contestent spécifiquement cette affirmation, dès lors qu'elles se contentent d'affirmer que la question de savoir si Teva était prête à assumer le risque de contrefaçon n'était pas pertinente en l'espèce. Il convient de souligner, à cet égard, que, contrairement à ce que prétendent les requérantes, l'élément de preuve consistant en une présentation interne de Teva datant de mai 2006 leur avait été communiqué en tant que pièce du dossier administratif, citée également dans la décision attaquée (voir notamment considérants 677 et 713).

**595**Il s'ensuit, ainsi que la Commission l'a considéré en substance et à juste titre dans la décision attaquée, que Teva disposait en l'espèce, compte tenu également de ses ressources et de son expérience (voir point 586 ci-dessus), de possibilités réelles et concrètes de se défendre dans le cadre d'une action en contrefaçon, et ce d'autant plus qu'aucun des documents en cause n'établit qu'elle envisageait de renoncer à se défendre.

**596**Il en résulte que, en tout état de cause, par la poursuite et l'aboutissement rapide du contentieux qu'ils impliquent ainsi que par les possibilités réelles et concrètes de défense contentieuse qu'ils lui offrent, les risques de contrefaçon et d'injonction provisoire ne permettraient pas, en tant que tels et compte tenu des circonstances de l'espèce, d'exclure la qualité de concurrent potentiel de Teva.

**597**Il ne saurait partant être déduit des arguments des requérantes relatifs aux risques de contrefaçon et d'injonction provisoire que Teva ne disposait pas de possibilités réelles et concrètes de les concurrencer.

ii) Sur les difficultés d'obtention de l'AMM

**598**Il convient de rappeler que la Commission a, dans la décision attaquée, en se fondant sur des documents ou des allégations de Teva, constaté que l'autorité réglementaire du Royaume-Uni avait demandé à Teva des données relatives à la bioéquivalence en mars 2006, que l'octroi de l'AMM au Royaume-Uni a été de ce fait retardée de plusieurs mois, que Teva estimait en mai 2006 que la question du glucuronide représentait le seul obstacle restant à l'octroi de l'AMM et qu'elle espérait son octroi pour septembre 2006 (considérants 674 à 676). La Commission y a souligné par ailleurs avoir reconnu les difficultés de nature réglementaire auxquelles Teva faisait face à l'époque. Elle a néanmoins estimé, en se fondant sur l'arrêt du 3 avril 2003, BaByliss/Commission (T 114/02, EU:T:2003:100, point 102), que des retards dans l'obtention de l'AMM ne signifiaient pas qu'une entrée sur le marché n'aurait pas lieu, et ce d'autant plus que les

retards envisagés demeureraient dans les limites du court laps de temps, tel qu'il ressort de la jurisprudence et des lignes directrices sur les accords de coopération horizontale de 2011 (considérants 1531 et 1538 de la décision attaquée ; voir, également, point 581 ci-dessus).

**599**Il en ressort que la Commission a reconnu que Teva rencontrait des difficultés dans la procédure d'AMM au Royaume-Uni et que ces difficultés causeraient des retards dans l'obtention de l'AMM, mais que ces retards ne permettaient pas de considérer qu'elle ne disposait plus de possibilités réelles et concrètes d'entrer sur le marché du Royaume-Uni à la date de conclusion de l'accord Teva. En effet, il convient de rappeler que les retards subis dans les procédures d'AMM ne suffisent pas à eux seuls à exclure la qualité de concurrent potentiel des demandeurs d'AMM concernés par de tels retards, dès lors qu'une pression concurrentielle est susceptible de s'exercer dès le dépôt de la demande d'AMM et aussi longtemps que des efforts sont accomplis en vue d'obtenir l'AMM et ne se heurtent pas à des problèmes objectivement insurmontables (voir point 478 ci-dessus).

**600**Or, aucun des arguments avancés et des documents présentés à leur soutien par les requérantes ne permettent de remettre en cause les efforts accomplis par Teva et d'établir le caractère objectivement insurmontable des difficultés rencontrés.

**601**Quant aux documents produits par les requérantes pour établir le scepticisme de Teva quant à ses chances d'obtenir l'AMM, il y a lieu de relever que la plupart d'entre eux se bornent à évoquer des difficultés et les retards qu'elles entraînent et mettent même en évidence, pour certains, les efforts accomplis pour résoudre ces difficultés. En outre, il ne saurait être déduit du seul document faisant état d'efforts accomplis en vain pour trouver des solutions au problème soulevé par l'autorité réglementaire du Royaume-Uni que la procédure d'AMM engagée par Teva se heurtait à des problèmes objectivement insurmontables. En effet, outre le fait que ce document consiste en un échange de courriers électroniques au sein de Teva faisant état de perceptions subjectives ne pouvant à elles seules révéler l'existence de problèmes objectivement insurmontables (voir point 485 ci-dessus), il convient de constater, à la suite de la Commission, qui se fonde sur un autre échange de courriers électroniques interne à Teva et qui n'a pas été contredite sur ce point par les requérantes, que les solutions évoquées, à savoir les solutions « technique[s], [de] lobbying, politique[s] », font référence uniquement au fait que Teva avait envisagé tous les moyens, qui se sont avérés infructueux, pour ne pas avoir à fournir de réponse à l'autorité réglementaire ou en fournir une après l'octroi de l'AMM, et non au caractère insurmontable du problème soulevé par ladite autorité.

**602**Quant à la présentation interne de Teva, dont les requérantes estiment qu'elle ne permettait pas d'établir que Teva attendait l'AMM pour septembre 2006, et quant à l'échange de courriers électroniques du 8 mai 2006 au sein de Teva, que la Commission aurait prétendument dénaturé pour retenir cette même échéance attendue d'obtention de l'AMM, il convient de constater que la Commission a retenu cette échéance de septembre 2006 à titre surabondant, après avoir considéré, à titre principal et à juste titre, que le fait que le processus d'autorisation réglementaire ait été retardé par rapport à la date prévue initialement ne signifiait pas que Teva n'était pas un concurrent potentiel (voir point 599 ci-dessus). Ainsi, quand bien même les allégations d'absence de valeur probante et de dénaturation seraient fondées, elles ne permettraient pas de remettre en cause l'examen par la Commission de l'impact des retards de la procédure d'AMM sur la

qualité de concurrent potentiel de Teva, de sorte qu'elles doivent être rejetées comme inopérantes.

**603** Enfin, quant à l'allégation de l'intérêt pour Teva d'être la première société de génériques à entrer sur le marché, réitérée par les requérantes dans le cadre de l'argumentation relative aux obstacles réglementaires, il convient de considérer que cet intérêt n'est pas pertinent pour apprécier les retards en cause et, a fortiori, en déduire que l'octroi de l'AMM se heurtait à des problèmes objectivement insurmontables, dès lors qu'il peut tout au plus avoir un impact sur l'intention de Teva d'entrer sur le marché mais non, en tant que tel, sur sa capacité d'y entrer selon une stratégie économique viable (voir points 340 et 585 ci-dessus), caractérisée notamment en l'espèce par les efforts déployés pour obtenir l'AMM.

**604** Les arguments des requérantes relatifs aux difficultés réglementaires rencontrées par Teva ne permettent pas, dès lors, de remettre en cause ses possibilités réelles et concrètes de les concurrencer, sans qu'il soit besoin de se prononcer sur la critique par les requérantes des prétendues insinuations de la Commission selon lesquelles elles seraient à l'origine des problèmes soulevés par l'autorité réglementaire du Royaume-Uni.

iii) Sur les défauts du produit de Teva

**605** Selon les requérantes, le périndopril de Teva aurait été commercialement moins attractif que celui de ses concurrents, au motif que son instabilité l'aurait contrainte à utiliser un emballage plus volumineux.

**606** Il convient de considérer que, contrairement à ce que soutiennent les requérantes, la Commission a estimé, à juste titre, dans la décision attaquée (considérants 1529 et 1530) que la disposition par une entreprise d'un produit « viable » ou « profitable », c'est-à-dire rentable, suffisait à qualifier cette entreprise de concurrent potentiel ayant des possibilités réelles et concrètes d'entrer sur le marché en cause. En effet, de telles possibilités doivent être examinées au regard du critère de la stratégie économique viable, lequel renvoie à une entrée sur le marché simplement rentable et non à une entrée aux meilleures conditions, correspondant à la plus rentable parmi les entrées possibles sur le marché (voir points 340 et 585 ci-dessus).

**607** Il s'ensuit que le fait, à le supposer avéré, que le produit de Teva soit commercialement moins attractif que ceux d'autres sociétés de génériques, le cas échéant déjà présentes sur le marché, et ainsi moins rentable que ces autres produits, ne permet pas en tant que tel de remettre en cause les possibilités réelles et concrètes de Teva d'entrer sur le marché.

**608** Il s'ensuit également que la Commission n'avait pas à prendre en compte les éléments invoqués par les requérantes aux fins d'établir le caractère commercialement moins attractif du produit de Teva, sauf dans l'hypothèse où il en ressortirait que Teva aurait renoncé à entrer sur le marché pour ce motif et mis un terme à toutes ses activités relatives au périndopril au moment de la conclusion de l'accord Teva.

**609** Or, en l'espèce, une telle renonciation ne ressort d'aucune des pièces produites par les requérantes.

**610** S'agissant des documents dont les requérantes déduisent en substance que Teva aurait renoncé à commercialiser son produit au profit de celui de Krka, il convient de relever que l'échange interne à Teva, seul contemporain des faits de l'espèce, se borne à évoquer le caractère commercialement plus attractif du produit de Krka du fait de son

conditionnement et n'en tire aucune conséquence claire, ni a fortiori définitive, quant aux relations de Teva avec Krka et quant au produit de Teva. L'autre échange interne à Teva, intervenu après la fin de l'accord Teva, évoque le caractère non approprié du produit de Teva pour son lancement au Royaume-Uni et la source alternative que sera le produit de Krka, au regard de la situation concurrentielle à cette date, et ne saurait ainsi être pris en compte aux fins d'établir que Teva avait déjà renoncé à commercialiser son produit au moment de la conclusion de l'accord Teva.

**611** S'agissant des autres documents dont les requérantes n'allèguent pas qu'ils établiraient une telle renonciation de Teva, la plupart d'entre eux se limitent effectivement à mettre en évidence le problème de conditionnement du produit de Teva, voire le caractère commercialement moins attractif de ce produit pour ce motif. En particulier, dans sa prise de position interne sur l'état de la concurrence potentielle au Royaume-Uni, Ratiopharm a relevé, tout en soulignant le problème de conditionnement du produit d'Ivax, avec laquelle Teva avait fusionné, qu'Ivax était largement en tête par rapport aux autres concurrents potentiels au Royaume-Uni et que Teva allait probablement reprendre à son compte son projet de périndopril. Quant au seul document dont il pourrait être déduit que Teva renonçait, à tout le moins temporairement, à la commercialisation de son produit, il y a lieu de relever que ce courrier électronique envoyé par Teva à son fournisseur le 15 octobre 2007, soit postérieurement à la conclusion de l'accord Teva, vise clairement à mettre en œuvre cet accord, prévoyant l'absence d'entrée sur le marché de Teva avec son propre produit et l'achat de son périndopril auprès de Servier, sans révéler à son fournisseur que les mesures prises résultent de l'accord. En effet, Teva y indique qu'elle n'avait pas lancé son produit au Royaume-Uni et avait détruit tout son stock du fait du risque de litige en matière de brevets et que, depuis la révocation des brevets litigieux, elle n'envisageait pas de lancement tant qu'un travail de stabilité sur des formats d'emballage alternatifs n'aurait pas été achevé.

**612** Il en résulte que les défauts allégués du produit de Teva, dont les requérantes ne contestent nullement que Teva en avait produit un stock et qu'il serait profitable (considérants 1529 et 1533 de la décision attaquée), ne sauraient remettre en cause les possibilités réelles et concrètes de Teva d'entrer sur le marché du Royaume-Uni.

**613** Partant, aucune des allégations des requérantes relatives aux obstacles liés à leurs brevets ainsi qu'aux difficultés techniques et réglementaires de Teva ne permet de remettre en cause la capacité et l'intention de cette dernière d'entrer sur le marché, telles qu'établies par la Commission dans la décision attaquée (voir point 587 ci-dessus).

**614** Par conséquent, le grief tiré d'une appréciation erronée de la qualité de concurrent potentiel de Teva doit être écarté.

b) Sur les erreurs de droit et d'appréciation relatives à la qualification de restriction de concurrence par objet de l'accord Teva

1) Arguments des parties

i) Sur la dénaturation de l'objectif de l'accord Teva et des intentions des parties

**615** Les requérantes soutiennent que l'accord Teva constituait pour elles un moyen de conclure un partenariat au Royaume-Uni avec une société de génériques afin de faire concurrence aux autres sociétés de génériques. Elles auraient d'ailleurs engagé des discussions sur la distribution de périndopril avec Ivax dès 2001, en l'absence de tout litige. Les requérantes reprochent également à la Commission d'avoir minimisé

l'importance de l'accord de fourniture par rapport au règlement amiable d'un litige qui était de toute façon en sursis au Royaume-Uni pendant la durée de la procédure devant l'OEB. La qualification du contrat de fourniture d'« arme nucléaire » par les requérantes, même si elle est maladroite, confirmerait qu'il constituait l'objectif principal de l'accord Teva.

**616** Les requérantes font valoir qu'elles avaient l'intention de fournir Teva en périndopril en cas d'invalidation du brevet 947 devant l'OEB et que l'accord Teva était, par conséquent, proconcurrentiel en ce qu'il garantissait à Teva une entrée anticipée sur le marché. La Commission aurait d'ailleurs déjà estimé, s'agissant de l'accord conclu entre les requérantes et Generics UK (ci-après l'« accord Servier-Generics »), que le fait qu'un accord de distribution d'un générique autorisé ne permet une entrée de ce générique qu'après l'ouverture du marché aux génériques n'était pas problématique.

**617** Les requérantes soutiennent, par ailleurs, que la Commission a commis une erreur manifeste d'appréciation en ignorant que Teva avait pour objectif, en concluant l'accord Teva, d'être l'une des premières sociétés de génériques à entrer sur le marché du périndopril au Royaume-Uni et non de renoncer aux incitations commerciales concurrentielles. En effet, cet accord aurait garanti à Teva sa présence sur ce marché en cas de révocation du brevet 947 par l'OEB et l'aurait assurée de disposer d'un produit plus attrayant que son propre produit. La circonstance selon laquelle le produit de Teva aurait pu être viable au moment de la conclusion de l'accord Teva ne serait pas pertinente pour évaluer les objectifs de Teva. De plus, à supposer que Teva ait préféré entrer sur le marché avec son propre produit, cela n'aurait pas nécessairement induit une pression concurrentielle sur le marché plus importante qu'avec l'accord Teva.

**618** Les requérantes reprochent en outre à la Commission d'avoir minimisé les bénéfices pour Teva de l'accord Teva en soutenant qu'elles n'étaient pas tenues d'honorer les commandes excédant certaines quantités. Elles font valoir que Teva aurait fixé les quantités prévues par l'article 3.4 de l'accord Teva et que les stocks fournis à cette dernière auraient été bien supérieurs aux quantités initialement fixées par cette stipulation. Les requérantes précisent qu'elles avaient intérêt à fournir à Teva un maximum de stock.

**619** La Commission soutient qu'elle n'a dénaturé ni l'objectif de l'accord Teva ni l'intention des parties. Elle rappelle, tout d'abord, que la décision attaquée ne se prononce pas sur l'existence d'une infraction après le 6 juillet 2007 et que les arguments des requérantes relatifs à leurs intentions relatives à la période postérieure à cette date sont, par conséquent, inopérants. En revanche, elle estime avoir établi, dans la décision attaquée, que les requérantes n'avaient pas l'intention d'approvisionner Teva avant l'ouverture du marché aux génériques, ainsi que le montrerait notamment le fait que l'accord Teva ne prévoyait aucun approvisionnement avant la date à laquelle la division d'opposition de l'OEB devait rendre sa décision sur la validité du brevet 947. De plus, la clause d'achat exclusif aurait permis aux requérantes de choisir de fournir Teva ou pas. La Commission considère, en outre, que l'argument selon lequel les clauses de l'accord Teva relatives au règlement amiable étaient accessoires par rapport aux clauses relatives à la fourniture est inopérant, la qualification de l'accord n'affectant pas son caractère anticoncurrentiel. Elle fait valoir que, en tout état de cause, les deux aspects de l'accord Teva étaient étroitement liés.

**620**La Commission rappelle, en outre, que l'intention anticoncurrentielle n'est pas nécessaire pour démontrer l'existence d'une restriction de concurrence par objet.

**621**La Commission considère n'avoir commis aucune erreur d'appréciation quant aux intentions de Teva. Elle souligne notamment que, si l'accord Teva était dans l'intérêt de Teva en ce qu'il lui aurait permis d'entrer sur le marché en cas d'annulation du brevet 947 par la division d'opposition de l'OEB alors même qu'elle ne disposait pas encore d'une AMM, cela ne lui ôtait pas son caractère anticoncurrentiel. Elle estime ainsi que Teva avait préféré recevoir une somme d'argent significative plutôt que de faire face aux incertitudes commerciales. La seule circonstance que l'accord Teva ait pu être dans l'intérêt de Teva en ce qu'il lui permettait de faire des profits sans être exposée au risque que le brevet soit annulé par l'OEB avant l'octroi de l'AMM pour son produit ne saurait modifier sa nature anticoncurrentielle.

**622**La Commission soutient, en outre, que Teva était un concurrent potentiel clé au moment de la conclusion de l'accord Teva et que son produit était économiquement viable. Elle estime que l'entrée de Teva sur le marché en application de l'accord Teva, qui était soumise à certaines conditions, n'était pas équivalente à une entrée qui aurait eu lieu de manière indépendante. Elle rappelle, enfin, que l'avenant à l'accord Teva permettait à cette dernière d'entrer sur le marché au plus tôt en même temps que le premier entrant.

**623**Enfin, selon la Commission, l'accord Teva ne serait pas comparable à l'accord Servier-Generics, dès lors que ce dernier ne réglait aucun contentieux et que Generics ne disposait d'aucun produit à vendre.

ii) Sur la nature légitime de l'accord Teva et de ses clauses

**624**Les requérantes soutiennent que ni l'accord Teva ni ses clauses n'étaient de nature intrinsèquement anticoncurrentielle. Ainsi, les clauses de non-contestation et de non-commercialisation seraient inhérentes à tout règlement amiable et proportionnées à l'objectif visé. Elles reprochent à la Commission de se fonder sur les déclarations de la High Court of Justice (England & Wales), Chancery Division (patents court) [Haute Cour de justice (Angleterre et pays de Galles), division de la Chancery (chambre des brevets)], qui n'aurait pourtant pas disposé des éléments de contexte expliquant pourquoi Teva avait préféré renoncer à son produit. Par ailleurs, elles soutiennent que, même si certaines des clauses de l'accord Teva pouvaient générer des effets restrictifs dans certains scénarios hypothétiques, cela ne permettrait pas de considérer que l'accord Teva dans son ensemble avait un objet anticoncurrentiel.

**625**De plus, la clause de non-contestation, limitée aux brevets détenus par les requérantes au Royaume-Uni, ne couvrait pas la procédure devant l'OEB et aurait pour effet, comme toute clause de non-contestation, de ne pas permettre de déterminer si les produits dont la commercialisation était envisagée par Teva étaient ou non contrefaisants.

**626**S'agissant de la clause d'achat exclusif, qui oblige Teva à s'approvisionner exclusivement en périndopril erbumine auprès des requérantes pendant toute la durée de l'accord Teva, ces dernières font valoir qu'elle constitue une pratique courante dans l'industrie pharmaceutique, ainsi que l'enquête sectorielle de la Commission de 2009 l'aurait d'ailleurs reconnu. Les requérantes soulignent, en outre, que le règlement (CE) no 2790/1999 de la Commission, du 22 décembre 1999, concernant l'application de l'article [101, paragraphe 3, TFUE] à des catégories d'accords verticaux et de pratiques

concertées (JO 1999, L 336, p. 21), considère les clauses d'exclusivité comme licites. La Commission elle-même n'aurait formulé aucune objection à l'encontre de l'accord Servier-Generics conclu une année plus tard, malgré la présence d'une clause d'exclusivité de cinq ans. Les requérantes reprochent à la Commission de ne pas avoir indiqué quel champ d'application la clause d'exclusivité aurait dû avoir pour être licite et d'interdire toute conclusion concomitante d'un accord de distribution exclusif et d'un accord de règlement amiable. Les requérantes ajoutent qu'il ne saurait leur être reproché de ne pas avoir limité cette clause au produit de Teva, dépassant ainsi les limites du litige, dès lors que l'intention des parties était de conclure un accord d'exclusivité sur le périndopril erbumine. En outre, elles soulignent que la clause d'achat exclusif était limitée au périndopril erbumine et que Teva demeurait libre de développer d'autres sels de périndopril.

**627**S'agissant de la clause relative au versement d'une indemnité forfaitaire de 500 000 GBP par mois à Teva en cas de non-approvisionnement, les requérantes estiment qu'elle constitue un instrument contractuel usuel en droit anglais, dont le seul objet serait de faciliter le recouvrement par un créancier des indemnités qui lui sont dues par un débiteur au titre du contrat et d'éviter l'introduction d'une action en justice. Les requérantes estiment, en revanche, que la Commission n'aurait pas établi pourquoi l'accord Teva aurait dû comporter une clause de résiliation en cas de non-fourniture. Elles font par ailleurs valoir que l'approche de la Commission est contraire à celle retenue s'agissant des accords Lundbeck-Neolab.

**628**Enfin, les requérantes considèrent que le versement de la somme de 5 millions de GBP prévue par l'article 10.1 de l'accord Teva visait à couvrir les frais de justice ainsi que les autres coûts supportés par Teva en raison du renoncement aux accords conclus avec ses fournisseurs d'IPA et de formulations, Hetero Drugs et Alembic Pharmaceuticals, ainsi que la destruction du stock de Teva. Le paiement de la somme de 5 millions de GBP aurait ainsi essentiellement été lié à l'accord de fourniture, ainsi que le montreraient certains éléments de preuve. De plus, la Commission n'aurait pas été en mesure d'établir que l'accord Teva aurait été différent en l'absence de versement d'un paiement compensatoire. Enfin, les requérantes reprochent à la Commission d'avoir effectué un amalgame entre le paiement d'une compensation et les paiements effectués en application de la clause d'indemnisation forfaitaire liée au défaut d'approvisionnement, qui ne sont intervenus qu'en exécution de l'accord Teva et qui ne sauraient, par conséquent, être pris en compte dans l'analyse ex ante de la nature de l'accord Teva.

**629**La Commission reproche aux requérantes de procéder à une analyse artificielle de l'accord Teva en examinant les clauses de manière isolée, alors même qu'il conviendrait d'apprécier le caractère anticoncurrentiel par objet de l'accord Teva dans son ensemble et dans son contexte, ce qui permettrait de constater que son but objectif était d'écarter Teva du marché contre paiement. La High Court of Justice (England & Wales), Chancery Division (patents court) [Haute Cour de justice (Angleterre et pays de Galles), division de la Chancery (chambre des brevets)], aurait d'ailleurs souligné que l'accord Teva permettait aux requérantes d'exclure Teva du marché en lui interdisant de vendre du périndopril fabriqué par d'autres sociétés, tout en n'étant pas tenues de la fournir en périndopril, et que les requérantes auraient obtenu cet accord en acceptant de verser à Teva une somme de 5 millions de GBP à laquelle s'ajoutait une somme de 500 000 GBP pour chaque mois de non-fourniture, indépendamment du volume commandé par Teva.

**630**La Commission fait valoir que la clause de non-contestation, qui avait la même durée que l'accord Teva, lue avec les autres clauses, donnait aux requérantes la certitude que Teva ne menacerait pas leur position au Royaume-Uni, dès lors qu'elle empêchait Teva d'utiliser la voie juridictionnelle pour entrer sur le marché, alors même qu'elle était d'avis que son produit ne violait pas les brevets des requérantes. Selon la Commission, la clause de non-contestation n'était par ailleurs ni nécessaire ni proportionnée à l'objectif de l'accord Teva, l'obligation d'achat exclusif empêchant Teva de distribuer tout autre produit que celui fourni par les requérantes au Royaume-Uni et la validité des brevets des requérantes étant, par conséquent, sans incidence sur la distribution par Teva du produit générique des requérantes. De plus, s'agissant du brevet 947, la Commission rappelle que le litige était en sursis au Royaume-Uni dans l'attente de l'issue du litige devant l'OEB et que l'accord Teva n'imposait pas à cette dernière de renoncer à son action en révocation du brevet 947 devant la High Court of Justice (England & Wales), Chancery Division (patents court) [Haute Cour de justice (Angleterre et pays de Galles), division de la Chancery (chambre des brevets)]. La Commission souligne également que la clause de non-contestation allait au-delà du champ d'application des brevets 339, 340 et 341, qui ne faisaient pourtant l'objet d'aucun litige pendant entre les parties, dès lors qu'elle empêchait Teva de contester leur validité au moins jusqu'en 2009, alors que ces brevets expiraient en 2008. Elle estime que certains documents montrent que les requérantes elles-mêmes étaient conscientes du caractère anticoncurrentiel de l'accord Teva.

**631**S'agissant des clauses figurant aux articles 2.3 et 3.1 de l'accord Teva, la Commission soutient qu'elles empêchaient Teva de commercialiser d'autres produits que celui des requérantes, quels que soient leur forme ou leur procédé de fabrication et indépendamment de leur position à l'égard des brevets. Cette combinaison de clauses interdisant la vente d'un générique propre et rendant obligatoire une clause d'achat exclusif, imposée à Teva par les requérantes, différencierait l'accord Teva de l'accord Servier-Generics. La Commission fait également valoir que l'article 3.8.3 de l'accord ne prévoyait aucun droit à un recours ou à la résiliation pour Teva en cas de non-approvisionnement par les requérantes. Une telle stipulation, combinée à une clause d'achat exclusif, ne saurait être considérée comme habituelle. De plus, la Commission estime que le règlement no 2790/1999 n'était pas applicable à l'accord Teva. Elle soutient, en outre, que la comparaison avec l'accord Servier-Generics n'est pas pertinente, ce dernier ne prévoyant ni un paiement initial ni une indemnité forfaitaire en cas de non-approvisionnement et Generics ne constituant pas une menace concurrentielle pour les requérantes s'agissant du périndopril. Enfin, la Commission considère que Teva n'avait aucun intérêt à développer un autre sel que le périndopril erbumine, qui était le seul sel existant sur le marché à la date de l'accord Teva.

**632**S'agissant des versements effectués par les requérantes à Teva, la Commission estime que de nombreux documents contemporains des faits, notamment une lettre d'intention envoyée par Teva aux requérantes le 19 mai 2006 en vue de la conclusion d'un accord de règlement amiable et un courrier électronique d'un salarié de Teva de 2006, permettent d'établir que ceux-ci constituaient une incitation significative et une contrepartie pour que Teva accepte de ne pas concurrencer les requérantes.

**633**Enfin, la Commission considère que la clause d'indemnité forfaitaire en cas de non-approvisionnement de Teva par les requérantes constituait une contrepartie convenue ex



ante entre les parties et que Teva avait d'ailleurs calculé avant la conclusion de l'accord Teva la somme qu'elle pouvait recevoir à ce titre pour l'année 2006.

iii) Sur l'erreur d'appréciation relative aux effets potentiels de l'accord Teva

**634** Les requérantes soutiennent que la Commission a commis une erreur d'appréciation des effets potentiels de l'accord Teva et, par conséquent, une erreur de droit en qualifiant ce dernier de restriction de concurrence par objet. Les effets potentiels de l'accord Teva auraient en effet été proconcurrentiels et ses effets restrictifs purement hypothétiques.

**635** En premier lieu, les requérantes estiment que les effets restrictifs potentiels de la clause de non-contestation étaient inexistants à court terme et hypothétiques à moyen terme. En effet, l'accord Teva n'aurait eu aucun effet sur le litige au Royaume-Uni relatif au brevet 947 et Teva aurait d'ailleurs soumis les jugements de la High Court of Justice (England & Wales), Chancery Division (patents court) [Haute Cour de justice (Angleterre et pays de Galles), division de la Chancery (chambre des brevets)], et de la Court of Appeal (England & Wales) (Civil Division) [Cour d'appel (Angleterre et pays de Galles) (division civile)] des 6 juillet 2007 et 9 mai 2008 invalidant ce brevet à la chambre de recours de l'OEB. S'agissant des brevets 339 à 341, les requérantes font valoir qu'il n'existait aucun fondement sérieux pour remettre en cause leur validité et que le brevet 339 n'a fait l'objet d'aucune contestation jusqu'à son expiration en septembre 2008. Les requérantes estiment que le document produit par la Commission pour la première fois dans le mémoire en défense et destiné à établir l'invalidité du brevet 339 est irrecevable et, en tout état de cause, non probant. Enfin, l'accord Teva n'empêchait pas les tiers de contester les brevets.

**636** En second lieu, les requérantes soutiennent que les effets potentiels de l'accord Teva sur l'entrée de Teva sur le marché étaient ambivalents et dépendaient d'événements futurs hypothétiques. En effet, en cas de révocation du brevet 947 par l'OEB, qui était l'hypothèse que la Commission semblait considérer comme la plus probable, l'accord Teva aurait permis à cette dernière d'entrer plus tôt sur le marché qu'avec son propre produit. En cas de validation du brevet par l'OEB, les requérantes auraient livré Teva en périndopril dès l'entrée d'un tiers avec un générique non contrefaisant ou non bloqué par une injonction. En revanche, en l'absence de l'accord Teva, il aurait été peu probable que Teva obtienne une AMM, ne soit pas soumise à une injonction dans le cadre d'un litige en contrefaçon et gagne le litige en contrefaçon. De plus, l'accord Teva aurait eu pour effet proconcurrentiel de permettre à Teva de rester sur le marché, même en cas de validation du brevet 947, et avec un produit supérieur à son propre produit. Ainsi, le risque que l'accord Teva retarde l'entrée de cette dernière sur le marché aurait été faible alors qu'il était probable que l'accord Teva contribue à accélérer son entrée sur le marché.

**637** La Commission fait valoir, à titre liminaire, que l'approche proposée par les requérantes n'est pas conforme à la jurisprudence, des événements postérieurs à l'accord Teva ne pouvant être pris en compte dans le cadre de l'analyse de la restriction de concurrence par objet. Elle reproche en outre aux requérantes de confondre les effets anticoncurrentiels de l'accord Teva à la date de sa conclusion, indépendants de l'issue du litige devant l'OEB, avec la manière dont l'accord pouvait être appliqué en fonction de l'issue dudit litige. En outre, à supposer que l'accord Teva ait pu avoir des effets proconcurrentiels, ceux-ci ne pourraient être pris en compte que dans le cadre de l'article 101, paragraphe 3, TFUE.

**638** Elle estime que les clauses de l'accord Teva doivent être examinées conjointement et qu'un accord empêchant Teva d'entrer sur le marché avec son propre produit tout en donnant aux requérantes une possibilité illimitée de contrôler son entrée sur le marché avec leur produit ne saurait être considéré comme ayant des effets ambivalents. L'accord Teva aurait ainsi empêché toute entrée de Teva sur le marché avec un produit concurrent, quelle que soit l'issue du litige devant l'OEB. Dès lors que Teva était un concurrent potentiel clé des requérantes et qu'il n'existait que quatre sources de concurrence, les effets anticoncurrentiels probables de l'accord Teva auraient nécessairement été importants.

**639** La Commission fait par ailleurs valoir que l'accord Teva n'aurait pas été proconcurrentiel en cas de révocation du brevet 947 par l'OEB, scénario que la décision attaquée n'aurait d'ailleurs pas considéré comme le plus probable à la date de conclusion de l'accord. Elle considère que Teva aurait pu, dans ce cas, entrer sur le marché avec le produit de Krka, même avec un risque de contrefaçon du brevet 340, et que Teva aurait d'ailleurs jugé cette option préférable au versement d'une somme d'argent par les requérantes, à moins que celle-ci n'atteigne le niveau des profits attendus de la mise sur le marché d'un périndopril générique. En cas de validation du brevet 947 par l'OEB, l'accord Teva aurait également eu pour effet d'empêcher Teva d'entrer sur le marché avec tout autre périndopril erbumine que celui des requérantes. Or, l'entrée de Teva sur le marché comme distributeur des requérantes n'aurait pas fait concurrence à ces dernières. Elle rappelle, en outre, que Teva était le seul concurrent des requérantes à bénéficier d'un engagement de ces dernières concernant l'absence de poursuites ou de demandes d'injonction relatives au brevet 947.

**640** À supposer que la clause de non-contestation puisse être analysée de manière indépendante, la Commission estime que son effet potentiel était d'empêcher Teva d'utiliser la voie la plus rapide pour obtenir une décision sur la validité des brevets en cause. Les circonstances que l'accord Teva ne prévoyait pas que cette dernière retire son opposition devant l'OEB et que Teva ait fourni les jugements de la High Court of Justice (England & Wales), Chancery Division (patents court) [Haute Cour de justice (Angleterre et pays de Galles), division de la Chancery (chambre des brevets)], et de la Court of Appeal (England & Wales) (Civil division) [Cour d'appel (Angleterre et pays de Galles) (division civile)] à l'OEB s'expliqueraient par l'intérêt de Teva à ce que le brevet 947 soit révoqué dans d'autres États membres non couverts par l'accord Teva. En outre, la Commission fait valoir qu'il ressort du dossier que Teva était d'avis que son produit ne contrefaisait pas le brevet 339 et qu'elle avait envisagé de contester la validité de ce brevet. Enfin, la Commission rappelle que l'accord Teva empêchait cette dernière de contester la validité des brevets 339 à 341 au moins jusqu'en 2009, alors que ces brevets expiraient dès 2008.

iv) Sur la durée de l'infraction

**641** À titre subsidiaire, les requérantes soutiennent que, en tout état de cause, la Commission a commis une erreur quant à la durée de l'infraction, dans la mesure où Teva n'aurait pu entrer légalement sur le marché du périndopril générique avant d'avoir obtenu une AMM, soit le 12 décembre 2006, de sorte que l'accord Teva n'était pas susceptible de restreindre la concurrence avant cette date.

**642** La Commission rappelle que l'infraction concerne un accord ayant, dès sa conclusion, éliminé un concurrent potentiel. Elle indique que, selon la jurisprudence, une société de

génériques peut être considérée comme une concurrente potentielle avant même l'obtention d'une AMM. La Commission estime que les circonstances de l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt du 29 juin 2012, E.ON Ruhrgas et E.ON/Commission (T 360/09, EU:T:2012:332), ne sont pas comparables, dès lors que, en l'espèce, le marché était déjà ouvert à la concurrence. L'absence d'AMM au moment de la conclusion de l'accord Teva ne saurait, par conséquent, avoir une influence sur la durée de l'infraction.

## 2) Appréciation du Tribunal

**643** Il convient d'examiner les arguments des requérantes relatifs à la présence dans l'accord Teva, d'une part, d'un avantage incitatif à l'égard de Teva et, d'autre part, d'une limitation corrélative des efforts de cette dernière pour faire concurrence à la société de princeps, conditions qui, lorsqu'elles sont réunies, imposent - de constater l'existence d'une restriction par objet (voir point 272 ci-dessus). En l'espèce, dans la mesure où la détermination de l'existence d'un avantage incitatif dépend en partie de celle du caractère restrictif de certaines clauses de l'accord Teva, les griefs dirigés contre l'appréciation des clauses de l'accord seront examinés en premier lieu, avant ceux critiquant l'appréciation du transfert de valeur prévu par ledit accord. Quant au grief soulevé à titre subsidiaire relatif à la durée de l'infraction reprochée aux requérantes au titre de l'accord Teva, il sera examiné en dernier lieu.

i) Sur l'absence de limitation des efforts de la société de génériques à faire concurrence à la société de princeps

**644** Il convient, à titre liminaire, d'écarter les allégations des requérantes relatives aux erreurs de droit et d'appréciation qu'aurait commises la Commission en qualifiant l'accord Teva de restriction par objet, alors que ses effets potentiels auraient été proconcurrentiels et ses effets restrictifs purement hypothétiques (voir point 634 ci-dessus). Il doit certes être rappelé que la Commission et le juge ne peuvent, lors de l'examen de l'objet restrictif d'un accord et, en particulier, dans le cadre de la prise en compte de son contexte économique et juridique, ignorer complètement les effets potentiels de cet accord (voir jurisprudence citée au point 304 ci-dessus). Il ressort cependant également de la jurisprudence que l'établissement de l'existence d'une restriction de concurrence par objet ne saurait, sous couvert notamment de l'examen du contexte économique et juridique de l'accord en cause, conduire à apprécier les effets de cet accord, sous peine de faire perdre son effet utile à la distinction entre objet et effet restrictif de concurrence établie à l'article 101, paragraphe 1, TFUE (voir point 221 ci-dessus). Aux fins de vérifier l'aptitude particulière d'un accord à produire des effets restrictifs de concurrence caractérisant les accords ayant un objet anticoncurrentiel, l'analyse des effets potentiels d'un accord doit ainsi être limitée à ceux résultant de données objectivement prévisibles à la date de conclusion dudit accord (voir, en ce sens, conclusions de l'avocat général Wahl dans l'affaire ING Pensii, C 172/14, EU:C:2015:272, point 84 ; voir également, en ce sens, arrêt du 11 septembre 2014, CB/Commission, C 67/13 P, EU:C:2014:2204, points 80 à 82). Or, en l'espèce, les prétendus effets potentiels allégués, qu'ils soient non restrictifs de concurrence ou proconcurrentiels, sont fondés sur des circonstances hypothétiques et ainsi non prévisibles à la date de conclusion de l'accord Teva, telles que la décision de l'OEB relative à la validité du brevet 947 ou l'entrée d'autres sociétés de génériques sur le marché du Royaume-Uni, qui ne sauraient être prises en compte dans le cadre de l'analyse de l'objet restrictif de concurrence (voir également points 667 et 668 ci-après).

**645** S'agissant, ensuite, des allégations relatives à l'absence de nature intrinsèquement anticoncurrentielle des clauses de l'accord Teva, il y a lieu de rappeler, en premier lieu, que le caractère inhérent aux règlements amiables des clauses de non-contestation et de non-commercialisation n'empêche pas que des accords de règlement amiable comprenant de telles clauses puissent être qualifiés de restrictions de la concurrence par objet (voir point 273 ci-dessus). Il peut être ajouté que, si les requérantes font valoir l'applicabilité de la théorie des restrictions accessoires à l'accord Teva, au motif que ses clauses de non-contestation et de non-commercialisation seraient nécessaires et proportionnées au règlement amiable du litige en cause, il a déjà été considéré que ce lien de nécessité et de proportionnalité pouvait être rompu en cas de constat de l'existence d'une incitation à se soumettre à de telles clauses (voir point 291 ci-dessus). Ainsi, cette théorie ne pourrait être appliquée à l'accord Teva que si le transfert de valeur prévu par ledit accord ne revêtait pas une nature incitative (voir points 679 à 699 ci-après).

**646** Il convient de considérer, en deuxième lieu, que les arguments avancés par les requérantes ne permettent pas de remettre en cause le caractère restrictif de la clause de non-contestation figurant dans l'accord Teva.

**647** Aux termes de cette clause, Teva s'est engagée à ne pas contester les brevets 947 et 339 à 341 au Royaume-Uni pendant la durée de l'accord Teva, étant précisé qu'elle n'était pas empêchée de poursuivre une procédure d'opposition contre ces brevets devant l'OEB (article 2.4 de l'accord Teva).

**648** La Commission a considéré, dans la décision attaquée, que cette clause de non-contestation avait deux conséquences principales, la première étant d'empêcher Teva d'établir que le produit qu'elle envisageait de commercialiser était non contrefaisant et la seconde étant de faire obstacle à un examen juridique objectif de la validité des brevets des requérantes au Royaume-Uni (considérant 1546).

**649** Il convient de relever, tout d'abord, que les requérantes ne contestent pas cette première conséquence de la clause de non-contestation contenue dans l'accord Teva, mais soutiennent qu'une telle conséquence serait propre à toute clause de non-contestation figurant dans un règlement amiable (voir point 625 ci-dessus). Or, il y a lieu de rappeler, à cet égard, que l'inhérence d'une telle clause au règlement amiable ne suffit pas à elle seule à exclure la constatation d'un objet anticoncurrentiel (voir points 273 et 645 ci-dessus).

**650** Il doit être considéré, ensuite, qu'il est indifférent en l'espèce que la clause de non-contestation ne porte que sur les procédures contentieuses au Royaume-Uni et n'inclut pas celles devant l'OEB, dès lors que le champ d'application territorial de l'accord Teva est limité au Royaume-Uni, au sein duquel toute contestation de la validité du brevet 947 et des brevets de procédé est prohibée. Il convient de rappeler, à cet égard, qu'un accord peut être qualifié de restriction par objet, même si son champ d'application territorial se limite à un État membre (voir, en ce sens, arrêt du 24 septembre 2009, Erste Group Bank e.a./Commission, C 125/07 P, C 133/07 P et C 137/07 P, EU:C:2009:576, point 38 et jurisprudence citée).

**651** En outre, même si, comme le font valoir les requérantes, la clause de non-contestation ne serait pas susceptible de produire d'effets sur la procédure de révocation du brevet 947 engagée au Royaume-Uni par une filiale de Teva, procédure qui a été suspendue dans l'attente d'une décision définitive dans la procédure d'opposition devant l'OEB non visée par l'accord Teva, il reste que cette clause empêche, à tout le moins,

l'introduction d'autres actions en invalidité de ce brevet pendant toute la durée de l'accord Teva et que, selon les termes de l'article 2.4 dudit accord, cette interdiction concerne tant Teva UK Ltd que ses filiales et tant les actions directes que toute assistance à un tiers en vue d'invalider les brevets des requérantes. Est, dès lors, dépourvue de pertinence en l'espèce la participation active de Teva à la procédure d'opposition devant l'OEB, notamment par la communication des décisions des juridictions du Royaume-Uni relatives à la validité du brevet 947, alléguée par les requérantes (voir point 635 ci-dessus).

**652** Il ne saurait par ailleurs être reproché à la Commission de ne pas avoir établi qu'il existait un fondement sérieux pour remettre en cause la validité des brevets de procédé des requérantes (voir point 635 ci-dessus). En effet, une telle preuve n'est pas requise pour établir le caractère restrictif d'une clause de non-contestation, lequel dépend de la suppression de possibilités réelles et concrètes de surmonter les obstacles liés aux brevets, qui ne supposent pas nécessairement, pour être établies, la preuve d'un accueil probable de l'action en invalidité des brevets concernés (voir point 368 ci-dessus).

**653** Est enfin dépourvue de pertinence l'allégation des requérantes selon laquelle la clause de non-contestation n'empêchait nullement les tiers de contester leurs brevets (voir point 635 ci-dessus). En effet, une telle allégation relative à la production d'effets potentiels de l'accord Teva uniquement sur cette société de génériques ne remet pas en cause, en tant que telle, le caractère restrictif de la clause de non-contestation contenue dans l'accord Teva (voir également points 556 et 557 ci-dessus).

**654** Il convient de considérer, en troisième lieu, que la clause d'achat exclusif a, à juste titre, été qualifiée par la Commission de restrictive de concurrence.

**655** Cette clause, telle que prévue par l'article 3 de l'accord Teva, se lit comme suit :

« 3. Obligation d'achat exclusif

3.1. Pendant la durée du présent Contrat, Teva devra acheter tout le Périndopril dont elle-même et ses Filiales ont besoin pour le fournir ou le mettre à disposition au Royaume-Uni, exclusivement auprès de Servier ou de ses Filiales.

[...]

3.3. Teva ne devra pas vendre activement ou promouvoir le Produit à des clients en dehors du Royaume-Uni et elle devra faire en sorte que ses Filiales en fassent autant.

3.4. Sous réserve de la réception par Servier ou ses Filiales de commandes confirmées de Teva pour les quantités de Produit indiquées ci-dessous, présentées aux Dates de Commande ou avant, Servier ou ses Filiales devront fournir à Teva les quantités suivantes de Produit avant les dates ci-après :

3.4.1. 150 000 (cent cinquante mille) boîtes de 30 comprimés de 2 mg d'ici le 1er août 2006 et pendant les mois suivants 75 000 (soixante-quinze mille) de telles boîtes par mois ;

3.4.2. 240 000 (deux cent quarante mille) boîtes de 30 comprimés de 4 mg d'ici le 1er août 2006 et pendant les mois suivants 120 000 (cent-vingt mille) de telles boîtes par mois ;

3.4.3. 80 000 (quatre-vingt mille) boîtes de 30 comprimés de 8 mg d'ici le 1er janvier 2007 (ou toute date que les parties peuvent convenir) et pendant les mois suivants 40 000 (quarante mille) de telles boîtes par mois.

[...]

3.8. Si, dans le cadre d'un mois quelconque, pendant la durée du présent Contrat :

3.8.1. Servier a reçu de Teva des commandes confirmées pour le Produit, pour livraison au Royaume-Uni pendant ce mois, ces commandes confirmées ayant été soumises aux Dates de Commande pertinentes ou avant ; et

3.8.2. Servier et ses Filiales n'ont pas, dans un délai de dix Jours Ouvrables suivant la date de livraison correspondante, livré à Teva le Produit total commandé par celle-ci, conformément aux dispositions des Clauses 3.4 et 3.8.1 pour une livraison pendant ce mois,

3.8.3. Servier devra, conformément à la clause 3.9, payer à Teva les Indemnités Forfaitaires pour ce mois et Teva et ses Filiales n'auront aucun autre droit ou recours (y compris tout droit de résiliation) pour toute défaillance de Servier dans la fourniture du Produit à Teva.

[...] »

**656** Il convient également de rappeler que, en vertu de la clause de non-commercialisation prévue par l'article 2.3 de l'accord Teva, cette dernière devait s'abstenir au Royaume-Uni de fabriquer, de faire fabriquer, de détenir, d'importer, de fournir, de proposer de fournir ou de disposer de périndopril générique, que ce périndopril soit fabriqué conformément au procédé qu'elle avait mis au point et que Servier considérait comme violant les brevets 947 et 339 à 341 ou qu'il enfreigne ces brevets jusqu'à la résiliation ou l'expiration de l'accord Teva ou l'expiration desdits brevets.

**657** La Commission a estimé, aux considérants 1552 à 1555 de la décision attaquée, que, dans la mesure où la clause de non-commercialisation (article 2.3) et la clause d'achat exclusif (article 3.1) de l'accord Teva affectaient la capacité de concurrence de Teva ou sa liberté de choisir en toute indépendance ses sources de périndopril destiné au marché du Royaume-Uni, ces clauses seraient analysées comme une seule et même obligation de non-concurrence. Elle a précisé que peu importait le statut des éventuelles sources alternatives de périndopril en termes de brevet (contrefaisant ou non contrefaisant), les seules options ouvertes à Teva par la clause d'achat exclusif étant soit de vendre exclusivement le produit de Servier, soit de recevoir une somme d'argent en compensation du défaut d'approvisionnement (indemnité forfaitaire de 500 000 GBP par mois).

**658** Il y a lieu de considérer que les allégations des requérantes dirigées contre cette appréciation de la Commission reposent sur une interprétation erronée de la clause d'achat exclusif de l'accord Teva.

**659** En effet, il ressort de l'accord Teva une alternative entre un approvisionnement et le paiement d'une indemnité en l'absence d'approvisionnement, dès lors que, aux côtés de l'obligation d'approvisionnement, certes mentionnée en tant que telle à l'article 3.4 de l'accord Teva, était expressément prévue la possibilité d'un non-approvisionnement, qui n'était ni contestable devant un juge, ni susceptible de donner lieu à une résiliation par Teva, ni même soumise à des conditions, notamment une limitation dans le temps, autres que celle du versement d'une indemnité (articles 3.8.2, 3.8.3 et 8.3 de l'accord Teva).

**660** Il convient de préciser que l'interdiction de contestation et de résiliation en cas de défaut d'approvisionnement prévue par l'article 3.8.3 de l'accord Teva (ci-après la « clause de non-résiliation ») joue un rôle déterminant dans cette interprétation de la clause d'achat exclusif, dès lors qu'elle substitue à la sanction du non-respect d'une obligation

contractuelle par un juge ou par la fin de la relation contractuelle une compensation financière préétablie et, ainsi, crée une alternative entre un approvisionnement et une indemnisation. Est, à cet égard, indifférent le fait que cette indemnisation soit la conséquence du non-respect d'une obligation d'approvisionnement ou d'une possibilité offerte à Servier de ne pas approvisionner Teva.

**661** Il en résulte en effet dans tous les cas, ainsi que la Commission l'a considéré à juste titre dans la décision attaquée (considérant 1559), une option de non-approvisionnement laissée à la totale discrétion de Servier, empêchant Teva d'entrer sur le marché et empêchant également d'assimiler les clauses concernées à celles caractérisant habituellement un accord d'approvisionnement.

**662** En revanche, Teva était soumise à une obligation d'achat exclusif, qualifiée à juste titre d'« absolue » par la Commission (considérant 1588 de la décision attaquée), dans la mesure où Teva ne pouvait s'en défaire pour éventuellement s'approvisionner auprès d'autres fournisseurs de périndopril, qu'il soit contrefaisant ou non contrefaisant, et entrer sur le marché avec ce périndopril, et ce même en cas de défaut d'approvisionnement de Servier, puisque la résiliation de l'accord pour ce motif était exclue en vertu de la clause de non-résiliation. Ainsi que la Commission l'a relevé à juste titre au considérant 1557 de la décision attaquée, la clause de non-résiliation, telle que combinée à la clause d'achat exclusif, obligeait Teva à s'approvisionner en périndopril générique uniquement auprès de Servier et, ainsi, l'empêchait de s'approvisionner auprès d'autres fournisseurs, y compris ceux ne contrefaisant pas les brevets de Servier.

**663** Il s'ensuit que les clauses d'achat exclusif et de non-résiliation, non seulement se confondent partiellement avec l'obligation de non-commercialisation prévue par l'article 2.3 de l'accord Teva, en ce qu'elles interdisent l'acquisition et partant la vente de périndopril contrefaisant les brevets litigieux produit par des tiers, mais également étendent cette obligation au-delà des brevets litigieux, en ce qu'elles interdisent l'acquisition et la vente de périndopril produit par des tiers ne contrefaisant pas les brevets litigieux.

**664** Il en résulte que les clauses d'achat exclusif et de non-résiliation de l'accord Teva sont, en tant que telles, particulièrement susceptibles d'empêcher l'approvisionnement de Teva et ainsi d'exclure son entrée sur le marché avec le produit d'un tiers, comme cette entrée est par ailleurs déjà exclue tant pour les produits des requérantes que pour ceux provenant de tiers par la clause de non-commercialisation prévue par l'article 2.3 de l'accord, dont les requérantes ne contestent pas le caractère restrictif de concurrence.

**665** Il convient de considérer, en outre, que la limitation de la clause d'achat exclusif, comme d'ailleurs de la clause de non-commercialisation, au périndopril erbumine ne saurait remettre en cause leur caractère restrictif (voir point 626 ci-dessus).

**666** En effet, les requérantes soulignent que ces clauses ne portaient que sur le périndopril erbumine et ne contestent pas que le produit que Teva envisageait de commercialiser au moment de la conclusion de l'accord Teva était du périndopril erbumine. Ainsi, les clauses de non-commercialisation et d'achat exclusif empêchaient Teva d'entrer sur le marché avec le périndopril erbumine qu'elle envisageait de commercialiser pendant la durée de l'accord Teva. Partant, quand bien même Teva aurait pu entrer sur le marché avec du périndopril composé d'un autre sel que l'erbumine pendant la période couverte par l'accord Teva, il n'en reste pas moins que cet accord empêchait Teva de concurrencer les requérantes avec du périndopril erbumine et restreignait la concurrence à cet égard. Il

peut être relevé au surplus que les éléments de preuve fournis par les requérantes pour établir l'entrée de Teva sur le marché du Royaume-Uni avec un autre sel que l'erbumine portent sur des données postérieures à l'expiration de l'accord Teva.

**667**Sont par ailleurs dépourvues de pertinence en l'espèce les allégations des requérantes relatives aux effets potentiels ambivalents de la clause d'achat exclusif (voir point 636 ci-dessus). Il convient en effet de rappeler que de tels effets potentiels, fondés en l'espèce sur des circonstances non prévisibles à la date de conclusion de l'accord Teva, ne sauraient être pris en compte dans le cadre de l'analyse de l'objet restrictif de concurrence (voir point 644 ci-dessus). Il peut être ajouté que, en tout état de cause, contrairement à ce que font valoir les requérantes, il ne saurait être considéré que les effets potentiels allégués de l'accord Teva étaient non restrictifs de concurrence, voire proconcurrentiels.

**668**En effet, dans l'hypothèse où le brevet 947 aurait été invalidé par l'OEB, l'accord Teva aurait empêché celle-ci d'entrer sur le marché avec son produit ou le produit de Krka en vertu de la clause de non-commercialisation, qui serait restée en vigueur – ainsi qu'en atteste la référence à l'« expiration » des brevets par l'article 2.3 de l'accord Teva, par opposition au terme « révocation » utilisé dans l'article II de l'avenant à l'accord Teva –, alors que cette invalidation aurait permis l'entrée sur le marché de produits génériques potentiellement contrefaisants de ce brevet. En outre, même à supposer que les requérantes aient approvisionné Teva en périndopril générique dans cette hypothèse, ainsi qu'elles l'affirment (voir point 616 ci-dessus), cette entrée de Teva sur le marché avec le produit générique des requérantes n'aurait pas créé une situation de concurrence par rapport à ces dernières et Teva n'aurait au surplus pas été la seule et ainsi la première à entrer sur le marché compte tenu de l'entrée susvisée d'autres sociétés de génériques. De même, dans l'hypothèse où la validité du brevet 947 aurait été confirmée par l'OEB, Teva serait restée empêchée de s'approvisionner en périndopril générique, y compris non contrefaisant, auprès d'autres entreprises que les requérantes, et son approvisionnement par les requérantes, encore plus hypothétique dans ce cas, ainsi qu'elles le reconnaissent elles-mêmes (voir point 636 ci-dessus), n'aurait pas davantage permis une entrée en situation de concurrence avec les requérantes. Il y a lieu d'ajouter, à ce dernier égard, que la circonstance que la Commission a fixé la fin de l'infraction à la date d'entrée de Teva sur le marché du Royaume-Uni avec le produit des requérantes ne saurait être interprétée comme attestant de la reconnaissance par la Commission du fait que Teva est entrée sur le marché en juillet 2007 en situation de concurrence avec les requérantes. En effet, la Commission a elle-même indiqué dans la décision attaquée (considérants 2125 et 3133) que la fixation de la fin de l'infraction au 6 juillet 2007 s'expliquait par un souci de prudence et par la volonté de retenir une date favorable aux parties contractantes.

**669**Pour les mêmes raisons, sont également dépourvues de pertinence en l'espèce les allégations des requérantes relatives à leur intention d'approvisionner Teva en cas d'invalidation du brevet 947 par l'OEB et à l'objectif d'entrée anticipée de Teva, voire en tant que première société de génériques, sur le marché du Royaume-Uni.

**670**Il ne saurait enfin être reproché à la Commission (voir point 624 ci-dessus) de s'être fondée, aux seules fins de conforter son analyse, sur l'interprétation de l'accord Teva effectuée par la High Court of Justice (England & Wales), Chancery Division (patents court) [Haute Cour de justice (Angleterre et Pays de Galles), division de la Chancery (chambre des brevets)], dans son arrêt du 9 octobre 2008 (considérants 1572 et 1573 de la décision attaquée).



**671** Il résulte de tout ce qui précède que la Commission n'a pas erronément apprécié les clauses d'achat exclusif et de non-résiliation de l'accord Teva, en considérant que ces deux clauses, combinées à la clause de non-commercialisation de l'article 2.3 de l'accord Teva, devaient s'analyser globalement en une « obligation de non-concurrence » (considérant 1552 de la décision attaquée) et, ainsi, en une obligation globale de non-commercialisation à la charge de Teva.

**672** Il s'ensuit que, contrairement à ce que prétendent en substance les requérantes, ces clauses ne correspondent ni à celles figurant habituellement dans un accord d'approvisionnement ni à celles d'un accord d'achat exclusif (voir également points 661 et 662 ci-dessus) et ne sauraient, partant, être analysées au même titre que celles contenues dans un accord accessoire à un règlement amiable, de tels accords correspondant à des accords commerciaux usuels (voir points 798 à 808 ci-après).

**673** Il s'ensuit également que doivent être rejetés les arguments des requérantes fondés sur des accords d'approvisionnement ou d'achat exclusif usuels.

**674** En particulier, le fait allégué par les requérantes selon lequel de tels accords relèvent d'une pratique courante dans le secteur pharmaceutique est en l'espèce dépourvu de pertinence, dès lors que la clause d'achat exclusif de l'accord Teva ne correspond pas aux clauses courantes évoquées par les requérantes. Il convient d'ajouter que, en tout état de cause, des pratiques d'entreprises privées, même tolérées ou approuvées par l'autorité publique d'un État membre, ne sauraient s'imposer dans l'application des règles de concurrence du traité (arrêt du 17 janvier 1984, VBVB et VBBB/Commission, 43/82 et 63/82, EU:C:1984:9, point 40).

**675** N'est pas davantage pertinent le règlement no 2790/1999, et ce d'autant plus que, en vertu de son article 2, paragraphe 4, il ne s'applique pas aux accords d'exclusivité conclus par des entreprises concurrentes, telles que celles en cause en l'espèce visant toutes deux à commercialiser du périndopril sous leur propre nom. En effet, il a été considéré que Teva était un concurrent potentiel des requérantes (voir point 614 ci-dessus) et cette qualité n'est pas remise en cause par la conclusion d'un accord habituellement conclu entre des entreprises opérant à des niveaux différents de la chaîne de production ou de distribution.

**676** Quant à l'appréciation par la Commission de l'accord Servier-Generics conclu moins d'un an après l'accord Teva, il y a lieu de relever que la Commission a constaté, au considérant 745 de la décision attaquée, sans être contredite par les requérantes, que la clause d'achat exclusif contenue dans cet autre accord ne prévoyait aucun paiement ou indemnité en cas de défaut d'approvisionnement par les requérantes. Il ressort par ailleurs du dossier que cette clause n'était pas non plus combinée à une clause de non-résiliation et à une clause de non-commercialisation, en l'absence de périndopril concurrent développé par Generics, de sorte que les appréciations relatives à cet accord ne sauraient être transposées à l'accord Teva.

**677** Enfin, dans la mesure où la Commission a clairement mis en évidence les aspects spécifiques et problématiques en l'espèce de la clause d'achat exclusif de l'accord Teva (voir notamment considérants 1553 à 1574 de la décision attaquée), il ne saurait être déduit de la décision attaquée que la Commission a interdit, en principe, toute conclusion concomitante d'un accord de distribution exclusive et d'un accord de règlement amiable.

**678**Il résulte de tout ce qui précède que la Commission a, à juste titre, considéré que l'accord Teva limitait les efforts de Teva en vue de faire concurrence aux requérantes.

ii) Sur l'absence d'avantage incitatif

**679**La Commission a considéré, dans la décision attaquée, que le montant initial de 5 millions de GBP (ci-après le « montant initial ») et l'indemnité forfaitaire de 500 000 GBP par mois pour un montant total de 5,5 millions de GBP, couvrant les onze mois de défaut d'approvisionnement de Servier (ci-après l'« indemnité forfaitaire finale »), représentaient une somme d'argent substantielle, de 10,5 millions de GBP, qui avait servi d'incitation significative pour Teva de s'abstenir d'entrer en concurrence avec les requérantes (considérant 1622).

**680**Afin de déterminer si un paiement inversé, c'est-à-dire un transfert de valeur de la société de princeps en direction de la société de génériques, constitue ou non une incitation à accepter des clauses de non-contestation et de non-commercialisation, il convient d'examiner, en tenant compte de sa nature et de sa justification, s'il couvre des coûts inhérents au règlement amiable du litige. Dans la décision attaquée, la Commission a ainsi à juste titre examiné si le transfert de valeur correspondait aux coûts spécifiques du règlement amiable supportés par la société de génériques (considéranants 1592 à 1599 de la décision attaquée).

**681**Dans l'hypothèse où le paiement inversé prévu dans un accord de règlement amiable comportant des clauses restrictives de concurrence viserait à compenser les coûts inhérents au règlement amiable supportés par la société de génériques, ce paiement ne pourrait en principe être considéré comme incitatif. La constatation de l'existence d'une incitation et d'une restriction de concurrence par objet n'est pas pour autant exclue dans cette hypothèse. Elle suppose toutefois que la Commission établisse que les montants correspondant à ces coûts inhérents au règlement amiable, même établis et précisément chiffrés par les parties à ce règlement, ont un caractère excessif (voir point 278 ci-dessus).

**682**Les coûts inhérents au règlement amiable du litige recouvrent, notamment, les frais contentieux supportés par la société de génériques dans le cadre du litige qui l'oppose à la société de princeps. En effet, la prise en charge de ces frais est en lien direct avec un tel règlement amiable. Par conséquent, lorsque les montants des frais contentieux de la société de génériques sont établis par les parties au règlement amiable, la Commission ne peut constater leur caractère incitatif qu'en démontrant que ceux-ci seraient disproportionnés (voir point 279 ci-dessus).

**683**En revanche, certains frais incombant à la société de génériques sont, a priori, trop extérieurs au litige et à son règlement pour pouvoir être considérés comme inhérents au règlement amiable d'un litige en matière de brevets. Il s'agit, par exemple, des coûts de fabrication des produits contrefaisants, correspondant à la valeur du stock desdits produits, ainsi que des frais de recherche et de développement exposés pour mettre au point ces produits. Il en est de même des sommes devant être versées par la société de génériques à des tiers en raison d'engagements contractuels conclus en dehors du litige (par exemple des contrats de fourniture). Il appartient alors aux parties à l'accord, si elles souhaitent que le paiement de ces frais ne soit pas qualifié d'incitatif et de constitutif d'un indice de l'existence d'une restriction de concurrence par objet, de démontrer que ceux-ci sont inhérents au litige ou à son règlement, puis d'en justifier le montant. Elles pourraient également, aux mêmes fins, se fonder sur le montant insignifiant du

remboursement de ces frais a priori non inhérents au règlement amiable du litige et, ainsi, insuffisant pour constituer une incitation significative à accepter les clauses restrictives de concurrence prévues par l'accord de règlement (voir point 280 ci-dessus).

– Sur l'indemnité forfaitaire finale

**684** Contrairement à ce que prétendent les requérantes, la Commission a considéré, à juste titre, que l'indemnité forfaitaire finale représentait un paiement consenti à Teva en échange de son engagement à ne pas faire concurrence à Servier (considérant 1588 de la décision attaquée) et, partant, une incitation à se soumettre à une obligation de non-commercialisation. En effet, la Commission ayant estimé à bon droit que les clauses d'achat exclusif et de non-résiliation de l'accord Teva équivalaient à imposer une obligation de non-commercialisation excluant Teva du marché (voir point 671 ci-dessus) et les articles 1.8 et 3.8.3 de l'accord Teva prévoyant le paiement d'une indemnité forfaitaire de 500 000 GBP par mois en cas de défaut de fourniture du produit et, ainsi, de concrétisation de cette exclusion du marché, l'indemnité forfaitaire constitue clairement la contrepartie de l'absence d'entrée sur le marché de Teva.

**685** Est, à cet égard, dépourvu de pertinence l'argument des requérantes selon lequel l'indemnité forfaitaire serait un instrument contractuel classique en droit anglais et refléterait ce qui aurait pu être octroyé par un juge pour non-respect d'une obligation d'approvisionnement. En effet, l'existence de l'incitation se déduit dans le présent litige du fait que le paiement est effectué, non en compensation de coûts inhérents au règlement amiable ou en exécution d'un accord d'approvisionnement usuel, mais en contrepartie de l'absence d'entrée sur le marché telle que prévue par les clauses susvisées, indépendamment de l'outil juridique utilisé pour réaliser cette contrepartie et du fait que cette contrepartie équivaut à l'indemnité qu'aurait accordée un juge (voir points 680 et 681 ci-dessus).

**686** N'est pas davantage susceptible de remettre en cause le caractère incitatif de l'indemnité forfaitaire finale la comparaison effectuée par les requérantes avec l'appréciation de la Commission relative aux accords Lundbeck-Neolab (voir points 394 à 398 ci-dessus).

– Sur le montant initial

**687** Quant au montant initial prévu par l'article 10.1 de l'accord Teva, il y a lieu de considérer que les arguments avancés par les requérantes ne permettent pas de remettre en cause le constat par la Commission de l'existence d'une incitation.

**688** Il convient de rappeler, à cet égard, que l'article 10.1 de l'accord Teva stipule :

« Servier devra, sous réserve de la réception d'une facture appropriée de Teva, payer ou faire en sorte qu'une de ses filiales paie à Teva 5 000 000 [de GBP] dans un délai de dix jours ouvrables suivant la réception de la facture de Teva. Cette facture peut être remise lors de la signature du présent [accord] et sera due immédiatement, toujours sous condition que Servier aura 10 jours ouvrables pour effectuer le paiement. Ce paiement sera une contribution aux coûts supportés par Teva pour préparer la conclusion du présent [accord], y compris, mais sans s'y limiter, les coûts de résiliation de ses accords de fourniture existants au Royaume-Uni. »

**689** Dans la décision attaquée, la Commission a constaté, à titre liminaire, que Teva n'avait communiqué ex post aucun chiffre précis relatif aux différents coûts qui auraient été compensés par le montant initial, à l'exception des frais de justice estimés à moins

de 100 000 euros pour l'action menée par Ivax contre Servier au Royaume-Uni (considérants 1594 et 1597). Elle a néanmoins procédé à une évaluation des autres frais susceptibles, selon elle, de relever de l'article 10.1 de l'accord Teva, dont ceux correspondant à la valeur du stock de périndopril de Teva devant être détruit et aux coûts de développement du périndopril, pour en déduire qu'ils représentaient au total moins de 40 % du montant initial (considérants 1596 à 1599 de la décision attaquée).

**690** Il s'en déduit que la Commission a estimé que, même si certains frais couverts par l'article 10.1 de l'accord Teva pouvaient être considérés comme inhérents au règlement amiable du litige opposant les requérantes à Teva, cette dernière n'avait pas chiffré les frais en cause, ni a fortiori établi leur montant, à l'exception des frais contentieux qui ont été chiffrés, mais de manière approximative et sans établissement de leur montant. En effet, la Commission évoque dans la décision attaquée le fait que Teva a seulement « fait état » (considérant 797) ou « communiqué » (considérant 1597) un montant « de moins de 100 000 euros » au titre de ces frais contentieux et a confirmé, en réponse à une question posée lors de l'audience, que Teva n'avait accompagné son estimation chiffrée d'aucun justificatif.

**691** Or, les requérantes n'allèguent aucun argument, ni a fortiori ne produisent aucun élément, tel que la « facture appropriée » mentionnée dans l'article 10.1 de l'accord, de nature à remettre en cause cette analyse de la Commission.

**692** Les requérantes se bornent, premièrement, à se référer à la « destruction d'un stock », en indiquant sa valeur. Or, l'indemnisation de la valeur du stock à détruire ne peut, a priori, être qualifiée de frais inhérents à un règlement amiable (voir points 280 et 683 ci-dessus).

**693** En tout état de cause, les requérantes n'établissent pas la valeur dudit stock. En effet, d'une part, le montant en euros qu'elles allèguent ne correspond pas à celui en livres sterling mentionné dans la décision attaquée (considérant 1596), compte tenu du taux de change retenu par la Commission (voir notamment note en bas de page no 4109 de la décision attaquée). D'autre part et surtout, les requérantes ne fournissent à l'appui de leur allégation aucune autre preuve que leurs propres déclarations et celles de Teva en réponse à la communication des griefs ainsi qu'un document de Teva ne mentionnant pas une telle donnée chiffrée. Ainsi, même s'il devait être considéré que, en l'espèce, le paiement de la valeur du stock des produits de Teva devant être détruit était inhérent à l'accord Teva, en ce que cette destruction était prévue par ledit accord (article 2.2), ce paiement ne pourrait, en l'absence de justification de son montant, échapper à la qualification de paiement incitatif (voir point 683 ci-dessus).

**694** Les requérantes évoquent, deuxièmement, une somme de 1 million de GBP que Teva envisageait de devoir verser à l'un de ses partenaires commerciaux du fait de la rupture du partenariat commercial en cause. Outre le fait que les sommes devant être versées par la société de génériques à des tiers en raison de la résiliation de contrats en cours ne sont pas a priori des frais inhérents à un règlement amiable (voir point 683 ci-dessus), il peut être relevé que la somme alléguée ne ressort nullement du contrat en cause joint en annexe à la requête.

**695** Si les requérantes prétendent, troisièmement, que le montant initial correspondait aux dommages et intérêts qu'elles auraient dû payer à Teva en cas d'injonction délivrée à tort et qu'elles auraient évité de payer grâce à l'accord Teva, il y a lieu de relever que, par cette allégation, les requérantes cherchent en substance à établir le caractère justifié

du montant initial en comparant ce montant à celui de frais de nature différente et non prévus par l'article 10.1 de l'accord. En effet, cette stipulation, tout en étant rédigée de manière non restrictive, se limite aux « coûts supportés par Teva » et n'inclut pas ceux exposés ou évités par les requérantes. Par leur allégation, les requérantes confondent également le caractère justifié du montant initial au regard du règlement amiable, seul en cause en l'espèce, et le caractère proportionné de ce montant pour l'appréciation duquel la comparaison proposée pourrait le cas échéant être pertinente. Or, il importe de rappeler qu'il s'agit de deux appréciations distinctes qu'il appartient à la Commission d'effectuer successivement. Ainsi, il incombe à la Commission, lorsqu'elle apprécie le caractère restrictif d'un règlement amiable de litige en matière de brevets comportant un transfert de valeur, d'examiner, en premier lieu, si les frais couverts par le transfert de valeur sont justifiés au regard du règlement amiable et, en particulier, si le transfert de valeur correspond au montant établi des frais pouvant de par leur nature être considérés comme inhérents au règlement amiable, puis, en second lieu, si elle estime ces frais justifiés, de vérifier que leur montant n'est pas disproportionné compte tenu notamment du type de frais concerné (voir points 681 et 682 ci-dessus).

**696** Il convient de considérer ensuite que, même à supposer que la comparaison alléguée puisse être pertinente aux fins de vérifier si le montant initial était justifié au regard du règlement amiable, les requérantes ne fournissent aucune évaluation des coûts prétendument évités. Elles se bornent en effet à évoquer des dommages et intérêts substantiels en cas de défaite dans le procès au fond faisant suite à une injonction prononcée en leur faveur.

**697** Enfin, dans la mesure où les requérantes soutiennent, quatrième, que le montant initial visait à « sécuriser » la clause d'achat exclusif (voir point 628 ci-dessus), il y a lieu d'en déduire qu'elles considèrent ce montant comme une contrepartie de ladite clause et, ainsi, reconnaissent en substance son caractère incitatif, dès lors que cette clause a été interprétée comme imposant une obligation de non-commercialisation à Teva (voir points 684 et 685 ci-dessus).

**698** Il en résulte que la Commission a valablement retenu, dans la décision attaquée (considérants 1608 et 1622), l'existence dans l'accord Teva d'une incitation de Teva à se soumettre aux clauses de non-commercialisation et de non-contestation prévues par ledit accord, sans avoir au surplus à vérifier, comme le soutiennent les requérantes (voir point 628 ci-dessus), si ces clauses auraient eu une portée restrictive moindre en l'absence de ce paiement incitatif. En effet, le constat d'une incitation à se soumettre à des clauses de non-commercialisation et de non-contestation requiert uniquement la présence de telles clauses, indépendamment de leur portée plus ou moins restrictive, et une analyse des coûts couverts par le transfert de valeur en cause (voir points 680 et 681 ci-dessus).

**699** L'existence de cette incitation n'est pas susceptible d'être remise en cause par l'allégation des requérantes selon laquelle la Commission aurait à tort « amalgamé » le montant initial et l'indemnité forfaitaire finale pour en déduire « un transfert de valeur net d'un montant de 10,5 millions de GBP ». Certes, comme le relèvent à juste titre les requérantes, à la différence du montant initial fixé par l'article 10.1 de l'accord Teva, le montant de l'indemnité forfaitaire finale résulte de la mise en œuvre de l'accord Teva, en particulier du défaut d'approvisionnement de Teva par les requérantes, et non, dans son montant de 5,5 millions de GBP, de la clause concernée de l'accord prévoyant uniquement un montant mensuel d'indemnité de 500 000 GBP. Toutefois, s'il peut en être déduit que

le montant de 10,5 millions de GBP correspond à celui du transfert de valeur effectivement versé à Teva et non à celui du transfert de valeur ressortant des seules clauses de l'accord Teva, il n'en reste pas moins que ce transfert effectif constitue également, pour les mêmes raisons que celles ayant conduit à conclure au caractère incitatif du montant initial et de l'indemnité mensuelle de 500 000 GBP, une incitation pour la totalité de son montant.

**700** Il s'ensuit que, compte tenu de ce qui précède (voir, en particulier, points 265 à 271 ci-dessus), la Commission a, à juste titre, déduit du constat de cette incitation, dont les deux composantes étaient prévues par l'accord Teva, que cet accord avait, dès l'origine, un objet restrictif de concurrence.

**701** Cette conclusion n'est pas remise en cause par la prétendue dénaturation de l'objectif de l'accord Teva et des intentions des parties audit accord.

**702** En effet, l'allégation par les requérantes de l'absence d'intention anticoncurrentielle des parties à l'accord Teva et de la poursuite d'objectifs légitimes, dont notamment l'entrée anticipée de Teva, voire en tant que première société de génériques, sur le marché du Royaume-Uni, n'est susceptible de remettre en cause ni l'existence d'un avantage incitatif ni le caractère restrictif de la concurrence des clauses de non-commercialisation et de non-contestation de l'accord Teva (voir également point 669 ci-dessus). Par conséquent, à supposer même que les arguments en cause reposent sur des faits établis, ils ne seraient pas de nature, en toute hypothèse, à invalider la qualification de restriction par objet de l'accord Teva que la Commission a retenue.

**703** Il convient également d'ajouter que l'intention des parties ne constitue pas un élément nécessaire pour déterminer le caractère restrictif d'un type de coordination entre entreprises (voir point 222 ci-dessus).

**704** De plus, en présence de clauses de non-commercialisation et de non-contestation, dont le caractère intrinsèquement restrictif n'a pas été valablement mis en cause, l'accord Teva a pu être regardé à bon droit par la Commission, du fait du constat de l'existence d'une incitation, comme étant un accord d'exclusion du marché, poursuivant de ce fait un objectif anticoncurrentiel. Or, selon une jurisprudence constante, la seule circonstance qu'un accord poursuive également des objectifs légitimes ne saurait suffire à faire obstacle à une qualification de restriction de concurrence par objet (voir point 222 ci-dessus).

iii) Sur le grief, soulevé à titre subsidiaire, relatif à la durée de l'infraction

**705** Les requérantes reprochent à la Commission d'avoir fait débiter l'infraction qui leur est reprochée au titre de l'accord Teva à la date de conclusion de cet accord (le 13 juin 2006), au lieu de la date d'obtention de l'AMM par Teva au Royaume-Uni (le 12 décembre 2006) (voir point 641 ci-dessus).

**706** Il convient de rappeler, à cet égard, que, d'une part, l'examen des conditions de concurrence et des restrictions apportées à cette concurrence repose non seulement sur la concurrence actuelle que se font les entreprises déjà présentes sur le marché, mais aussi sur la concurrence potentielle entre ces entreprises établies et d'autres entreprises non encore présentes sur le marché (voir arrêt du 29 juin 2012, E.ON Ruhrgas et E.ON/Commission, T\_360/09, EU:T:2012:332, point 85 et jurisprudence citée) et que, d'autre part, la Commission a considéré, à juste titre, que Teva était un concurrent potentiel des requérantes à la date de conclusion de l'accord Teva (voir point 614 ci-

dessus), même si elle ne disposait pas d'une AMM à cette date (voir points 478 et 599 ci-dessus). Il s'ensuit que la Commission n'a pas commis d'erreur en considérant que la concurrence avait été restreinte dès la conclusion de l'accord Teva, le 13 juin 2006, et que l'infraction reprochée aux requérantes au titre de cet accord débutait à cette date.

**707**Le grief critiquant l'appréciation par la Commission de la durée de l'infraction retenue au titre de l'accord Teva doit, par conséquent, être écarté, de même que le moyen tiré d'erreurs de droit et d'appréciation dans la qualification de l'accord Teva de restriction par objet.

c) Sur les erreurs de droit et d'appréciation relatives à la qualification de restriction de concurrence par effet de l'accord Teva

**708**Les requérantes soutiennent que la Commission a commis différentes erreurs de droit et d'appréciation relatives à la qualification de restriction de concurrence par effet de l'accord Teva.

**709**Il convient, en faisant application mutatis mutandis des considérations développées aux points 566 à 570 ci-dessus, d'écarter le présent moyen comme inopérant.

8. Sur l'accord conclu avec Lupin

a) Sur la qualité de concurrent potentiel de Lupin

1) Arguments des parties

**710**Les requérantes soutiennent que la Commission a commis des erreurs d'appréciation et dénaturé les faits en considérant que Lupin était, au moment de la conclusion de l'accord Lupin, un concurrent prêt à entrer sur tous les marchés de l'Union à brève échéance. Lupin aurait en effet rencontré de nombreux obstacles réglementaires, commerciaux et juridiques et n'aurait obtenu une AMM qu'en juillet 2008.

**711**En premier lieu, les requérantes font valoir que Lupin connaissait de nombreuses difficultés réglementaires. Ainsi, au Royaume-Uni, alors qu'elle avait déposé une demande d'AMM en janvier 2006, elle aurait reçu des lettres de carence en mars, juin et novembre 2006 en raison de problèmes posés par des études de bioéquivalence. La Commission ne se serait fondée que sur un document unique et non probant pour affirmer que ces difficultés n'auraient pas empêché Lupin d'entrer sur le marché en avril 2007, alors même que d'autres documents auraient permis de constater que la bioéquivalence du produit devait être modifiée et revalidée en janvier 2007. De même, Lupin aurait également reçu des lettres de carence aux Pays-Bas. Les requérantes contestent en outre avoir prétendu avec Lupin que les problèmes réglementaires de cette dernière se seraient aggravés uniquement après l'accord Lupin.

**712**En deuxième lieu, les requérantes reprochent à la Commission d'avoir dénaturé les documents relatifs à l'interruption du partenariat commercial de distribution de Lupin avec la société A. le 5 janvier 2007, qui aurait été due aux difficultés réglementaires de Lupin ainsi qu'à la décision de l'OEB du 27 juillet 2006 relative au brevet 947 et non à l'accord Lupin, pour lequel aucune négociation n'avait encore commencé. Les requérantes soutiennent, en outre, que Lupin n'avait pas réussi à conclure un contrat avec un autre distributeur tel que la société B., en raison de ses difficultés réglementaires. Les requérantes précisent que Lupin avait uniquement fourni à la société B. des lots de démonstration et qu'aucun accord ni aucune commande ferme n'existait au moment de la conclusion de l'accord Lupin.

**713**En troisième lieu, les requérantes estiment que la Commission a considéré à tort que Lupin pensait être en mesure de surmonter l'obstacle que constituaient leurs brevets. Elle se serait fondée sur des éléments de preuve peu crédibles, alors que Lupin aurait estimé ses chances de victoire dans le litige relatif au brevet 947 à 50 % au plus. En outre, la pratique décisionnelle de la Commission montrerait que Lupin ne pouvait être considérée comme un concurrent potentiel.

**714**La Commission rétorque qu'elle n'a pas dénaturé les faits en considérant que Lupin était un concurrent potentiel des requérantes à la date de conclusion de l'accord Lupin. Elle rappelle que Lupin avait une stratégie duale d'entrée sur le marché, consistant à procéder à des ventes directes sur certains marchés, pour lesquelles elle s'efforçait d'obtenir des AMM, et à des ventes indirectes, pour lesquelles elle recherchait des partenariats commerciaux de distribution ou d'achat d'IPA. La Commission rappelle en outre que, selon la jurisprudence, la concurrence potentielle suppose qu'il existe des possibilités réelles et concrètes d'entrer sur le marché suffisamment rapidement afin de peser sur les participants au marché, mais que l'existence de brevets non expirés ne constitue pas une barrière à l'entrée insurmontable. Elle ajoute que le fait de disposer d'un produit commercialisable et d'une capacité d'entrer sur le marché à brève échéance n'est pas un critère retenu par la jurisprudence pour constater l'existence d'une concurrence potentielle. La Commission souligne par ailleurs que, au moment de la conclusion de l'accord Lupin, les requérantes comme d'autres opérateurs du marché considéraient Lupin comme un concurrent potentiel crédible.

**715**En premier lieu, la Commission indique que Lupin a été l'un des premiers producteurs de génériques à déposer une demande d'AMM au Royaume-Uni en janvier 2006 et que de nombreux éléments du dossier montreraient qu'elle a pris toutes les mesures nécessaires pour pouvoir surmonter les difficultés réglementaires auxquelles elle a été confrontée. Une note de synthèse d'un dirigeant de Lupin du 14 novembre 2006 permettrait ainsi de constater que Lupin continuait à anticiper une entrée sur le marché en avril 2007 malgré les difficultés réglementaires rencontrées. La Commission rappelle, en outre, que les requérantes et Lupin ont admis lors de la procédure administrative que ces difficultés ne se sont aggravées qu'après la conclusion de l'accord Lupin, notamment en juillet 2007. Aux Pays-Bas, la Commission indique que Teva, qui venait d'acquérir Ivax, a renoncé à son partenariat avec Lupin du fait de cette acquisition et non en raison des difficultés réglementaires de cette dernière.

**716**En deuxième lieu, la Commission fait valoir que la société A. est restée le partenaire commercial de Lupin jusqu'en avril 2007 et que les négociations relatives à la résiliation de cette relation n'ont commencé qu'en janvier 2007. Elle souligne, en outre, que Lupin a obtenu une indemnisation de la société A. à la suite de cette résiliation, ce qui n'aurait pas été possible si Lupin avait été considérée comme étant dans l'incapacité de satisfaire à ses obligations de livraison du produit. Il ressortirait du dossier que la société A. a mis fin à son partenariat avec Lupin en raison du risque de ne pas pouvoir être le premier entrant sur le marché et non parce qu'elle considérait que Lupin n'était pas en mesure d'assurer les livraisons prévues. De plus, Lupin aurait eu de nombreux contacts commerciaux avec d'autres fabricants de génériques, tels que la société B., avec laquelle elle entretenait déjà une relation commerciale à la date de conclusion de l'accord Lupin.

**717**En troisième lieu, la Commission soutient qu'il ressort du dossier que, au moment de la conclusion de l'accord Lupin, cette dernière pensait disposer d'une possibilité réelle et



concrète de remporter ses actions contentieuses contre les requérantes, notamment celles qu'elle avait engagées au Royaume-Uni après la décision de l'OEB du 27 juillet 2006. Plusieurs éléments du dossier auraient également montré que, en cas de succès de ces actions contentieuses, Lupin aurait été en mesure d'entrer sur le marché dans un délai raisonnable. Enfin, la Commission soutient que les requérantes ne sauraient se prévaloir de l'interprétation qu'elle avait retenue de la notion de concurrence potentielle dans une autre décision, dans laquelle les circonstances étaient très particulières et différentes de celles de l'espèce.

## 2) Appréciation du Tribunal

**718** Il convient de rappeler que, dans la décision attaquée, la Commission a considéré que Lupin était un concurrent potentiel de Servier qui avait l'intention et la capacité d'entrer sur le marché dans un délai prévisible (considérants 1875 et 1901), en se fondant sur les quatre considérations suivantes.

**719** Premièrement, la Commission a souligné que le développement de la version générique du périndopril de Lupin était bien avancé au moment de la conclusion du règlement amiable et a déduit de documents internes que Lupin se préparait à entrer sur le marché en avril 2007 (considérant 1878 de la décision attaquée). En outre, Lupin se serait efforcée activement d'obtenir des AMM et les difficultés auxquelles elle était confrontée n'auraient pas été insurmontables. Les requérantes et Lupin auraient d'ailleurs reconnu que les difficultés se seraient aggravées seulement après la conclusion de l'accord Lupin (considérants 1880 et 1883 de la décision attaquée). Concernant le Royaume-Uni, la Commission a notamment écarté l'allégation des requérantes et de Lupin selon laquelle cette dernière n'obtiendrait probablement pas d'AMM, en estimant que cette affirmation était fondée sur des éléments de preuve postérieurs à la conclusion de l'accord (considérants 1881 et 1882 de la décision attaquée). Concernant les Pays-Bas, la Commission a estimé que l'interruption par Teva du développement de son périndopril à partir de l'IPA de Lupin s'expliquait par le choix de Teva de privilégier d'autres sources d'approvisionnement et non par les difficultés réglementaires suscitées par l'IPA de Lupin (considérant 1886 de la décision attaquée). Enfin, la Commission s'est fondée sur l'obtention de l'AMM par Lupin après la conclusion de l'accord pour déduire que le retard dans l'obtention de l'AMM n'était pas dû à des carences du produit de Lupin, mais pouvait être imputé à des erreurs commises par le sous-traitant de Lupin. Elle a ajouté, à cet égard, que le critère juridique de la concurrence potentielle ne consistait pas dans la détention d'un « produit viable », c'est-à-dire prêt à être commercialisé, mais dans la capacité à intégrer le marché (considérant 1884 de la décision attaquée).

**720** Deuxièmement, la Commission a relevé que Lupin recherchait activement des partenaires commerciaux pour commercialiser du périndopril en Europe et était liée par des accords de distribution avec la société A. au moment de la conclusion de l'accord Lupin (considérant 1886 de la décision attaquée). Elle a réfuté, à cet égard, l'allégation des requérantes selon laquelle la société A. aurait décidé de résilier ces accords peu avant la conclusion de l'accord Lupin (considérants 1887 et 1888 de la décision attaquée). La Commission a ajouté que, après cette conclusion, Lupin avait conclu plusieurs accords commerciaux relatifs à son périndopril (considérants 1889 et 1890 de la décision attaquée).

**721** Troisièmement, la Commission a estimé que Lupin était confiante quant au fait que les obstacles liés aux brevets des requérantes seraient surmontés, dès lors que celle-ci

considérerait que son produit ne contrefaisait pas les brevets de procédé et qu'elle avait engagé des contentieux au Royaume-Uni et devant l'OEB dans le but d'invalider le brevet 947 (considérant 1891 de la décision attaquée). Elle a souligné que ce brevet ne constituait pas un brevet de blocage, dès lors qu'une « position de blocage » n'avait pas été établie judiciairement de manière définitive (considérant 1892 de la décision attaquée). La Commission a ajouté que Lupin avait introduit sa propre action en invalidité du brevet 947 devant la High Court of Justice (England & Wales), Chancery Division (patents court) [Haute Cour de justice (Angleterre et pays de Galles), division de la Chancery (chambre des brevets)], après la décision de l'OEB du 27 juillet 2006, contre laquelle elle avait au surplus interjeté appel, et envisageait de poursuivre le contentieux, malgré les incertitudes quant à son issue, la non-obtention des AMM et son coût élevé (considéranants 1893 à 1897 de la décision attaquée). Enfin, il ressortirait de plusieurs éléments de preuve que Lupin avait bien envisagé de lancer son périndopril à risque (considérant 1898 de la décision attaquée).

**722** Quatrièmement, la Commission a écarté la pertinence des prétendues difficultés de production rencontrées par Lupin, notamment comme relevant d'une période postérieure à la conclusion de l'accord Lupin (considérant 1899 de la décision attaquée). Elle a souligné enfin que Lupin avait préféré, après la conclusion de l'accord de règlement amiable avec Servier, lancer son propre produit plutôt que conclure un accord de distribution avec Servier, auquel elle avait droit en vertu de l'accord (considérant 1900 de la décision attaquée).

**723** Il y a lieu de relever, à titre liminaire, que les requérantes ne contestent pas que le développement du périndopril de Lupin était bien avancé, ni que Lupin menait des démarches actives en vue de l'obtention de l'AMM (voir point 719 ci-dessus).

**724** Or, de tels éléments, en ce qu'ils attestent de démarches visant à la production et à la commercialisation prochaine du périndopril, permettent d'établir que Lupin avait non seulement l'intention de prendre le risque d'entrer sur le marché européen, mais également la capacité d'y entrer (voir point 386 ci-dessus). Contrairement à ce que soutiennent les requérantes, la qualité de concurrent potentiel de Lupin ne saurait être subordonnée à la satisfaction des conditions posées par les décisions de la Commission C(2010) 5514, du 3 août 2010, relative à l'affaire COMP/M.5865 – Teva/Ratiopharm (paragraphe 56), et C(2011) 7435 final, du 13 octobre 2011, relative à l'affaire COMP/M.6258 – Teva/Cephalon (paragraphe 80), dont notamment celle exigeant la présence de l'opérateur concerné sur un autre marché, dès lors qu'il ressort clairement de ces deux décisions que les conditions posées étaient propres aux circonstances de l'espèce et, ainsi, n'excluent pas qu'une concurrence potentielle puisse être constatée dans d'autres circonstances malgré l'absence de réunion de ces conditions.

**725** Il convient, dès lors, de déterminer si les allégations des requérantes relatives aux obstacles liés à leurs brevets, aux difficultés pour Lupin d'obtenir l'AMM et à celles liées à ses partenaires commerciaux sont susceptibles de remettre en cause sa capacité et son intention d'entrer sur le marché, telles que déduites des éléments susvisés, et ainsi ses possibilités réelles et concrètes de les concurrencer (voir, en ce sens, point 441 ci-dessus).

i) Sur les obstacles liés aux brevets de Servier

**726** Il y a lieu de relever tout d'abord que, à la date de conclusion de l'accord Lupin, aucune action en contrefaçon des brevets des requérantes par le produit de Lupin n'avait

été introduite, ni a fortiori aucune décision définitive statuant sur le fond d'une telle action en contrefaçon n'avait été prononcée. Il en résulte que les brevets des requérantes ne sauraient être considérés comme des obstacles insurmontables à l'entrée de Lupin sur le marché (voir points 368 et 380 ci-dessus).

**727**Il convient de constater ensuite que les requérantes reprochent principalement à la Commission d'avoir erronément apprécié la perception par Lupin de la contrefaçon et de la validité des brevets concernés.

**728**Or, ainsi qu'il ressort du point 384 ci-dessus, compte tenu de la seule compétence des autorités publiques pour établir la contrefaçon et la validité des brevets, de telles évaluations subjectives de cette contrefaçon ou de cette validité ne sauraient équivaloir à une décision d'une autorité publique constatant l'existence d'une contrefaçon, ni a fortiori à une décision définitive en ce sens, faisant des brevets en cause des obstacles insurmontables. Elles ne peuvent intervenir qu'au titre de la prise en compte de l'intention des sociétés de génériques d'entrer sur le marché, qui est un critère complémentaire d'appréciation de l'existence de possibilités réelles et concrètes d'y entrer. Elles doivent ainsi être confrontées à des éléments permettant d'évaluer la capacité d'entrer sur un marché ainsi que, le cas échéant, à d'autres éléments pouvant tout autant attester de l'intention d'une société d'y entrer, aux fins de déterminer s'il peut en être déduit l'absence de possibilités réelles et concrètes de surmonter les obstacles liés aux brevets (voir point 444 ci-dessus).

**729**En l'espèce, même s'il devait être considéré, comme le soutiennent les requérantes, que l'ensemble des documents sur lesquels s'est appuyée la Commission pour estimer que Lupin avait confiance dans le résultat positif du contentieux relatif aux brevets (considérants 983, 1016 et 1891 de la décision attaquée) – qu'ils soient purement internes à Lupin ou adressés à ses partenaires commerciaux – n'étaient pas crédibles, en ce que Lupin aurait eu intérêt à nier ou à minimiser les risques de contrefaçon, il ne saurait en être déduit que Lupin n'avait pas l'intention d'entrer sur le marché.

**730**En effet, d'une part, les documents cités par les requérantes au soutien de leur allégation et consistant en des échanges internes à Lupin ou entre Lupin et ses conseils en propriété intellectuelle datant de juillet 2004 et de septembre 2006 ainsi qu'en une retranscription de l'entretien d'un employé de Lupin lors de l'inspection de la Commission en novembre 2008 évoquent tout au plus des doutes quant à la contrefaçon et à la validité du brevet 947. Surtout, ils mettent en évidence tant la préparation de stratégies contentieuses que des actions contentieuses introduites par Lupin contre les requérantes et ne mentionnent, ni même ne suggèrent, aucune renonciation à ces actions.

**731**D'autre part, il y a lieu de relever, et les requérantes ne le contestent pas, que Lupin a effectivement formé opposition au brevet 947 devant l'OEB en novembre 2004 puis a contesté la décision de l'OEB du 27 juillet 2006 validant ce brevet en novembre 2006, de même qu'elle a introduit le 18 octobre 2006 devant la High Court of Justice (England & Wales), Chancery Division (patents court) [Haute Cour de justice (Angleterre et pays de Galles), division de la Chancery (chambre des brevets)], une action en invalidité du brevet 947 ainsi qu'en déclaration de non-contrefaçon dudit brevet (considérants 1009 à 1011, 1014, 1015 et 1894 de la décision attaquée). Quant à l'argument des requérantes selon lequel l'introduction de ces contentieux signifiait simplement que Lupin pensait avoir une possibilité de gagner, il convient, d'abord, de souligner que leur introduction comme leur poursuite n'en révèlent pas moins une intention de surmonter les obstacles liés aux

brevets par la voie contentieuse et, ensuite, de rappeler que cette action contentieuse constitue l'un des moyens à la disposition des sociétés de génériques pour surmonter de tels obstacles (voir point 368 ci-dessus).

**732** Il s'ensuit que Lupin a accompli des démarches contentieuses – consistant en des actions visant à ouvrir la voie et à contester la validité des brevets – pour limiter les risques de l'entrée sur le marché avec son produit et que, ce faisant, elle avait, à tout le moins, l'intention de surmonter les obstacles liés aux brevets en cause.

**733** Quant à la perception de la validité du brevet 947 par les requérantes, que la Commission aurait prétendument erronément prise en compte, il convient de rappeler que, si elle ne peut intervenir pour apprécier l'intention de Lupin d'entrer sur le marché, elle peut en revanche contribuer à déterminer comment les requérantes, en leur qualité de titulaire du brevet concerné, percevaient les possibilités de Lupin d'entrer sur le marché en dépit de ces brevets et, ainsi, sa qualité de concurrent potentiel (voir point 449 ci-dessus).

**734** Il convient néanmoins de rappeler que, en vertu de la jurisprudence, le critère de la perception de l'opérateur en place constitue un critère pertinent, mais non suffisant, pour apprécier l'existence d'une concurrence potentielle (voir point 347 ci-dessus). Il s'ensuit que, même si la Commission avait erronément pris en compte la perception de la validité du brevet 947 par les requérantes, telle qu'exprimée postérieurement à la conclusion de l'accord avec Lupin, une telle erreur ne suffirait pas à elle seule à exclure la qualité de concurrent potentiel de Lupin, lorsqu'une telle qualité repose, comme en l'espèce, sur d'autres critères pertinents d'appréciation de la concurrence potentielle.

**735** Les arguments des requérantes relatifs aux obstacles liés à leurs brevets ne permettent pas, dès lors, de remettre en cause les possibilités réelles et concrètes de Lupin de les concurrencer.

ii) Sur les difficultés d'obtention de l'AMM

**736** Il convient de constater, à titre liminaire, que les requérantes ne contestent pas, s'agissant de Lupin, le critère retenu par la Commission pour considérer qu'un demandeur d'AMM est un concurrent potentiel, à savoir la fourniture d'efforts pour l'obtention de cette AMM ne se heurtant pas à des problèmes objectivement insurmontables (voir points 473 et 475 ci-dessus). Elles ne contestent pas davantage que Lupin recherchait activement l'approbation réglementaire (considérant 1882 de la décision attaquée) et se bornent à faire valoir, en substance, que les demandes d'AMM de Lupin soulevaient des problèmes objectivement insurmontables.

**737** Cependant, aucun des éléments avancés par les requérantes ne permettent de considérer que ces demandes d'AMM se heurtaient à de tels problèmes.

**738** Quant aux problèmes soulevés dans les lettres envoyées par les autorités réglementaires, il peut être relevé que Lupin ou son agent réglementaire soit y ont répondu (réponse du 27 octobre 2006 à la lettre de carence de mars 2006), soit ont envisagé les moyens d'y répondre, voire ont engagé les démarches visant à obtenir les AMM. Ainsi, à la suite de la lettre de carence de novembre 2006 (considéranants 1003 et 1883 de la décision attaquée), il ressort d'échanges de courriers électroniques et du compte rendu d'une réunion entre Lupin et son agent réglementaire, communiqués en annexe à la requête, que ceux-ci avaient prévu dès novembre 2006 la réalisation de nouveaux tests. Les requérantes indiquent en outre que ces tests ont été effectués en

janvier 2007 (voir également considérant 1883 de la décision attaquée) et la Commission précise, en se fondant sur des échanges entre Lupin et son agent réglementaire non contestés par les requérantes, que, à la suite des problèmes révélés par ces tests, ledit agent réglementaire avait demandé à Lupin, le 4 janvier 2007, son accord pour l'utilisation d'une nouvelle méthode, accord et instruction en ce sens ayant été donnés par Lupin le 11 janvier 2007.

**739** Il peut encore être ajouté que les lettres de l'autorité réglementaire du Royaume-Uni n'étaient pas toutes des lettres de carence, seule celle envoyée en mars 2006 pouvant être ainsi qualifiée, les courriers de juin et de novembre 2006 étant, comme il ressort du dossier, de simples demandes d'informations.

**740** Il en résulte ainsi, sans même qu'il soit besoin de prendre en compte le document prétendument non probant de Lupin dont il ressortirait que cette dernière envisageait en novembre 2006 une approbation réglementaire pour avril 2007, que Lupin poursuivait activement ses efforts en vue de l'obtention de l'AMM et qu'aucun obstacle insurmontable entravant lesdits efforts n'en ressortait. En outre, même si, comme le prétendent les requérantes, l'AMM n'aurait pu être obtenue par Lupin qu'après avril 2007 et ainsi plus tard qu'initialement prévu, il y a lieu de rappeler que les retards subis dans les procédures d'AMM ne suffisent pas à exclure la qualité de concurrent potentiel des demandeurs d'AMM concernés par de tels retards (voir point 478 ci-dessus).

**741** Quant à la rupture par Teva de son partenariat avec Lupin, il convient de rappeler que, selon une jurisprudence constante, lorsque la Commission dispose de preuves documentaires, les entreprises concernées ne peuvent pas se limiter à faire valoir des circonstances donnant un éclairage différent aux faits établis par la Commission et permettant ainsi de substituer une autre explication des faits à celle retenue par celle-ci. En effet, en présence de preuves documentaires, il incombe auxdites entreprises non pas simplement de présenter une prétendue autre explication des faits constatés par la Commission, mais bien de contester l'existence de ces faits établis au vu des pièces produites par la Commission (voir arrêt du 8 septembre 2016, *Lundbeck/Commission*, T-472/13, sous pourvoi, EU:T:2016:449, point 112 et jurisprudence citée). Or, en l'espèce, les requérantes ne se fondent aucunement sur les documents retenus par la Commission au soutien de la considération de la décision attaquée selon laquelle Teva a rompu son partenariat avec Lupin au motif qu'elle avait choisi de privilégier d'autres sources d'approvisionnement (considérant 1885 de la décision attaquée et documents cités dans les notes en bas de page nos 2501 à 2503). Elles se contentent de se fonder sur un document envoyé par le représentant de Lupin à la Commission le 25 janvier 2009 et dont il ressort que, d'après Lupin, la lettre de carence de l'autorité réglementaire néerlandaise reçue par Teva en juillet 2006 l'aurait incitée à arrêter le développement de son périndopril à partir de l'IPA de Lupin. Au surplus, un tel document, outre le fait qu'il fait état de la seule perception de Lupin, évoque une date de rupture à laquelle Teva était proche de conclure un accord avec Krka et avait déjà fait l'acquisition d'Ivax, ces deux sociétés ayant toutes deux développé leur propre projet de périndopril. Il ne saurait, par ailleurs, compte tenu des pièces sur lesquelles la Commission s'est fondée, dont certaines émanent de Teva, et des données factuelles non contestées qui en ressortent, lui être reproché, comme le font les requérantes, de ne pas avoir demandé à Teva des explications supplémentaires. Il s'ensuit qu'il ne peut davantage être déduit de la rupture des relations commerciales entre Teva et Lupin l'existence d'obstacles insurmontables à

l'approbation réglementaire aux Pays-Bas, et ce d'autant plus que les requérantes elles-mêmes évoquent de simples « difficultés réglementaires ».

**742**Quant au fait que les requérantes n'auraient prétendument pas allégué que les difficultés réglementaires de Lupin se seraient aggravées uniquement après la conclusion de l'accord Lupin, il peut certes en être déduit que les requérantes n'estimaient pas que les difficultés réglementaires étaient d'une gravité moindre avant et ainsi au moment de la conclusion dudit accord. Cependant, une telle gravité, même non moindre, ne saurait à elle seule établir le caractère insurmontable des difficultés réglementaires en cause.

**743**Les arguments des requérantes relatifs aux difficultés réglementaires rencontrées par Lupin ne permettent pas, dès lors, de remettre en cause ses possibilités réelles et concrètes de les concurrencer.

iii) Sur les obstacles liés aux partenaires commerciaux de Lupin

**744**Il convient de rappeler que la Commission a relevé, dans la décision attaquée, que Lupin recherchait activement des partenaires commerciaux pour commercialiser du périndopril en Europe et était liée par des accords de distribution avec la société A. au moment de la conclusion de l'accord Lupin (considérant 1886 de la décision attaquée). Elle a réfuté, à cet égard, l'allégation des requérantes selon laquelle la société A. aurait décidé de résilier ces accords peu avant la conclusion de l'accord Lupin (considéranants 1887 et 1888 de la décision attaquée). La Commission a ajouté que, après cette conclusion, Lupin avait conclu plusieurs accords commerciaux relatifs à son périndopril (considéranants 1889 et 1890 de la décision attaquée ; voir, également, point 720 ci-dessus).

**745**Les requérantes prétendent au contraire que Lupin avait perdu son partenaire commercial, la société A., et n'en avait pas retrouvé d'autres au moment de la conclusion de l'accord Lupin. Elles en déduisent, en substance, que l'entrée de Lupin sur le marché se heurtait à des obstacles commerciaux insurmontables.

**746**Or, il importe de rappeler que, selon la jurisprudence, un concurrent potentiel est celui qui dispose de possibilités réelles et concrètes d'intégrer le marché en cause et que l'élément essentiel sur lequel doit reposer cette qualification de concurrent potentiel est constitué par la capacité d'une entreprise à intégrer le marché (voir point 318 ci-dessus). Or, cette capacité doit être examinée au regard des éléments de fait caractérisant la situation d'espèce et des structures du marché pertinent (voir également point 318 ci-dessus), en particulier de la pratique de partenariats en vue d'accéder au marché. La Cour et le Tribunal ont ainsi vérifié s'il existait des possibilités réelles et concrètes d'intégrer un marché grâce à la conclusion d'accords avec des partenaires (voir, en ce sens, arrêts du 28 février 1991, *Delimitis*, [C 234/89](#), EU:C:1991:91, point 21, et du 14 avril 2011, *Visa Europe et Visa International Service/Commission*, [T 461/07](#), EU:T:2011:181, points 83 et 90 à 94) et le Tribunal a même reproché à la Commission de ne pas avoir pris en compte la capacité d'un groupe, ne fabriquant pas le produit en cause, d'entrer sur le marché grâce à des accords conclus avec des sociétés fabriquant ledit produit (voir, en ce sens, arrêt du 25 octobre 2002, *Tetra Laval/Commission*, [T 5/02](#), EU:T:2002:264, point 331).

**747**Il en résulte que la qualité de concurrent potentiel ne saurait être refusée à un opérateur aux seuls motifs qu'il ne dispose pas à lui seul de la capacité d'entrer sur un marché donné ou qu'il n'a pas conclu d'accord avec des partenaires commerciaux lui

permettant d'accéder audit marché, lorsqu'il a des possibilités réelles et concrètes de trouver de tels partenaires commerciaux (voir, en ce sens, arrêts du 14 avril 2011, *Visa Europe et Visa International Service/Commission*, T 461/07, EU:T:2011:181, points 82 et 83 et jurisprudence citée, et du 8 septembre 2016, *Lundbeck/Commission*, T 472/13, sous pourvoi, EU:T:2016:449, points 197 et 204).

**748**Ainsi, même si, comme le font valoir les requérantes, la société A. avait résilié ou était en voie de résilier ses accords des 24 avril et 27 juillet 2006 avec Lupin et cette dernière n'avait pas encore conclu d'accord avec d'autres partenaires, telle la société B., à la date de conclusion de l'accord Lupin, il n'en reste pas moins, et les requérantes ne le contestent nullement, que, d'une part, Lupin était en négociation avec la société B., à qui elle avait fourni des lots de démonstration, en vue d'une commercialisation du périndopril de Lupin dans plusieurs pays européens (Belgique, République tchèque, Danemark, Irlande, Espagne, France, Italie, Hongrie, Malte, Pays-Bas, Pologne, Slovénie, Slovaquie, et Royaume-Uni), ainsi qu'avec d'autres sociétés pour une commercialisation en Europe, notamment en Hongrie (considérants 991, 992, 997, 998 et 1096 de la décision attaquée), et que, d'autre part, Lupin envisageait une stratégie de commercialisation directe au Royaume-Uni (considérant 986 de la décision attaquée). Les requérantes affirment, certes, que les relations entre Lupin et la société B. étaient affectées par les mêmes problèmes réglementaires que ceux à l'origine de la résiliation de ses accords par la société A. Toutefois, elles fondent cette affirmation sur un courrier électronique du 13 décembre 2006, dans lequel la société B. se borne à s'interroger en substance sur la possibilité pour Lupin de lui fournir à temps la documentation requise pour compléter son dossier de demande d'AMM, et mentionnent par ailleurs le dépôt par la société B. d'une demande d'AMM pour le produit de Lupin en janvier 2007, attestant ainsi concrètement de la poursuite des relations entre Lupin et la société B. à la date de conclusion de l'accord Lupin.

**749**Il résulte de ces négociations, non valablement contestées et dont certaines étaient très avancées à la date de conclusion de l'accord Lupin, que Lupin avait des possibilités réelles et concrètes de trouver des partenaires commerciaux et ainsi d'entrer sur le marché, sans compter qu'elle disposait également d'une possibilité de commercialisation directe au Royaume-Uni.

**750**Les allégations des requérantes relatives à de prétendus obstacles commerciaux à l'entrée de Lupin sur le marché doivent, partant, être écartées.

**751**Dès lors, aucune des allégations des requérantes relatives aux obstacles liés à leurs brevets ainsi qu'aux difficultés réglementaires et commerciales de Lupin ne permettent de remettre en cause sa capacité et son intention d'entrer sur le marché, telles qu'établies par la Commission dans la décision attaquée (voir point 255 ci-dessus).

**752**Par conséquent, le grief tiré d'une appréciation erronée de la qualité de concurrent potentiel de Lupin doit être écarté.

b) Sur les erreurs de droit et d'appréciation relatives à la qualification de restriction de concurrence par objet de l'accord conclu avec Lupin

1) Arguments des parties

i) Sur l'acquisition des demandes de brevets en tant qu'incitation significative à accepter des restrictions de concurrence

**753**Les requérantes soutiennent que la Commission n'a pas suffisamment pris en compte l'accord d'approvisionnement prévu à l'article 4.2 de l'accord Lupin.

**754**Les requérantes reprochent également à la Commission d'avoir considéré que l'acquisition des demandes de brevets de Lupin pour un montant de 40 millions d'euros ne s'était pas faite à un prix de marché et n'avait pour elles qu'une valeur négligeable. Selon elles, le prix convenu pour l'acquisition de ces demandes de brevets serait conforme à celui convenu pour d'autres demandes de brevets et avec les pratiques du secteur.

**755**En outre, la persistance du litige avec Apotex, que les requérantes n'auraient jamais cherché à régler à l'amiable, prouverait, toujours selon les requérantes, que le paiement n'avait pas pour objet de sécuriser leur position sur le marché.

**756**Les requérantes soutiennent que plusieurs éléments de preuve permettraient, par ailleurs, d'établir qu'elles avaient procédé à une analyse interne préalable des demandes de brevets et qu'elles les considéraient comme intéressantes.

**757**De plus, elles indiquent que la circonstance que les acquisitions aient été étalées dans le temps s'expliquerait par des considérations financières et ne permettrait pas de conclure à une absence d'intérêt réel de Servier pour la technologie en cause. Les requérantes font également valoir que les demandes de brevets pouvaient également leur être utiles pour le périndopril arginine.

**758**Par ailleurs, il ne serait pas pertinent de comparer le prix d'acquisition de ces demandes de brevets avec les investissements engagés par Lupin.

**759**Enfin, selon les requérantes, la Commission n'aurait pas établi que l'acquisition des demandes de brevets de Lupin constituait une condition nécessaire à la conclusion de l'accord.

**760**La Commission considère qu'elle a établi, dans la décision attaquée, à partir des termes de l'accord, du contexte et des déclarations des parties, que le montant de 40 millions d'euros versé par les requérantes à Lupin ne constituait pas le prix des demandes de brevets mais constituait une incitation destinée à convaincre Lupin d'accepter des engagements de non-contestation et de non-commercialisation.

**761**La Commission indique que c'est à bon droit qu'elle n'a pas pris en compte l'accord de distribution dans le calcul de la valeur transférée à Lupin, l'accord ne comportant qu'une promesse non précise de négociation et n'ayant jamais abouti.

**762**La Commission indique qu'elle a utilisé trois méthodes différentes et qu'aucune d'entre elles ne permettait de justifier le montant de 40 millions d'euros versé par les requérantes à Lupin. Elle soutient également que les requérantes ne se sont jamais expliquées en détail sur la ratio et le mode de calcul du prix d'achat des demandes de brevets.

ii) Sur le fait que l'accord était de nature à limiter la capacité de Lupin à faire concurrence à Servier

**763**Les requérantes estiment que la Commission a commis une erreur d'appréciation en concluant que l'accord était de nature à limiter la capacité de Lupin à concurrencer Servier.

**764**Elles se prévalent à cet égard des articles 1.6 et 4.1 de l'accord Lupin ainsi que de l'accord de distribution prévu à l'article 4.2 du même accord.



**765**De plus, à supposer que l'interprétation de la Commission soit retenue et que l'article 1.3 de l'accord Lupin empêche donc Lupin de contester l'ensemble de leurs brevets liés au périndopril, les requérantes font valoir qu'il conviendrait d'interpréter de la même manière l'article 1.7 de cet accord, qui prévoirait que Servier n'oppose pas ses brevets à Lupin dans l'hypothèse où cette dernière entrerait sur le marché en application de l'article 1.6 de l'accord Lupin, ce qui aurait pour effet d'accorder à Lupin l'équivalent d'une licence gratuite sur l'ensemble de ces brevets, avec donc un effet proconcurrentiel.

**766**Selon les requérantes, les effets anticoncurrentiels de l'accord auraient été hypothétiques et improbables à la date de conclusion de l'accord Lupin.

**767**Les requérantes soutiennent que les effets anticoncurrentiels de l'accord auraient été hypothétiques, alors que ses effets proconcurrentiels auraient été concrets.

**768**Ainsi, la clause de non-contestation, dont l'objet était de mettre fin aux litiges en cours, n'aurait eu que des effets anticoncurrentiels hypothétiques, dès lors que Lupin contrefaisait le brevet 947, que les contentieux au Royaume-Uni et devant l'OEB se sont poursuivis après l'accord et que Lupin n'envisageait pas de litiges crédibles dans d'autres pays.

**769**S'agissant de la clause de non-commercialisation, les requérantes soutiennent également que ses effets potentiels étaient hypothétiques. En effet, les effets d'une impossibilité pour Lupin d'entrer à risque sur le marché étaient très hypothétiques, dans la mesure où cela aurait supposé qu'elle obtienne une AMM avant la fin du litige et qu'une stratégie de lancement à risque soit économiquement viable, malgré la validation du brevet 947 par la division d'opposition de l'OEB.

**770**Les requérantes se prévalent également de divers éléments visant à démontrer que Lupin n'était pas en mesure de leur faire concurrence, et ce y compris dans l'hypothèse où la clause de non-commercialisation serait considérée comme s'appliquant également à des produits non contrefaisants au regard du brevet 947.

**771**Par ailleurs, les requérantes contestent l'interprétation qui est faite de certains termes de l'accord, ce qui les conduit à contester la délimitation de l'infraction qui aurait été retenue par la Commission dans la décision attaquée.

**772**La Commission soutient que l'analyse des clauses de l'accord, prises dans leur ensemble et dans leur contexte, permet de constater que l'accord était de nature à limiter la capacité de Lupin à concurrencer les requérantes.

**773**En premier lieu, la Commission considère que c'est à juste titre qu'elle a interprété les termes « produits » et « brevets » de l'accord comme ne désignant pas uniquement ceux qui faisaient l'objet du litige au Royaume-Uni, à savoir le périndopril erbumine et le brevet 947, mais tout brevet détenu par les requérantes, couvrant toute forme de périndopril, dont le périndopril arginine dont le brevet devait expirer en 2023.

**774**En second lieu, la Commission soutient que les effets anticoncurrentiels de l'accord n'étaient pas hypothétiques, alors que ses effets proconcurrentiels auraient été inexistantes. Elle rappelle que, selon la jurisprudence, la prise en compte des effets concrets d'un accord est superflue lorsque celui-ci constitue une restriction de concurrence par objet.

**775**Enfin, la Commission soutient que les effets proconcurrentiels allégués par les requérantes n'existaient pas à la date de conclusion de l'accord.

iii) Sur les intentions des parties et les objectifs de l'accord

**776** Selon les requérantes, l'intention de Lupin n'était pas d'éviter la concurrence, mais de mettre fin à un contentieux incertain tout en s'assurant, par un accord de fourniture, une présence sur le marché en cas d'échec dans l'obtention d'une AMM.

**777** Quant aux intentions de Servier, elles étaient de conclure un partenariat commercial afin d'espérer des profits supplémentaires sur les marchés de génériques et d'acquérir des demandes de brevets sur des procédés de production intéressants.

**778** Les requérantes affirment que les deux parties à l'accord avaient réellement l'intention de conclure un accord d'approvisionnement.

**779** Enfin, l'accord n'aurait pas diminué le risque que le brevet 947 soit invalidé au Royaume-Uni et devant l'OEB, dès lors que les requérantes estiment avoir établi qu'elles n'ont jamais tenté de transiger avec Apotex.

**780** La Commission estime avoir conclu à juste titre que l'objet de l'accord était de retarder l'entrée de Lupin sur le marché. Elle rappelle que la seule circonstance qu'un accord soit conforme aux intérêts commerciaux des parties ou poursuive un objectif légitime n'empêche pas qu'il constitue une restriction de concurrence par objet. Elle fait également valoir que les engagements de Lupin ne sauraient être examinés indépendamment de l'incitation qui les a rendus possibles et qu'ils allaient au-delà du champ d'application des brevets litigieux.

**781** S'agissant de l'intérêt des requérantes à la conclusion de l'accord, la Commission fait valoir que la perspective d'éliminer l'un des deux concurrents restant sur le marché constituait une incitation forte pour elles.

iv) Sur l'erreur relative à la durée de l'infraction

**782** Les requérantes font valoir, à titre subsidiaire, que la décision attaquée a retenu une durée de l'infraction erronée dans plusieurs États membres.

**783** La Commission aurait considéré de manière erronée que l'infraction avait commencé avant même que Lupin n'obtienne une AMM et remplisse toutes les obligations réglementaires pour pouvoir entrer sur le marché.

**784** De même, la Commission aurait commis une erreur s'agissant de la date de fin de l'infraction. Alors qu'elle aurait considéré que l'infraction avait cessé en France au moment de l'entrée de Sandoz sur le marché, soit en septembre 2008, elle aurait omis de procéder de la même manière dans les quatre autres États membres dans lesquels Sandoz est entrée sur le marché avant la décision d'invalidation du brevet par la chambre de recours de l'OEB, à savoir la Belgique, la République tchèque, l'Irlande et la Hongrie. Il conviendrait, par conséquent, d'annuler la décision attaquée en ce qu'elle aurait retenu une date de fin de l'infraction postérieure.

**785** La Commission soutient qu'elle a considéré à juste titre dans la décision attaquée que le point de départ de l'infraction était la date à laquelle l'accord avait influencé le comportement sur le marché de l'une des parties et que des événements ou des choix commerciaux intervenus après la date de l'accord ne sauraient être pris en compte.

**786** S'agissant de la date de fin de l'infraction, la Commission fait valoir qu'elle s'est fondée sur les éléments disponibles à la date d'adoption de la décision attaquée, à savoir les réponses fournies par les requérantes à des demandes de renseignements pendant la procédure.

2) Appréciation du Tribunal

**787**S'agissant du moyen relatif au constat même de l'infraction, il convient d'examiner en premier lieu les arguments des requérantes qui visent à mettre en cause les deux conditions permettant d'aboutir à un constat de restriction par objet, c'est-à-dire l'avantage incitatif à l'égard de la société de génériques et la limitation corrélative des efforts de celle-ci à faire concurrence à la société de princeps. Il conviendra ensuite d'examiner si la Commission pouvait, à bon droit, conclure à l'existence d'une infraction. Enfin, il y aura lieu de s'assurer que la Commission n'a pas commis d'erreur dans la délimitation matérielle de cette infraction.

**788**S'agissant du moyen relatif à la durée de l'infraction, invoqué à titre subsidiaire par les requérantes, il sera examiné en dernier lieu.

i) Sur l'absence d'avantage incitatif

**789**Il ressort de l'article 2 du règlement no 1/2003 ainsi que d'une jurisprudence constante que, dans le domaine du droit de la concurrence, en cas de litige sur l'existence d'une infraction, il appartient à la Commission de rapporter la preuve des infractions qu'elle constate et d'établir les éléments de preuve propres à démontrer, à suffisance de droit, l'existence des faits constitutifs d'une infraction ( arrêts du 17 décembre 1998, *Baustahlgewebe/Commission*, C 185/95 P, EU:C:1998:608, point 58, et du 8 juillet 1999, *Commission/Anic Partecipazioni*, C 49/92 P, EU:C:1999:356, point 86 ; voir, également, arrêt du 12 avril 2013, *CISAC/Commission*, T 442/08, EU:T:2013:188, point 91 et jurisprudence citée).

**790**Dans ce contexte, l'existence d'un doute dans l'esprit du juge doit profiter à l'entreprise destinataire de la décision constatant une infraction. Le juge ne saurait donc conclure que la Commission a établi l'existence de l'infraction en cause à suffisance de droit si un doute subsiste encore dans son esprit sur cette question, notamment dans le cadre d'un recours tendant à l'annulation d'une décision infligeant une amende (voir arrêt du 12 avril 2013, *CISAC/Commission*, T 442/08, EU:T:2013:188, point 92 et jurisprudence citée).

**791**En effet, il est nécessaire de tenir compte de la présomption d'innocence, telle qu'elle résulte notamment de l'article 48 de la charte des droits fondamentaux. Eu égard à la nature des infractions en cause ainsi qu'à la nature et au degré de sévérité des sanctions qui peuvent s'y rattacher, la présomption d'innocence s'applique notamment aux procédures relatives à des violations des règles de concurrence applicables aux entreprises susceptibles d'aboutir à l'imposition d'amendes ou d'astreintes (voir arrêt du 12 avril 2013, *CISAC/Commission*, T 442/08, EU:T:2013:188, point 93 et jurisprudence citée).

**792**En outre, il convient de tenir compte de l'atteinte non négligeable à la réputation que représente, pour une personne physique ou morale, la constatation qu'elle a été impliquée dans une infraction aux règles de concurrence (voir arrêt du 12 avril 2013, *CISAC/Commission*, T 442/08, EU:T:2013:188, point 95 et jurisprudence citée).

**793**Ainsi, il est nécessaire que la Commission fasse état de preuves précises et concordantes pour établir l'existence de l'infraction et pour fonder la ferme conviction que les infractions alléguées constituent des restrictions de la concurrence au sens de l'article 101, paragraphe 1, TFUE (voir arrêt du 12 avril 2013, *CISAC/Commission*, T 442/08, EU:T:2013:188, point 96 et jurisprudence citée).

**794**Il importe de souligner que chacune des preuves apportées par la Commission ne doit pas nécessairement répondre à ces critères par rapport à chaque élément de l'infraction. En effet, le faisceau d'indices invoqué par l'institution, apprécié globalement, peut répondre à cette exigence (voir arrêt du 12 avril 2013, CISAC/Commission, T 442/08, EU:T:2013:188, point 97 et jurisprudence citée).

**795**L'existence d'une pratique ou d'un accord anticoncurrentiel doit parfois même être inférée d'un certain nombre de coïncidences et d'indices qui, considérés ensemble, peuvent constituer, en l'absence d'une autre explication cohérente, la preuve d'une violation des règles de la concurrence (arrêt du 7 janvier 2004, Aalborg Portland e.a./Commission, C 204/00 P, C 205/00 P, C 211/00 P, C 213/00 P, C 217/00 P et C 219/00 P, EU:C:2004:6, point 57).

**796**Par exemple, si un parallélisme de comportement ne peut être à lui seul identifié à une pratique concertée, il est cependant susceptible d'en constituer un indice sérieux, lorsqu'il aboutit à des conditions de concurrence qui ne correspondent pas aux conditions normales du marché (arrêt du 14 juillet 1972, Farbenfabriken Bayer/Commission, 51/69, EU:C:1972:72, point 25).

**797**De même, la présence d'un accord accessoire, selon l'expression utilisée par la Commission au considérant 1190 de la décision attaquée, est susceptible de constituer, s'agissant du règlement amiable d'un litige en matière de brevet, un indice sérieux de l'existence d'une incitation et, par conséquent, d'une restriction de concurrence par objet (voir points 265 à 273 ci-dessus).

**798**Il y a lieu de préciser à cet égard qu'un accord accessoire est un accord commercial usuel « associé » à un accord de règlement amiable d'un litige qui comporte des clauses ayant par elles-mêmes un caractère restrictif (voir point 257 ci-dessus). Une telle association existe notamment lorsque les deux accords sont passés le même jour, lorsqu'ils sont juridiquement liés, le caractère contraignant de l'un des accords étant conditionné à la conclusion de l'autre accord, ou encore lorsque, eu égard au contexte dans lequel ils sont passés, la Commission est en mesure d'établir qu'ils sont indissociables. Il peut être ajouté que, plus la proximité temporelle entre la conclusion des accords est importante, plus il sera aisé pour la Commission d'établir ce caractère indissociable.

**799**Il convient encore de relever que le fait que l'accord de règlement amiable et l'accord accessoire soient conclus le même jour ou qu'il existe un lien contractuel entre eux est révélateur du fait que ces accords s'intègrent dans un même ensemble contractuel. En effet, si ces accords n'étaient pas conclus le même jour (et en l'absence de lien contractuel entre eux), l'une des parties à la négociation accorderait à l'autre partie tout ce qu'elle souhaite sans aucune certitude quant au fait que la contrepartie attendue lui revienne finalement. Ce lien temporel ou juridique entre les deux accords constitue également un indice du fait qu'ils ont fait l'objet d'une négociation commune.

**800**Or, l'accord accessoire est un accord commercial usuel qui pourrait exister de façon autonome sans que le règlement amiable d'un litige soit en cause. Réciproquement, la conclusion d'un accord de règlement amiable n'impose pas la conclusion concomitante d'un accord commercial. Ainsi, l'association des deux accords n'est pas nécessaire. De plus, elle ne peut être justifiée par le règlement amiable d'un litige, car l'accord accessoire n'a pas pour objet de parvenir à un tel règlement mais de réaliser une transaction commerciale.

**801** Par ailleurs, l'accord accessoire implique des transferts de valeur, de nature financière ou non, entre les parties. Il peut impliquer, notamment, des transferts de valeur allant du titulaire du brevet vers la société de génériques.

**802** Il existe ainsi un risque que l'association d'un accord commercial à un accord de règlement amiable comportant des clauses de non-commercialisation et de non-contestation, lesquelles ont, par elles-mêmes, un caractère restrictif de la concurrence (voir point 257 ci-dessus), vise, en réalité, sous couvert d'une transaction commerciale, prenant la forme, le cas échéant, d'un montage contractuel complexe, à inciter la société de génériques à se soumettre, au moyen d'un transfert de valeur prévu par l'accord accessoire, à ces clauses.

**803** Par conséquent, la circonstance qu'un accord commercial qui n'a normalement pas pour objet le règlement amiable d'un litige (voir point 800 ci-dessus) et par lequel transite un transfert de valeur allant de la société de princeps vers la société de génériques soit, dans les conditions exposées au point 798 ci-dessus, associé à un accord de règlement amiable d'un litige comportant des clauses restrictives de la concurrence constitue un indice sérieux de l'existence d'un paiement inversé (voir point 264 ci-dessus).

**804** Cependant, l'indice sérieux mentionné au point précédent n'est pas suffisant et la Commission doit donc le conforter en apportant d'autres éléments concordants permettant de conclure à l'existence d'un paiement inversé. Un tel paiement, dans le contexte spécifique des accords accessoires, correspond à la partie du paiement opéré par la société de princeps qui excède la valeur « normale » du bien échangé (ou, le cas échéant, à la partie de la valeur « normale » du bien échangé qui excède le paiement versé par la société de génériques).

**805** Il convient de souligner, à cet égard, que la Commission, en se fondant sur divers indices, notamment le fait que Lupin ne donnait aucune garantie qu'un brevet serait accordé, qu'il serait valide ou que les produits ou les procédés revendiqués ne seraient pas contrefaisants [article 2.2, sous a), de l'accord Lupin], a indiqué, à deux reprises dans la décision attaquée, que l'acquisition de la technologie de Lupin n'avait pas été négociée « à des conditions de marché » (considérants 1950 et 1952).

**806** Il y a lieu de relever que la notion de « conditions de concurrence normales », à laquelle s'apparente celle de « conditions normales du marché », même si elle n'est pas utilisée en matière d'entente, n'est pas inconnue en droit de la concurrence puisqu'elle est utilisée, certes, dans le domaine particulier des aides d'État, aux fins de déterminer si un État s'est comporté comme un investisseur privé (arrêt du 2 septembre 2010, Commission/Scott, C 290/07 P, EU:C:2010:480, point 68), c'est-à-dire si l'avantage octroyé aux entreprises en cause constitue la rémunération normale d'une contrepartie obtenue par l'État. Cette notion peut donc constituer, par analogie, un paramètre de référence pertinent lorsqu'il s'agit de déterminer si deux entreprises qui ont conclu une transaction commerciale l'ont fait sur la base de considérations limitées à la valeur économique du bien échangé, par exemple à ses perspectives de rentabilité, et, donc, aux conditions normales du marché.

**807** En présence d'indices ou d'éléments de preuve avancés par la Commission permettant à celle-ci de considérer que l'accord accessoire n'a pas été conclu à des conditions normales de marché, les parties aux accords peuvent présenter leur version des faits, en étayant leurs allégations par les éléments qu'elles sont en mesure de fournir et qui permettent de considérer que l'accord commercial, bien qu'associé à l'accord de

règlement amiable, est justifié par d'autres raisons que l'exclusion d'un concurrent au moyen d'un paiement inversé. Les parties aux accords peuvent ainsi faire valoir que l'accord accessoire a été conclu aux conditions du marché en mettant en avant des éléments appropriés tirés par exemple des usages industriels et commerciaux du secteur ou des circonstances particulières du cas d'espèce.

**808**Au vu de l'ensemble des éléments dont elle dispose et, le cas échéant, de l'absence d'explication ou de l'absence d'explication plausible apportée par les parties aux accords, la Commission peut être fondée à constater, au terme d'une appréciation globale, que l'accord accessoire n'a pas été conclu à des conditions normales de marché, c'est-à-dire que le paiement opéré par la société de princeps excède la valeur du bien échangé (ou que la valeur du bien cédé à la société de génériques excède le paiement versé par celle-ci). La Commission peut alors conclure qu'il existe un paiement inversé (voir point 804 ci-dessus).

**809**Or, un paiement inversé, s'il n'a pas pour objet de compenser des coûts inhérents au règlement amiable, est alors constitutif d'un avantage incitatif (voir points 265 et 278 à 280 ci-dessus). Tel est le cas d'un paiement résultant d'un accord accessoire qui n'a pas pour objet le règlement amiable d'un litige mais la réalisation d'une transaction commerciale (voir point 800 ci-dessus).

**810**Cependant, les parties aux accords peuvent encore invoquer le caractère insignifiant de l'avantage en cause, dont le montant serait insuffisant pour qu'il soit regardé comme correspondant à une incitation significative à accepter les clauses restrictives de concurrence prévues par l'accord de règlement (voir point 280 ci-dessus).

**811**C'est au regard des considérations qui précèdent qu'il y a lieu d'examiner les circonstances particulières de l'espèce.

**812**Il convient de relever que Servier et Lupin ont conclu le même jour un accord de règlement amiable d'un litige comportant des clauses de non-commercialisation et de non-contestation et un accord de cession de technologie par lequel Servier a acheté à Lupin trois demandes de brevets déposées par cette dernière. De plus, ces deux accords ont été conclus sous la forme d'un accord unique. Le lien entre les deux accords est donc évident.

**813**Par ailleurs, par l'accord de cession, transite un transfert de valeur allant de Servier à Lupin.

**814**Il résulte des points 812 et 813 ci-dessus que l'accord de cession constitue un accord accessoire par lequel transite un transfert de valeur allant de la société de princeps vers la société de génériques. Il s'agit d'un indice sérieux du fait que le transfert de valeur en cause n'est pas seulement la contrepartie du bien échangé dans le cadre de l'accord accessoire, mais implique également un paiement inversé (au sens de cette expression en matière d'accords accessoires).

**815**De plus, il est constant que Servier a versé à Lupin, dans le cadre de l'accord de cession, une somme de 40 millions d'euros, ce qui représente un montant important en valeur absolue, ainsi que la Commission l'a relevé à juste titre aux considérants 1871 et 1947 de la décision attaquée.

**816**Or, un tel montant excédait les profits que Lupin pouvait escompter de son entrée indépendante sur le marché pendant les deux à trois premières années de

commercialisation, ainsi que l'a constaté à bon droit la Commission au considérant 1974 de la décision attaquée.

**817** Il est également constant que le montant en cause était supérieur aux investissements réalisés par une autre société de génériques comparable aux fins de développer son propre périndopril, comme l'a souligné la Commission au considérant 1962 de la décision attaquée. Or, un tel indice, retenu par la Commission, est, contrairement à ce que soutiennent les requérantes, particulièrement pertinent.

**818** Il convient d'ajouter que Lupin ne cédait pas des brevets mais de simples demandes de brevets. De plus, il était prévu expressément dans l'accord que Lupin ne donnait aucune garantie qu'un brevet serait accordé, qu'il serait valide ou que les produits ou les procédés revendiqués ne seraient pas contrefaisants [article 2.2, sous a), de l'accord Lupin].

**819** Enfin, il est constant que, si, dans leurs réponses à la communication des griefs, Servier et Lupin ont tous deux nié le fait que le règlement amiable dépendait des conditions de la cession des demandes de brevets, Lupin avait précédemment indiqué que la cession de ces demandes faisait partie intégrante des pourparlers relatifs au règlement amiable du litige. Elle avait également décrit les paiements reçus comme des « paiements du règlement amiable » ou « montants du règlement amiable » (considérant 1937 de la décision attaquée).

**820** En revanche, les requérantes ne produisent aucun élément précis permettant d'établir que l'acquisition des demandes de brevets de Lupin pour un montant de 40 millions d'euros pouvait raisonnablement être considérée comme constituant un investissement rentable (voir, pour poursuivre l'analogie avec la notion d'« investisseur privé en économie de marché » initiée au point 806 ci-dessus, le point 84 de l'arrêt du 12 décembre 2000, *Alitalia/Commission*, T 296/97, EU:T:2000:289, dans lequel il est indiqué que le comportement d'un investisseur privé en économie de marché est guidé par des perspectives de rentabilité) ou, pour le moins, de nature à procurer à l'acquéreur de ces demandes des revenus susceptibles de compenser leur coût élevé.

**821** Certes, les requérantes font référence, même si c'est de manière peu détaillée, à l'existence de transactions qui, selon elles, seraient comparables à l'accord de cession passé avec Lupin. Il s'agit cependant d'accords dans lesquels les requérantes étaient parties et qui ne peuvent donc qu'à titre accessoire servir de référence aux fins d'établir qu'une transaction a été effectuée aux conditions normales du marché. Au demeurant, certaines de ces transactions ont été qualifiées d'infraction au droit de la concurrence par la Commission. Enfin, les requérantes n'établissent pas que la technologie cédée dans le cadre de ces différentes transactions était équivalente à celle en cause dans l'accord de cession.

**822** Il est vrai que les requérantes renvoient également, à cet égard, à l'avis d'une personne se décrivant comme étant un consultant en propriété intellectuelle. Cependant, cette personne précise elle-même qu'elle a établi son avis pour le compte de Servier. Cela limite nécessairement le caractère probant d'un tel avis. Surtout, la conclusion de cet avis (« Je considérerais donc les achats comme dans les limites de la pratique normale d'une société ») et les éléments sur lesquels cette conclusion se fonde sont trop généraux pour permettre d'établir que le transfert de valeur en cause aurait correspondu à une transaction effectuée aux conditions normales du marché. De plus, les transactions utilisées pour servir de référence sont encore des transactions auxquelles Servier a

participé et qui, pour certaines d'entre elles au moins, ont été qualifiées d'infraction au droit de la concurrence par la Commission.

**823** Par ailleurs, à supposer même qu'il soit établi, comme le soutiennent les requérantes, que les départements de brevet et de production ou d'autres services de Servier aient considéré la technologie de Lupin comme étant « intéressante », cela ne permettrait pas pour autant d'établir que le transfert de valeur en cause aurait correspondu à une transaction effectuée aux conditions normales du marché.

**824** De la même façon, à supposer même qu'il soit établi que « le prix a été négocié à partir des prétentions initiales jusqu'à un niveau acceptable pour les deux parties », cela ne permettrait pas pour autant d'établir que le transfert de valeur en cause aurait correspondu à une transaction effectuée aux conditions normales du marché.

**825** Ainsi, les éléments produits par les requérantes ne permettent pas, même pris en compte de manière cumulative, de conclure que le transfert de valeur en cause aurait correspondu à une transaction effectuée aux conditions normales du marché.

**826** À cet égard, il convient de relever que la Commission, se fondant, notamment, sur la jurisprudence citée au point 795 ci-dessus (considérant 1940 de la décision attaquée), a considéré que « ni Servier ni Lupin n'a[vaient] pu fournir de description crédible des facteurs ayant déterminé comment ils [avaie]nt abouti à la somme finale de 40 millions d'euros » (considérant 1955). Elle a également indiqué, au considérant 1944 de la décision attaquée, qu'elle était « fondée à tirer certaines conclusions d'une situation dans laquelle les éléments de preuve potentiellement à décharge ne p[ouvai]nt venir que des parties elles-mêmes » et que « les parties [étaie]nt dans l'incapacité de produire de tels éléments malgré plusieurs demandes de renseignements ». Elle a ajouté, au considérant 1964 de la décision attaquée, que « Servier a[vait] été incapable de produire des documents de l'époque susceptible de donner des éclaircissements sur le montant des économies escomptées de l'acquisition de la technologie de Lupin ». Enfin, elle a conclu, compte tenu, notamment, de l'« absence de preuves » de l'intérêt commercial de Servier dans la technologie cédée par Lupin, que le transfert de valeur résultant de l'accord de cession représentait une incitation significative (considérant 1978 de la décision attaquée).

**827** Au regard de l'ensemble des éléments débattus devant le Tribunal, il y a lieu de conclure que la Commission a établi l'existence d'un paiement inversé qui n'était pas inhérent au règlement amiable du litige en cause (voir point 809 ci-dessus) et donc d'une incitation.

**828** Il convient enfin de relever, eu égard aux considérations exposées aux points 815 à 827 ci-dessus, que le caractère insignifiant de l'avantage en cause, dont le montant serait alors insuffisant pour qu'il soit regardé comme une incitation significative à accepter les clauses restrictives de concurrence prévues par l'accord de règlement (voir point 810 ci-dessus), n'est pas établi.

ii) Sur l'absence de limitation des efforts de la société de génériques à faire concurrence à la société de princeps

**829** En l'espèce, l'accord Lupin contient des clauses de non-commercialisation et de non-contestation, lesquelles, ainsi qu'il a été dit au point 257 ci-dessus, ont, par elles-mêmes, un caractère restrictif de la concurrence.



**830** Les requérantes soutiennent toutefois que les clauses de non-commercialisation et de non-contestation incluses dans l'accord Lupin étaient dépourvues de caractère restrictif de la concurrence eu égard aux limitations qui étaient apportées par d'autres clauses de l'accord à ce caractère restrictif. Il convient d'examiner la validité d'une telle assertion.

**831** À titre liminaire, il y a lieu de relever que les produits visés par l'accord sont définis à son considérant A, dans lequel il est fait référence à des « produits pharmaceutiques contenant, comme principe actif, du périndopril tert-butylamine (aussi appelé périndopril erbumine) et tout sel de celui-ci ("les Produits") ».

**832** Alors même que le considérant A de l'accord Lupin fait référence à des litiges en cours qui ne concernent, au niveau européen, ainsi qu'il ressort des considérants B et D du même accord, que le brevet 947, une telle clause, eu égard à son libellé, ne semble pas viser seulement des produits contenant du périndopril erbumine de forme alpha, c'est-à-dire ceux couverts par le brevet 947, mais tous les produits contenant de l'erbumine, quelle que soit la forme de celle-ci.

**833** De plus, l'expression « tout sel de celui-ci » est ambiguë. En effet, d'une part, d'un point de vue grammatical, le terme « celui-ci » renvoie de manière plus évidente au périndopril tert-butylamine, c'est-à-dire l'erbumine, qu'au périndopril dans son ensemble, puisque ce dernier n'est pas mentionné, en tant que tel, dans le membre de phrase. D'autre part, il n'est pas contesté que l'erbumine est un sel, de sorte que le terme « celui-ci » ne devrait pas renvoyer à l'erbumine mais, de manière plus générale, au périndopril dans son ensemble.

**834** Par conséquent, il est difficile de déterminer, au regard du libellé des clauses de l'accord, si les produits visés par cet accord se limitent à la forme alpha de l'erbumine ou incluent également d'autres formes d'erbumine, voire d'autres sels du périndopril.

**835** C'est dans ce contexte d'incertitude qu'il convient de s'assurer que la portée des clauses de non-commercialisation et de non-contestation n'est pas limitée au point que ces clauses perdraient leur caractère restrictif.

**836** En premier lieu, le caractère restrictif de la clause de non-contestation est évident, l'article 1.3 de l'accord Lupin stipulant ce qui suit :

« Après la date du présent Accord, Lupin ne devra pas tenter, directement ou indirectement, ou aider ou charger tout tiers de faire révoquer, invalider ou de contester d'une quelconque autre manière les Brevets ou tout autre brevet détenu par Servier ou ses filiales protégeant les Produits, et ce dans tout pays à l'exception [d'un État non membre de l'EEE]. »

**837** De plus, il ressort des conventions d'écritures distinctes « les Brevets » et les « Brevets de Servier », adoptées respectivement au considérant D et à l'article 1.3 de l'accord Lupin, que cet article s'applique non seulement aux brevets visés aux considérants B à D (incluant le brevet 947), au sujet desquels il existait des litiges identifiés entre Lupin et Servier, mais également, au moins potentiellement, à un ensemble de brevets qui ne sont pas nommément identifiés et qui protègent les produits visés par l'accord.

**838** En second lieu, en ce qui concerne la portée de la clause de non-commercialisation, l'article 1.6 de l'accord Lupin impose à Lupin une interdiction de commercialisation s'appliquant aux produits visés par l'accord.

**839**Il ressort toutefois des stipulations de l'article 1.6 de l'accord Lupin que, lorsque les conditions prévues à l'article 4.1 dudit accord sont remplies, Lupin peut vendre ou proposer à la vente des produits fournis par Servier ou ses propres produits. L'article 4.1 prévoit les conditions dans lesquelles Servier est tenu de vendre ses produits à Lupin. Trois hypothèses sont envisagées par cette stipulation.

**840**Selon la première hypothèse, Lupin peut entrer sur l'un des marchés nationaux couverts par l'accord si certains des produits de Servier sont commercialisés par un tiers sur ce marché. Selon la deuxième hypothèse, Lupin peut entrer sur un tel marché si la demande de brevet de Servier est rejetée ou si son brevet arrive à expiration, est déclaré invalide ou est révoqué. Enfin, selon la troisième hypothèse, Lupin peut entrer sur un tel marché si un médicament générique non produit par Servier est vendu sur ce marché – sauf si Servier a introduit une demande d'injonction qui n'a pas été rejetée – et si ce médicament générique n'est pas vendu en violation d'une injonction applicable dans ce marché.

**841**Ainsi, en substance, l'entrée sur le marché de Lupin, notamment avec ses propres produits (voir point 839 ci-dessus), est possible dans deux cas.

**842**Premièrement, l'entrée sur le marché de Lupin est possible lorsque Servier autorise la vente de ses produits par un tiers, renonce à introduire une demande de brevet ou renonce à introduire une demande d'injonction, c'est-à-dire en présence de circonstances qui dépendent d'un choix discrétionnaire de Servier sur lequel Lupin n'exerce aucune influence. Dans ce premier cas, l'application des conditions prévues à l'article 4.1 de l'accord Lupin ne peut être regardée comme mettant en cause le caractère par lui-même restrictif de la clause de non-commercialisation (voir point 257 ci-dessus) et, a fortiori, comme favorisant l'entrée sur le marché de Lupin.

**843**Deuxièmement, l'entrée sur le marché de Lupin est possible lorsque les brevets de Servier ne lui permettent pas de s'opposer à une telle entrée. Dans ce cas, l'article 4.1 de l'accord Lupin ne conduit pas à permettre une entrée de Lupin sur le marché qui serait anticipée par rapport aux effets d'un brevet toujours valide ou opposable. Il se borne seulement à tirer les conséquences de l'absence de brevet valide ou opposable en évitant ainsi que la clause de non-commercialisation soit dépourvue de tout lien avec un tel brevet et qu'elle présente alors de manière évidente un degré de nocivité pour le bon fonctionnement du jeu normal de la concurrence suffisant pour que son insertion soit qualifiée de restriction par objet (voir point 877 ci-après). Dans ce second cas, l'application des conditions prévues à l'article 4.1 ne peut donc être regardée comme mettant en cause le caractère par lui-même restrictif de la clause de non-commercialisation (voir point 257 ci-dessus) et, a fortiori, comme favorisant l'entrée sur le marché de Lupin.

**844**Le caractère restrictif de la clause de non-commercialisation doit donc être constaté, malgré les stipulations de l'article 4.1 de l'accord Lupin.

**845**La conclusion qui précède ne saurait être remise en cause par les autres arguments invoqués par les requérantes.

**846**Premièrement, les requérantes soutiennent que l'accord permettait une entrée anticipée de Lupin sur le marché, c'est-à-dire une entrée antérieure à la date prévisible de fin de validité du brevet 947. Or, une telle entrée anticipée atténuerait voire

neutraliserait le caractère restrictif de la concurrence d'une clause de non-commercialisation.

**847** Il convient de relever, même si une telle interprétation n'apparaît pas de manière évidente du fait de la complexité du libellé de l'article 1.6 de l'accord Lupin, qu'il pourrait être admis que cet article, lu conjointement avec l'article 4.1, sous c), du même accord, permet une entrée sur le marché de Lupin avec ses propres produits lorsqu'un « produit » générique qui n'est pas fabriqué par Servier est entré sur le marché sans violation d'une injonction (et, par ailleurs, sans qu'une demande d'injonction présentée par Servier soit en cours d'examen).

**848** Le terme « produit », tel qu'il figure à l'article 4.1, sous c), de l'accord Lupin, doit, du fait qu'il commence par une majuscule, être compris au sens de la convention adoptée au considérant A de cet accord, puisque ce terme y apparaît avec une majuscule (voir point 831 ci-dessus).

**849** Or, au regard du considérant A de l'accord Lupin, lequel semble faire référence à des produits contenant de l'erbumine, quelle que soit la forme de celle-ci (voir point 832 ci-dessus), l'article 4.1, sous c), de cet accord pourrait être interprété, lorsqu'il fait référence aux produits qui ne sont pas vendus en violation d'une injonction, comme visant des produits contenant d'autres formes d'erbumine que la forme alpha. Ainsi, l'accord pourrait être interprété comme autorisant Lupin à entrer sur le marché à la suite d'une éventuelle mise sur le marché par un tiers d'un périndopril générique contenant de l'erbumine de forme non-alpha.

**850** De plus, les termes ambigus du considérant A de l'accord Lupin créent également une incertitude quant au fait que l'article 4.1, sous c), du même accord pourrait être interprété, lorsqu'il fait référence aux produits qui ne sont pas vendus en violation d'une injonction, comme visant également des produits ne contenant pas d'erbumine (voir point 833 ci-dessus). Cela pourrait alors conduire à conclure que l'accord autorisait Lupin à entrer sur le marché à la suite d'une éventuelle mise sur le marché par un tiers de tout périndopril générique présenté sous forme de sel, y compris lorsqu'il s'agit d'un autre sel que l'erbumine.

**851** Il pourrait donc être conclu que l'accord prévoyait une entrée sur le marché de Lupin, avec ses propres produits, anticipée par rapport à la durée prévisible de validité du brevet 947 puisque toute mise sur le marché par un tiers de produits ne contenant pas de l'erbumine de forme alpha, du fait qu'elle ne pourrait méconnaître une injonction visant à protéger ce brevet, permettrait à Lupin d'entrer à son tour sur le marché avec ses propres produits.

**852** Cependant, du fait des incertitudes entourant la portée des articles 1.6 et 4.1 de l'accord Lupin, exposées aux points 846 à 850 ci-dessus, Lupin pouvait craindre que la clause de non-commercialisation continue à s'appliquer à la suite de la mise sur le marché par un tiers d'un périndopril générique constitué d'une forme non-alpha d'erbumine ou d'un périndopril générique non constitué d'erbumine. Un tel doute était de nature à la dissuader d'entrer sur le marché. À cela s'ajoute une incertitude supplémentaire tenant au fait que, même dans l'hypothèse où une interprétation large de la notion de « produit » serait retenue (cette notion incluant tout sel de périndopril), Servier pourrait néanmoins introduire une demande d'injonction, y compris pour un produit dont il est évident qu'il ne contrefait aucun de ses brevets, en particulier le brevet 947, ce qui aurait pour

conséquence d'empêcher l'application de l'article 4.1, sous c), de l'accord Lupin jusqu'à ce qu'une telle demande soit rejetée.

**853**À cet égard, il peut d'ailleurs être relevé que, s'agissant du marché français, les parties ont échangé plusieurs courriers sur la question de savoir si l'entrée sur le marché de Sandoz permettait à Lupin d'y entrer à son tour. Dans un courrier du 17 mars 2009, Lupin a ainsi demandé à Servier si celui-ci s'opposait à son entrée sur le marché français. Or, Servier, par un courrier du 31 mars 2009, s'est borné à indiquer que le produit de Sandoz n'enfreignait aucun de ses brevets. À la suite de cette réponse, Lupin s'est sentie obligée de demander, par courrier du 3 avril 2009, des précisions à Servier. Elle a écrit, notamment, ce qui suit :

« Lupin ne pense pas que Servier ait une raison valable quelconque de s'opposer à la vente par Lupin de son produit à base de périndopril erbumine en France à son/ses partenaire(s) local(aux), ni à la revente de ce produit par ce(s) partenaire(s) français. Votre courrier du 31 mars 2009 n'indique pas clairement si Servier est en désaccord avec l'un de ces points. Si Servier est en désaccord, veuillez fournir une explication complète de sa position avant le 9 avril 2009 à la clôture de l'activité. »

**854**Ainsi, l'existence même des courriers de Lupin et la teneur du dernier d'entre eux révèlent ses incertitudes quant à sa possibilité d'entrer sur le marché français sans méconnaître l'accord.

**855**Par conséquent, le caractère restrictif de la clause de non-commercialisation doit être constaté quelle que soit l'interprétation retenue du considérant A de l'accord Lupin, et ce d'autant plus que les incertitudes résultant de la complexité d'un accord ou du caractère ambigu de son libellé ne doivent pas permettre aux parties de s'exonérer de leur responsabilité au regard du droit de la concurrence.

**856**À supposer même que l'interprétation de l'accord présentée au point 851 ci-dessus soit retenue, la nature hypothétique des événements mentionnés à la fin des points 849 et 850 ci-dessus, c'est-à-dire la mise sur le marché par un tiers d'un produit générique, empêche de conclure à la neutralisation du caractère restrictif de la clause de non-commercialisation et donc à une absence d'infraction à cet égard. Il convient en effet de distinguer, d'une part, la question de l'existence même de l'infraction, laquelle ne peut être mise en cause par la simple possibilité que des événements futurs surviennent, et, d'autre part, celle de la durée de l'infraction, laquelle peut dépendre de la survenance effective de tels événements.

**857**De plus, l'entrée anticipée de Lupin dépend, en tout état de cause, de la mise sur le marché par un tiers d'un produit générique, c'est-à-dire d'une circonstance à la fois extérieure aux parties au contrat et aléatoire. Cette entrée ne résulte donc pas d'un choix clair de celles-ci dont elles pourraient se prévaloir pour établir l'absence de caractère restrictif de la concurrence de l'accord qui les lie et, en particulier, de la clause de non-commercialisation qui figure dans cet accord.

**858**Deuxièmement, il est vrai que l'accord Lupin prévoit en son article 4.2 l'adoption future d'un accord d'approvisionnement entre les parties. Cependant, la mise en œuvre d'un tel accord dépend du fait que l'une des conditions prévues à l'article 4.1 de l'accord Lupin est remplie. Dans la mesure où, ainsi qu'il vient d'être dit, la mise en œuvre de ce dernier article ne permet pas de conclure à un défaut de caractère restrictif de la clause

de non-commercialisation, il en va de même de l'accord d'approvisionnement mentionné à l'article 4.2.

**859**De plus, il peut être relevé qu'aucun accord d'approvisionnement n'a été conclu entre les parties. En outre, il n'était pas prévu dans l'accord Lupin que l'absence d'adoption d'un accord d'approvisionnement emporterait des conséquences juridiques importantes pour les parties, telles que, par exemple, la résiliation de l'accord Lupin dans son ensemble ou des clauses de non-commercialisation et de non-contestation qu'il contient. Ainsi, à supposer même qu'un accord d'approvisionnement puisse être regardé comme susceptible de favoriser l'entrée sur le marché d'une société de génériques qui serait un concurrent potentiel de la société de princeps, en l'espèce, l'accord Lupin, qui ne prévoyait que le principe d'un accord d'approvisionnement sans assortir ce principe de mesures ou de sanctions de nature à en assurer la réalisation, ne pourrait être regardé comme favorisant l'entrée sur le marché de Lupin.

**860**Certes, il résulte de l'article 4.2 de l'accord Lupin que l'accord d'approvisionnement était censé permettre l'application de l'article 4.1 de l'accord Lupin, lequel prévoyait un engagement « ferme » de Servier de fournir les « produits », au sens de l'accord, à Lupin. Cependant, les considérations exposées au point 859 ci-dessus conduisent à relativiser le caractère contraignant de l'engagement pris par Servier.

**861**Troisièmement, si les requérantes soutiennent qu'une interprétation de l'article 1.3 de l'accord Lupin selon laquelle la clause de non-contestation s'applique au-delà du seul brevet 947 doit conduire à considérer, en vertu de l'article 1.7 du même accord, que Lupin disposait d'une licence gratuite sur l'ensemble de ces brevets, une telle allégation est erronée eu égard aux termes de cette dernière clause, tels qu'ils ont été traduits dans la langue de procédure par les requérantes et selon lesquels :

« Pour éviter toute confusion, cet accord n'octroie à Lupin aucun droit ou aucune licence, dans aucune juridiction, sur les Brevets de Servier, étant entendu que ni Servier, ni ses filiales, preneurs de licence et/ou ayants droit des Brevets de Servier n'exerceront leurs droits sur les brevets de Servier concernant l'exercice par Lupin de son droit de vendre les Produits fabriqués par Lupin/Lupin (Europe) Limited octroyés en vertu de l'article 1.6. »

**862**En effet, le libellé de cette stipulation est peu clair du fait d'une opposition, au moins apparente, entre la première partie de la phrase (cet accord n'octroie à Lupin aucun droit ou aucune licence, dans aucune juridiction, sur les Brevets de Servier) et la partie qui suit [étant entendu que ni Servier, ni ses filiales, preneurs de licence et/ou ayants droit des Brevets de Servier n'exerceront leurs droits sur les brevets de Servier concernant l'exercice par Lupin de son droit de vendre les Produits fabriqués par Lupin/Lupin (Europe) Limited octroyés en vertu de l'article 1.6]. De plus, le caractère nécessaire de la première partie de la phrase n'apparaît pas évident, car aucune stipulation de l'accord ne pouvait laisser penser que Lupin disposait d'une licence pour d'autres droits que ceux relatifs à la technologie qu'elle cédait à Servier. Par ailleurs, la compréhension de l'article est rendue plus complexe encore par le renvoi qu'il opère vers l'article 1.6 de l'accord Lupin qui, lui-même, renvoie à l'article 4.1 dudit accord, lequel prévoit les conditions dans lesquelles Lupin peut entrer sur le marché avec son propre produit. Ainsi, eu égard à son libellé, l'article 1.7 était susceptible de générer un doute de nature à dissuader Lupin d'entrer sur le marché.

**863** Surtout, l'absence d'utilisation par Servier de ses droits en matière de brevets à l'encontre de Lupin dépend du fait que l'une des conditions prévues à l'article 4.1 de l'accord Lupin (auquel renvoie l'article 1.6 dudit accord) est remplie. Dans la mesure où, ainsi qu'il a été dit aux points 844 et 855 ci-dessus, la mise en œuvre de l'article 4.1 ne permet pas de conclure à un défaut de caractère restrictif de la clause de non-commercialisation, il en va de même de la mise en œuvre de l'article 1.7 du même accord, et ce y compris lorsque l'expression « Brevets de Servier » est entendue dans une acception large incluant les brevets se rapportant non seulement à la forme alpha de l'erbumine, mais également à d'autres formes d'erbumine, voire à d'autres sels de périndopril.

**864** Il résulte de ce qui précède que c'est à bon droit que la Commission a pu conclure à l'existence d'une limitation des efforts de Lupin à faire concurrence à Servier.

iii) Sur l'absence d'infraction

**865** Au regard des considérations développées aux points 789 à 864 ci-dessus, il peut être relevé que tant l'existence d'un avantage incitatif que celle d'une limitation corrélative des efforts de Lupin à faire concurrence à Servier ont été constatées à bon droit par la Commission.

**866** Or, ainsi qu'il a été dit au point 272 ci-dessus, dans le contexte des accords de règlement amiable de litiges relatifs à des brevets, la qualification de restriction à la concurrence par objet suppose la présence, au sein de l'accord de règlement amiable, à la fois d'un avantage incitatif à l'égard de la société de génériques et d'une limitation corrélative des efforts de celle-ci à faire concurrence à la société de princeps. Lorsque ces deux conditions sont remplies, un constat d'incitation s'impose.

**867** En présence d'un accord de règlement amiable en matière de brevets comportant des clauses de non-commercialisation et de non-contestation, dont le caractère intrinsèquement restrictif n'a pas été valablement mis en cause, l'existence d'une incitation de la société de génériques à se soumettre à ces clauses permet de fonder le constat d'une restriction par objet (voir point 273 ci-dessus).

**868** En l'espèce, le constat d'une incitation significative (voir point 828 ci-dessus) permettait à la Commission de conclure à l'existence d'une restriction de concurrence par objet.

**869** Par conséquent, contrairement à ce que soutiennent les requérantes, c'est à bon droit que la Commission a pu conclure dans la décision attaquée à l'existence d'une restriction par objet.

**870** Cependant, les requérantes, en se fondant sur la portée des clauses de non-commercialisation et de non-contestation, critiquent, en substance, la délimitation matérielle de l'infraction qui a été retenue par la Commission dans la décision attaquée.

**871** Ainsi qu'il a été dit au point 834 ci-dessus, il est difficile de déterminer, au regard du libellé des clauses de l'accord Lupin, si les produits visés par cet accord se limitaient à la forme alpha de l'erbumine ou s'ils incluaient également d'autres formes d'erbumine, voire d'autres sels du périndopril.

**872** Or, la portée de la clause de non-commercialisation dépend de la définition de la notion de « produits » qui est retenue, puisque tant l'article 1.6 de l'accord Lupin que l'article 4.1 de cet accord, auquel renvoie l'article 1.6, font référence à cette notion.

**873**De plus, en ce qui concerne la portée de la clause de non-contestation, celle-ci s'appliquait non seulement aux brevets visés aux considérants B à D de l'accord Lupin (incluant le brevet 947), mais également à un ensemble de brevets qui n'étaient pas nommément identifiés et dont la délimitation dépendait de la notion de « produits », telle qu'elle était prévue par l'accord (voir point 836 ci-dessus).

**874**Comme la Commission l'a indiqué à bon droit dans la décision attaquée (considérant 1912), les termes de l'accord généraient une incertitude quant au champ d'application des clauses de non-commercialisation et de non-contestation.

**875**Ainsi, les termes de l'accord Lupin créaient un doute sur le fait que la clause de non-commercialisation puisse s'appliquer à toute forme d'erbumine, voire à d'autres sels de périndopril que l'erbumine, et que la clause de non-contestation puisse s'appliquer à d'autres brevets que le brevet 947, notamment des brevets couvrant des produits ne contenant pas d'erbumine. Un tel doute était de nature à dissuader Lupin, d'une part, d'entrer sur le marché, y compris avec des produits contenant d'autres formes d'erbumine que la forme alpha, voire d'autres sels de périndopril que l'erbumine, et, d'autre part, de contester des brevets couvrant du périndopril contenant d'autres formes d'erbumine que la forme alpha, voire d'autres sels de périndopril que l'erbumine.

**876**Il convient également de tenir compte du fait que les ambiguïtés rédactionnelles en cause apparaissent dans un accord pour lequel la Commission a estimé à bon droit qu'il constituait une infraction au droit de la concurrence pour ce qui concerne la clause de non-commercialisation et celle de non-contestation relative au brevet 947 et aux produits que ce brevet couvre (voir point 869 ci-dessus). Enfin, il est constant que les parties à l'accord disposaient de moyens suffisants pour avoir recours à des professionnels capables, même s'ils ne disposaient que d'un bref délai pour le faire, de limiter la présence de telles ambiguïtés. Au regard des considérations qui précèdent, la Commission pouvait, à bon droit, conclure que le champ d'application de la clause de non-commercialisation s'étendait à des produits ne contenant pas d'erbumine et, a fortiori, contenant d'autres formes que la forme alpha de celle-ci, et que le champ d'application de la clause de non-contestation s'étendait, au-delà du brevet 947, à tout brevet se rapportant à ces produits (considérants 1912 et 1918 de la décision attaquée).

**877**À cet égard, il y a lieu de relever que l'existence de clauses de non-commercialisation et de non-contestation, pour autant que leur portée s'étend au-delà du champ d'application d'un brevet distinctement identifié et des produits couverts par celui-ci, présente de manière évidente un degré de nocivité pour le bon fonctionnement du jeu normal de la concurrence suffisant pour que l'insertion de ces clauses soit qualifiée de restriction par objet, sans qu'il soit même besoin de démontrer, en sus, l'existence d'une incitation. En effet, ces clauses ne peuvent trouver alors aucune légitimité dans le règlement amiable d'un litige relatif à un brevet identifié et leurs effets restrictifs ne se confondent pas avec les effets de ce brevet (voir points 257 à 261 ci-dessus).

**878**À supposer même que la Commission ait constaté à tort que l'infraction en cause concernait d'autres formes d'erbumine que la forme alpha protégée par le brevet 947, voire d'autres sels que l'erbumine, une telle erreur, eu égard au rôle limité et accessoire que joue ce constat dans le raisonnement de la Commission, ne serait pas susceptible de remettre en cause la conclusion à laquelle la Commission est parvenue quant à l'existence d'une restriction de concurrence par objet résultant de l'accord Lupin. En effet, le raisonnement de la Commission se fonde essentiellement sur l'existence d'une incitation

qui permet, alors même que la portée des clauses restrictives de l'accord de règlement se limite au champ d'application de ce brevet, de conclure à un usage anormal du brevet (voir points 253 à 274 ci-dessus).

**879** Il résulte de tout ce qui précède qu'il convient d'écarter le moyen des requérantes visant tant l'existence d'une restriction par objet que la délimitation d'une telle restriction retenue par la Commission.

**880** La conclusion qui précède n'est pas susceptible d'être remise en cause par les autres arguments des requérantes.

**881** En premier lieu, s'agissant des éléments visant à démontrer que les intentions des requérantes, ainsi que celles de Lupin, étaient légitimes, il convient de rappeler, d'une part, que, dans le contexte des accords de règlement amiable de litiges relatifs à des brevets, la qualification de restriction de concurrence par objet suppose la présence, au sein de l'accord de règlement amiable, à la fois d'un avantage incitatif à l'égard de la société de génériques et d'une limitation corrélative des efforts de celle-ci à faire concurrence à la société de princeps. Lorsque ces deux conditions sont remplies, un constat de restriction de concurrence par objet s'impose (voir point 272 ci-dessus). D'autre part, la seule circonstance qu'un accord poursuive également des objectifs légitimes ne saurait suffire à faire obstacle à une qualification de restriction de concurrence par objet (voir point 222 ci-dessus).

**882** Il s'ensuit que les arguments des requérantes invoqués dans le cadre du présent moyen, selon lesquels les motifs qui les ont conduites, elles et Lupin, à conclure l'accord Lupin étaient légitimes, ne sont pas susceptibles d'invalider la qualification de cet accord de restriction par objet que la Commission a, à juste titre, retenue et qui a été confirmée ci-dessus (voir points 869 et 879 ci-dessus). Partant, ces arguments doivent être écartés.

**883** Il en va notamment ainsi, premièrement, de l'argument selon lequel Lupin n'avait plus intérêt à poursuivre le contentieux, deuxièmement, de l'argument fondé sur le fait que Lupin avait été à l'origine du règlement amiable et, troisièmement, de l'argument fondé sur le fait que Servier n'avait pas intérêt à protéger sa situation concurrentielle à l'égard de Lupin s'il ne faisait pas de même avec Apotex.

**884** En deuxième lieu, si les requérantes soutiennent que la clause de non-contestation n'était pas susceptible d'avoir des effets restrictifs sur la concurrence du fait, notamment, de l'existence de litiges parallèles et de l'absence d'intention de Lupin d'engager de nouveaux contentieux, il n'en demeure pas moins que, dans la mesure où l'accord Lupin présente un degré de nocivité suffisant pour être qualifié de restriction par objet, l'examen des effets concrets de cet accord, et notamment de la clause de non-contestation qu'il comporte, n'est pas nécessaire (voir point 219 ci-dessus).

**885** Pour les mêmes raisons, il y a lieu d'écarter l'argument des requérantes selon lequel la clause de non-commercialisation n'était pas susceptible, y compris dans la mesure où sa portée dépassait celle du brevet 947, d'avoir des effets restrictifs sur la concurrence du fait, notamment, de l'absence de possibilités réelles et concrètes pour Lupin d'être la première à entrer sur le marché avec un produit non contrefaisant.

**886** En troisième lieu, en alléguant du caractère hypothétique des effets restrictifs de la clause de non-commercialisation, les requérantes pourraient être regardées comme contestant en réalité l'existence d'une concurrence potentielle. Or, il a été constaté ci-dessus que Lupin était un concurrent potentiel de Servier.



**887**En quatrième lieu, il convient de rappeler que, lorsque l'existence d'une incitation est constatée, les parties ne peuvent plus se prévaloir de leur reconnaissance, dans le cadre du règlement amiable, de la validité du brevet. Le fait que la validité du brevet soit confirmée par une instance juridictionnelle ou administrative est, à cet égard, indifférent (voir point 269 ci-dessus). Les requérantes ne sont donc pas fondées à se prévaloir d'un scénario, au demeurant hypothétique, selon lequel la validité du brevet 947 serait confirmée tant par les juridictions du Royaume-Uni que par l'OEB.

**888**Il résulte de tout ce qui précède que le présent moyen doit être écarté.

iv) Sur le moyen invoqué à titre subsidiaire par Servier et relatif à l'erreur dans la détermination de la durée de l'infraction

**889**En premier lieu, les requérantes soutiennent que la Commission ne pouvait faire débiter la période d'infraction avant que Lupin n'obtienne son AMM.

**890**Par un tel argument, les requérantes contestent en réalité l'existence d'une concurrence potentielle. Or, il a été constaté au point 751 ci-dessus que, au moment où l'accord a été passé, Lupin était un concurrent potentiel de Servier.

**891**En second lieu, les requérantes soutiennent que la Commission aurait dû, comme elle l'a fait pour le marché français, conclure que l'infraction avait cessé en Belgique, en République tchèque, en Irlande et en Hongrie au moment où Sandoz entrait sur les marchés de ces États avec un générique du périndopril non contrefaisant du brevet 947, c'est-à-dire, respectivement, en juin 2008, en juillet 2008, en décembre 2008 et en janvier 2009.

**892**Il convient donc de déterminer si la Commission a conclu à tort que l'infraction s'était poursuivie au-delà des dates mentionnées au point 891 ci-dessus dans les États membres concernés.

**893**À titre liminaire, il convient de préciser que le générique avec lequel Sandoz est entrée sur le marché est une forme de périndopril erbumine constitué d'un « sel amorphe (non cristallin), qui ne comprend donc aucun des cristaux alphas protégés par le brevet 947 » (considérant 212 de la décision attaquée).

**894**Il y a lieu également de rappeler (voir point 847 ci-dessus) que, même si une telle interprétation n'apparaît pas de manière évidente du fait de la complexité du libellé de l'article 1.6 de l'accord Lupin, il pourrait être admis que cet article, lu conjointement avec l'article 4.1, sous c), du même accord, permette une entrée sur le marché de Lupin avec ses propres produits lorsqu'un « produit » générique qui n'est pas fabriqué par Servier est entré sur le marché sans violation d'une injonction et sans qu'une demande d'injonction présentée par Servier ait encore été rejetée.

**895**Le terme « produit », tel qu'il figure à l'article 4.1, sous c), de l'accord Lupin, doit, du fait qu'il commence par une majuscule, être compris au sens de la convention adoptée au considérant A de cet accord.

**896**Or, la détermination des produits visés par le considérant A de l'accord Lupin est particulièrement délicate (voir points 832 et 833 ci-dessus), ce qui rend donc difficile l'application de l'article 4.1, sous c), de cet accord (voir points 849 et 850 ci-dessus).

**897**Il existait ainsi une incertitude quant à la délimitation du champ d'application de l'article 4.1, sous c), de l'accord Lupin et donc, également, quant à la possibilité d'appliquer la clause de non-commercialisation figurant à l'article 1.6 de cet accord (voir

point 852 ci-dessus), notamment dans le cas d'une entrée sur le marché d'un produit, comme celui de Sandoz, contenant de l'erbumine de forme non-alpha.

**898**Du fait des incertitudes entourant la portée des articles 1.6 et 4.1 de l'accord Lupin, exposées aux points 894 à 897 ci-dessus, Lupin pouvait craindre que la clause de non-commercialisation continue à s'appliquer à la suite de la mise sur le marché par un tiers d'un périndopril générique constitué d'une forme non-alpha d'erbumine ou d'un périndopril générique non constitué d'erbumine. Un tel doute était de nature à la dissuader d'entrer sur le marché.

**899**Cette crainte pouvait être confortée par le fait que, en toute hypothèse, Servier pourrait néanmoins introduire une demande d'injonction y compris pour un produit dont il est évident qu'il ne contrefait aucun de ses brevets, en particulier le brevet 947, ce qui aurait pour conséquence d'empêcher l'application de l'article 4.1, sous c), de l'accord Lupin jusqu'à ce qu'une telle demande soit rejetée (voir point 852 ci-dessus).

**900**À cet égard, des courriers de Lupin révèlent ses incertitudes quant à sa possibilité d'entrer sur le marché français sans méconnaître l'accord (voir point 853 ci-dessus) et, par conséquent, l'application qu'elle continuait à faire sur ce marché de la clause de non-commercialisation au moins jusqu'à cet échange de courriers qui semble avoir pris fin, au plus tôt, début avril 2009, c'est-à-dire un peu plus d'un mois seulement avant le 6 mai 2009, date retenue par la Commission pour constater la fin de l'infraction s'agissant de la Belgique, de la République tchèque, de l'Irlande et de la Hongrie. De même, un courrier de Servier, mentionné au point 853 ci-dessus, ne permet pas de conclure que celui-ci considérait, de manière claire et évidente, que Lupin pouvait entrer sur le marché.

**901**A fortiori, s'agissant des quatre marchés mentionnés au point 900 ci-dessus, les requérantes ne produisent aucun élément permettant d'établir que, avant le 6 mai 2009, Servier et Lupin avaient pris en compte les entrées successives de Sandoz sur ces marchés et que, malgré les incertitudes liées à l'ambiguïté de l'accord, elles considéraient que la clause de non-commercialisation n'était plus en vigueur.

**902**Or, la circonstance que la clause de non-commercialisation, du fait des incertitudes liées à l'ambiguïté de l'accord, soit demeurée en vigueur, marquant ainsi le maintien d'un accord de volonté entre les parties – éventuellement en contradiction avec l'interprétation des conditions d'application de la clause, qui, a posteriori, pourrait être retenue, notamment, par un juge du contrat –, suffisait pour permettre à la Commission de constater que l'accord de volonté entre Servier et Lupin et donc l'infraction se poursuivaient malgré les entrées sur le marché de Sandoz.

**903**En tout état de cause, à supposer même que l'accord ait cessé formellement d'être en vigueur à compter des entrées de Sandoz sur le marché, eu égard aux considérations qui précèdent (voir points 900 et 901 ci-dessus), il doit être conclu que la clause de non-commercialisation continuait à être appliquée par Servier et Lupin après les entrées successives de Sandoz sur les quatre marchés en cause.

**904**Il est vrai, s'agissant, comme en l'espèce, de restrictions de la concurrence par objet, que la prise en considération de leurs effets concrets sur le marché est superflue pour établir l'existence de l'infraction (voir, en ce sens, arrêt du 8 juillet 1999, Commission/Anic Partecipazioni, C 49/92 P, EU:C:1999:356, points 98 et 99) et donc sa durée (voir, en ce sens, arrêt du 19 mars 2009, Archer Daniels Midland/Commission, C 510/06 P, EU:C:2009:166, points 113, 114 et 140). Il en va de même pour la prise en

considération de la mise en œuvre de l'accord (voir, en ce sens, arrêt du 29 juin 2012, E.ON Ruhrgas et E.ON/Commission, T 360/09, EU:T:2012:332, point 252).

**905** Cependant, la poursuite de l'infraction peut être constatée, au-delà de la période pendant laquelle un accord est formellement en vigueur, lorsque les entreprises concernées ont continué à adopter un comportement interdit (arrêts du 16 juin 2011, Solvay Solexis/Commission, T 195/06, non publié, EU:T:2011:280, point 124, et du 29 juin 2012, E.ON Ruhrgas et E.ON/Commission, T 360/09, EU:T:2012:332, point 251).

**906** Or, tel est le cas en l'espèce (voir point 903 ci-dessus).

**907** Il résulte de ce qui précède qu'il convient d'écarter le présent moyen, présenté à titre subsidiaire par Servier.

c) Sur les erreurs de droit et d'appréciation relatives à la qualification de restriction de concurrence par effet de l'accord conclu avec Lupin

**908** Les requérantes soutiennent que la Commission a commis différentes erreurs de droit et d'appréciation relatives à la qualification de restriction de concurrence par effet de l'accord conclu avec Lupin.

**909** Il convient, en faisant application mutatis mutandis des considérations développées aux points 566 à 570 ci-dessus, d'écarter le présent moyen comme inopérant.

9. Sur les accords conclus avec Krka

a) Sur les erreurs de droit et d'appréciation relatives à la qualification de restriction de concurrence par objet des accords conclus avec Krka

**910** Les requérantes contestent la qualification de restriction par objet, en premier lieu, des accords de règlement amiable et de licence et, en second lieu, de l'accord de cession.

1) Sur les accords de règlement amiable et de licence

i) Arguments des parties

**911** Les requérantes font valoir quatre sous-griefs, le premier, tiré de l'absence de restriction par objet, le deuxième, tiré du caractère légitime du contenu des accords, le troisième, tiré de l'absence d'intentions anticoncurrentielles des parties aux accords, et, le quatrième, tiré des effets globalement proconcurrentiels des accords.

– Sur l'absence de restriction par objet

**912** Les requérantes contestent la qualification des accords de partage de marché qui a été opérée par la Commission dans la décision attaquée.

**913** En premier lieu, les requérantes soutiennent qu'il était justifié de passer un accord de licence limité à sept États membres.

**914** Les requérantes estiment que la Commission a considéré à tort dans la décision attaquée que les accords ne reflétaient pas les enjeux du litige en matière de brevets, alors même que la licence concernait sept pays dont six dans lesquels Krka était entrée sur le marché à risque et quatre dans lesquels Servier était en situation de faiblesse parce que le brevet en cause n'était pas encore en vigueur au moment des accords ou parce que Servier avait échoué à obtenir une injonction.

**915** En deuxième lieu, les requérantes soutiennent que la licence ne constituait pas une incitation significative à accepter des restrictions de concurrence dans les marchés de 18 à 20 États membres.

**916** Selon elles, le fait que la licence ait pu inciter Krka à transiger dans les litiges ne saurait suffire à constituer une infraction aux règles de concurrence.

**917** De plus, la décision attaquée comporterait une contradiction en ce qu'elle aurait estimé les bénéfices procurés par la licence à Krka à 10 millions d'euros tout en relativisant ses effets proconcurrentiels. Les requérantes contestent par ailleurs cette évaluation de la valeur de la licence au motif que la Commission n'aurait pas établi que Krka se serait retirée des marchés des sept États membres concernés en l'absence d'accord.

**918** Les requérantes indiquent également que l'avantage tiré de l'accord de licence n'était pas suffisant pour compenser la perte des profits escomptés dans les 18 à 20 États membres concernés. En outre, toujours selon les requérantes, cet avantage était d'un montant inférieur aux dommages-intérêts que Krka aurait pu obtenir au Royaume-Uni et auxquels elle a renoncé.

**919** Les requérantes ajoutent que la licence leur rapportait des redevances et qu'elle était donc intéressante pour elles.

**920** En troisième lieu, les requérantes contestent le caractère restrictif des clauses de non-commercialisation et de non-contestation.

**921** Premièrement, les requérantes soutiennent que Krka demeurait libre d'entrer dans les 18 à 20 marchés de l'Union en cause avec le produit non contrefaisant qu'elle développait. Deuxièmement, les requérantes font valoir qu'elles se livraient avec Krka une concurrence intense sur les sept marchés d'Europe centrale et orientale. Troisièmement, elles ajoutent que les accords n'excluaient pas l'entrée d'un tiers sous licence sur le marché. Enfin, quatrièmement, les accords permettaient à Krka d'entrer sur le marché si le brevet 947 était invalidé.

**922** En quatrième lieu, les requérantes contestent l'interprétation, selon elles erronée, que la Commission aurait faite de documents censés établir qu'il existait un accord de partage de marchés entre les parties. Elles contestent également l'interprétation des accords faite par la Commission. Elles critiquent aussi l'évaluation chiffrée de la valeur de la licence à laquelle la Commission a procédé. Elles se prévalent enfin de contradictions dont la décision attaquée serait entachée.

**923** La Commission estime avoir qualifié à bon droit les accords en cause de partage de marché.

**924** Elle soutient qu'elle n'a pas considéré que les accords constituaient une infraction à l'article 101 TFUE dans les sept pays d'Europe centrale et orientale.

**925** La Commission fait également valoir que les accords ne reflétaient pas les enjeux liés au brevet 947, la situation étant très variée dans les sept pays d'Europe centrale et orientale au moment de la conclusion des accords.

– Sur le caractère légitime du contenu des accords

**926** Les requérantes estiment que la teneur des accords ainsi que le contexte dans lequel ils ont été passés montrent que ces accords ne comportaient que des clauses légitimes.

**927** Elles font valoir que les clauses de non-commercialisation et de non-contestation étaient objectivement nécessaires, que la Commission reconnaissait d'ailleurs elle-même le caractère licite de telles clauses dans ses lignes directrices, que le litige n'était, en

l'espèce, pas fictif et que le champ d'application de ces clauses ne dépassait pas celui des brevets 947 et 340.

**928**La Commission soutient que l'existence d'une restriction de concurrence par objet ne saurait résulter d'une analyse isolée de chaque clause des accords et qu'il convient d'examiner les clauses dans leur ensemble et dans leur contexte. Elle estime avoir établi en quoi le règlement amiable conclu avec Krka présentait un degré suffisant de nocivité au sens de la jurisprudence relative aux restrictions de concurrence par objet.

**929**Par ailleurs, la Commission estime que la licence offrait un avantage considérable à Krka en lui garantissant la pérennité de son activité dans les États où elle était le mieux implantée.

– Sur l'absence d'intentions anticoncurrentielles des parties

**930**Les requérantes soutiennent que la Commission a méconnu la jurisprudence en minimisant l'importance de l'objectif des accords et des intentions des parties pour identifier une restriction de concurrence par objet. Elles reprochent en outre à la Commission d'avoir dénaturé les intentions des parties et les objectifs légitimes des accords, à savoir trouver une réponse légitime à une situation d'incertitude juridique liée aux litiges en cours, tout en permettant à Krka de vendre du périndopril sur certains marchés.

**931**Les requérantes font grief à la Commission d'avoir ainsi dénaturé la portée de la décision de l'OEB du 27 juillet 2006 confirmant la validité du brevet 947, en indiquant qu'elle n'aurait eu pour effet que de réduire quelque peu la confiance de Krka dans l'invalidation de celui-ci, alors même qu'il était alors devenu prioritaire pour Krka de remédier aux risques auxquels elle était confrontée dans les pays où elle était entrée à risque sur le marché. Krka aurait, par conséquent, eu intérêt à prendre contact avec les requérantes afin de négocier une licence lui permettant de ne pas être contrainte de sortir du marché, d'éviter de nombreux litiges et de ne pas avoir à leur verser des dommages et intérêts. Les requérantes soutiennent que ce comportement ne saurait être qualifié d'anticoncurrentiel, Krka ayant simplement cherché à obtenir une licence dans des pays stratégiques pour elle, au lieu de poursuivre des litiges dans des pays où ses profits étaient en tout état de cause aléatoires.

**932**Quant aux requérantes, leur victoire devant la division d'opposition de l'OEB leur aurait permis de continuer à s'opposer à l'entrée des génériques sur le marché, mais elles couraient toujours le risque de devoir verser à Krka notamment des dommages et intérêts en cas d'invalidation du brevet 947 par la chambre de recours technique de l'OEB. Les accords leur auraient ainsi garanti que Krka ne contreferait pas le brevet 947 tant qu'il était valide et supprimaient le risque de devoir lui verser des dommages et intérêts en cas d'invalidation. De plus, l'octroi d'une licence à Krka leur aurait permis d'éviter de nombreux contentieux nationaux et d'offrir une promotion additionnelle du périndopril sur ces marchés, tout en percevant une redevance de 3 %, montant que la Commission aurait à tort qualifié de limité.

**933**Enfin, alors même que la charge de la preuve pèserait sur la Commission, les preuves avancées par cette dernière dans la décision attaquée afin d'établir l'intention anticoncurrentielle des parties signataires des accords ne feraient aucune référence aux accords conclus avec Krka et la Commission aurait considéré à tort que le fait que Krka ait été à l'origine des accords n'était pas pertinent.

**934**La Commission rappelle que, si la recherche des intentions des parties est un élément qui peut être pris en compte pour caractériser une restriction de concurrence par objet, la décision attaquée s'est principalement fondée sur le contenu même des accords et leur contexte. De plus, elle indique que l'existence d'objectifs légitimes, à supposer qu'ils soient établis, n'exclut pas que les accords puissent avoir un objet restrictif de concurrence.

– Sur les effets globalement proconcurrentiels des accords

**935**Les requérantes soutiennent que les effets restrictifs de concurrence de la clause de non-contestation et de la clause de non-commercialisation étaient hypothétiques, alors que les effets proconcurrentiels des accords étaient avérés. Elles reprochent à la Commission de s'être contentée d'établir que l'accord était susceptible de produire des effets négatifs sur la concurrence, alors que la jurisprudence lui imposerait d'apporter la preuve du degré suffisant de nocivité de l'accord sur la concurrence et d'effectuer une analyse contrefactuelle.

**936**En premier lieu, les requérantes estiment que la Commission a considéré à tort que la clause de non-contestation avait eu des effets restrictifs sensibles en ce qu'elle aurait empêché Krka de faire constater que sa technologie n'était pas contrefaisante et l'examen juridique objectif de la validité des brevets en cause. Elles font valoir que la contrefaçon par Krka du brevet 947 était évidente et que de nombreux éléments du dossier permettent de considérer que le produit de Krka contrefaisait également le brevet 340. En tout état de cause, l'impossibilité pour Krka de faire établir qu'elle ne contrefaisait pas le brevet 340 ne pouvait avoir d'effets restrictifs en raison de l'existence du brevet 947 et de la possibilité pour Krka d'entrer sur le marché en cas d'invalidation du brevet 947. De plus, les requérantes font valoir que l'examen de la validité du brevet 947 devant l'OEB et la High Court of Justice (England & Wales), Chancery Division (patents court) [Haute Cour de justice (Angleterre et pays de Galles), division de la Chancery (chambre des brevets)], s'était poursuivi après la conclusion des accords en raison de recours d'autres sociétés. S'agissant des autres États membres, elles relèvent que Krka, tout comme la plupart des fabricants de génériques, n'avait manifesté aucun intérêt pour l'introduction de contentieux nationaux.

**937**En deuxième lieu, les requérantes reprochent à la Commission d'avoir considéré que la clause de non-commercialisation avait empêché Krka de lancer son périndopril ou de fournir des tiers, soit à la suite de victoire dans les litiges en matière de brevets, soit en entrant à risque sur le marché. Elles estiment, en effet, qu'il n'existait aucune preuve de ce que Krka avait eu l'intention d'engager des litiges nationaux et que, même dans cette hypothèse, rien n'indiquerait que, en cas de victoire, Krka n'aurait pas attendu la décision de l'OEB avant d'entrer sur le marché. Elles reprochent en outre à la Commission de ne pas avoir vérifié si une entrée à risque de Krka sur le marché aurait pu constituer une stratégie économique viable au moment de la conclusion des accords, alors même que l'OEB venait de valider le brevet 947, et soutiennent que plusieurs éléments montrent qu'il était peu probable que Krka décide d'entrer à risque sur le marché. Enfin, elles rappellent que Krka n'est pas entrée sur le marché au Royaume-Uni en juillet 2007, alors même que l'accord le lui permettait, et a préféré attendre le jugement de la Court of Appeal (England & Wales) (Civil division) [Cour d'appel (Angleterre et pays de Galles) (division civile)].

**938**En troisième lieu, les requérantes font valoir que la licence avait des effets proconcurrentiels incontestables dans sept États membres et que les accords permettaient une entrée anticipée sur les 18 à 20 autres marchés avant l'expiration du brevet 340.

**939**La Commission rappelle que, selon la jurisprudence, la prise en considération des effets concrets d'un accord est superflue lorsqu'il apparaît que celui-ci a pour objet de restreindre la concurrence.

**940**S'agissant de la clause de non-contestation, selon la Commission, le fait que la pression concurrentielle exercée par Krka ait été une pression de concurrent potentiel n'exclurait pas la qualification de restriction de concurrence par objet.

**941**S'agissant de la clause de non-commercialisation, la Commission estime que rien n'empêchait Krka de décider de procéder à une entrée à risque sur le marché.

**942**Enfin, la Commission relève que les gains d'efficacité sur les sept marchés sous licence, à les supposer établis, ne sauraient compenser les effets anticoncurrentiels des accords sur les 18 à 20 autres marchés et que les requérantes n'ont pas établi que, sur ces derniers marchés, qui sont les seuls visés par l'infraction à l'article 101 TFUE, les accords auraient eu un effet proconcurrentiel.

ii) Appréciation du Tribunal

**943**Par exception aux considérations relatives aux accords accessoires développées aux points 797 à 803 ci-dessus, l'association d'un accord commercial usuel à un accord de règlement amiable comportant des clauses de non-commercialisation et de non-contestation ne constitue pas un indice sérieux de l'existence d'un paiement inversé lorsque l'accord commercial en cause est un accord de licence portant sur le brevet en litige.

**944**Une telle exception s'explique par le fait que, s'il est vrai qu'un accord de licence relatif à un brevet n'a pas pour objet le règlement amiable d'un litige mais l'octroi d'une autorisation de faire usage de ce brevet, il peut néanmoins être justifié, contrairement à ce qu'il en est s'agissant des autres accords commerciaux (voir point 800 ci-dessus), d'associer cet accord de licence à un accord de règlement amiable concernant un litige relatif au brevet qui fait l'objet de la licence.

**945**En effet, un litige en matière de brevets a, en principe, pour origine le souhait de la société de génériques d'entrer sur le marché auquel s'oppose le souhait du titulaire du brevet de préserver les droits qu'il tire de ce brevet. Le fait d'autoriser une telle entrée par l'adoption d'un accord de licence apparaît alors comme un moyen particulièrement approprié de mettre fin au litige dès lors que cela permet de faire droit aux prétentions des deux parties à ce litige.

**946**Il est d'ailleurs admis que le recours à un accord de licence constitue un moyen approprié de mettre fin à un litige. Cela ressort du paragraphe 204 des lignes directrices de 2004 sur les accords de transfert de technologie, selon lequel la « concession de licences peut servir d'instrument de règlement des litiges ». Ce paragraphe est repris au paragraphe 205 des lignes directrices de 2014 sur les accords de transfert de technologie.

**947**Il est d'autant plus justifié d'associer un accord de licence à un accord de règlement amiable que la présence, dans un accord de règlement amiable, de clauses de non-commercialisation et de non-contestation n'est légitime que lorsque cet accord se fonde sur la reconnaissance par les parties de la validité du brevet (voir points 258 à 261 ci-

dessus). Or, la passation d'un accord de licence, laquelle n'a de raison d'être pour tout preneur qu'à la condition que la licence soit effectivement exploitée, se fonde également sur la reconnaissance par les parties de la validité du brevet. Dans cette mesure, l'accord de licence conforte donc la légitimité de l'accord de règlement amiable, ce qui justifie pleinement qu'il lui soit associé.

**948**Étant donné qu'il apparaît justifié d'associer à un accord de règlement amiable d'un litige relatif à un brevet un accord de licence portant sur ce même brevet, une telle association, contrairement à ce qu'il en est pour les autres accords accessoires, ne constitue pas un indice sérieux de l'existence d'un paiement inversé (au sens de cette expression en matière d'accords accessoires, voir point 804 ci-dessus).

**949**Il appartient donc à la Commission de se fonder sur d'autres indices que la simple association de l'accord de licence et de l'accord de règlement amiable aux fins d'établir que l'accord de licence n'a pas été conclu aux conditions normales de marché et qu'il masque en réalité un paiement inversé incitant la société de génériques à accepter de se soumettre aux clauses de non-commercialisation et de non-contestation (voir points 803 à 808 ci-dessus).

**950**Il y a lieu de relever que le constat de l'existence d'un paiement inversé est d'autant moins évident s'agissant d'un accord de licence qu'un tel accord ne donne pas lieu à un transfert financier de la société de princeps vers la société de génériques mais de la société de génériques vers la société de princeps. Ainsi, en matière d'accord de licence, le preneur verse une redevance au titulaire du brevet.

**951**Cependant, il existe un transfert de valeur de la société de princeps vers la société de génériques, dès lors que la redevance versée au titulaire du brevet constitue la contrepartie du bénéfice que la société de génériques tire de l'accord de licence, à savoir l'autorisation de faire usage du brevet pour entrer sans risque sur le marché.

**952**Il appartient donc à la Commission de démontrer que cette contrepartie est anormalement basse, c'est-à-dire dans une mesure telle qu'elle ne saurait s'expliquer par des considérations limitées à la valeur économique du bien objet du contrat (voir point 806 ci-dessus), et que l'accord de licence implique ainsi un paiement inversé au profit de la société de génériques.

**953**L'absence de conclusion de la transaction en cause aux conditions normales de marché doit ressortir avec d'autant plus d'évidence pour établir un degré de nocivité suffisant aux fins de qualifier l'accord de règlement amiable de restriction de concurrence par objet que le caractère restrictif de la concurrence des clauses de non-commercialisation et de non-contestation qu'il comporte est atténué par l'accord de licence.

**954**En effet, la clause de non-commercialisation est privée, en partie au moins, de ses effets. L'accord de licence va même au-delà d'une simple neutralisation partielle des effets de cette clause dès lors qu'il favorise l'entrée du médicament générique sur le marché en supprimant le risque contentieux lié au brevet.

**955**Quant à la clause de non-contestation, si ses effets restrictifs persistent, ils sont limités par le fait que la licence permet une entrée sur le marché sans risque contentieux. Or, s'il est essentiel pour la société de génériques de pouvoir contester la validité du brevet lorsqu'elle entre à risque sur le marché, tel est moins le cas lorsqu'elle est autorisée par la société de princeps à entrer sur ce marché grâce à un accord de licence.



**956**À ce stade de l'analyse, il y a lieu de rappeler que, dans le contexte des accords de règlement amiable de litiges relatifs à des brevets, la qualification de restriction de concurrence par objet suppose la présence, au sein de l'accord de règlement amiable, à la fois d'un avantage incitatif à l'égard de la société de génériques et d'une limitation corrélative des efforts de celle-ci à faire concurrence à la société de princeps (voir point 272 ci-dessus). Or, il résulte des développements qui précèdent que, en présence d'un accord de licence, ces deux éléments sont atténués, voire absents, de sorte qu'un degré suffisant de nocivité pour le bon fonctionnement du jeu normal de la concurrence (voir, en ce sens, arrêt du 11 septembre 2014, *CB/Commission*, C 67/13 P, EU:C:2014:2204, points 49 et 50 et jurisprudence citée) ne peut aisément être constaté.

**957**Il convient d'ajouter que l'exception mentionnée au point 943 ci-dessus n'est contraire ni au fait que l'association d'un accord de licence et d'une clause de non-contestation fait partie des restrictions exclues de l'exemption prévue à l'article 2 du règlement (CE) no 772/2004 de la Commission, du 27 avril 2004, concernant l'application de l'article [101, paragraphe 3, TFUE] à des catégories d'accords de transfert de technologie (JO 2004, L 123, p. 11), ni à la jurisprudence de la Cour, telle qu'initiiée dans l'arrêt du 25 février 1986, *Windsurfing International/Commission* (193/83, EU:C:1986:75, points 89 et 92), et précisée dans l'arrêt du 27 septembre 1988, *Bayer et Maschinenfabrik Hennecke* (65/86, EU:C:1988:448).

**958**En effet, premièrement, selon l'article 5 du règlement no 772/2004, l'association d'un accord de licence et d'une clause de non-contestation fait partie des restrictions exclues de l'exemption prévue à l'article 2 de ce même règlement. Cependant, cette exemption comme cette exclusion ne s'appliquent, aux termes des articles 2 et 5 dudit règlement, que dans la mesure où les accords en cause contiennent des restrictions de concurrence tombant sous le coup de l'article 101, paragraphe 1, TFUE. Par suite, le fait que l'association d'un accord de licence et d'une clause de non-contestation fasse partie des restrictions exclues de l'exemption prévue à l'article 2 du règlement no 772/2004 ne permet pas de conclure qu'une telle association constitue, en toute hypothèse, une restriction de concurrence au sens de l'article 101, paragraphe 1, TFUE et, en particulier, une restriction par objet.

**959**À cet égard, la Cour a jugé que, si l'octroi du bénéfice de l'article 101, paragraphe 3, TFUE à un accord déterminé suppose la reconnaissance préalable que cet accord tombe sous l'interdiction instituée par l'article 101, paragraphe 1, TFUE, la possibilité prévue au paragraphe 3 d'octroyer ce même bénéfice par catégories ne saurait impliquer qu'un accord déterminé relevant de ces catégories réunirait nécessairement de ce fait les conditions du paragraphe 1. Ainsi, l'octroi d'une exemption par catégories ne saurait comporter quelque préjugé que ce soit, fût-ce implicitement, à l'encontre d'aucun accord individuellement considéré (arrêt du 13 juillet 1966, *Italie/Conseil et Commission*, 32/65, EU:C:1966:42, p. 590).

**960**Deuxièmement, la Cour a certes jugé qu'une clause d'un accord de licence imposant de ne pas contester la validité du brevet était incompatible avec l'article 101, paragraphe 1, TFUE. Elle a ajouté qu'une telle clause ne relevait manifestement pas de l'objet spécifique du brevet, qui ne saurait être interprété comme garantissant une protection également contre les actions visant à contester la validité d'un brevet, compte tenu de ce qu'il est de l'intérêt public d'éliminer tout obstacle à l'activité économique qui pourrait

découler d'un brevet délivré à tort (arrêt du 25 février 1986, Windsurfing International/Commission, 193/83, EU:C:1986:75, points 89 et 92).

**961**Cependant, dans un arrêt adopté deux ans plus tard, dans une affaire concernant un accord de règlement amiable d'un litige, la Cour a nuancé la position qu'elle avait retenue dans l'arrêt du 25 février 1986, Windsurfing International/Commission (193/83, EU:C:1986:75), en jugeant seulement cette fois qu'une clause de non-contestation pouvait avoir, eu égard au contexte juridique et économique, un caractère restrictif de la concurrence au sens de l'article 101, paragraphe 1, TFUE (arrêt du 27 septembre 1988, Bayer et Maschinenfabrik Hennecke, 65/86, EU:C:1988:448, point 16). Si elle a par ailleurs écarté, dans ce même arrêt, la proposition de la Commission selon laquelle l'insertion d'une clause de non-contestation ne relevait plus de l'interdiction prévue à l'article 101, paragraphe 1, TFUE lorsque l'accord en cause visait à mettre fin à un litige pendant devant une juridiction, elle n'a pas pour autant conclu que tout accord de règlement amiable comportant une telle clause relevait de l'interdiction prévue à l'article 101, paragraphe 1, TFUE.

**962**Il est vrai que les preneurs, dans le cadre d'un accord de licence, sont, ainsi qu'il ressort du point 112 des lignes directrices de 2004 sur les accords de transfert de technologie, « normalement les mieux placés pour déterminer si un droit de propriété intellectuelle est valable ou non » et donc pour le contester. C'est ce motif qui justifie que l'association d'un accord de licence et d'une clause de non-contestation soit, en principe, prohibée (conclusions de l'avocat général Darmon dans l'affaire Bayer et Maschinenfabrik Hennecke, 65/86, EU:C:1987:336, point 8). Cependant, lorsqu'un accord de licence est conclu dans le cadre du règlement amiable d'un véritable litige opposant les parties concernées en justice, le preneur a déjà eu l'opportunité de contester la validité du brevet en cause et si, en définitive, il accepte, sans y être incité, de se soumettre à une clause de non-contestation (ainsi qu'à une clause de non-commercialisation), c'est qu'il estime que le brevet est valide. Dans ce contexte particulier d'un règlement amiable aux termes duquel les parties s'accordent finalement pour reconnaître que le brevet est valide, le motif qui justifie que l'association d'un accord de licence et d'une clause de non-contestation soit prohibée n'apparaît alors plus pertinent, sous réserve que l'accord de règlement amiable soit fondé sur la reconnaissance par les parties à l'accord de la validité du brevet en cause et non sur une incitation du preneur à se soumettre à la clause de non-contestation (ainsi qu'à la clause de non-commercialisation).

**963**Il résulte de ce qui précède que, en présence d'un véritable litige opposant les parties concernées en justice et d'un accord de licence qui apparaît en lien direct avec le règlement amiable de ce litige, l'association de cet accord à l'accord de règlement amiable ne constitue pas un indice sérieux de l'existence d'un paiement inversé. Dans une telle hypothèse, c'est donc sur la base d'autres indices que la Commission peut démontrer que l'accord de licence ne constitue pas une transaction conclue aux conditions normales de marché et masque ainsi un paiement inversé (au sens de cette expression en matière d'accords accessoires, voir point 804 ci-dessus).

**964**C'est au regard des considérations qui précèdent qu'il convient de déterminer si la Commission a pu, en l'espèce, conclure à bon droit qu'une qualification de restriction par objet pouvait s'appliquer aux accords de règlement amiable et de licence conclus entre Servier et Krka.

**965** Il y a lieu, dans un premier temps, d'examiner s'il existait de véritables litiges et si l'accord de licence apparaissait avoir un lien suffisamment direct avec le règlement amiable de ces litiges pour que son association à l'accord de règlement amiable soit justifiée.

**966** À cet égard, premièrement, il convient de relever qu'il existait de véritables litiges en cours entre Servier et Krka au moment de la signature de l'accord et qu'il a été mis fin à ces litiges à la suite de l'accord de règlement amiable, qui prévoit, en son article I, sous i) et ii), que l'une et l'autre des parties doivent se retirer des instances en cours les opposant.

**967** En effet, dix sociétés de génériques, dont Krka, avaient formé opposition contre le brevet 947 devant l'OEB en 2004, en vue d'obtenir sa révocation dans sa totalité, en invoquant des motifs tirés du manque de nouveauté et d'activité inventive et de l'exposé insuffisant de l'invention. Le 27 juillet 2006, la division d'opposition de l'OEB a confirmé la validité de ce brevet à la suite de légères modifications des revendications initiales de Servier. Sept sociétés ont ensuite formé un recours contre la décision de l'OEB du 27 juillet 2006. Krka s'est retirée de la procédure d'opposition le 11 janvier 2007 conformément à l'accord de règlement amiable intervenu avec Servier.

**968** De même, Servier avait saisi le 28 juillet 2006 au Royaume-Uni la High Court of Justice (England & Wales), Chancery Division (patents court) [Haute Cour de justice (Angleterre et pays de Galles), division de la Chancery (chambre des brevets)], d'une action en contrefaçon du brevet 340 à l'encontre de Krka. Le 2 août 2006, il avait également introduit une action en contrefaçon du brevet 947 contre Krka ainsi qu'une demande d'injonction provisoire. Le 1er septembre 2006, Krka avait introduit une demande reconventionnelle en annulation du brevet 947 et, le 8 septembre 2006, une autre demande reconventionnelle en annulation du brevet 340. Le 3 octobre 2006, la High Court of Justice (England & Wales), Chancery Division (patents court) [Haute Cour de justice (Angleterre et pays de Galles), division de la Chancery (chambre des brevets)], a fait droit à la demande d'injonction provisoire de Servier et a rejeté la demande introduite par Krka le 1er septembre 2006. Le 1er décembre 2006, l'instance en cours s'est éteinte conformément à l'accord de règlement amiable intervenu entre les parties et l'injonction provisoire a été levée.

**969** Deuxièmement, tant l'accord de règlement amiable que l'accord de licence étaient en lien avec les litiges en cause. L'accord de règlement amiable et, en particulier, les clauses de non-commercialisation et de non-contestation qu'il comportait se limitaient en effet au champ d'application des brevets ayant fait l'objet des litiges opposant Servier et Krka. Quant à l'accord de licence, il portait sur le brevet 947 et avait donc également un lien direct avec ces litiges.

**970** Troisièmement, il existait, au moment de la conclusion des accords de règlement amiable et de licence, des indices concordants pouvant laisser penser aux parties que le brevet 947 était valide (voir points 967 et 968 ci-dessus).

**971** Quatrièmement, s'il y avait déjà eu entre Servier et Krka des contacts préalables à la décision de l'OEB du 27 juillet 2006 confirmant la validité du brevet 947 (voir, notamment, considérant 837 de la décision attaquée), ceux-ci n'avaient pas abouti à un accord (considéranants 856 à 859 de la décision attaquée) et ce n'est qu'après cette décision que de nouvelles négociations ont débuté (considérant 898 de la décision attaquée). La décision de l'OEB du 27 juillet 2006 confirmant la validité du brevet 947 a donc été, pour

le moins, un des éléments déclencheurs aboutissant aux accords de règlement amiable et de licence.

**972**Ainsi, eu égard à la portée des clauses de l'accord de règlement amiable et de l'accord de licence ainsi qu'au contexte dans lequel ces accords ont été passés, il y a lieu de constater que l'association de ces deux accords était justifiée et ne constitue donc pas un indice sérieux de l'existence d'un paiement inversé de Servier vers Krka auquel donnerait lieu l'accord de licence (voir point 948 ci-dessus).

**973**Dans ces conditions, il y a lieu d'examiner, dans un second temps, si, en l'espèce, la Commission est parvenue à établir, en se fondant sur d'autres indices ou éléments de preuve que la simple association de l'accord de licence et de l'accord de règlement amiable, que l'accord de licence n'a pas été conclu aux conditions normales de marché (voir points 949 et 963 ci-dessus).

**974**À cet égard, il convient de relever qu'il est constant que, contrairement à ce qu'il en est pour les autres accords ayant fait l'objet de la décision attaquée, ni l'accord de règlement amiable ni l'accord de licence n'ont donné lieu à un transfert financier allant de Servier à Krka.

**975**L'accord de licence prévoyait même que Krka verserait à Servier une redevance de 3 % du montant net de ses ventes.

**976**Certes, la redevance constitue la contrepartie du bénéfice que la société de génériques tire de l'accord de licence, à savoir l'autorisation de faire usage du brevet pour entrer sans risque sur le marché. Cependant, il appartenait à la Commission de démontrer que cette contrepartie était anormalement basse et que l'accord de licence générait ainsi un paiement inversé au profit de Krka.

**977**Or, si la Commission a produit dans la décision attaquée un certain nombre d'indices permettant de conclure que l'accord de licence était favorable aux intérêts commerciaux de Krka (considérants 1738 à 1744 et, en particulier, considérant 1739), elle n'a pas pour autant démontré que le taux de 3 % retenu pour la redevance aurait été anormalement bas, c'est-à-dire dans une mesure telle qu'elle ne saurait s'expliquer par des considérations limitées à la valeur économique du brevet objet de la licence (voir point 952 ci-dessus).

**978**S'agissant de la circonstance, alléguée par la Commission, que le taux de redevance était très inférieur au résultat d'exploitation de Servier pour l'année 2007 en République tchèque, en Hongrie et en Pologne, il n'est pas nécessairement anormal que le taux d'un excédent d'exploitation, qui représente les profits bruts tirés d'une activité, dépasse largement le taux de redevance d'un accord de licence, qui ne représente que le coût du droit d'usage d'un brevet.

**979**Le même motif permet également d'écarter l'argument de la Commission selon lequel la redevance aurait représenté une faible part des marges de profit de Krka. A fortiori, s'agissant de la société de génériques, celle-ci n'aurait aucun intérêt à conclure un accord de licence si le montant de la redevance ne lui permettait pas de dégager une marge suffisamment importante de profits.

**980**Enfin, il n'apparaît pas anormal que le taux de redevance d'un brevet utilisé par Krka soit calculé sur la base du prix de vente du produit de Krka et non sur la base du prix de vente du produit de Servier.

**981**Tous ces éléments, même pris dans leur ensemble, permettent, tout au plus, de démontrer le caractère favorable à ses intérêts commerciaux du prix de la licence octroyée à Krka mais ne suffisent pas pour établir que la transaction en cause n'aurait pas été conclue aux conditions normales du marché, et ce d'autant plus que l'accord de licence prévoyait que Servier pourrait continuer à commercialiser son produit dans les sept États membres où s'appliquait la licence, soit directement, soit par l'intermédiaire d'une de ses sociétés affiliées, soit, encore, par l'intermédiaire d'une seule tierce partie par État. La licence octroyée n'était donc pas exclusive, ce qui limitait son caractère avantageux pour Krka dans la mesure où il existait un risque que Krka voie son produit se trouver en concurrence avec un autre produit générique, que celui-ci soit commercialisé ou produit par Servier ou par un tiers.

**982**Il convient d'ajouter que, lors de l'audience, la Commission a elle-même indiqué qu'elle ne contestait pas que la redevance était conforme aux pratiques du marché. Relevant, certes à titre subsidiaire, dans la décision attaquée que « plutôt que le faible niveau des redevances c'est le fait qu'une licence unique ait été accordée contre un engagement à ne pas entrer ou contester les brevets de Servier sur un certain nombre d'autres marchés restreints qui est central pour l'analyse » (note en bas de page no 2354), la Commission montrait déjà qu'elle n'accordait, à tort, qu'une importance secondaire à la circonstance que la transaction ait pu être conclue aux conditions normales de marché.

**983**Il résulte des considérations exposées aux points 977 à 982 ci-dessus que la Commission n'a pas établi que le taux de redevance de 3 % prévu dans l'accord de licence aurait été anormalement bas, c'est-à-dire dans une mesure telle qu'elle ne saurait s'expliquer par des considérations limitées à la valeur économique du brevet objet de la licence. La Commission n'a donc pas établi que l'accord de licence ne constituerait pas une transaction conclue aux conditions normales de marché.

**984**Par conséquent, la Commission n'a pas établi l'existence même d'un paiement inversé résultant de l'octroi d'une licence à un prix anormalement bas (voir point 803 ci-dessus) et qui, n'ayant pas pour objet de compenser des coûts inhérents au règlement amiable d'un litige (voir point 809 ci-dessus), serait constitutif d'une incitation.

**985**Il s'ensuit que la Commission ne pouvait à bon droit constater en l'espèce l'existence d'une restriction de concurrence présentant un caractère suffisamment nocif pour qu'elle puisse être qualifiée de restriction par objet.

**986**La conclusion qui précède ne saurait être infirmée par les autres éléments retenus par la Commission dans la décision attaquée.

**987**Premièrement, à supposer même que l'accord de licence ait été incitatif au motif qu'il aurait permis, dans les sept États membres en cause – c'est-à-dire dans une partie du marché pour laquelle la Commission n'a pas constaté l'existence d'une infraction –, l'instauration d'un duopole avantageux entre Servier et Krka, comme l'indique la Commission dans la décision attaquée (voir, notamment, considérants 1728, 1734 et 1742), un tel duopole ne résultait pas de l'accord lui-même mais de choix opérés par Servier et Krka postérieurement à celui-ci, à savoir, s'agissant de Servier, le choix de ne pas accorder de licence à une autre société de génériques ou de ne pas commercialiser lui-même une version générique à bas prix de son propre périndopril (considérant 1727 de la décision attaquée) et, s'agissant de Krka, le choix de ne pas engager une politique agressive basée sur les prix (considérant 1744 de la décision attaquée).

**988**Or, la restriction par objet constatée par la Commission, en particulier l'incitation qui constitue l'une des conditions de cette restriction (voir point 272 ci-dessus), concerne les accords de règlement amiable et de licence conclus entre Servier et Krka et non des pratiques postérieures à ces accords et non déterminées par eux.

**989**À supposer que le duopole en cause puisse être regardé comme une mise en œuvre des accords, il y aurait lieu de rappeler que la Commission et le juge de l'Union ne peuvent, lors de l'examen de l'objet restrictif d'un accord et, en particulier, dans le cadre de la prise en compte de son contexte économique et juridique, ignorer complètement les effets potentiels de cet accord (voir jurisprudence citée au point 304 ci-dessus). Toutefois, il ressort également de la jurisprudence que l'établissement de l'existence d'une restriction de concurrence par objet ne saurait, sous couvert notamment de l'examen du contexte économique et juridique de l'accord en cause, conduire à apprécier les effets de cet accord, sous peine de faire perdre son effet utile à la distinction entre objet et effet restrictif de concurrence établie à l'article 101, paragraphe 1, TFUE (voir point 221 ci-dessus). Aux fins de vérifier l'aptitude particulière d'un accord à produire des effets restrictifs de concurrence caractérisant les accords ayant un objet anticoncurrentiel, l'analyse des effets potentiels d'un accord doit ainsi être limitée à ceux résultant de données objectivement prévisibles à la date de conclusion dudit accord (voir, en ce sens, conclusions de l'avocat général Wahl dans l'affaire ING Pensii, C 172/14, EU:C:2015:272, point 84, et voir également, en ce sens, arrêt du 11 septembre 2014, CB/Commission, C 67/13 P, EU:C:2014:2204, points 80 à 82).

**990**Or, en l'espèce, les prétendus effets potentiels en cause, c'est-à-dire le duopole allégué par la Commission, sont fondés sur des circonstances hypothétiques et ainsi non objectivement prévisibles à la date de conclusion de l'accord.

**991**En tout état de cause, la Commission, se référant à des pratiques de saturation des stocks des pharmacies et à une plainte auprès des autorités polonaises alléguant l'existence d'une concurrence déloyale, a indiqué au considérant 1725 de la décision attaquée que « l'attitude de Servier envers Krka dans les sept marchés sous licence pouvait difficilement être décrite comme une attitude de coopération ». De plus, ainsi qu'il résulte du considérant 1728 de la décision attaquée, le duopole décrit par la Commission entre Servier et Krka n'excluait pas un certain degré de concurrence entre ces entreprises.

**992**Deuxièmement, selon la Commission, l'accord de licence était, en l'espèce, incitatif car il permettait une entrée sans risque de Krka sur certains marchés en échange de son exclusion d'autres marchés. Dans une telle perspective, lorsque le champ d'application des clauses de non-commercialisation ou de non-contestation est plus large que celui de l'accord de licence et qu'il existe ainsi, entre ces deux accords, un décalage ou une « asymétrie », selon le terme utilisé par la Commission aux considérants 1706 et 1736 de la décision attaquée, il serait alors possible de conclure à l'existence d'une incitation, l'accord de licence, en permettant une entrée sans risque de la société de génériques sur certaines parties du marché, ayant en réalité pour objet d'inciter cette société à accepter de se retirer des autres parties du marché, au bénéfice de la société de princeps.

**993**Une telle argumentation ne peut être accueillie.

**994**En effet, tout d'abord, l'approche proposée par la Commission, selon laquelle la seule conclusion, même aux conditions normales du marché, d'un accord de licence associé à un accord de règlement amiable contenant des clauses restrictives pourrait constituer

une incitation, conduirait à une solution paradoxale, car, dans ce cas, plus le champ d'application d'un accord de licence serait large, plus l'incitation serait importante et donc plus il serait aisé de conclure à l'existence d'une restriction par objet, à moins que l'accord de licence ait un champ d'application exactement identique à celui de l'accord de règlement amiable.

**995**Or, plus le champ d'application d'un accord de licence est large, en particulier relativement au champ d'application de l'accord de règlement amiable auquel il est associé, plus cet accord est favorable à la concurrence eu égard aux effets proconcurrentiels de la licence, laquelle encourage l'entrée d'une société de génériques sur le marché et limite le caractère restrictif de la concurrence des clauses de non-commercialisation et de non-contestation incluses dans l'accord de règlement amiable (voir points 954 et 955 ci-dessus).

**996**À cet égard, il peut être relevé que, dans ses conclusions dans l'affaire CB/Commission (C 67/13 P, EU:C:2014:1958, point 55), l'avocat général Wahl a indiqué que l'approche formaliste conduisant à identifier une restriction par objet ne pouvait se concevoir qu'en présence de comportements pour lesquels il pouvait être conclu que leurs effets défavorables à la concurrence l'emportaient sur les effets proconcurrentiels.

**997**De plus, la thèse de la Commission, laquelle conduit à imposer au titulaire du brevet la passation d'un accord de licence couvrant tout le territoire sur lequel s'appliquent les clauses restrictives de l'accord de règlement amiable, n'est pas respectueuse des droits de propriété intellectuelle du titulaire du brevet et, en particulier, de la marge d'appréciation dont il dispose en matière d'octroi de licence (voir, pour une hypothèse dans laquelle le propriétaire du brevet se trouve en position dominante, arrêt du 17 septembre 2007, Microsoft/Commission, T 201/04, EU:T:2007:289 point 331). Cette thèse n'est pas non plus respectueuse de la marge d'appréciation dont doivent disposer les parties à un litige aux fins de le régler à l'amiable de bonne foi.

**998**Par ailleurs, la conclusion d'un accord de licence « asymétrique » ne constitue pas nécessairement, pour une société de génériques qui ne reconnaît pas la validité du brevet en cause, un avantage suffisant pour qu'elle se soumette aux clauses de non-commercialisation et de non-contestation. Pour que l'avantage résultant de la conclusion d'un tel accord puisse être regardé comme incitatif, il devrait offrir à cette société une compensation de la perte certaine des profits escomptés, résultant de l'acceptation d'un règlement amiable comportant des clauses qui lui interdisent l'entrée sur certaines parties géographiques du marché. En effet, pour une société qui ne croit pas sérieusement à la validité du brevet et qui est en mesure d'entrer sur l'ensemble du marché couvert par les clauses de non-commercialisation et de non-contestation, une licence dont la portée géographique est plus limitée que le champ d'application desdites clauses ne constitue pas une solution économiquement satisfaisante qui pourrait la conduire à accepter de s'y soumettre. Certes, la licence ouvre partiellement à ladite société le marché couvert par le brevet en lui offrant la possibilité d'obtenir, sur cette partie du marché, les profits envisagés, mais, dès lors qu'il n'est pas établi que le taux de la redevance de cette licence, pour ladite partie du marché, serait anormalement bas, ladite licence ne donne à cette société aucune compensation pour ce qui concerne les autres parties du marché, sur lesquelles elle pourrait obtenir un profit en cas d'annulation du brevet, dont l'accès lui est désormais interdit.

**999**En l'espèce, les bénéfices espérés par Krka dans les 18 à 20 marchés pour lesquels l'accord de licence ne s'appliquait pas étaient loin d'être négligeables. En effet, la Commission indique dans la décision attaquée que les bénéfices des marchés d'Europe occidentale correspondaient approximativement à ceux des trois plus importants des sept marchés couverts par l'accord de licence (note en bas de page no 2348). S'il convient de tenir compte du fait que la licence supprime tout risque de poursuite en contrefaçon et que les profits que Krka pouvait obtenir grâce à l'accord de licence étaient ainsi plus assurés, l'importance qu'elle pouvait accorder à un tel risque dépendait largement de son degré de conviction quant à la validité du brevet. Le fait que Krka reconnaissait la validité du brevet 947 a donc été un élément déterminant dans l'adoption de la décision qui l'a ainsi conduite à privilégier une entrée limitée aux sept marchés en cause mais protégée par la licence par rapport à une entrée élargie à l'ensemble des marchés des États membres mais soumise à un risque important de contrefaçon en raison de la force dudit brevet aux yeux de Krka.

**1000**Troisièmement, s'agissant des autres éléments censés établir le caractère incitatif de l'accord de licence pour Krka, il convient de relever tout d'abord que le fait que cette dernière ait estimé le coût d'opportunité de la décision de ne pas conclure d'accords à plus de dix millions d'euros de « profits perdus » en trois ans (considérant 1738 de la décision attaquée) constitue plutôt un indice supplémentaire du fait qu'elle considérait que le brevet 947 était valide. En effet, les profits en cause correspondraient à ceux envisagés pour une entrée ou un maintien sur les sept marchés couverts par l'accord de licence. Ainsi, Krka semblait considérer qu'en l'absence d'un accord avec Servier une entrée à risque sur ces marchés ou un maintien était peu probable, voire était exclue, ce qui confirme le fait qu'elle reconnaissait la validité du brevet 947.

**1001**Ensuite, s'il ressort du considérant 1740 de la décision attaquée, lequel renvoie au considérant 913 de celle-ci, que les 18 à 20 autres marchés « revêtaient traditionnellement une importance moindre aux yeux de Krka », les profits escomptés sur ces marchés étaient loin d'être négligeables (voir point 999 ci-dessus).

**1002**Ainsi, les éléments exposés aux points 1000 et 1001 ci-dessus ne permettent pas d'établir le caractère incitatif de l'accord de licence pour Krka.

**1003**Quatrièmement, le constat fait par la Commission dans la décision attaquée selon lequel les accords de règlement amiable et de licence auraient été constitutifs d'un partage de marché entre Servier et Krka (voir intitulé du point 5.5.3 de la décision attaquée ainsi que, notamment, considérant 1745 de celle-ci) n'est pas fondé.

**1004**En effet, s'agissant des sept marchés couverts par l'accord de licence, si la Commission ne retient pas l'existence d'une infraction pour cette partie du marché intérieur, elle prend cependant en compte les comportements de Servier et de Krka sur ces sept marchés, notamment la passation de l'accord de licence, qualifié d'incitatif par la Commission, pour établir l'existence d'un partage de marché qui repose sur une distinction entre les 18 à 20 autres États membres, d'une part, et ces sept États membres, d'autre part.

**1005**Or, Servier n'était pas exclu des marchés des sept États membres où Krka et lui se faisaient concurrence (voir point 991 ci-dessus).

**1006**Ainsi, il n'existait pas une partie du marché qui, en vertu des accords, aurait été réservée à Krka. Il ne peut donc être conclu à l'existence d'un partage de marché, au



sens d'une répartition étanche entre les parties aux accords, concernant cette partie du marché intérieur.

**1007** Par ailleurs, il convient de relever que, dans ces sept États membres, l'accord de licence a contribué à l'entrée ou au maintien sur le marché d'une société de génériques concurrente de la société de princeps. Il a donc eu un effet favorable sur la concurrence par rapport à la situation antérieure qui était celle dans laquelle la société de génériques ne pouvait se maintenir ou entrer sur le marché qu'à risque, et ce d'autant que le principal brevet en cause, le brevet 947, venait de voir sa validité confirmée par les autorités compétentes (voir point 970 ci-dessus) et qu'il existait un risque perçu comme important par Krka que son produit soit contrefaisant.

**1008** Il y a lieu d'ajouter que la circonstance que, au moment de la conclusion des accords, les équivalents nationaux du brevet 947 n'avaient pas encore été accordés à Servier dans certains des sept marchés en cause alors que Krka commercialisait déjà son produit (considérant 1755 de la décision attaquée) ne permet pas de conclure à l'absence d'effet favorable sur la concurrence de l'accord de licence. En effet, s'il est vrai que Krka aurait déjà pu entrer sur ces marchés avant l'accord de licence sans voir peser sur elle la menace immédiate d'un risque d'un recours en contrefaçon et si, par conséquent, la licence n'a pas joué un rôle déterminant concernant cette entrée sur les marchés en cause, cette licence a néanmoins permis à Krka de s'y maintenir sans avoir à supporter le risque de devoir faire face à un tel recours.

**1009** L'effet favorable sur la concurrence de l'accord de licence constaté aux points 1007 et 1008 ci-dessus conforte le constat d'une absence de partage de marché pour ce qui concerne les sept États membres couverts par l'accord de licence.

**1010** L'effet favorable sur la concurrence de l'accord de licence est encore confirmé par l'extrait de la réponse de Krka à une demande de renseignement qui figure au considérant 913 de la décision attaquée. Il ressort de cet extrait notamment ce qui suit :

« L'obtention d'une licence et le retrait des oppositions étaient considérés comme la meilleure option pour Krka à ce moment-là – pouvoir vendre immédiatement du périclone sur les principaux marchés de Krka en Europe centrale et orientale, à savoir dès 2006.

Selon tous les autres scénarios, un lancement ne pouvait avoir lieu avant au moins deux années à compter de juillet 2006, et même après une telle période, un lancement n'était pas garanti (risque que le brevet 947 soit maintenu, risques de développement de la forme non-alpha). »

**1011** L'extrait cité au point 1010 ci-dessus conforte la constatation selon laquelle Krka considérait tout maintien ou toute entrée immédiate dans les sept États membres couverts par l'accord de licence comme étant, en l'absence de cet accord, impossible à cause du brevet 947 (voir points 999 et 1000 ci-dessus).

**1012** S'agissant des 18 à 20 autres marchés, c'est-à-dire de la seule partie du marché pour laquelle la Commission a constaté l'existence d'une infraction, il convient de relever que, en l'absence de démonstration de l'existence d'une incitation (voir point 984 ci-dessus), les clauses de non-commercialisation et de non-contestation doivent être regardées comme résultant d'un accord légitime de règlement amiable d'un litige en matière de brevets auquel est associé un accord de licence (voir point 963 ci-dessus). Un

tel ensemble contractuel, fondé sur la reconnaissance de la validité du brevet, ne peut, dès lors, être qualifié d'accord d'exclusion du marché.

**1013** Il n'existait donc pas une partie du marché qui aurait été réservée, de manière illicite, à Servier.

**1014** Le partage de marché sur lequel la Commission a également fondé son constat de restriction par objet n'est donc pas établi.

**1015** Cinquièmement, la Commission n'a pas démontré que Servier ou Krka avaient eu l'intention de procéder à un accord de partage ou d'exclusion du marché ou encore que Servier avait entendu inciter Krka à renoncer à lui faire concurrence ou que Krka avait eu l'intention de renoncer, en échange d'un avantage incitatif, à exercer une pression concurrentielle sur Servier.

**1016** À titre liminaire, il y a lieu de rappeler qu'il est usuel que les activités que des pratiques et des accords anticoncurrentiels comportent se déroulent de manière clandestine, que les réunions se tiennent secrètement et que la documentation qui y est afférente soit réduite au minimum. Il s'ensuit que, même si la Commission découvre des pièces attestant de manière explicite une prise de contact illégitime entre des opérateurs, celles-ci ne seront normalement que fragmentaires et éparses, de sorte qu'il se révèle souvent nécessaire de reconstituer certains détails par des déductions (arrêt du 25 janvier 2007, Sumitomo Metal Industries et Nippon Steel/Commission, C 403/04 P et C 405/04 P, EU:C:2007:52, point 51). Il convient cependant de relever que les accords en cause en l'espèce sont de véritables contrats qui ont d'ailleurs fait l'objet d'une large publicité (considérant 915 de la décision attaquée). La Commission ayant pu disposer aisément du contenu complet des accords en cause, la jurisprudence qui vient d'être citée s'applique avec moins d'évidence. Ainsi, des déductions tirées d'extraits partiels de courriels ou d'autres documents censés établir les intentions des parties ne peuvent aisément remettre en cause une conclusion qui serait fondée sur le contenu même des accords, c'est-à-dire sur les liens juridiques contraignants que les parties ont décidé d'instaurer entre elles.

**1017** Il convient encore de souligner que, en l'espèce, des documents postérieurs à la décision de l'OEB du 27 juillet 2006, voire à l'injonction provisoire du 3 octobre 2006 prononcée au Royaume-Uni à l'encontre de Krka, sont les plus à même de révéler quelles pouvaient être les intentions des parties lorsqu'elles ont conclu les accords de règlement amiable et de licence. En effet, ces deux événements ont substantiellement modifié le contexte dans lequel les accords ont été conclus, en particulier en ce qui concerne la perception que Krka, mais aussi Servier, pouvaient avoir de la validité du brevet 947.

**1018** S'agissant de Krka, les documents sur lesquels se fonde la Commission aux fins de déterminer les intentions de Krka (voir, notamment, considérants 849 à 854 et 1758 à 1760 de la décision attaquée ainsi que les considérants auxquels ces derniers renvoient) concernent des périodes antérieures à ces deux événements.

**1019** Les extraits cités sont, en tout état de cause, trop fragmentaires ou ambigus pour permettre d'établir, contrairement à ce qui a été constaté à plusieurs reprises (voir, notamment, points 999, 1000 et 1011 ci-dessus), que Krka ne reconnaissait pas la validité du brevet 947 et, a fortiori, que, au moment de la signature des accords de règlement amiable et de licence, elle avait l'intention de conclure des accords de partage ou d'exclusion du marché.

**1020**S'agissant de Servier, le seul extrait de document, postérieur aux deux événements mentionnés ci-dessus, censé révéler ses intentions anticoncurrentielles et auquel il est fait référence dans la partie de la décision attaquée consacrée à ces intentions (considérants 1761 et 1762) est le suivant : « quatre ans gagnés = grand succès ».

**1021**Cet extrait figure dans le compte rendu d'une réunion du haut management de Servier qui fait référence au jugement du 6 juillet 2007 de la High Court of Justice (England & Wales), Chancery Division (patents court) [Haute Cour de justice (Angleterre et pays de Galles), division de la Chancery (chambre des brevets)], selon lequel le brevet 947 était invalide en raison de l'absence de nouveauté et d'activité inventive de ce brevet par rapport au brevet 341.

**1022**À supposer même qu'il puisse être déduit de cet extrait que la direction de Servier avait estimé, à la suite de ce jugement, que le brevet 947 avait eu pour intérêt de lui permettre de gagner quatre années supplémentaires de protection, cela ne permet pas de conclure que, le 27 octobre 2006, au moment de la signature des accords de règlement amiable et de licence, Servier avait l'intention d'aboutir à des accords de partage ou d'exclusion du marché et, a fortiori, ne permet pas d'établir que les accords de règlement amiable et de licence étaient restrictifs de la concurrence par objet.

**1023**Par ailleurs, l'observation faite par une autre société de génériques, selon laquelle il « semblerait que, du point de vue de Servier, la justification de ce règlement amiable soit la protection des marchés principaux dans lesquels on constate la prédominance d'un niveau élevé de substitution et/ou d'une prescription de [dénomination commune internationale] » (considérant 1730 de la décision attaquée), ne permet pas, même prise en compte avec l'ensemble des autres indices invoqués par la Commission, de conclure à l'existence d'une intention de Servier d'adopter avec Krka des accords de partage ou d'exclusion du marché.

**1024**Enfin, la référence que fait la Commission à plusieurs reprises dans la décision attaquée à un document intitulé « Coversyl : défense contre les génériques » n'emporte pas la conviction. En effet, ce document est antérieur à la décision de l'OEB du 27 juillet 2006 et à l'injonction provisoire du 3 octobre 2006 prononcée au Royaume-Uni à l'encontre de Krka, ce qui limite considérablement sa pertinence (voir point 1017 ci-dessus). De plus, il ressort de la décision attaquée elle-même que ce document ne décrit pas explicitement de stratégie concernant Krka mais, tout au plus, qu'il résulte « de la nature et [de] la structure du document », ainsi que du « contexte dans lequel référence est faite à Krka », qu'une défense était « envisagée » contre elle (note en bas de page no 2386). Enfin, il ne ressort pas des extraits de ce document cités dans la décision attaquée que Servier aurait exprimé des doutes quant à la validité du brevet 947.

**1025**En tout état de cause, aux fins de remettre en cause la conclusion à laquelle le Tribunal est parvenu au point 985 ci-dessus et d'établir que les accords en cause visaient, contrairement à la conclusion à laquelle conduit l'analyse de leur contenu et du contexte dans lequel ils ont été conclus, à l'achat d'un concurrent aux fins de l'exclure du marché, il appartiendrait à la Commission, compte tenu, notamment, des considérations exposées au point 1016 ci-dessus, de produire un ensemble d'indices pertinents et convergents. Or, la Commission n'a pas été en mesure de produire de tels indices.

**1026**Sixièmement, la circonstance que Krka a continué à contester les brevets de Servier et à commercialiser son produit alors même que la validité du brevet 947 avait été confirmée par la division d'opposition de l'OEB ne constitue pas un élément déterminant

aux fins de conclure à l'existence d'une restriction de concurrence par objet, un tel maintien par Krka de la pression concurrentielle exercée sur Servier pouvant s'expliquer par le désir de Krka, malgré les risques contentieux qu'elle anticipait, de renforcer sa position dans les négociations qu'elle était susceptible d'engager avec Servier en vue de parvenir à un accord de règlement amiable.

**1027**En outre, la poursuite de la contestation du brevet de Servier ne faisait pas supporter à Krka de nouveaux risques en termes de contrefaçon. Cela augmentait seulement ses frais contentieux. Quant à la poursuite de la commercialisation de son produit, elle s'est limitée à cinq marchés d'Europe centrale et orientale, la Commission indiquant, dans la décision attaquée, que Krka a « finalement cessé d'envisager entrer à risque en France, au Royaume-Uni et dans d'autres marchés d'Europe occidentale suite à la décision [de la division] d'opposition » (considérant 1693). De plus, dans cinq des sept marchés couverts par la licence, les équivalents du brevet 947 n'avaient pas encore été accordés (considérant 1755 de la décision attaquée). Ainsi, les risques encourus par Krka, dans certains au moins des marchés sur lesquels elle s'est maintenue, étaient limités.

**1028**Eu égard aux éléments exposés aux points 1026 et 1027 ci-dessus, la circonstance que Krka a continué à contester les brevets de Servier et à commercialiser son produit alors même que la validité du brevet 947 avait été confirmée par la division d'opposition de l'OEB ne permet pas de conclure, contrairement à ce que soutient la Commission, que la décision de l'OEB du 27 juillet 2006 n'a pas eu une incidence déterminante sur la perception que Krka avait du brevet 947 et, par conséquent, sur le choix qu'elle a fait ensuite d'accepter de recourir à un règlement amiable avec Servier.

**1029**Septièmement, si la Commission produit un certain nombre d'éléments permettant de conclure que les accords de règlement amiable et de licence avaient fait l'objet d'une négociation commerciale entre Servier et Krka, Krka cherchant à maximiser les avantages qu'elle pouvait retirer des accords et faisant même de l'accord de licence une condition de son acceptation des clauses de non-commercialisation et de non-contestation (voir, notamment, considérants 913 et 1746 à 1748 de la décision attaquée), ces éléments, même considérés avec l'ensemble des autres éléments dont se prévaut la Commission, ne permettent pas d'établir que l'accord de licence ne constituerait pas une transaction conclue aux conditions normales de marché, c'est-à-dire que le taux de redevance de 3 % prévu dans l'accord de licence n'aurait pas été choisi sur la base de considérations commerciales mais aux fins d'inciter Krka à accepter de se soumettre aux clauses de non-commercialisation et de non-contestation contenues dans l'accord de règlement amiable.

**1030**De plus, il convient de rappeler que la passation d'un accord de licence, laquelle n'a de raison d'être pour tout preneur qu'à la condition que la licence soit effectivement exploitée, se fonde sur la reconnaissance par les parties de la validité du brevet (voir point 947 ci-dessus). Ainsi, le fait que la société de génériques cherche à obtenir l'accord de licence qui soit le plus favorable à ses intérêts commerciaux ne suffit pas pour démontrer que cette société n'aurait pas conclu l'accord en cause sur la base de sa reconnaissance de la validité du brevet.

**1031**Il convient encore d'ajouter qu'un accord favorable à Krka lui permettait d'entrer sur les parties du marché où elle était dans la position la plus forte et où elle pouvait commercialiser le plus rapidement son produit ou maintenir sa commercialisation, ce qui est favorable à la concurrence. Ainsi, les intérêts d'une société de génériques telle que Krka, qui cherche à obtenir auprès de la société de princeps la licence qui soit la plus

favorable à ses intérêts commerciaux, convergent avec ceux du consommateur, qui verra, grâce à l'accord de licence, une société de génériques entrer rapidement sur le marché ou s'y maintenir.

**1032** Il résulte de tout ce qui précède que la conclusion exposée au point 985 ci-dessus doit être confirmée, les accords de règlement amiable et de licence en cause ne révélant pas un degré suffisant de nocivité à l'égard de la concurrence pour que la Commission ait pu considérer à bon droit qu'ils étaient constitutifs d'une restriction par objet. Par conséquent, le moyen invoqué est fondé.

2) Sur l'accord de cession

i) Arguments des parties

**1033** Selon les requérantes, la Commission n'aurait pas établi que le transfert de la technologie de Krka dans le cadre de l'accord de cession a pu, au motif que cette technologie permettait de respecter les exigences de la pharmacopée européenne, constituer une barrière significative à l'entrée sur le marché d'autres sociétés de génériques que Krka. Le nombre d'entrants sur le marché suite à l'invalidation du brevet 947 aurait d'ailleurs montré l'inverse. La Commission n'aurait pas non plus démontré que des tiers auraient été intéressés par ces demandes de brevets, qui avaient été publiées dès 2005.

**1034** Les requérantes font valoir également que, au moment de la conclusion des accords de cession et de licence, le principal obstacle à l'entrée des génériques sur le marché était le brevet 947, que les procédés de Krka ne permettaient pas de contourner. L'acquisition des demandes de brevets de Krka n'aurait, dès lors, pas permis à un tiers d'entrer sur le marché.

**1035** Par ailleurs, les requérantes font valoir que la Commission n'a apporté aucune preuve crédible des intentions anticoncurrentielles des parties à l'accord. Tout d'abord, la décision attaquée aurait omis de tenir compte des intentions de Krka, contrairement à ce qu'imposerait la jurisprudence. Ensuite, la Commission se serait fondée à tort sur le fait qu'elles avaient acquis des technologies auprès de trois autres sociétés, elle aurait erronément considéré qu'elles n'avaient plus besoin de la technologie de Krka en raison du passage au sel d'arginine et elle aurait ignoré le fait qu'elles avaient effectué des tests relatifs à la technologie de Krka avant son acquisition. Enfin, la Commission aurait interprété de manière erronée une déclaration du directeur de la propriété industrielle de Krka non contemporaine des faits et n'aurait pas tenu compte de la déclaration de son directeur de la recherche, confirmée par le président-directeur général de Krka. Aucun élément du dossier ne permettrait, en outre, de considérer que Krka avait l'intention de céder sa technologie à des tiers afin de leur permettre d'entrer sur le marché ou que des tiers étaient intéressés par cette technologie.

**1036** Les requérantes soutiennent enfin que la décision est entachée de plusieurs erreurs d'appréciation de la Commission en ce qu'elle a considéré que les requérantes n'étaient pas intéressées par les technologies acquises auprès de Krka.

**1037** La Commission renvoie notamment aux considérants 1792 et 1793 de la décision attaquée et reproche aux requérantes de faire abstraction du contexte et du fait que l'accord visait à préserver leur monopole, en verrouillant le marché au niveau de la technologie. Elle soutient, en outre, que, à la suite de l'invalidation du brevet 947, de

nombreux distributeurs ont pu obtenir une AMM, mais que le nombre de distributeurs était très réduit.

**1038**La Commission soutient qu'elle ne s'est pas bornée à analyser les intentions des requérantes mais qu'elle a, conformément à la jurisprudence, également procédé à l'examen du contenu, du contexte et de l'objectif poursuivi par cet accord.

**1039**La Commission soutient qu'elle a apporté des preuves suffisamment crédibles des intentions anticoncurrentielles des parties à l'accord.

**1040**La Commission fait valoir, notamment, que les requérantes n'ont pas réussi à établir la rationalité économique de l'acquisition de ces deux technologies, qui constituaient des alternatives au sel d'arginine, lequel avait pourtant déjà été lancé par les requérantes en Europe.

ii) Appréciation du Tribunal

**1041**Il convient, à titre liminaire, de rappeler sur la base de quels motifs déterminants la Commission s'est fondée, dans la décision attaquée, pour parvenir à la conclusion selon laquelle l'accord de cession pouvait être qualifié de restriction de concurrence par objet.

**1042**La Commission a tout d'abord constaté, d'une part, que, dans le cadre de l'accord de cession, Krka avait cédé à Servier deux demandes de brevets, l'une relative à un procédé de synthèse du périndopril (WO 2005 113500) et l'autre à la préparation de formulations de périndopril (WO 2005 094793), et, d'autre part, que la technologie couverte par ces demandes de brevets était utilisée pour la production du périndopril de Krka (considérant 1770 de la décision attaquée).

**1043**Sur la base de ce constat, l'analyse de la Commission a visé à démontrer que l'accord de cession renforçait la position concurrentielle de Servier et de Krka qui résultait du partage de marché qu'avaient instauré, selon elle, les accords de règlement amiable et de licence (considérants 1766 et 1804 de la décision attaquée).

**1044**S'agissant, en premier lieu, de Servier, la Commission a relevé que le transfert de la technologie de Krka avait eu lieu dans des conditions de marché spécifiques, dans lesquelles très peu de sources alternatives de technologie d'IPA potentiellement viables et indépendantes de Servier subsistaient (considérants 1766 et 1772 de la décision attaquée). Selon la Commission, la technologie de Krka, qui permettait de satisfaire aux exigences de la pharmacopée européenne (considérants 1766, 1770 et 1793 de la décision attaquée), constituait « un élément clé pour entrer sur le marché » (considérant 1803 de la décision attaquée).

**1045**La Commission a indiqué ce qui suit au considérant 1772 de la décision attaquée :  
« En privant Krka de la possibilité d'octroyer des licences sans restrictions ou de céder sa technologie à des tiers, c'est-à-dire à d'autres sociétés de génériques, Servier a effectivement verrouillé l'accès des tiers à une éventuelle source de concurrence sur la base de la technologie de Krka. Une telle technologie aurait, par exemple, pu servir de plateforme pour de nouvelles contestations de brevet. En combinaison avec l'accord de règlement amiable Krka, l'accord de cession et de licence a ainsi fourni à Servier une protection absolue contre toute concurrence potentielle subsistante provenant de la technologie de Krka. »

**1046**Ainsi, selon la Commission, en acquérant la technologie de Krka, Servier était certain que cette dernière ne pouvait plus céder une technologie qui aurait pu s'avérer utile à d'autres sociétés de génériques. La Commission en a déduit que l'accord de cession

permettait à Servier de renforcer la protection dont il bénéficiait déjà du fait des clauses de non-commercialisation et de non-contestation figurant dans l'accord de règlement amiable (considérants 1805 et 1806 de la décision attaquée).

**1047**S'agissant, en second lieu, de Krka, la Commission a estimé non seulement que cette dernière « était consciente du fait que les acquisitions de technologie de périndopril par Servier pouvaient mener à l'éviction des concurrents génériques » (considérant 1800 de la décision attaquée), mais surtout qu'elle tirait bénéfice de la licence qui lui était rétrocédée dans le cadre de l'accord de cession.

**1048**En ce qui concerne ce dernier aspect, la Commission a indiqué que Krka pouvait continuer à utiliser sa technologie sur les marchés des sept États membres pour lesquels elle était en mesure de commercialiser son produit grâce à l'accord de licence (considérant 1806 de la décision attaquée). Or, selon la Commission, la technologie de Krka était utile, y compris pour Krka, aux fins de produire de l'IPA de périndopril présentant un niveau de pureté satisfaisant aux exigences de la pharmacopée européenne. Krka aurait donc vu la position favorable dont elle disposait déjà dans les sept marchés concernés grâce à l'accord de licence être maintenue par l'accord de cession.

**1049**La Commission a conclu que l'accord de cession avait eu pour objet le renforcement du partage de marché mis en place par les accords de règlement amiable et de licence (considérants 1803 et 1810 de la décision attaquée).

**1050**La Commission a ajouté que la conclusion des accords de règlement amiable et de licence et celle de l'accord de cession faisaient partie d'une infraction unique et continue restreignant la concurrence en partageant les marchés du périndopril dans l'Union. La Commission s'est fondée à cet égard, notamment, sur le fait que ces accords poursuivaient un même objectif de partage des marchés entre Servier et Krka (considérant 1811 de la décision attaquée).

**1051**La Commission a achevé la partie de la décision attaquée consacrée à l'analyse de la restriction par objet relative aux différents accords conclus entre Servier et Krka en indiquant que ces accords « poursuivaient l'objectif [...] de partager les marchés en évitant ou en restreignant la concurrence par les médicaments génériques entre, et envers, Krka et Servier » (considérant 1812).

**1052**Il convient enfin de souligner que la Commission a considéré que l'accord de cession n'introduisait qu'une distorsion « supplémentaire », ainsi que l'indique l'intitulé du point 5.5.3.4 de la décision attaquée.

**1053**Il résulte des considérations qui précèdent que le constat de restriction par objet retenu par la Commission s'agissant de l'accord de cession repose, ainsi que l'indiquent à juste titre les requérantes, sur le constat préalable de l'existence d'un partage de marché résultant des accords de règlement amiable et de licence.

**1054**Or, ainsi qu'il a été dit au point 1014 ci-dessus, ce constat préalable est erroné.

**1055**Par conséquent, le constat de restriction par objet retenu par la Commission s'agissant de l'accord de cession ne peut qu'être invalidé à son tour.

**1056**Il convient d'ajouter que l'accord de cession n'est pas un accord accessoire à l'accord de règlement amiable, au sens des considérations développées aux points 797 à 803 ci-dessus.

**1057**En effet, cet accord de cession n'a pas été conclu le même jour que l'accord de règlement amiable, il n'existe pas de lien contractuel entre ces deux accords et la Commission n'a pas établi qu'ils étaient indissociables (voir point 798 ci-dessus).

**1058**La Commission a même précisé qu'il n'y avait aucun lien entre, d'une part, le versement de 30 millions d'euros par Servier à Krka dans le cadre de l'accord de cession et, d'autre part, l'accord de règlement amiable, en ce sens que ce versement n'avait pas constitué une incitation de Krka à accepter de se soumettre aux clauses de non-commercialisation et de non-contestation contenues dans l'accord de règlement amiable. Cela ressort, notamment, des extraits de la décision attaquée cités ci-après :

« (1678) Deux mois plus tard, Servier a acquis de Krka des demandes de brevets portant sur des technologies concurrentes de production de périndopril pour 30 millions EUR. Krka considérait que Servier craignait que cette technologie puisse être transférée ou donnée en licence à d'autres concurrents. Si certains éléments vont dans le sens de l'existence d'un lien entre l'accord de règlement amiable et le paiement de 30 millions [d'euros] par Servier, la présente décision ne tire aucune conclusion sur ce point, et l'analyse de ces accords n'est pas basée sur l'existence d'un tel lien.

[...]

(Note 2419) Servier conteste qu'il y ait eu un lien entre le paiement pour les demandes de brevet[s] et l'accord de règlement amiable (réponse de Servier à la communication des griefs, paragraphe 1084, ID 10114, p. 363). Comme il ressort évidemment d[u point] 5.5.3.3.3, l'évaluation de l'accord de règlement amiable Krka ne considère pas le paiement de 30 millions [d'euros] comme une incitation pour Krka à accepter les dispositions restrictives du règlement amiable, et laisse ouverte comme n'étant pas décisive la question de savoir s'il y avait un lien entre le règlement amiable et l'accord de cession et de licence [...] »

**1059**Ainsi, l'accord de cession ne permet-il pas de suppléer au caractère non établi (voir point 984 ci-dessus) de l'incitation qui, selon la Commission, résultait de l'accord de licence et lui permettait de conclure que l'accord de règlement amiable avait en réalité pour objet d'exclure un concurrent de Servier.

**1060**Il résulte de tout ce qui précède que c'est à tort que la Commission a conclu, s'agissant de l'accord de cession, à l'existence d'une restriction de concurrence par objet. Le présent moyen est donc fondé.

b) Sur les erreurs de droit et d'appréciation relatives à la qualification de restriction de concurrence par effet des accords conclus avec Krka

1) Argument des parties

**1061**À titre liminaire, les requérantes renvoient à leurs arguments développés au soutien d'autres moyens et relatifs à l'erreur commise par la Commission dans la définition du marché et quant à leur détention d'un pouvoir de marché significatif, à l'insuffisance de motivation de la décision attaquée et à l'erreur de droit commise dans la définition d'une restriction de concurrence par les effets.

**1062**Sur ce dernier point, les requérantes reprochent à la Commission à la fois une erreur de droit résultant de l'analyse ex ante des effets des accords à laquelle la Commission aurait procédé et une erreur de droit dans l'analyse trop théorique et non réaliste de la situation contrefactuelle qu'elle aurait opérée.



**1063**S'agissant des arguments relatifs à la définition du marché pertinent, à l'existence d'une position dominante des requérantes sur ce marché, à l'insuffisance de motivation de la décision attaquée et à l'erreur dans l'analyse de la situation contrefactuelle, la Commission renvoie à ses développements consacrés à ces moyens. Elle rappelle que la situation contrefactuelle doit être examinée sur le fondement des éléments présents à la date de conclusion des accords.

**1064**Par ailleurs, les requérantes soutiennent qu'une analyse contrefactuelle démontrerait que les accords n'ont pas eu d'effet restrictif sensible sur la concurrence. La Commission aurait ainsi commis des erreurs d'appréciation des effets des accords sur la concurrence, en France, aux Pays-Bas et au Royaume-Uni, et aurait omis de tenir compte des effets proconcurrentiels de la licence.

**1065**En premier lieu, les requérantes font valoir que le retrait de Krka des actions devant les juridictions du Royaume-Uni et devant l'OEB n'a pas eu d'effet sensible sur la contestation du brevet 947. S'agissant des litiges en cours, le contentieux se serait poursuivi au Royaume-Uni par le biais d'Apotex, tout comme devant l'OEB où les arguments de Krka auraient même été maintenus après son retrait de la procédure et auraient été utilisés dans la décision finale de la chambre de recours technique. La Commission n'aurait d'ailleurs pas allégué que le résultat de ces litiges aurait été plus rapide si Krka n'avait pas renoncé à ses actions. En France et aux Pays-Bas, les requérantes soutiennent que ni Krka ni ses partenaires tels que Ratiopharm n'envisageaient d'introduire un recours et que, en tout état de cause, d'autres sociétés y en avaient déjà introduit. Par conséquent, les accords n'auraient eu aucun effet sur la contestation des brevets dans ces pays.

**1066**En deuxième lieu, les requérantes soutiennent que Krka ne serait vraisemblablement pas entrée à risque sur le marché en l'absence des accords. Au Royaume-Uni, Krka aurait en effet été empêchée d'entrer à risque sur le marché dès lors qu'une injonction était en vigueur jusqu'à la date à laquelle le brevet 947 a été invalidé. Quant à Ratiopharm, elle aurait pris l'engagement de ne pas lancer de périndopril en attendant la fin du litige entre Krka et les requérantes. À la date de conclusion des accords, en France et aux Pays-Bas, Krka et ses partenaires, notamment Ratiopharm, auraient abandonné tous leurs projets de lancement et auraient montré leur aversion pour le risque. La Commission n'aurait ainsi pas établi la probabilité d'une entrée à risque sur le marché. Les requérantes soulignent que l'entrée de Krka sur le marché dépendait de Ratiopharm, qui n'aurait pas été interrogée sur son intention d'entrer à risque sur le marché et qui avait d'ailleurs trouvé un autre fournisseur de périndopril. Enfin, après les accords, Krka aurait continué à disposer de possibilités réelles et concrètes d'entrer sur le marché en cas d'invalidation du brevet 947 ou de développement réussi de son nouveau produit.

**1067**En troisième lieu, les requérantes estiment que les éléments avancés par la Commission pour démontrer que leur acquisition des demandes de brevets de Krka a eu un effet sur la concurrence actuelle ou potentielle sont insuffisants, la Commission s'étant bornée à relever que Krka aurait disposé de la liberté de céder ses demandes de brevets. Les requérantes font ainsi valoir que la technologie de Krka ne permettait pas de contourner le brevet 947 et que, par conséquent, aucun fabricant de génériques n'aurait pu avoir intérêt à l'acquérir avant l'invalidation du brevet 947. De nombreux fabricants de génériques seraient d'ailleurs entrés sur le marché dès l'invalidation de ce brevet, sans

la technologie de Krka. De plus, l'accord de cession n'aurait pas empêché Krka d'approvisionner des tiers.

**1068**En quatrième lieu, les requérantes considèrent que la Commission n'a pas établi qu'elles auraient pu conclure un règlement amiable avec Krka à des conditions moins restrictives. Elles font tout d'abord valoir que la Commission a méconnu leurs droits de la défense en n'indiquant pas, dès la communication des griefs, qu'elles auraient pu négocier un accord de règlement amiable moins restrictif, en accordant une entrée anticipée ou une licence à Krka dans l'ensemble des États de l'Union ou en limitant les restrictions aux États couverts par l'accord de licence. Elles reprochent également à la Commission de renverser la charge de la preuve en considérant qu'il leur appartenait de contester le fait qu'elles n'aient pas pu conclure d'accords moins restrictifs. Ensuite, les requérantes estiment que ce grief est peu compréhensible et incohérent s'agissant de la clause de non-commercialisation. Enfin, ce scénario ne serait pas suffisamment réaliste, alors même que, à la date de conclusion des accords, elles venaient de remporter une victoire devant l'OEB. De plus, une entrée sur le marché anticipée dans l'ensemble de l'Union n'aurait pas nécessairement été plus favorable à la concurrence, compte tenu de l'invalidation du brevet 947 en mai 2009.

**1069**Enfin, les requérantes indiquent que l'allégation de la Commission selon laquelle les développements postérieurs à un accord ne sont pas pertinents pour juger de ses effets est infondée.

**1070**La Commission fait valoir qu'elle n'a pas commis d'erreur d'appréciation en concluant que les accords conclus avec Krka ont eu pour effet de restreindre la concurrence en France, aux Pays-Bas et au Royaume-Uni.

**1071**En premier lieu, elle estime que le retrait de Krka des actions au Royaume-Uni et devant l'OEB a eu un effet sensible sur la contestation du brevet 947, dès lors que rien n'indiquait, au moment de la conclusion des accords, qu'Apotex allait mener le contentieux à son terme, que l'issue du contentieux opposant Apotex aux requérantes était imprévisible et que Krka détenait les meilleures preuves dans la procédure devant l'OEB et menait une politique contentieuse proactive. De plus, Krka aurait pu simultanément contester la validité du brevet 947 et poursuivre son développement d'un produit de forme non-alpha. Néanmoins, à la date de conclusion des accords, il n'était pas certain que le projet de développement d'un périndopril non-alpha conduise à la mise au point d'un produit commercialement viable. Enfin, les accords auraient directement affecté les incitations de Ratiopharm à engager des actions contentieuses, dès lors que Krka n'était plus en mesure de la soutenir dans un litige, et auraient empêché l'entrée à risque de Ratiopharm sur le marché aux Pays-Bas, prévue en août-septembre 2006, ainsi que son entrée sur le marché au Royaume-Uni, Ratiopharm s'étant engagée auprès des requérantes à attendre la résolution du contentieux les opposant à Krka.

**1072**En deuxième lieu, la Commission fait valoir que Krka aurait pu entrer à risque sur le marché au Royaume-Uni, dès lors que l'accord de règlement amiable s'était substitué à l'injonction et que, à défaut d'un tel accord, elle aurait pu obtenir la levée de l'injonction en saisissant la High Court of Justice (England & Wales), Chancery Division (patents court) [Haute Cour de justice (Angleterre et pays de Galles), division de la Chancery (chambre des brevets)], d'une demande d'invalidité du brevet 947. Elle soutient, en outre, que la position d'aversion pour le risque de Krka était réversible, ainsi que l'aurait notamment montré le fait que Krka ne se soit pas retirée des marchés d'Europe centrale et orientale

après la décision de l'OEB du 27 juillet 2006. S'agissant de Ratiopharm, la Commission soutient que celle-ci misait sur le litige avec Krka et que le codéveloppement d'un produit avec un autre fournisseur de périndopril n'était intervenu qu'après la conclusion des accords entre Krka et les requérantes, à un moment où ce produit ne pouvait être utilisé pour un lancement à risque. Par conséquent, en l'absence des accords, Ratiopharm aurait pu tirer bénéfice d'une décision de justice favorable à Krka.

**1073** En troisième lieu, la Commission soutient que l'accord de cession et de licence a eu un effet restrictif sur la concurrence, Krka ayant elle-même reconnu que l'obtention d'une licence sur ses brevets aurait constitué une voie plausible d'obtention d'un produit commercial. Les requérantes auraient présenté des arguments contradictoires en soutenant que la technologie de Krka était obsolète et invendable, mais en décidant de l'acquiescer à un prix supérieur à celui offert pour d'autres technologies. En outre, les requérantes auraient omis de prendre en compte, dans leur raisonnement, le fait que, à la date de conclusion des accords, il n'était certain ni que les demandes de brevets de Krka soient contrefaisantes, ni que le brevet 947 soit valide. Par ailleurs, la Commission souligne que, si les tiers n'ont jamais eu l'occasion de manifester leur intérêt pour la technologie de Krka en raison de l'accord de cession, de nombreux éléments permettent de considérer que la situation aurait été différente en l'absence de cet accord. Elle rappelle en outre que, si l'accord de cession n'empêchait pas Krka d'approvisionner les tiers avec son produit, l'accord de règlement amiable l'en empêchait cependant.

**1074** En quatrième lieu, la Commission considère que la décision attaquée n'a présenté aucun moyen nouveau en indiquant que Krka aurait pu transiger à des conditions moins restrictives, mais qu'elle s'est contentée de répondre à des arguments présentés par Krka dans sa réponse à la communication des griefs, ce que la jurisprudence permettrait. Elle soutient, de plus, que la communication des griefs mentionnait déjà, à son point 2291, la possibilité que des accords moins restrictifs reflétant les mérites des positions des parties aient été conclus. La Commission fait en outre valoir que les requérantes déforment la décision attaquée et que celles-ci ne sauraient présenter les développements intervenus postérieurement à la conclusion des accords comme ayant été les seules options possibles à cette date. Elle souligne également que Krka avait déjà sollicité une licence avec entrée sur le marché anticipée en 2005 et que les arguments des requérantes mettant en avant leur position de force à la suite de l'intervention de la décision de l'OEB du 27 juillet 2006 et la décision de consentir une licence à Krka dans sept États membres sont peu cohérents.

## 2) Appréciation du Tribunal

**1075** Il convient d'examiner conjointement l'erreur d'appréciation et l'erreur de droit quant au constat de l'existence d'une restriction par effet.

**1076** À cet égard, la Cour a itérativement jugé que, pour apprécier si un accord doit être considéré comme interdit en raison des altérations du jeu de la concurrence qui en sont l'effet, il faut examiner le jeu de la concurrence dans le cadre réel où il se produirait à défaut de l'accord litigieux (arrêts du 30 juin 1966, LTM, 56/65, EU:C:1966:38, p. 359 et 360, et du 6 avril 2006, General Motors/Commission, C 551/03 P, EU:C:2006:229, point 72 ; voir, également, arrêt du 11 septembre 2014, MasterCard e.a./Commission, C 382/12 P, EU:C:2014:2201, point 161 et jurisprudence citée). Il s'agit ainsi de faire ressortir, par une comparaison entre le jeu de la concurrence tel qu'il a existé en présence

de l'accord et le jeu de la concurrence tel qu'il se serait produit en l'absence de cet accord, une situation concurrentielle dégradée lorsque celui-ci s'applique.

**1077**À titre liminaire, il convient de préciser sur la base de quelle approche la Commission a, dans la décision attaquée, procédé à l'examen de la restriction de concurrence par effet s'agissant, en particulier, de l'étape comparative de cet examen mentionnée au point 1076 ci-dessus.

i) Sur l'approche suivie par la Commission

**1078**Il y a lieu, tout d'abord, de reprendre certaines des considérations générales, applicables à l'ensemble des accords passés entre Servier et les sociétés de génériques mises en cause dans la décision attaquée, que la Commission a exposées au point 5.1.7 de la décision attaquée, intitulé « Appréciation des accords de règlement amiable en matière de brevet contre paiement inversé en tant que restrictions par effet au sens de l'article 101, paragraphe 1, du traité ».

**1079**La Commission a, notamment, indiqué que l'examen des conditions de concurrence sur un marché donné « d[eva]it être basé non seulement sur la concurrence existante entre les entreprises déjà présentes sur le marché pertinent mais aussi sur la concurrence potentielle » (considérant 1215 de la décision attaquée).

**1080**La Commission a rappelé, au considérant 1219 de la décision attaquée, que, selon les lignes directrices concernant l'application de l'article [101], paragraphe 3, [TFUE] (JO 2004, C 101, p. 97), les « effets actuels ou potentiels » d'un accord étaient à prendre en compte, l'accord devant seulement être « susceptible d'avoir des effets anticoncurrentiels ». Elle a renvoyé, à cet égard, au paragraphe 24 desdites lignes directrices, lequel se fonde sur l'arrêt du 28 mai 1998, Deere/Commission (C 7/95 P, EU:C:1998:256, point 77).

**1081**La Commission a ensuite exposé sa méthode. Elle a indiqué qu'elle démontrerait les effets restrictifs des accords en établissant, dans un premier temps, que chacun de ceux-ci avait entraîné l'élimination d'un concurrent potentiel puis, dans un second temps, que l'élimination d'un seul concurrent était « susceptible d'avoir des effets sur la structure de la concurrence » (considérant 1219 de la décision attaquée).

**1082**La Commission a donc estimé que le constat de l'élimination d'un concurrent potentiel lui permettait ensuite de n'établir que des effets anticoncurrentiels qui étaient « susceptibles » de se produire, c'est-à-dire des effets « potentiels » sur la concurrence (voir point 1080 ci-dessus).

**1083**La Commission a précisé ce qui suit au considérant 1220 de la décision attaquée :  
« L'évaluation des effets restrictifs doit être effectuée sur la base des faits au moment du règlement amiable, tout en prenant en compte la façon dont l'accord a été effectivement mis en œuvre. Certaines parties ne sont pas d'accord et prétendent que l'évaluation devrait prendre en compte tous les développements factuels postérieurs et ne pas se fonder principalement sur la situation existant au moment de la conclusion des accords. [... L]orsque l'élimination de la concurrence potentielle est en cause, regarder ce qui s'est vraiment produit peut avoir peu à voir avec ce qui se serait probablement produit en l'absence de l'accord, une question clé pour l'évaluation concurrentielle. Cela est d'autant plus vrai lorsque l'accord modifie considérablement les incitations d'une partie, ou des deux, à continuer à se faire concurrence. »

**1084**Dans les deux premières phrases de ce considérant dont la formulation est assez ambiguë, la Commission a admis qu'elle ne se fonderait pas, pour chaque accord, sur tous les développements factuels postérieurs à sa conclusion, mais qu'elle se fonderait, pour l'essentiel au moins, sur les faits existant au moment de cette conclusion. Pour justifier cette approche, elle a ensuite fait référence à la notion de « concurrence potentielle » en indiquant que, lorsque l'élimination de la concurrence potentielle était en cause, la prise en compte de certains événements réels, en particulier des événements postérieurs à la conclusion de l'accord, serait moins pertinente pour faire apparaître l'un des termes de la comparaison mentionnée au point 1076 ci-dessus, à savoir le jeu de la concurrence tel qu'il se serait produit en l'absence d'accord.

**1085**Une telle approche est confirmée par un extrait du considérant 1264 de la décision attaquée, dans lequel la Commission considère que, lorsque l'élimination d'un concurrent potentiel est en cause, il convient d'analyser les « futurs effets potentiels » des accords.

**1086**Le considérant de la décision attaquée cité au point 1085 ci-dessus figure dans un point de la décision attaquée intitulé « Structure prévalente du marché au moment des accords de règlement amiable », lequel est principalement consacré à décrire l'élimination progressive, par la conclusion des différents accords litigieux, des concurrents potentiels de Servier (considérants 1244 à 1269 de la décision attaquée).

**1087**Certes, dans ce point, la Commission évoque certains événements qui se sont réellement produits pendant la mise en œuvre des accords et qui permettent de conclure à la persistance d'une pression concurrentielle exercée par deux sociétés de génériques n'ayant pas signé d'accord avec Servier. La Commission constate ainsi que le brevet 947 a été invalidé au Royaume-Uni du fait de la poursuite, par l'une de ces deux sociétés, Apotex, de la procédure contentieuse qu'elle avait engagée dans ce pays.

**1088**Cependant, la Commission affirme qu'il y avait encore une forte « possibilité », après la conclusion des accords litigieux que Servier a passés avec différentes sociétés de génériques, qu'il cherche à trouver un accord avec Apotex, ainsi qu'avec l'autre société pouvant représenter une menace pour lui (considérant 1268), alors même qu'à la date à laquelle elle adoptait la décision attaquée, la Commission avait pu constater que de tels accords n'avaient pas été conclus.

**1089**L'affirmation de la Commission mentionnée au point 1088 ci-dessus confirme que, pour faire apparaître le jeu de la concurrence tel qu'il se serait produit en l'absence d'accord (l'un des termes de la comparaison mentionnée au point 1076 ci-dessus), celle-ci s'est fondée sur une approche hypothétique, en partie indifférente au déroulement réel des événements qui sont intervenus, en particulier, après la conclusion des accords litigieux.

**1090**C'est la prémisse selon laquelle elle pourrait, dans l'hypothèse d'un accord éliminant un concurrent potentiel, se limiter à démontrer seulement les effets potentiels de cet accord, c'est-à-dire ceux que l'accord serait « susceptible » d'avoir, qui permet à la Commission de faire reposer sa description du jeu de la concurrence tel qu'il se serait produit en l'absence d'accord sur des hypothèses ou des « possibilités » plutôt que sur le déroulement réel des événements tel qu'il a pu être observé au moment où elle a adopté sa décision.

**1091**À cet égard, la Commission a indiqué ce qui suit au point 152 de son mémoire en défense :

« [...] Servier prétend que la Commission n'aurait pas pris en compte la situation contrefactuelle correcte. La Commission rejette cette critique. Les événements qui indiquent si un concurrent potentiel finit par devenir un concurrent réel ou ne réussit pas à entrer sur le marché n'ont qu'une portée limitée parce que l'exclusion d'un concurrent potentiel à la date de l'accord dans un contexte où les concurrents actuels n'existent pas et les concurrents potentiels sont en nombre très limité a en soi un effet restrictif de concurrence entrant dans le champ d'application de l'article 101 TFUE. La question essentielle est celle de savoir si la société de génériques remplit les conditions pour être considérée comme concurrent potentiel. La société peut disparaître du marché ou ne jamais entrer sur le marché pour toutes sortes de raisons qui n'invalident pas le fait qu'elle constituait à la date de l'accord une menace suffisamment sérieuse. »

**1092** Il résulte de ce qui précède que la Commission a considéré que, dès lors qu'elle avait établi qu'un accord excluait un concurrent potentiel, il n'était pas nécessaire, aux fins de déterminer quel aurait été le jeu de la concurrence en l'absence de cet accord, de se fonder sur les événements réels intervenus, en particulier, postérieurement à la conclusion de l'accord. Au contraire, la Commission a estimé, en se fondant sur sa pratique habituelle en matière de prise en compte des effets potentiels d'un accord selon laquelle il suffit de démontrer que cet accord est « susceptible » d'avoir des effets anticoncurrentiels (voir points 1080 et 1085 ci-dessus), qu'elle pouvait faire reposer sa description du jeu de la concurrence en l'absence d'accord sur des hypothèses ou des « possibilités ».

**1093** L'approche générale de la Commission ayant été exposée, il convient de déterminer si, dans le cadre particulier de l'analyse des effets sur la concurrence des accords conclus entre Servier et Krka, elle a retenu une démarche conforme à cette approche générale.

**1094** Aux considérants 1813 et 1814 de la décision attaquée, c'est-à-dire aux premiers considérants du point consacré à la restriction par effet s'agissant des accords conclus avec Krka, la Commission a indiqué que l'objet de son propos dans ce point était de déterminer si les accords en cause « [étaient] susceptibles d'avoir des effets restrictifs sur la concurrence ». De même, dans le titre de la conclusion du point consacré à la restriction par effet s'agissant des accords conclus avec Krka, la Commission indique que ces accords « [étaient] susceptibles de produire des effets restrictifs de la concurrence ». Enfin, dans son mémoire en défense, la Commission a confirmé que la « décision a vérifié si les accords étaient susceptibles d'avoir des effets anticoncurrentiels » (point 135).

**1095** Il ressort des termes utilisés par la Commission exposés au point 1094 ci-dessus que sa démarche repose sur le constat d'effets potentiels des accords (voir point 1080 ci-dessus).

**1096** Par ailleurs, aux fins de procéder à la comparaison mentionnée au point 1076 ci-dessus, la Commission s'est fondée sur le fait que, en l'absence d'accord, Krka aurait continué à représenter une « menace concurrentielle » sur Servier (considérants 1828 et 1830 de la décision attaquée).

**1097** En première analyse, cette « menace concurrentielle » à laquelle les accords mettraient fin renvoie, par son caractère hypothétique, plus à des effets potentiels sur la concurrence qu'à des effets actuels.

**1098** Or, l'élimination de la « menace concurrentielle » mentionnée aux points 1096 et 1097 ci-dessus constitue pour la Commission un élément essentiel de la démonstration

visant à établir que la situation concurrentielle sur le marché se serait dégradée du fait de l'accord de règlement amiable (voir point 1076 ci-dessus).

**1099**Certes, la Commission consacre ensuite, en rapport avec le pouvoir de marché de Servier dont elle a fait le constat auparavant (considérants 1817 à 1819 de la décision attaquée), une partie de la décision attaquée à la structure du marché en cause, caractérisée par une absence ou une rareté des sources de concurrence (considérants 1835 à 1846).

**1100**Cependant, c'est le constat préalable de l'existence, en l'absence d'accord, d'une « menace concurrentielle », lequel est opéré dans la partie précédente de la décision attaquée (considérants 1825 à 1834), qui constitue le point de départ nécessaire de l'analyse de la structure du marché.

**1101**La Commission conclut l'analyse de la structure du marché en cause en indiquant qu'il existait une forte possibilité que les sources subsistantes de concurrence identifiées au moment de la signature des accords conclus avec Krka soient éliminées du jeu concurrentiel par un futur accord ou par un autre moyen, mais sans préciser si tel avait été le cas au cours de la période d'application des accords conclus avec Krka (considérant 1846 de la décision attaquée).

**1102**L'élément mentionné au point 1101 ci-dessus vient confirmer ce qui a déjà été exposé au point 1092 ci-dessus. Ainsi, la Commission considérait que, dès lors qu'elle avait établi que l'accord de règlement amiable excluait Krka et que celle-ci était au moins un concurrent potentiel de Servier, elle n'était pas tenue, pour faire apparaître le jeu de la concurrence tel qu'il se serait produit en l'absence d'accord (l'un des termes de la comparaison mentionnée au point 1076 ci-dessus), de prendre en compte le déroulement réel des événements tel qu'il avait pu être observé au moment où elle adoptait sa décision. Au contraire, la Commission a estimé, en se fondant sur sa pratique habituelle en matière de prise en compte des effets potentiels d'un accord selon laquelle il suffit de démontrer que cet accord est « susceptible » d'avoir des effets anticoncurrentiels, qu'elle pouvait faire reposer sa description du jeu de la concurrence en l'absence d'accord sur des hypothèses ou « possibilités ».

**1103**La Commission a donc procédé à une analyse des accords conclus entre Servier et Krka conforme à l'orientation générale qu'elle s'était fixée pour l'examen des différents accords de règlement amiable regardés comme infractionnels dans la décision attaquée.

**1104**L'approche de la Commission relative à l'étape comparative de l'examen de la restriction par effet mentionnée au point 1076 ci-dessus ayant été rappelée, il y a lieu de déterminer si la Commission a pu, à bon droit, conclure à l'existence d'une restriction de concurrence par effet s'agissant des accords conclus entre Servier et Krka.

**1105**Un tel examen impose, au préalable, un rappel de la jurisprudence pertinente.

**1106**En particulier, compte tenu de l'approche retenue par la Commission et de la place essentielle qu'occupent dans son raisonnement les références multiples aux « effets potentiels » des accords et au fait que ceux-ci étaient « susceptibles d'avoir des effets restrictifs », il y a lieu de rappeler la jurisprudence, déjà mentionnée en partie au point 1080 ci-dessus et évoquée à l'audience, selon laquelle il convient de prendre en compte les effets potentiels d'un accord, d'une pratique concertée ou encore d'une décision d'association d'entreprises aux fins de déterminer si de telles mesures relèvent du champ d'application de l'article 101, paragraphe 1, TFUE.

ii) Sur la jurisprudence pertinente en l'espèce

**1107** Si la Cour, dans le cadre de renvois préjudiciels, a souvent réaffirmé le principe selon lequel l'article 101, paragraphe 1, TFUE ne limite pas l'appréciation d'un accord ou d'une pratique aux seuls effets actuels, celle-ci devant également tenir compte des effets potentiels de l'accord ou de la pratique en cause sur la concurrence dans le marché intérieur (arrêts du 21 janvier 1999, *Bagnasco e.a.*, C 215/96 et C 216/96, EU:C:1999:12, point 34 ; du 23 novembre 2006, *Asnef-Equifax et Administración del Estado*, C 238/05, EU:C:2006:734, point 50 ; du 28 février 2013, *Ordem dos Técnicos Oficiais de Contas*, C 1/12, EU:C:2013:127, point 71, et du 26 novembre 2015, *Maxima Latvija*, C 345/14, EU:C:2015:784, point 30), elle n'a que rarement eu l'occasion d'examiner elle-même si une pratique ou un accord produisait des effets potentiels permettant de conclure à l'existence d'une restriction de concurrence.

**1108** La Cour a envisagé pour la première fois la prise en compte des effets potentiels d'un accord dans l'arrêt du 17 novembre 1987, *British American Tobacco et Reynolds Industries/Commission* (142/84 et 156/84, EU:C:1987:490). Dans l'affaire ayant donné lieu à cet arrêt, la Commission avait rejeté une plainte et constaté que les accords soumis à son examen par cette plainte ne constituaient pas une violation des règles du traité en matière de concurrence (arrêt du 17 novembre 1987, *British American Tobacco et Reynolds Industries/Commission*, 142/84 et 156/84, EU:C:1987:490, point 1). La Cour a précisé à cette occasion que, lorsque la Commission constatait qu'un accord ne méconnaissait pas le droit de la concurrence, il lui appartenait non seulement de tenir compte des effets que les clauses de cet accord avaient au moment de leur examen par la Commission mais également des effets qu'elles pourraient avoir à l'avenir eu égard aux possibilités non encore réalisées qu'elles ouvraient aux parties. Par exemple, dans cette affaire, un accord relatif à des prises de participations dans le capital d'une entreprise concurrente réservait à l'entreprise qui investissait la possibilité de renforcer, à un stade ultérieur, sa position en prenant le contrôle effectif de l'autre entreprise, ce qui pouvait emporter des conséquences sur la situation concurrentielle examinée (arrêt du 17 novembre 1987, *British American Tobacco et Reynolds Industries/Commission*, 142/84 et 156/84, EU:C:1987:490, points 37, 39, 54, 57 et 58).

**1109** Ainsi, selon l'arrêt mentionné au point 1108 ci-dessus, la Commission doit prendre en compte, dans l'examen des effets d'un accord, non seulement les effets réels des clauses qui sont déjà mises en œuvre au moment où elle adopte sa décision, mais également les effets potentiels des clauses qui n'ont pas encore été mises en œuvre.

**1110** La Cour a ultérieurement admis la prise en compte des effets potentiels d'un accord dans l'arrêt du 28 mai 1998, *Deere/Commission* (C 7/95 P, EU:C:1998:256). Était en cause, dans l'affaire ayant donné lieu à cet arrêt, une décision de la Commission faisant suite à la notification d'un accord visant à obtenir, en vertu de l'article 2 du règlement no 17, une attestation négative par laquelle la Commission pouvait constater, sur demande des entreprises intéressées, qu'il n'y avait pas lieu pour elle d'intervenir à l'égard d'un accord. Dans sa décision, la Commission avait constaté que l'accord qui lui était soumis était constitutif d'une restriction de concurrence par effet.

**1111** Dans cette affaire, le Tribunal, puis la Cour, ont validé un tel constat, lequel était fondé sur l'existence d'effets potentiels.

**1112** La partie requérante se prévalait du fait que le système d'échange d'informations prévu par l'accord avait été appliqué pendant plusieurs années avant la notification de la



demande d'attestation négative pour soutenir que l'appréciation de la Commission devait se limiter à prendre en compte les effets réels de cet échange d'informations. Cependant, le Tribunal a estimé qu'un tel argument n'était pas pertinent dès lors que le traité prohibait tant les effets réels que les effets potentiels des accords (arrêt du 27 octobre 1994, Deere/Commission, T 35/92, EU:T:1994:259, points 59 et 61).

**1113** Il convient toutefois de nuancer le caractère inopérant de l'argument tiré du fait que les accords ou les pratiques en cause auraient été mis en œuvre.

**1114** En effet, premièrement, les circonstances de l'espèce étaient particulières, car l'accord pour lequel une attestation négative était demandée s'était substitué à un accord antérieur qui n'avait fait l'objet d'aucune notification à la Commission. C'est donc sur la conformité aux règles de la concurrence de ce nouvel accord que la Commission devait se prononcer et non sur celle de l'accord antérieur. Il n'est donc pas certain que la Commission aurait pu tirer des conclusions définitives pour ce nouvel accord de l'application de l'accord précédent, et ce malgré leur similitude. Quant au nouvel accord, il n'avait été appliqué que quelques mois avant que les participants en décident la suspension. La Commission ne disposait donc pas du recul nécessaire aux fins d'examiner ses effets actuels sur la concurrence (arrêt du 27 octobre 1994, Deere/Commission, T 35/92, EU:T:1994:259, points 2 et 4).

**1115** Deuxièmement, le Tribunal, alors qu'il examinait les effets potentiels sur la concurrence d'un accord dans l'arrêt du 27 septembre 2006, GlaxoSmithKline Services/Commission (T 168/01, EU:T:2006:265, point 163), a indiqué que le fait que l'application de l'accord en cause ait été suspendue quelques mois seulement après son entrée en vigueur, et ce jusqu'à l'adoption de la décision de la Commission contestée dans cette affaire, le conduisait à interpréter l'examen de l'accord par la Commission comme étant principalement consacré à ses effets potentiels.

**1116** Le Tribunal, dans cet arrêt, a donc établi un lien explicite entre l'absence d'application de l'accord en cause et l'examen par la Commission de ses effets potentiels.

**1117** Troisièmement, dans l'arrêt du 30 juin 2016, CB/Commission (T 491/07 RENV, non publié, EU:T:2016:379, points 243, 247, 248 et 250), le Tribunal a examiné les effets potentiels sur la concurrence d'une décision d'association d'entreprises en prenant en compte les effets que les mesures en cause déploieraient si elles étaient appliquées, ce qui, là encore, établit un lien entre l'examen des effets potentiels de la décision d'association et le fait qu'elle n'ait pas encore été appliquée. Il convient de souligner que la Commission avait distingué, dans la décision en cause [décision C(2007) 5060 final, du 17 octobre 2007, relative à une procédure d'application de l'article [101 TFUE] (COMP/D 1/38606 □ Groupement des cartes bancaires « CB »)], l'analyse des effets potentiels, c'est-à-dire ceux que les mesures déploieraient si leur suspension était levée (considérants 261 et suivants), de l'analyse des effets réalisés au cours de la période durant laquelle les mesures en cause avaient été appliquées (considérants 310 et suivants).

**1118** Il y a lieu de préciser que, dans les affaires ayant donné lieu aux arrêts du 27 septembre 2006, GlaxoSmithKline Services/Commission (T 168/01, EU:T:2006:265), et du 30 juin 2016, CB/Commission (T 491/07 RENV, non publié, EU:T:2016:379), la Commission n'a pas adopté de sanction à l'égard des entreprises concernées mais leur a enjoint de mettre fin immédiatement à l'infraction en cause.

**1119**Il convient encore d'ajouter que, dans les affaires mentionnées au point 1118 ci-dessus, ce sont les entreprises concernées qui avaient été à l'origine de la saisine de la Commission (voir, en ce sens, arrêts du 27 septembre 2006, GlaxoSmithKline Services/Commission, T 168/01, EU:T:2006:265, point 10, et du 30 juin 2016, CB/Commission, T 491/07 RENV, non publié, EU:T:2016:379, point 8).

**1120**Ainsi, dans la plupart des hypothèses dans lesquelles les juridictions de l'Union ont fait application à un accord, à une pratique concertée ou à une décision d'association d'entreprises de la jurisprudence selon laquelle un constat de restriction par effet peut résulter des effets potentiels de ces mesures, n'était pas en cause une décision de la Commission ayant pour objet de sanctionner un comportement passé constitutif d'une restriction par effet, mais une décision de la Commission ayant pour objet de prévenir la survenance d'un tel comportement en envisageant les effets que pourraient avoir les mesures en cause si elles étaient appliquées. Tel était le cas y compris dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt du 17 novembre 1987, British American Tobacco et Reynolds Industries/Commission (142/84 et 156/84, EU:C:1987:490), la Commission, dans cette affaire, rejetant une plainte en examinant les effets que pourrait avoir une clause de l'accord si la possibilité qu'elle prévoit était mise en œuvre.

**1121**Il n'existe donc pas, en matière d'entente, de précédent dans lequel la Cour ou le Tribunal auraient admis que la Commission puisse se fonder seulement sur les effets potentiels de la mesure en cause pour constater qu'une infraction aurait été commise et infliger sur le fondement d'un tel constat une amende aux auteurs de cette infraction.

**1122**Or, il apparaîtrait paradoxal, lorsque les clauses d'un accord ont été mises en œuvre et que leurs effets sur la concurrence peuvent être mesurés en prenant en compte les développements factuels pertinents, notamment ceux postérieurs à la conclusion de l'accord, qui sont intervenus avant que la Commission ne se prononce, de permettre à celle-ci de se contenter de démontrer les effets anticoncurrentiels que ces clauses seraient susceptibles d'avoir et, à cette fin, d'opérer la comparaison mentionnée au point 1076 ci-dessus sans prendre en compte de tels développements (voir points 1084, 1092 et 1102 ci-dessus).

**1123**Il apparaîtrait également paradoxal de permettre à la Commission, aux fins de constater qu'une infraction prenant la forme d'une restriction de concurrence par effet a été commise (et peut donc être sanctionnée par une amende), de se fonder sur le simple fait que des clauses d'un accord qui ont été mises en œuvre seraient susceptibles d'emporter des effets anticoncurrentiels et non sur le fait qu'elles ont emporté de tels effets, alors même que la Cour a jugé qu'une dispense de la charge de prouver les effets anticoncurrentiels d'un accord ne peut résulter que d'une qualification de restriction de concurrence par objet, laquelle ne devrait viser que des accords tellement susceptibles d'avoir des effets négatifs sur, en particulier, le prix, la quantité ou la qualité des produits et des services qu'il peut être considéré inutile, aux fins de l'application de l'article 101, paragraphe 1, TFUE, de démontrer qu'ils ont des effets concrets sur le marché (arrêt du 11 septembre 2014, CB/Commission, C 67/13 P, EU:C:2014:2204, point 51). S'il était possible pour la Commission de se fonder, s'agissant d'accords qui ont été mis en œuvre, sur les seuls effets qu'ils étaient susceptibles d'avoir pour démontrer qu'ils ont eu un effet anticoncurrentiel, la distinction entre restrictions de la concurrence par objet ou par effet, instaurée par l'article 101, paragraphe 1, TFUE, perdrait sa pertinence.

**1124** Il résulte de ce qui précède que, dès lors que les accords en cause avaient été mis en œuvre et que, par la décision attaquée, la Commission a constaté qu'une infraction avait été commise, ce qui lui a permis d'infliger une amende aux parties aux accords, la jurisprudence qui vient d'être rappelée aux points 1107 à 1120 ci-dessus, relative à la prise en compte, en matière de restriction par effet, des effets potentiels des accords, n'est pas applicable.

**1125** Il convient de relever, par ailleurs, que la jurisprudence mentionnée au point 1124 ci-dessus doit être distinguée de celle relative à la prise en compte des effets sur la concurrence d'une limitation de la concurrence, y compris lorsqu'elle n'est que potentielle.

**1126** À cet égard, dans l'arrêt du 12 juin 1997, Tiercé Ladbroke/Commission (T 504/93, EU:T:1997:84, points 157 à 160), qui est cité au considérant 1217 de la décision attaquée, le Tribunal examinait la légalité d'une décision de la Commission par laquelle celle-ci avait rejeté une plainte au motif, notamment, que, en l'absence de concurrence actuelle sur le marché en cause, l'accord litigieux ne relevait pas du champ d'application de l'article 85, paragraphe 1, du traité, devenu l'article 101, paragraphe 1, TFUE. Le Tribunal a jugé que la Commission n'avait pas examiné avec la diligence requise tous les éléments de fait et de droit portés à sa connaissance par la partie requérante car l'accord était susceptible de restreindre la concurrence potentielle. Il a donc annulé sur ce point la décision qui lui était soumise.

**1127** Il ne peut être déduit d'un tel précédent, qui portait sur un rejet de plainte, que le simple fait qu'un accord soit « susceptible » de restreindre la concurrence potentielle doive nécessairement conduire au constat d'une restriction de concurrence par effet, mais plutôt que la Commission ne peut écarter d'emblée la possibilité d'une restriction par effet lorsqu'un accord n'est susceptible de restreindre qu'une concurrence potentielle et non une concurrence actuelle.

**1128** Ainsi, lorsque la Commission adopte une décision par laquelle elle constate qu'une infraction à l'article 101, paragraphe 1, TFUE a été commise, ce qui lui permet d'infliger, sur le fondement d'un tel constat, une amende aux auteurs de cette infraction, le simple fait que la Commission ait établi l'existence d'une concurrence potentielle et d'une limitation de la liberté d'action d'un concurrent potentiel, voire d'une élimination de celui-ci, ne l'exonère pas de la démonstration d'une analyse des effets réels de la mesure en cause sur le jeu de la concurrence lorsque la jurisprudence citée aux points 1107 à 1120 ci-dessus n'est pas applicable.

**1129** Il convient à cet égard de rappeler que le constat de l'existence d'effets anticoncurrentiels d'un accord exige la réunion d'éléments établissant que le jeu de la concurrence a été, « en fait », empêché, restreint ou faussé (arrêt du 30 juin 1966, LTM, 56/65, EU:C:1966:38, p. 359 et 360).

**1130** Ainsi, la démonstration de l'existence des effets anticoncurrentiels d'un accord impose à la Commission, au regard des exigences de réalisme qui résultent de la jurisprudence de la Cour, de prendre en compte, dans le cadre de la comparaison mentionnée au point 1076 ci-dessus, l'ensemble des développements factuels pertinents, notamment ceux postérieurs à la conclusion de l'accord, qui sont intervenus avant qu'elle ne se prononce.

**1131** À cet égard, selon la Cour, l'appréciation des effets d'un accord entre entreprises au regard de l'article 101 TFUE implique de prendre en considération le cadre concret dans

lequel l'accord en cause s'insère, notamment le contexte économique et juridique dans lequel opèrent les entreprises concernées, la nature des biens ou des services affectés ainsi que les conditions réelles du fonctionnement et de la structure du marché ou des marchés en question (arrêt du 11 septembre 2014, MasterCard e.a./Commission, C 382/12 P, EU:C:2014:2201, point 165).

**1132**Il s'ensuit que le scénario envisagé à partir de l'hypothèse de l'absence d'accord en cause doit, selon les termes employés par la Cour, « être réaliste » (voir, en ce sens, arrêt du 11 septembre 2014, MasterCard e.a./Commission, C 382/12 P, EU:C:2014:2201, point 166).

**1133**La Cour a précisé que la prise en compte des développements probables qui se produiraient sur le marché en l'absence de cet accord s'imposait dans le cadre de l'examen des effets restrictifs sur la concurrence de l'accord (voir, en ce sens, arrêt du 11 septembre 2014, MasterCard e.a./Commission, C 382/12 P, EU:C:2014:2201, points 167 à 169).

**1134**Par ailleurs, l'exigence de probabilité et de réalisme s'appliquant à la description du jeu de la concurrence tel qu'il aurait existé en l'absence d'accord (l'un des termes de la comparaison mentionnée au point 1076 ci-dessus) est cohérente avec l'approche retenue par la Commission dans plusieurs lignes directrices, laquelle lui impose d'établir le caractère suffisamment probable des effets restrictifs des mesures qu'elle examine.

**1135**Ainsi, premièrement, le paragraphe 24 des lignes directrices concernant l'application de l'article [101], paragraphe 3, [TFUE], auquel la Commission se réfère au considérant 1219 de la décision attaquée, prévoit que, « [p]our qu'un accord soit restrictif de la concurrence par ses effets, il doit affecter la concurrence réelle ou potentielle à un point tel qu'il soit possible de prévoir avec une assez bonne probabilité qu'il aura sur le marché en cause des effets négatifs sur les prix, la production, l'innovation ou la diversité ou qualité des produits ou services ».

**1136**Deuxièmement, au paragraphe 19 des lignes directrices sur les accords de coopération horizontale de 2001, il est indiqué que de nombreux accords de coopération horizontale n'ont pas pour objet de restreindre la concurrence et qu'il est, dès lors, nécessaire d'analyser les effets de chaque accord. Il est ajouté que, dans le cadre de cette analyse, il ne suffit pas que l'accord limite la concurrence entre les parties, mais il faut aussi que cet accord soit susceptible d'affecter la concurrence sur le marché dans une mesure telle qu'on peut s'attendre à des effets négatifs sur les prix, la production, l'innovation ou encore la variété ou la qualité des biens et des services.

**1137**Troisièmement, la Commission a confirmé qu'elle maintenait une telle approche dans les lignes directrices sur les accords de coopération horizontale de 2011. Elle indique ainsi, au paragraphe 28 de ces lignes directrices, auquel elle se réfère à la note en bas de page no 1733 de la décision attaquée, que des effets restrictifs sur la concurrence à l'intérieur du marché en cause sont susceptibles de se produire lorsqu'il est possible de prévoir avec un degré de probabilité raisonnable que les parties sont en mesure, du fait de l'accord, d'augmenter avantageusement les prix, ou de réduire la production, la qualité ou la diversité des produits, ou de limiter l'innovation.

**1138**Au demeurant, dans la décision attaquée elle-même (considérant 1218), la Commission a rappelé que les effets restrictifs de concurrence devaient être établis avec un degré suffisant de probabilité.

**1139**Eu égard à l'ensemble des développements qui précèdent, il y a lieu de déterminer si, en l'espèce, la Commission, malgré l'approche hypothétique qu'elle a retenue s'agissant de l'étape comparative de l'examen de la restriction de concurrence par effet (voir points 1076 à 1102 ci-dessus), a établi le caractère suffisamment réaliste et probable des effets restrictifs des accords conclus entre Servier et Krka.

iii) Sur l'erreur d'appréciation

**1140**La Commission a analysé les effets de la clause de non-commercialisation et de la clause de non-contestation contenues dans l'accord de règlement amiable conclu entre Servier et Krka ainsi que de la cession sous licence de la technologie de Krka à Servier, en examinant, pour chacune de ces trois mesures, le jeu de la concurrence tel qu'il se serait produit en son absence (voir, notamment, les considérants 1825 à 1829 de la décision attaquée).

**1141**Il convient de déterminer, pour chacune de ces trois mesures, si la Commission a pu conclure à bon droit à l'existence d'une restriction de concurrence par effet.

– Sur la clause de non-commercialisation figurant dans l'accord de règlement amiable

**1142**Il importe de rappeler que, pour apprécier si un accord doit être considéré comme interdit en raison des altérations du jeu de la concurrence qui en sont l'effet, il faut examiner le jeu de la concurrence dans le cadre réel où il se produirait à défaut de l'accord litigieux (voir point 1076 ci-dessus).

**1143**En l'espèce, la clause de non-commercialisation a un champ d'application limité à celui du brevet 947 qui fait l'objet de litiges opposant Servier à Krka.

**1144**Le cadre réel du jeu de la concurrence, à défaut de l'accord de règlement amiable, était constitué par les tentatives de sociétés de génériques, dont Krka, d'entrer sur le marché, en présence d'obstacles liés aux brevets de Servier, notamment le brevet 947, et par des litiges en matière de brevets opposant ces sociétés à Servier.

**1145**Or, ainsi qu'il a été dit au point 234 ci-dessus, l'objet spécifique de l'attribution d'un brevet est d'assurer à son titulaire, afin de récompenser l'effort créatif de l'inventeur, le droit exclusif d'utiliser une invention en vue de la fabrication et de la première mise en circulation de produits industriels, soit directement, soit par l'octroi de licences à des tiers, ainsi que le droit de s'opposer à toute contrefaçon (arrêt du 31 octobre 1974, Centrafarm et de Peijper, 15/74, EU:C:1974:114, point 9). Lorsqu'il est accordé par une autorité publique, un brevet est normalement présumé être valide et sa détention par une entreprise est supposée être légitime. La seule possession par une entreprise d'un tel droit exclusif a normalement pour conséquence de tenir les concurrents à l'écart, ces derniers étant tenus de respecter, en vertu de la réglementation publique, ce droit exclusif (arrêt du 1er juillet 2010, AstraZeneca/Commission, T 321/05, EU:T:2010:266, point 362).

**1146**Il est vrai qu'une entrée sur le marché à risque d'une société de génériques n'est pas illégale par elle-même (voir, en ce sens, arrêt du 8 septembre 2016, Lundbeck/Commission, T 472/13, sous pourvoi, EU:T:2016:449, point 122). Cependant, une telle entrée est d'autant moins probable que la société de génériques reconnaît la validité du brevet ou estime que ses chances d'obtenir la reconnaissance de son invalidité sont faibles.

**1147**La reconnaissance ou non de la validité du brevet en cause ou la perception de la force de ce brevet par une société de génériques est donc décisive lorsqu'il s'agit de déterminer son comportement probable en matière d'entrée à risque sur le marché.

**1148**Or, la Commission n'a pas dûment pris en compte les effets que le brevet 947 et la reconnaissance par Krka de sa validité auraient pu avoir sur l'appréciation, aux fins de la comparaison mentionnée au point 1076 ci-dessus, du comportement probable de celle-ci en l'absence d'accord, dans la partie de la décision attaquée consacrée à l'examen de ce comportement (considérants 1825 à 1834).

**1149**En effet, des événements décisifs pour apprécier la reconnaissance que Krka pouvait avoir de la validité du brevet 947 ou la perception de ses chances de succès d'en obtenir l'invalidité, tels que la décision de l'OEB du 27 juillet 2006 confirmant la validité du brevet et l'injonction provisoire à l'encontre de Krka prononcée par une juridiction du Royaume-Uni, ne sont pas mentionnés dans cette partie de la décision attaquée, alors qu'ils sont pourtant intervenus avant même la conclusion de l'accord de règlement amiable entre Servier et Krka.

**1150**En outre, la Commission, aux considérants 1828 à 1834 de la décision attaquée, dans l'analyse du comportement probable de Krka en l'absence des accords, ne rappelle pas la circonstance, importante dans ce contexte, que plusieurs éléments du dossier confortaient la constatation que le produit de Krka pouvait être contrefaisant du brevet 947.

**1151**Cela confirme que l'approche hypothétique de la Commission (voir points 1077 à 1103 ci-dessus) ne l'a pas conduite à ignorer seulement les événements intervenus postérieurement à la conclusion des accords mais, de manière plus générale, le déroulement réel des événements tel qu'il a pu être observé jusqu'au moment où elle a adopté sa décision.

**1152**La réticence de la Commission à prendre en compte en particulier les effets du brevet 947 s'explique par le fait que, dans le cadre de son analyse de la restriction par objet, elle a considéré que l'accord de règlement amiable conclu entre Servier et Krka avait pour fondement réel l'incitation de cette dernière à se soumettre aux clauses restrictives de cet accord et non une reconnaissance sincère de la validité du brevet 947. Dans une telle perspective, Krka ne pouvait en aucune manière, selon la Commission, invoquer la reconnaissance de la validité du brevet 947, dès lors qu'une telle reconnaissance était viciée dans son principe même.

**1153**Cependant, le constat d'incitation et de restriction par objet opéré par la Commission a été invalidé par le Tribunal s'agissant des accords de règlement amiable et de licence conclus entre Servier et Krka, ce qui redonne toute sa pertinence à la prise en compte de la perception par Krka de la force du brevet 947 ou de sa reconnaissance de la validité de ce brevet.

**1154**Or, il convient de rappeler qu'il existait, au moment de la conclusion des accords de règlement amiable et de licence, des indices sérieux pouvant laisser penser aux parties à ces accords que le brevet 947 était valide (voir points 967 et 968 ci-dessus). Au Royaume-Uni, c'est-à-dire l'un des trois pays (avec la France et les Pays-Bas) dans lesquels la Commission a analysé et constaté l'existence d'une restriction par effet, Krka ainsi qu'Apotex, une autre société concurrente de Servier, faisaient même l'objet d'une injonction provisoire.

**1155** Si la demande d'injonction provisoire tendant à interdire la commercialisation d'une version générique du périndopril mise sur le marché par Krka en raison de la violation du brevet 947, laquelle a été introduite par Servier en Hongrie, a été rejetée en septembre 2006, il s'agissait d'une procédure qui, contrairement à celles mentionnées au point 1154 ci-dessus, ne concernait pas un des pays dans lesquels la Commission a constaté l'existence d'une restriction par effet.

**1156** Par ailleurs, s'il y avait déjà eu entre Servier et Krka des contacts préalables à la décision de l'OEB du 27 juillet 2006 confirmant la validité du brevet 947 (voir, notamment, considérant 837 de la décision attaquée), ceux-ci n'avaient pas abouti à un accord (considéranants 856 à 859 de la décision attaquée) et ce n'est qu'après cette décision que de nouvelles négociations ont débuté (considérant 898 de la décision attaquée). La décision de l'OEB du 27 juillet 2006 confirmant la validité du brevet 947 a donc été, pour le moins, un des éléments déclencheurs aboutissant aux accords de règlement amiable et de licence, ce qui est un indice supplémentaire du fait que ces accords se fondaient sur la reconnaissance par les parties de la validité du brevet (voir point 971 ci-dessus).

**1157** Il convient encore d'ajouter, ainsi qu'il a été dit ci-dessus (voir point 947 ci-dessus), que la passation d'un accord de licence, laquelle n'a de raison d'être pour tout preneur qu'à la condition que la licence soit effectivement exploitée, se fonde sur la reconnaissance par les parties de la validité du brevet. Ainsi, la conclusion même de l'accord de licence, confortée par un certain nombre d'indices (voir points 999 et 1001 ci-dessus), confirme que Krka reconnaissait finalement la validité du brevet 947.

**1158** Il ressort même des pièces du dossier que Krka semblait considérer que, en l'absence d'un accord de licence conclu avec Servier, une entrée à risque sur les 18 à 20 marchés en cause était peu probable, voire était exclue (points 1001 et 1012 ci-dessus).

**1159** Enfin, la Commission a indiqué, dans la décision attaquée (considérant 1693), que Krka avait « finalement cessé d'envisager entrer à risque en France, au Royaume-Uni et dans d'autres marchés d'Europe occidentale suite à la décision [de la division] d'opposition ».

**1160** Eu égard aux éléments exposés ci-dessus, il doit être conclu qu'il n'est pas établi que, en l'absence d'accord, Krka serait probablement entrée à risque sur les marchés des 18 à 20 États membres en cause, notamment sur les marchés de la France, des Pays-Bas et du Royaume-Uni.

**1161** La conclusion qui précède n'est pas remise en cause par les autres éléments du dossier qui seraient susceptibles d'être pertinents aux fins d'établir que Krka serait entrée sur le marché en l'absence d'accord avec Servier. Ces éléments figurent essentiellement dans la partie de la décision attaquée que la Commission consacre à la démonstration du fait que Krka était un concurrent potentiel de Servier.

**1162** Premièrement, il doit être rappelé (voir point 1026 ci-dessus) que la circonstance que Krka a continué à contester les brevets de Servier et à commercialiser son produit alors même que la validité du brevet 947 avait été confirmée par la division d'opposition de l'OEB peut, de manière évidente, s'expliquer par le désir de Krka de renforcer sa position dans les négociations qu'elle pouvait engager avec Servier en vue de parvenir à un accord de règlement amiable.

**1163** En outre, la poursuite de la contestation du brevet de Servier ne faisait pas supporter à Krka de nouveaux risques en termes de contrefaçon. Cela augmentait seulement ses

frais contentieux. Quant à la poursuite de la commercialisation de son produit, elle s'est limitée à cinq marchés d'Europe centrale et orientale, pour lesquels la Commission n'a pas retenu l'existence d'une restriction par effet. De plus, dans cinq des sept marchés couverts par la licence, les équivalents du brevet 947 n'avaient pas encore été accordés (considérant 1755 de la décision attaquée). Ainsi, les risques encourus par Krka, dans certains au moins des marchés sur lesquels elle s'est maintenue, étaient limités (voir point 1027 ci-dessus).

**1164**La poursuite de la contestation du brevet de Servier par Krka et la poursuite de la commercialisation de son produit ne permettent donc pas de conclure que Krka ne reconnaissait pas la validité du brevet 947 et serait donc probablement entrée à risque sur les marchés des 18 à 20 États membres en cause ou, à tout le moins, sur les trois marchés retenus par la Commission dans le constat d'une restriction de concurrence par effet.

**1165**Deuxièmement, si des commentaires émanant des représentants de Krka permettaient de percevoir leur surprise et leur mécontentement à la suite de la décision de l'OEB du 27 juillet 2006 (considérant 1688 de la décision attaquée), ces commentaires ne permettaient pas d'établir que, malgré cette décision, Krka serait probablement entrée sur les trois marchés nationaux pour lesquels la Commission a retenu l'existence d'une infraction par effet.

**1166**Troisièmement, la Commission consacre un point de la décision attaquée à l'« intention d'entrer » sur le marché de Krka. Ce point très court n'est constitué que d'un considérant, lui-même assez court, le considérant 1699. Dans ce considérant, la Commission indique que, « même » après la décision de l'OEB du 27 juillet 2006, Krka « semblait » disposée à soutenir le lancement à risque par ses partenaires et qu'elle continuait à s'engager à fournir son produit « au cas où les barrières brevetaires seraient surmontées ». Il est encore ajouté dans ce considérant qu'un des partenaires commerciaux de Krka a insisté pour qu'elle fournisse son produit « si le brevet 947 était annulé » et que certains partenaires de Krka sont entrés sur le marché avec ce produit « une fois le brevet 947 invalidé dans les marchés [en cause] ».

**1167**Les extraits cités au point 1166 ci-dessus attestent moins de l'intention de Krka d'entrer sur les trois marchés nationaux pour lesquels la Commission a constaté l'existence d'une restriction par effet que de l'importance qu'avait pris, après qu'était intervenue la décision de l'OEB du 27 juillet 2006, tant pour Krka que pour ses partenaires commerciaux, la « barrière brevetaire » constituée par le brevet 947.

**1168**Au regard de l'ensemble des éléments exposés ci-dessus, il n'est pas établi que, en l'absence des accords de règlement amiable et de licence, Krka serait probablement entrée sur les trois marchés nationaux pour lesquels la Commission a constaté l'existence d'une restriction de concurrence par effet.

**1169**Il n'est pas davantage établi par la Commission dans la décision attaquée que, en l'absence de ces accords, Krka serait probablement entrée sur les marchés en cause avant la date de cessation de l'infraction, à savoir le 6 juillet 2007 pour le Royaume-Uni, le 12 décembre 2007 pour les Pays-Bas et le 16 septembre 2009 pour la France.

**1170**En effet, l'approche hypothétique adoptée par la Commission (voir points 1079 à 1103 ci-dessus) l'a conduite à prêter peu d'attention au déroulement réel des événements – en particulier ceux intervenus postérieurement à la conclusion des accords – et donc à



l'évolution possible de la perception par Krka de la validité du brevet 947 qui pouvait résulter de ces événements.

**1171**Or, il n'appartient pas au Tribunal, s'agissant de l'appréciation des éléments constitutifs d'une infraction, lesquels ne relèvent pas de sa compétence de pleine juridiction mais du contrôle de légalité, de substituer sa propre motivation à celle de la Commission (voir, en ce sens, arrêt du 21 janvier 2016, Galp Energía España e.a./Commission, C 603/13 P, EU:C:2016:38, points 73 et 75 à 77).

**1172**Il n'appartient donc pas au Tribunal d'examiner pour la première fois, à partir des éléments du dossier, si une restriction de concurrence par effet aurait pu apparaître au cours de la période postérieure à la conclusion des accords du fait d'un fléchissement de la reconnaissance de la validité du brevet 947 par Krka.

**1173**En tout état de cause, les éléments du dossier ne permettent pas de conclure que Krka, au cours de la période comprise entre la conclusion des accords et la fin de l'infraction, serait, en l'absence des accords, probablement entrée sur les trois marchés nationaux concernés.

**1174**Par ailleurs, il convient de souligner que l'entrée probable de Krka sur le marché en l'absence d'accord n'est pas même alléguée par la Commission. En effet, dans le point de la décision attaquée intitulé « Comportement probable en l'absence des accords Krka », la Commission ne se fonde pas, explicitement au moins, sur une hypothèse d'entrée anticipée de Krka sur les trois marchés concernés en l'absence d'accord, mais seulement sur une hypothèse de persistance d'une « menace concurrentielle » sur ces marchés (voir point 1096 ci-dessus).

**1175**Ainsi, selon la Commission, « Krka aurait continué à représenter une menace concurrentielle en tant qu'entrant générique potentiel avec du périndopril au Royaume-Uni, en France et au Pays-Bas » (considérant 1825 de la décision attaquée). La Commission précise que Krka aurait, notamment, continué à constituer une menace en tant que fournisseur de partenaires locaux de distribution (considérant 1828 de la décision attaquée).

**1176**La Commission indique également que les parties à l'accord auraient, en l'absence d'incitation, pu conclure un accord moins restrictif permettant l'entrée anticipée de Krka ou lui accordant une licence pour le territoire de l'Union dans son ensemble (considérant 1831 de la décision attaquée).

**1177**La Commission conclut en indiquant que, « en l'absence des restrictions contenues dans les accords [...], Krka demeurerait un concurrent potentiel important de Servier » (considérant 1834 de la décision attaquée).

**1178**Il convient de constater que, en se bornant à invoquer la « menace concurrentielle » que Krka aurait continué à exercer sur Servier et alors même, d'une part, que les effets proconcurrentiels d'une simple « menace » ne présentent pas, contrairement à ceux de l'entrée d'une société de génériques sur le marché, un caractère d'évidence et, d'autre part, que les effets de cette « menace » étaient, en l'espèce, largement atténués par la présence du brevet 947 et la confirmation de sa validité par les autorités compétentes (voir points 1142 à 1169 ci-dessus), la Commission n'a pas établi que le jeu de la concurrence tel qu'il se serait déroulé en l'absence de l'accord de règlement amiable aurait probablement été plus ouvert.

**1179** Il peut être relevé, à cet égard, que la Commission aurait dû préciser quels auraient été les effets probables, en particulier sur les prix, la production, la qualité ou la diversité des produits ou encore l'innovation (voir points 1135 à 1137 ci-dessus), de la « menace concurrentielle » que Krka aurait continué à exercer sur Servier en l'absence de l'accord de règlement amiable, ce qu'elle aurait pu faire, par exemple, en démontrant que, du fait de l'absence de menace, Servier avait limité ses dépenses de recherche et de développement.

**1180** Il y a lieu de souligner que, si l'analyse faite par la Commission du pouvoir de marché de Servier ainsi que de la structure du marché en cause, caractérisée par une absence ou une rareté des sources de concurrence, pourrait permettre de conforter l'existence des effets restrictifs d'un accord empêchant l'entrée sur le marché d'un concurrent potentiel, elle ne suffit pas à rendre probables et concrets les effets restrictifs d'un accord compromettant l'existence d'une « menace concurrentielle ».

**1181** En effet, quelle que soit la structure du marché, les effets anticoncurrentiels de la clause de non-commercialisation restent largement hypothétiques s'il est probable, eu égard au déroulement réel des événements tel qu'il a pu être observé au moment où la Commission a adopté sa décision, que, même en l'absence de cette clause, le concurrent potentiel concerné aurait pu avoir un comportement similaire à celui qu'il a eu en présence de la clause, c'est-à-dire, en l'espèce, que Krka serait restée en dehors des trois marchés pour lesquels la Commission a retenu l'existence d'une restriction par effet.

**1182** S'agissant par ailleurs de l'hypothèse selon laquelle, en l'absence des accords de règlement amiable et de licence conclus entre Servier et Krka et, en particulier, de l'incitation que, selon la Commission, ils comportent, un autre accord permettant l'entrée anticipée de Krka ou lui accordant une licence pour le territoire de l'Union dans son ensemble aurait été conclu (voir point 1176 ci-dessus ainsi que le considérant 1142 de la décision attaquée), son caractère probable n'est aucunement étayé, et ce d'autant moins que, ainsi qu'il ressort de l'examen du moyen tiré de l'absence de restriction de concurrence par objet, l'existence d'une incitation n'a pas été établie par la Commission.

**1183** Enfin, il convient de souligner que le cadre concret dans lequel s'insèrent les accords de règlement amiable et de licence conclus entre Servier et Krka, lequel se caractérise par la présence d'un brevet dont la validité avait été confirmée par l'OEB (voir point 1144 ci-dessus), se distingue de celui en cause dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt du 14 avril 2011, *Visa Europe et Visa International Service/Commission* (T 461/07, EU:T:2011:181, points 187 et 191), lequel est cité par la Commission, notamment au considérant 1219 de la décision attaquée. En l'absence d'éléments de contexte comparables à ceux, liés à l'existence d'un brevet et à la reconnaissance de sa validité, qui viennent d'être rappelés (notamment aux points 1145 à 1159 ci-dessus) et qui sont déterminants dans le présent litige, le Tribunal avait, dans cet arrêt, estimé, sur la base de la seule circonstance qu'une entreprise frappée d'une clause d'exclusion par la mesure litigieuse était un concurrent potentiel, que la Commission avait pu conclure à bon droit que cette entreprise serait entrée sur le marché en l'absence de la clause d'exclusion.

**1184** Il convient encore de relever que, dans l'arrêt du 14 avril 2011, *Visa Europe et Visa International Service/Commission* (T 461/07, EU:T:2011:181), le Tribunal n'a pas validé une pratique décisionnelle de la Commission selon laquelle celle-ci pourrait, dès lors qu'est en cause l'élimination d'un concurrent potentiel, faire abstraction du déroulement réel des événements tel qu'il a pu être observé au moment où elle a adopté sa décision.

**1185**Au demeurant, une telle pratique, si elle était validée, pourrait, dans certains cas, conduire à un résultat incohérent, par exemple, dans l'hypothèse où le seul concurrent potentiel existant, qui est éliminé par un accord, disparaîtrait dès la mise en œuvre de celui-ci, du fait, par exemple, d'une liquidation judiciaire, circonstance qui neutraliserait de manière évidente les effets d'éviction de l'accord, sauf à envisager ceux-ci de manière hypothétique et non de manière réaliste ainsi que l'exige la jurisprudence (voir points 1129 et 1132 ci-dessus).

**1186**Il ne peut donc, en l'espèce, être conclu à l'existence d'une restriction de concurrence par effet en référence à l'arrêt du 14 avril 2011, Visa Europe et Visa International Service/Commission (T 461/07, EU:T:2011:181).

**1187**Il résulte de ce qui précède que les effets restrictifs de la clause de non-commercialisation figurant dans l'accord de règlement amiable sur le jeu de la concurrence n'ont pas été établis par la Commission.

– Sur la clause de non-contestation figurant dans l'accord de règlement amiable

**1188**À titre liminaire, il convient de relever que, dans le point de la décision attaquée intitulé « Comportement probable en l'absence des accords Krka », la Commission ne mentionne aucun élément relatif au comportement probable de Krka quant au brevet 340, pour lequel il existe également une clause de non-contestation dans l'accord de règlement amiable.

**1189**Par conséquent, s'agissant de l'étape de l'analyse de la restriction par effet consistant en une comparaison entre le jeu de la concurrence en présence des accords et le jeu de la concurrence en l'absence de ceux-ci (voir point 1076 ci-dessus), la Commission a limité son analyse au brevet 947.

**1190**L'absence de prise en compte du brevet 340 peut s'expliquer par le fait que, selon la Commission, ce brevet n'occupe qu'une place mineure dans la protection qu'il peut fournir à Servier contre l'entrée sur le marché de sociétés génériques (considérant 114 de la décision attaquée).

**1191**Par ailleurs, la Commission indique, toujours dans le point de la décision attaquée intitulé « Comportement probable en l'absence des accords Krka », qu'« il semble plausible que, en l'absence de l'obligation de non-contestation, Krka demeurerait un challenger de la validité du brevet 947 devant les tribunaux du Royaume-Uni et de l'OEB » (considérant 1827 de la décision attaquée).

**1192**La Commission a ainsi fondé son constat de restriction par effet sur le fait que, en l'absence de la clause de non-contestation, Krka aurait poursuivi les procédures dans lesquelles elle était engagée devant les juridictions du Royaume-Uni et l'OEB.

**1193**À cet égard, il convient de rappeler qu'une clause de non-contestation est, par elle-même, restrictive de la concurrence dans la mesure où elle porte atteinte à l'intérêt public d'éliminer tout obstacle à l'activité économique qui pourrait découler d'un brevet délivré à tort (voir, en ce sens, arrêt du 25 février 1986, Windsurfing International/Commission, 193/83, EU:C:1986:75, point 92).

**1194**Il y a donc lieu de déterminer si l'application de la clause de non-contestation, et, plus particulièrement, le retrait de Krka des procédures dans lesquelles elle était engagée, a eu un effet quant à l'élimination du brevet 947.

**1195**Il convient de rappeler que, au moment de la conclusion des accords, Krka et Servier s'opposaient dans le cadre de deux procédures et que c'est l'accord de règlement amiable qui a conduit Krka à ne pas poursuivre ces procédures.

**1196**Ainsi, au Royaume-Uni, le 2 août 2006, Servier avait saisi la High Court of Justice (England & Wales), Chancery Division (patents court) [Haute Cour de justice (Angleterre et pays de Galles), division de la Chancery (chambre des brevets)], d'une action en contrefaçon du brevet 947 à l'encontre de Krka. Il avait également introduit une demande d'injonction provisoire. Le 1er septembre 2006, Krka avait introduit une demande reconventionnelle en annulation du brevet 947. Le 3 octobre 2006, la High Court of Justice (England & Wales), Chancery Division (patents court) [Haute Cour de justice (Angleterre et pays de Galles), division de la Chancery (chambre des brevets)], avait fait droit à la demande d'injonction provisoire de Servier et avait rejeté la demande de procédure sommaire (motion of summary judgment) introduite par Krka le 1er septembre 2006, tendant à l'invalidation du brevet 947. Le 1er décembre 2006, l'instance en cours s'est éteinte conformément à l'accord de règlement amiable intervenu entre les parties et l'injonction provisoire a été levée.

**1197**S'agissant du litige devant l'OEB, dix sociétés de génériques, dont Krka, avaient formé opposition contre le brevet 947 devant l'OEB en 2004, en vue d'obtenir sa révocation dans sa totalité, en invoquant des motifs tirés du manque de nouveauté et d'activité inventive et de l'exposé insuffisant de l'invention. Le 27 juillet 2006, la division d'opposition de l'OEB avait confirmé la validité de ce brevet à la suite de légères modifications des revendications initiales de Servier. Sept sociétés avaient formé un recours contre cette décision de la division d'opposition. Krka s'est retirée de la procédure d'opposition le 11 janvier 2007 conformément à l'accord de règlement amiable intervenu entre les parties.

**1198**Il convient toutefois de rappeler que, au Royaume-Uni, Servier avait également saisi la High Court of Justice (England & Wales), Chancery Division (patents court) [Haute Cour de justice (Angleterre et pays de Galles), division de la Chancery (chambre des brevets)], d'une action en contrefaçon à l'encontre de la société Apotex le 1er août 2006, en invoquant la violation du brevet 947, cette dernière ayant lancé une version générique du périndopril le 28 juillet 2006. Apotex avait formé une demande reconventionnelle en annulation de ce brevet. Une injonction provisoire interdisant à Apotex d'importer, d'offrir à la vente ou de vendre du périndopril avait été prononcée le 8 août 2006.

**1199**Sur la base de la demande reconventionnelle introduite par Apotex, la High Court of Justice (England & Wales), Chancery Division (patents court) [Haute Cour de justice (Angleterre et pays de Galles), division de la Chancery (chambre des brevets)], a jugé, le 6 juillet 2007, que le brevet 947 était invalide en raison de l'absence de nouveauté et d'activité inventive par rapport au brevet 341. L'injonction a, par conséquent, été immédiatement levée et Apotex a pu reprendre les ventes de sa version générique du périndopril sur le marché du Royaume-Uni.

**1200**La Commission a considéré que l'infraction concernant les accords conclus entre Servier et Krka avait pris fin à cette date au Royaume-Uni.

**1201**Par ailleurs, s'agissant du litige devant l'OEB, sur la base de la procédure entamée, notamment, par Krka, la chambre de recours technique de l'OEB a, par décision du 6 mai 2009, annulé la décision de l'OEB du 27 juillet 2006 et révoqué le brevet 947.

**1202**La Commission a considéré que l'infraction concernant les accords conclus entre Servier et Krka, pour autant qu'elle se poursuivait encore dans certains États membres, avait pris fin à cette date.

**1203**Au regard du déroulement des procédures relatives au brevet 947, qui ont continué après le retrait de Krka des procédures dans lesquelles elle était partie, tel qu'exposé ci-dessus, il ne peut être considéré que, en l'absence de l'accord de règlement amiable intervenu entre les parties, la poursuite des procédures par Krka aurait, de manière probable, voire plausible, permis une invalidation plus rapide ou plus complète de ce brevet.

**1204**Or, la Commission n'a pas établi, ni même allégué, dans la décision attaquée, que l'invalidation du brevet 947 aurait été plus rapide ou plus complète si Krka n'avait pas accepté de se soumettre à la clause de non-contestation figurant dans l'accord de règlement amiable.

**1205**Les circonstances que « Krka considérait précédemment que ses arguments dans le contentieux brevetaire comptaient parmi les plus convaincants et qu'ils constituaient une menace particulière pour le brevet 947 » ou que les juridictions du Royaume-Uni, malgré leur rejet de la demande de procédure sommaire introduite par Krka, avaient estimé que celle-ci avait une « base solide » pour contester la validité du brevet 947 (considérant 1827 de la décision attaquée) ne permettent pas de conclure que la participation de Krka aux procédures en cause aurait conduit à une invalidation plus rapide ou plus complète du brevet.

**1206**De même, retenir, comme le fait la Commission au considérant 1712 de la décision attaquée, qu'« éliminer un challenger fort peut avoir un impact sur l'issue finale du contentieux/de l'opposition » ne permet pas de conclure au caractère probable, voire plausible, des effets de la clause de non-contestation qui s'appliquait à Krka.

**1207**Il incombait en effet à la Commission de démontrer, de manière suffisamment précise et étayée, de quelle manière les arguments de Krka ou sa position contentieuse particulière auraient pu, si elle avait poursuivi les procédures dans lesquelles elle était engagée, avoir un impact déterminant, non pas sur l'issue des litiges, puisque deux de ces litiges – à savoir celui devant l'OEB, qui s'est poursuivi après le désistement de Krka, et celui opposant Servier et Apotex devant la High Court of Justice (England & Wales), Chancery Division (patents court) [Haute Cour de justice (Angleterre et pays de Galles), division de la Chancery (chambre des brevets)] – ont, en tout état de cause, conduit à une invalidation du brevet 947, mais sur le délai dans lequel cette invalidation est intervenue ou sur sa portée.

**1208**Par ailleurs, il n'appartient pas au Tribunal, s'agissant de l'appréciation des éléments constitutifs d'une infraction, lesquels ne relèvent pas de sa compétence de pleine juridiction mais du contrôle de légalité, de substituer sa propre motivation à celle de la Commission (arrêt du 21 janvier 2016, Galp Energía España e.a./Commission, C 603/13 P, EU:C:2016:38, points 73 et 75 à 77).

**1209**Il n'appartient donc pas au Tribunal d'examiner pour la première fois, à partir d'autres éléments du dossier que ceux retenus par la Commission aux fins d'établir les effets restrictifs de la clause de non-contestation, si le maintien de la participation de Krka aux procédures contentieuses en cours aurait conduit à une invalidation plus rapide ou plus complète du brevet 947.

**1210** Il convient encore d'ajouter que, quelle que soit la structure du marché en cause, y compris lorsque celle-ci, comme en l'espèce, se caractérise, selon la Commission, par une absence ou une rareté des sources de concurrence, les effets anticoncurrentiels d'une clause de non-contestation restent largement hypothétiques s'il est probable, eu égard au déroulement réel des événements tel qu'il peut être observé au moment où la Commission adopte sa décision, que, en l'absence de celle-ci, le brevet en cause, à savoir, en l'espèce, le brevet 947, aurait été invalidé au même moment et dans une même mesure (voir point 1181 ci-dessus).

**1211** Par ailleurs, il n'est pas démontré par la Commission, contrairement à ce qui semble ressortir du considérant 1712 de la décision attaquée, que la procédure opposant Servier à Krka devant les juridictions du Royaume-Uni aurait pu conduire à établir que la technologie de cette dernière était non contrefaisante. En effet, les procédures concernant Krka et Apotex consistaient en des actions en contrefaçon introduites par Servier et en des demandes reconventionnelles en annulation du brevet 947 introduites en réponse par ces deux sociétés de génériques. Ces procédures étaient donc similaires. Or, il a été mis fin à l'ensemble de la procédure concernant Apotex par l'invalidation du brevet 947 et, donc, sans qu'il soit nécessaire de déterminer si sa technologie était contrefaisante. Il est plausible, eu égard à la similarité des procédures et en l'absence d'éléments contraires apportés par la Commission, qu'il en aurait été de même pour Krka.

**1212A** fortiori, il n'est pas démontré que la procédure devant l'OEB aurait pu conduire à établir que la technologie de Krka était une technologie non contrefaisante dès lors que cette procédure concernait la seule validité du brevet 947.

**1213** Il résulte de ce qui précède que les effets restrictifs de la clause de non-contestation figurant dans l'accord de règlement amiable sur le jeu de la concurrence n'ont pas été établis par la Commission.

– Sur la cession sous licence de la technologie de Krka

**1214S'**agissant de l'accord de cession par lequel Krka a vendu sa technologie à Servier, la Commission s'est bornée à constater que, en l'absence de cet accord, « Krka aurait continué à disposer de la liberté de céder ou de concéder sous licence ses droits relatifs à la technologie relative au périmopril » (considérant 1829 de la décision attaquée), ce qui n'est pas suffisant, s'agissant d'une simple cession d'un bien assortie d'un accord de licence et non d'une mesure d'éviction comme peut l'être une clause de non-commercialisation, pour établir l'existence d'effets probables, en particulier sur les prix, la production, la qualité ou la diversité des produits ou encore l'innovation (voir points 1135 à 1137 ci-dessus). L'existence d'effets anticoncurrentiels est d'autant moins établie que la technologie de Krka ne permettait pas de contourner le brevet 947, ce qui, eu égard aux indices sérieux qui pouvaient laisser penser que ce brevet était valide, rend peu plausible l'hypothèse selon laquelle des sociétés de génériques concurrentes de Servier auraient, en l'absence de l'accord de cession, cherché à acquérir la technologie de Krka.

**1215** Il résulte de ce qui précède que les effets restrictifs sur le jeu de la concurrence de la cession sous licence de la technologie de Krka n'ont pas été établis par la Commission.

**1216** Il résulte de tout ce qui précède que la Commission n'a pas établi l'existence d'un effet restrictif de la concurrence résultant de l'accord de règlement amiable ou de l'accord de cession qui soit suffisamment réaliste et probable pour qu'elle ait pu être en mesure

de constater l'existence d'une restriction par effet. Il y a lieu d'ajouter qu'un tel effet restrictif n'est pas plus susceptible d'être constaté lorsque les deux accords sont considérés dans leur ensemble.

**1217** Il y a donc lieu d'accueillir le grief relatif à l'erreur d'appréciation, lequel permet, à lui seul, de déclarer fondé l'ensemble du moyen invoqué par les requérantes et tiré de ce que la Commission a conclu, à tort, à l'existence d'une restriction par effet résultant des accords passés entre Servier et Krka.

**1218** Il convient, encore, de déterminer si la Commission a, au surplus, entaché sa décision d'erreurs de droit.

iv) Sur l'erreur de droit

**1219** Ainsi qu'il a été dit (voir points 1092 et 1102 ci-dessus), la Commission a considéré que, dès lors qu'elle avait établi que l'accord de règlement amiable excluait un concurrent potentiel de Servier, elle n'était pas tenue, pour faire apparaître le jeu de la concurrence tel qu'il se serait produit en l'absence d'accord (l'un des termes de la comparaison mentionnée au point 1076 ci-dessus), de prendre en compte le déroulement réel des événements tel qu'il avait pu être observé au moment où elle adoptait sa décision. Au contraire, la Commission a estimé, en se fondant sur sa pratique habituelle en matière de prise en compte des effets potentiels d'un accord selon laquelle il suffit de démontrer que cet accord est « susceptible » d'avoir des effets anticoncurrentiels (voir points 1080 et 1085 ci-dessus), qu'elle pouvait faire reposer sa description du jeu de la concurrence en l'absence d'accord sur des hypothèses ou des possibilités.

**1220** Ainsi qu'il ressort de l'examen ci-dessus du grief relatif à l'erreur d'appréciation, certains des événements que la Commission n'a pas pris en compte étaient non seulement pertinents mais également déterminants aux fins d'opérer la comparaison mentionnée au point 1076 ci-dessus.

**1221** Ainsi, s'agissant de la clause de non-commercialisation, si la Commission a pris en compte la décision de l'OEB du 27 juillet 2006 et les injonctions prononcées par les juridictions du Royaume-Uni à l'encontre de Krka et d'Apotex aux fins d'établir la qualité de concurrent potentiel de Krka, elle n'a pas dûment pris en considération ces événements aux fins de déterminer si cette dernière serait probablement entrée sur le marché en l'absence d'accord, se bornant à cet égard à indiquer qu'en l'absence d'accord la « menace concurrentielle » émanant de Krka aurait persisté.

**1222** S'agissant de la clause de non-contestation, la Commission n'a pas pris en compte le résultat des procédures engagées à l'encontre du brevet 947 par d'autres sociétés de génériques et qui se sont poursuivies malgré le fait que Krka avait cessé toute contestation.

**1223** S'agissant, enfin, de la structure du marché, question transversale qui concerne à la fois la clause de non-commercialisation et la clause de non-contestation, la Commission s'est contentée de déterminer quelles étaient les sources de concurrence identifiées au moment où le dernier des accords de règlement amiable visés dans la décision attaquée a été conclu et d'indiquer qu'il y avait une « forte possibilité » que ces sources soient éliminées du jeu concurrentiel par un accord ou un autre moyen, sans prendre en compte le fait qu'une telle possibilité ne s'était pas réalisée pendant la durée de l'infraction (considérant 1846 de la décision attaquée).

**1224**Un tel raisonnement ressort, de manière explicite, de la note en bas de page no 2445 de la décision attaquée, dans laquelle la Commission se fonde, pour établir l'existence d'effets restrictifs de la clause de non-contestation, sur le fait qu'il subsistait peu de sociétés concurrentes de Servier susceptibles de poursuivre les procédures en cours ou d'en lancer de nouvelles et qu'« il était plausible que Servier envisage de transiger avec ces sociétés », ce qui aurait supprimé toute possibilité qu'une procédure à l'encontre du brevet 947 se maintienne ou soit lancée. Or, s'il est vrai que Servier a approché ces sociétés, il n'est pas parvenu à transiger avec elles, et notamment avec l'une d'entre elles qui a finalement obtenu l'annulation du brevet 947 au moment même où la clause de non-contestation était appliquée par Krka.

**1225**Or, le caractère limité de l'examen auquel la Commission a procédé ne pouvait se justifier au regard de la jurisprudence des juridictions de l'Union. En effet, la jurisprudence relative à la prise en compte des effets potentiels des accords, examinée aux points 1107 à 1120 ci-dessus, n'était pas applicable en l'espèce (voir point 1124 ci-dessus).

**1226**Il en allait de même, pour les raisons indiqués ci-dessus aux points 1183 à 1186, s'agissant du caractère transposable de la solution retenue, en matière d'accords éliminant la concurrence potentielle, dans l'arrêt du 14 avril 2011, Visa Europe et Visa International Service/Commission (T 461/07, EU:T:2011:181) (voir points 1183 à 1186 ci-dessus).

**1227**Il y a donc lieu de conclure que la Commission a procédé à un examen incomplet de la situation qu'il lui incombait d'apprécier aux fins de déterminer si les accords conclus entre Servier et Krka étaient restrictifs de la concurrence par effet, le caractère incomplet de l'examen de la Commission étant révélateur d'une application erronée de la jurisprudence des juridictions de l'Union et donc, comme le soutiennent à bon droit les requérantes, d'une erreur de droit.

**1228**Par ailleurs, selon l'approche retenue par la Commission, il lui suffit de constater l'élimination d'un concurrent potentiel pour être en mesure de conclure, dans un contexte de structure de marché caractérisée par une absence ou une rareté des sources de concurrence et un pouvoir de marché de la société de princeps, à une restriction de concurrence par effet.

**1229**Une telle approche permettrait à la Commission, si elle était admise, de constater, dans des affaires telles que celles de l'espèce qui concernent des clauses restrictives associées à un accord de règlement amiable en matière de brevets de médicament, l'existence d'une restriction de concurrence par effet en n'ayant, pour l'essentiel, qu'à s'assurer que deux des trois conditions exigées pour conclure à l'existence d'une restriction par objet, à savoir l'existence d'une concurrence potentielle et la présence de clauses restrictives de la concurrence, sont remplies.

**1230**La démonstration que la troisième condition, à savoir la présence d'une incitation, est remplie, étant, ainsi qu'il résulte de l'examen du moyen consacré à la restriction par objet, particulièrement délicate, la tâche de la Commission s'en trouverait sensiblement allégée.

**1231**Or, eu égard aux exigences renforcées en matière de preuve qui s'attachent à la démonstration d'une restriction de concurrence par effet (voir points 1123 et 1128 à 1139 ci-dessus), une telle solution, contraire à l'esprit de la distinction instaurée par le traité



entre les restrictions de la concurrence par objet et les restrictions de la concurrence par effet, ne saurait être admise.

**1232** Il résulte de ce qui précède qu'il convient d'accueillir le grief tiré d'une erreur de droit, lequel permet, à lui seul, de déclarer fondé l'ensemble du moyen invoqué par les requérantes et tiré de ce que la Commission a conclu, à tort, à l'existence d'une restriction par effet résultant des accords passés entre Servier et Krka.

**1233** Le moyen relatif à l'absence de restriction par objet ayant également été reconnu fondé, il doit être conclu que c'est à tort que la Commission a constaté l'existence d'une infraction au titre de l'article 101, paragraphe 1, TFUE s'agissant des accords conclus entre Servier et Krka.

**1234** Par conséquent, il y a lieu, sans qu'il soit besoin d'examiner les autres griefs invoqués par les requérantes dans le cadre du présent moyen ainsi que le moyen relatif à la qualité de concurrent potentiel de Krka, d'annuler l'article 4 de la décision attaquée, en tant que, par cet article, la Commission a constaté la participation de Servier à une infraction au titre de l'article 101, paragraphe 1, TFUE s'agissant des accords conclus entre Servier et Krka.

10. Sur le moyen relatif à la définition de la notion de restriction de concurrence par effet

a) Arguments des parties

**1235** Les requérantes soulèvent différents griefs relatifs à la définition de la notion de restriction de concurrence par effet, tirés, notamment, d'une erreur de droit résultant d'une analyse ex ante des effets des accords ainsi que d'une erreur de droit et de fait dans l'analyse de la situation contrefactuelle.

1) Sur l'erreur de droit résultant de l'analyse ex ante des effets des accords

**1236** Les requérantes considèrent que la Commission a commis une erreur de droit en analysant les effets des accords ex ante au lieu de prendre en compte leurs effets concrets. Elles estiment qu'en retenant une analyse ex ante la Commission serait dans l'impossibilité d'interdire un accord dont les effets ne se matérialiseraient qu'après l'accord en raison d'un changement du contexte économique et que, à l'inverse, un accord dont les effets réels seraient neutres ou proconcurrentiels serait systématiquement sanctionné. L'approche retenue par la Commission, fondée sur une jurisprudence non pertinente, serait, ainsi, source d'insécurité juridique. Elle reviendrait, de plus, à supprimer toute distinction entre l'analyse de l'objet et celle des effets d'un accord, et à considérer que toute restriction par objet constitue automatiquement une restriction par effet. Les lignes directrices sur les accords de coopération horizontale de 2011 confirmeraient la pertinence d'une approche ex post.

**1237** Les requérantes estiment, en outre, que la jurisprudence impose à la Commission d'évaluer les effets d'un accord sur la concurrence dans le cadre réel et concret dans lequel il se produit, en comparant la situation induite par l'accord avec celle qui aurait prévalu à défaut d'accord, en retenant une situation contrefactuelle suffisamment probable. Ainsi, la Commission ne saurait se limiter, pour constater une violation de l'article 101 TFUE, à établir que les accords étaient susceptibles de restreindre la concurrence.

**1238** La Commission soutient que, conformément à la jurisprudence et au principe de sécurité juridique, elle a examiné la nature anticoncurrentielle des pratiques en cause à la date de leur survenance. Afin de déterminer si les accords avaient pour effet

l'élimination du marché de concurrents potentiels, la jurisprudence lui imposerait ainsi de se placer à la date de conclusion des accords. La Commission considère, par ailleurs, qu'elle ne s'est pas contentée d'examiner si les accords en cause étaient susceptibles d'avoir des effets négatifs, mais qu'elle a établi les effets certains d'exclusion du marché des concurrents potentiels des requérantes. La Commission estime que l'approche préconisée par les requérantes revient à considérer que seuls les accords de règlement amiable produisant des effets restrictifs réels au préjudice des consommateurs contreviendraient à l'article 101 TFUE et que des événements contingents imputables à des tiers permettant de rétablir la concurrence pourraient annuler les effets restrictifs de concurrence des accords. Elle reproche, en outre, aux requérantes de déformer le sens des lignes directrices sur les accords de coopération horizontale de 2011.

**1239**S'agissant de la situation contrefactuelle, la Commission estime que la circonstance qu'un concurrent potentiel devienne ou non un concurrent réel sur le marché après la conclusion d'un accord n'a qu'une portée limitée, dès lors que l'exclusion d'un concurrent potentiel dans un contexte où les concurrents actuels n'existent pas et où les concurrents potentiels sont en nombre très limité a déjà, en soi, un effet restrictif sur la concurrence au sens des dispositions de l'article 101 TFUE. La Commission souligne néanmoins qu'elle a examiné les conditions d'exécution des accords et notamment la durée d'exclusion du marché des fabricants de génériques, qui a pu être influencée par des éléments extérieurs aux accords. Ces événements postérieurs, s'ils ont pu avoir une influence sur la durée de l'infraction, ne permettraient cependant pas de remettre en cause la qualification de restriction de concurrence par effet des accords en cause.

2) Sur l'erreur de droit et de fait dans l'analyse de la situation contrefactuelle

**1240**Les requérantes et l'intervenante reprochent à la Commission d'avoir pris en compte une situation contrefactuelle erronée pour analyser les effets des accords et conclure que les accords litigieux auraient éliminé la concurrence potentielle des fabricants de génériques.

**1241**En premier lieu, la Commission n'aurait pas tenu compte de faits postérieurs à la conclusion des accords et sans lien avec ces derniers pour évaluer leurs effets concrets, tels que la poursuite du contentieux avec Apotex ou l'entrée de Sandoz sur le marché européen avec un produit non contrefaisant avant l'expiration du brevet 947. La Commission aurait uniquement considéré que ces faits postérieurs à la conclusion des accords pouvaient avoir une influence sur la durée des infractions. Les requérantes et l'intervenante reprochent également à la Commission d'avoir considéré que l'arrêt d'un litige équivalait à l'élimination de la concurrence, alors même que d'autres opérateurs contestaient en parallèle la validité du brevet 947.

**1242**En deuxième lieu, selon les requérantes et l'intervenante, la décision attaquée n'aurait pris en compte qu'une situation contrefactuelle théorique et non réaliste, la Commission n'ayant pas établi que, en l'absence des accords, l'entrée des génériques aurait probablement été plus précoce. Selon les requérantes et l'intervenante, la seule possibilité d'entamer un litige ou d'entrer à risque sur le marché ne pouvait en elle-même conduire à un changement significatif des conditions de concurrence sur le marché.

**1243**En troisième lieu, la Commission aurait conclu que les accords ont eu des effets anticoncurrentiels directs ayant mené à un retard de l'entrée des génériques tout en menant une analyse ex ante des effets des accords.

**1244**La Commission soutient, en premier lieu, que l'analyse contrefactuelle devait tenir compte du fait que les génériques étaient capables d'entrer sur le marché mais n'étaient pas présents sur le marché. Ainsi que le prévoiraient les lignes directrices sur les accords de coopération horizontale de 2011 et la jurisprudence, l'analyse contrefactuelle devrait ainsi prendre en compte la concurrence réelle ou potentielle qui aurait existé en l'absence de l'accord. Par définition, cette concurrence potentielle pouvait aboutir ou non à l'entrée des génériques sur le marché. La circonstance selon laquelle les effets des accords ont finalement été plus courts que prévus aurait été prise en compte, à juste titre, dans la seule détermination de la durée de l'infraction. En outre, le fait que la restriction de concurrence ait été levée en raison d'événements imputables à des tiers ne saurait faire disparaître la restriction de concurrence jusqu'à cette date. Par ailleurs, l'élimination de toute forme de concurrence ne constituerait pas le standard pertinent pour établir qu'un accord a des effets restrictifs de concurrence.

**1245**En deuxième lieu, la Commission considère ne jamais s'être prévalu d'une analyse contrefactuelle théorique. Elle estime qu'elle n'avait pas à établir que, en l'absence des accords de règlement amiable, l'entrée des génériques sur le marché aurait été plus précoce, mais qu'il lui appartenait de démontrer que les sociétés de génériques étaient de véritables concurrents potentiels et qu'elles ont effectivement été contraintes à ne pas entrer sur le marché pendant une certaine durée.

**1246**En troisième lieu, la Commission estime ne pas avoir indiqué, dans la décision attaquée, que les accords ont eu des effets anticoncurrentiels directs ayant conduit au retard de l'entrée des génériques sur le marché.

b) Appréciation du Tribunal

**1247**Pour les raisons déjà mentionnées aux points 566 à 570, 743 et 909 ci-dessus, s'agissant d'autres moyens soulevés à l'encontre du constat de l'existence d'une restriction par effet résultant des accords conclus par Servier avec Niche et Unichem, Matrix, Teva et Lupin, ce moyen doit être écarté comme inopérant .

11. Sur les erreurs de droit et d'appréciation relatives à la qualification d'infractions distinctes

a) Sur la qualification d'infractions distinctes des cinq accords

1) Arguments des parties

**1248**À titre subsidiaire, les requérantes font valoir que la Commission a commis une erreur de droit et une erreur d'appréciation en considérant que les accords qu'elle a conclus avec Niche, Matrix, Teva, Krka et Lupin constituaient cinq infractions distinctes. La décision attaquée présenterait, en effet, une incohérence, en ce qu'elle aurait considéré, dans le cadre de l'article 102 TFUE, que ces accords constituaient une infraction unique. Selon la jurisprudence, il serait artificiel de subdiviser en infractions distinctes un comportement continu s'inscrivant dans un plan d'ensemble. Or, malgré l'identité du produit concerné, l'identité spatiale et temporelle des accords, l'identité de la méthode et des modalités de mise en œuvre des accords et l'identité des personnes physiques impliquées dans la conclusion des accords, la Commission aurait considéré qu'elle se trouvait en présence de cinq infractions distinctes à l'article 101 TFUE. Elle aurait estimé à tort que la qualification d'infraction unique requiert que chaque partie ait voulu contribuer à tous les volets de l'infraction. Elle aurait, de plus, indiqué dans la décision

attaquée que les sociétés de génériques étaient conscientes de l'existence des différents accords.

**1249** Les requérantes estiment que les trois précédents invoqués par la Commission dans la décision attaquée ne sont pas pertinents et que celle-ci a confondu l'existence d'une infraction unique avec la responsabilité des participants à l'ensemble de l'infraction. La circonstance que chaque société de génériques ne soit responsable que d'une partie de l'infraction ne serait, selon la jurisprudence, pas pertinente.

**1250** Par conséquent, les requérantes demandent au Tribunal d'annuler la décision ou, à titre subsidiaire, de réduire l'amende du montant équivalent aux amendes additionnelles imposées au titre des périodes de chevauchement des accords, qu'il appartiendrait à la Commission de préciser.

**1251** La Commission soutient tout d'abord que les requérantes n'ont pas établi que, dans l'hypothèse de la reconnaissance de l'existence d'une infraction unique et continue à l'article 101 TFUE, elles auraient bénéficié d'une amende moins élevée, compte tenu de la durée et de la gravité de l'infraction. Elle rappelle que, dans la décision attaquée, elle a appliqué un facteur de correction de 54,5 % pour le calcul du montant de l'amende des requérantes afin de prévenir un résultat disproportionné.

**1252** En tout état de cause, la Commission fait valoir qu'il n'y a aucune contradiction entre les conclusions de la décision relatives à l'article 102 TFUE et celles qui concernent l'article 101 TFUE. En effet, au titre de l'article 102 TFUE, la Commission aurait constaté l'existence d'un comportement unilatéral des requérantes consistant à inciter les sociétés de génériques à accepter des restrictions de concurrence par le biais d'accords de règlement amiable, en utilisant son pouvoir de marché. Il s'agirait ainsi d'un plan unilatéral d'éviction des concurrents. À l'inverse, pour pouvoir conclure à l'existence d'une infraction unique et continue à l'article 101 TFUE, la jurisprudence exigerait la preuve d'un plan commun à l'ensemble des participants, visant un objectif unique. Or, en l'espèce, la Commission n'aurait pas pu établir l'existence d'un plan commun aux requérantes et aux sociétés de génériques. En effet, ces dernières ignoraient si les autres sociétés de génériques allaient également conclure un accord avec les requérantes. La seule circonstance que les sociétés de génériques aient pu avoir connaissance des autres accords ne serait pas suffisante pour constater l'existence d'une infraction unique.

**1253** De plus, la Commission indique que la présente affaire se distingue de celles dans lesquelles la jurisprudence a pu reconnaître que des entreprises sont tenues responsables d'une infraction unique et continue alors même qu'elles n'y avaient contribué qu'en partie, qui recouvraient des ententes complexes.

## 2) Appréciation du Tribunal

**1254** Il ressort de la décision attaquée et n'est pas contesté par les requérantes que ces dernières ont conclu des accords distincts, signés à des dates différentes (à l'exception des accords conclus avec Niche et avec Matrix), avec des parties différentes, dans des contextes économiques et juridiques différents et ayant des champs d'application différents. Les requérantes soutiennent toutefois que, en dépit de ces différences, la conclusion de ces accords constituerait une infraction unique, en raison de l'identité du produit concerné, d'une certaine identité spatiale et temporelle des accords, de l'identité de la méthode et des modalités de mise en œuvre des accords et de l'identité de la personne physique impliquée, de leur côté, dans la conclusion des accords.

**1255**Il y a lieu de relever, à titre liminaire, que le présent moyen critiquant l'absence de reconnaissance d'une infraction unique en l'espèce est soulevé à titre subsidiaire (voir point 1248 ci-dessus), dans l'hypothèse où les moyens tirés d'erreurs de droit et d'appréciation dans la qualification de restrictions par objet et par effet des accords litigieux seraient écartés. Ainsi et compte tenu de l'accueil des moyens dirigés contre la qualification de restriction de concurrence des accords conclus par les requérantes avec Krka, le présent moyen ne sera examiné que dans la mesure où il conteste la qualification d'infractions distinctes des accords conclus par les requérantes avec Niche, Matrix, Teva et Lupin.

**1256**Quant au caractère opérant du moyen, la Commission fait valoir en substance qu'il doit être écarté comme inopérant, dès lors que, en tout état de cause, les requérantes n'ont pas établi que l'amende aurait nécessairement été moins élevée si elle avait considéré que les accords en cause constituaient une infraction unique.

**1257**Il importe de rappeler, d'abord, que le caractère opérant ou inopérant d'un moyen soulevé renvoie à son aptitude, dans l'hypothèse où il serait fondé, à entraîner l'annulation que poursuit le requérant et non à l'intérêt que celui-ci peut avoir à introduire un tel recours ou encore à soulever un moyen déterminé, ces questions relevant respectivement de la recevabilité du recours et de celle du moyen (arrêt du 21 septembre 2000, EFMA/Conseil, C 46/98 P, EU:C:2000:474, point 38).

**1258**Ensuite, dans la mesure notamment où, si elle démontre l'existence d'un intérêt légitime à procéder à une telle constatation, la Commission dispose du pouvoir d'adopter une décision constatant une infraction sans assortir cette décision d'une amende (voir, en ce sens, arrêts du 6 octobre 2005, Sumitomo Chemical et Sumika Fine Chemicals/Commission, T 22/02 et T 23/02, EU:T:2005:349, point 31, et du 16 novembre 2006, Peróxidos Orgánicos/Commission, T 120/04, EU:T:2006:350, point 18), la légalité d'une décision constatant la participation d'une entreprise à une infraction ne saurait dépendre de la légalité de l'amende infligée à cette entreprise. C'est pourquoi les moyens qui sont relatifs à l'imposition des sanctions ne peuvent, par définition, concerner que l'imposition de l'amende et non la constatation de l'infraction elle-même (voir, en ce sens, arrêt du 27 juin 2012, Bolloré/Commission, T 372/10, EU:T:2012:325, point 81). En revanche, les moyens relatifs à la constatation de l'infraction elle-même sont, en principe, aptes à entraîner l'annulation non seulement de la décision constatant la participation d'une entreprise à une infraction, mais également, par voie de conséquence, de l'amende infligée à cette entreprise.

**1259**Il s'ensuit, en l'espèce, que, si le Tribunal devait considérer que c'est à tort que la Commission a identifié des infractions distinctes au titre de chacun des accords litigieux au lieu d'une infraction unique, la décision attaquée devrait être annulée en tant qu'elle constate l'existence, à l'égard des requérantes, d'infractions distinctes et, par voie de conséquence, en tant qu'elle leur inflige des amendes au titre de ces infractions, et ce indépendamment de la question de savoir si cette annulation aurait un impact favorable pour les requérantes sur le montant total des amendes distinctes qui leur ont été infligées et qui, le cas échéant, devrait être à nouveau calculé si une amende unique leur était infligée dans le cadre d'une nouvelle décision. En effet, il convient de rappeler que la compétence de pleine juridiction dont dispose le Tribunal sur le fondement de l'article 31 du règlement no 1/2003 concerne la seule appréciation par celui-ci de l'amende infligée par la Commission, à l'exclusion de toute modification des éléments constitutifs de

l'infraction légalement constatée par la Commission dans la décision dont le Tribunal est saisi (arrêt du 21 janvier 2016, Galp Energía España e.a./Commission, C 603/13 P, EU:C:2016:38, point 77).

**1260**À titre surabondant, en tout état de cause, il y a lieu de considérer que, si le Tribunal devait considérer que c'est à tort que la Commission a identifié des infractions distinctes au lieu d'une infraction unique, cela aurait une incidence sur le montant de l'amende.

**1261**En effet, il importe de rappeler que qualifier certains agissements illicites de constitutifs d'une seule et même infraction ou d'une pluralité d'infractions distinctes n'est pas, en principe, sans conséquences sur la sanction pouvant être imposée, dès lors que la constatation d'une pluralité d'infractions distinctes peut entraîner l'imposition de plusieurs amendes distinctes, chaque fois dans les limites fixées à l'article 23, paragraphe 2, du règlement no 1/2003, c'est-à-dire dans le respect du plafond de 10 % du chiffre d'affaires réalisé au cours de l'exercice social précédant l'adoption de la décision. Aussi la Commission peut-elle constater, dans une seule décision, deux infractions distinctes et infliger deux amendes dont le montant total dépasse le plafond de 10 % fixé à l'article 23, paragraphe 2, du règlement no 1/2003, pour autant que le montant de chaque amende ne dépasse pas ledit plafond. En effet, il est indifférent, pour l'application dudit plafond de 10 %, que des infractions différentes aux règles de concurrence de l'Union soient sanctionnées au cours d'une procédure unique ou au cours de procédures séparées, décalées dans le temps, la limite supérieure de 10 % s'appliquant à chaque infraction à l'article 101 TFUE (voir arrêt du 6 février 2014, AC-Treuhand/Commission, T 27/10, EU:T:2014:59, points 230 à 232 et jurisprudence citée). En l'espèce, il y a cependant lieu de constater, ainsi que l'admettent les requérantes dans la requête, que le montant total des amendes qui leur ont été infligées au titre des infractions aux articles 101 et 102 TFUE est inférieur au plafond de 10 % du chiffre d'affaires réalisé au cours de l'exercice social précédant l'adoption de la décision, fixé à l'article 23, paragraphe 2, du règlement no 1/2003. Par conséquent, les requérantes ne sauraient faire grief à la Commission d'avoir décidé de leur imposer des amendes distinctes afin de pouvoir, pour ces amendes prises dans leur ensemble, dépasser ce plafond de 10 %.

**1262**Toutefois, il ressort des considérants 3120, 3121 et 3128 de la décision attaquée que, dès lors que la Commission a infligé des amendes séparées aux requérantes pour chaque infraction à l'article 101 TFUE, elle a appliqué à ces montants un facteur de correction à la baisse, afin d'éviter un résultat potentiellement disproportionné en raison de l'imposition parallèle de multiples amendes. C'est en effet parce qu'elle a décidé d'infliger aux requérantes plusieurs amendes distinctes que la Commission a appliqué une réduction moyenne de 54,5 % au montant de la valeur des ventes des requérantes pris en compte pour déterminer le montant de chacune des amendes, reflétant le degré de recoupement temporel et géographique des infractions correspondantes. En tout état de cause, il appartiendrait, par conséquent, à la Commission, pour démontrer que le moyen est inopérant, d'établir que l'amende infligée aux requérantes aurait été aussi élevée avec une seule infraction, ce qui semble peu probable.

**1263**Il convient, par conséquent, d'examiner le moyen au fond.

**1264**Selon une jurisprudence constante, une violation de l'article 101, paragraphe 1, TFUE peut résulter non seulement d'un acte isolé, mais également d'une série d'actes ou bien encore d'un comportement continu, quand bien même un ou plusieurs éléments de cette série d'actes ou de ce comportement continu pourraient également constituer, en

eux-mêmes et pris isolément, une violation de ladite disposition. Ainsi, lorsque les différentes actions s'inscrivent dans un « plan d'ensemble », en raison de leur objet identique faussant le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché intérieur, la Commission est en droit d'imputer la responsabilité de ces actions en fonction de la participation à l'infraction considérée dans son ensemble (arrêts du 6 décembre 2012, Commission/Verhuizingen Coppens, C 441/11 P, EU:C:2012:778, point 41, et du 24 juin 2015, Fresh Del Monte Produce/Commission et Commission/Fresh Del Monte Produce, C 293/13 P et C 294/13 P, EU:C:2015:416, point 156).

**1265** Une entreprise ayant participé à une telle infraction unique et complexe par des comportements qui lui étaient propres, qui relevaient des notions d'accord ou de pratique concertée ayant un objet anticoncurrentiel au sens de l'article 101, paragraphe 1, TFUE et qui visaient à contribuer à la réalisation de l'infraction dans son ensemble, peut ainsi être également responsable des comportements mis en œuvre par d'autres entreprises dans le cadre de la même infraction pour toute la période de sa participation à ladite infraction. Tel est le cas lorsqu'il est établi que ladite entreprise entendait contribuer par son propre comportement aux objectifs communs poursuivis par l'ensemble des participants et qu'elle avait connaissance des comportements infractionnels envisagés ou mis en œuvre par d'autres entreprises dans la poursuite des mêmes objectifs, ou qu'elle pouvait raisonnablement les prévoir et qu'elle était prête à en accepter le risque (arrêts du 6 décembre 2012, Commission/Verhuizingen Coppens, C 441/11 P, EU:C:2012:778, points 42 et 60, et du 24 juin 2015, Fresh Del Monte Produce/Commission et Commission/Fresh Del Monte Produce, C 293/13 P et C 294/13 P, EU:C:2015:416, point 157).

**1266** Ainsi, selon la jurisprudence de la Cour, l'application de la notion d'« infraction unique » permet, sous certaines conditions, d'imputer la responsabilité d'un ensemble de comportements infractionnels à tous les participants à l'un ou à l'autre des comportements composant cet ensemble. Une telle possibilité n'est cependant envisageable que si, notamment, un objectif commun à tous les participants peut être identifié.

**1267** La nécessité d'un objectif, d'une finalité ou d'un but commun ressort non seulement des arrêts cités aux points 1264 et 1265 ci-dessus, mais également de la jurisprudence antérieure.

**1268** Ainsi, dans l'arrêt du 8 juillet 1999, Commission/Anic Partecipazioni (C 49/92 P, EU:C:1999:356, points 82 et 83), la Cour a confirmé le raisonnement du Tribunal selon lequel, premièrement, les accords et les pratiques concertées constatés s'inscrivaient, en raison de leur objet identique, dans des systèmes de réunions périodiques de fixation d'objectifs de prix et de quotas, systèmes qui s'inscrivaient à leur tour dans une série d'efforts des entreprises en cause poursuivant un seul but économique, à savoir fausser l'évolution des prix, et, deuxièmement, il serait artificiel de subdiviser ce comportement continu, caractérisé par une seule finalité, en y voyant plusieurs infractions distinctes, alors qu'il s'agit au contraire d'une infraction unique qui s'est progressivement concrétisée tant par des accords que par des pratiques concertées.

**1269** De même, la Cour a jugé, dans l'arrêt du 7 janvier 2004, Aalborg Portland e.a./Commission (C 204/00 P, C 205/00 P, C 211/00 P, C 213/00 P, C 217/00 P et C 219/00 P, EU:C:2004:6, points 258 et 259), que, lorsque différentes actions s'inscrivent dans un « plan d'ensemble », en raison de leur objet identique faussant le jeu de la

concurrence dans le marché intérieur, la Commission est en droit d'imputer la responsabilité de ces actions en fonction de la participation à l'infraction considérée dans son ensemble. Elle a précisé à cet égard qu'il était artificiel de subdiviser en plusieurs comportements distincts un accord caractérisé par une série d'efforts poursuivant une seule finalité économique, à savoir le respect des marchés domestiques.

**1270** Par ailleurs, il doit être souligné que la présence d'un objectif commun est inhérente à la notion de « plan d'ensemble » à laquelle se réfère la jurisprudence de la Cour, puisqu'un tel plan ne pourrait exister sans un objectif commun auquel adhèrent tous les participants.

**1271** Enfin, il convient de relever que des liens de complémentarité entre des accords ou des pratiques concertées peuvent constituer des indices objectifs confortant l'existence d'un plan d'ensemble visant à la réalisation d'un objectif anticoncurrentiel unique. Il existe de tels liens lorsque lesdits accords ou lesdites pratiques visent à faire face à une ou à plusieurs conséquences du jeu normal de la concurrence et contribuent, par leur interaction, à la réalisation d'un objectif unique anticoncurrentiel (voir, en ce sens, arrêts du 28 avril 2010, Amann & Söhne et Cousin Filterie/Commission, T 446/05, EU:T:2010:165, point 92 et jurisprudence citée, et du 16 septembre 2013, Masco e.a./Commission, T 378/10, EU:T:2013:469, points 22, 23 et 32 et jurisprudence citée). C'est sur la base des considérations générales qui précèdent qu'il y a lieu d'examiner les faits spécifiques à l'espèce.

**1272** À cet égard, il convient tout d'abord de relever que les requérantes étaient parties à des accords de règlement amiable distincts conclus chacun avec une ou plusieurs sociétés de génériques différentes selon les accords et que, ainsi qu'il ressort de l'examen des moyens spécifiques à chacun de ces accords, ceux-ci constituaient, en eux-mêmes et pris isolément, une violation de l'article 101 TFUE.

**1273** Dans un tel contexte, la Commission n'aurait pu, au regard de la jurisprudence qui vient d'être rappelée, considérer que les accords de règlement amiable en cause constituaient une infraction unique et continue à l'article 101 TFUE que si elle avait été en mesure d'établir, notamment, que ces accords s'inscrivaient dans un plan d'ensemble.

**1274** Dès lors, le constat d'une infraction unique supposait que Servier et toutes les sociétés de génériques concernées aient conclu les accords litigieux en poursuivant au moins un objectif commun.

**1275** Or, les requérantes ne font pas valoir, à tout le moins de manière explicite, l'existence d'un tel objectif qu'elles identifieraient précisément.

**1276** Au surplus, l'existence d'un tel objectif ne ressort pas des pièces du dossier.

**1277** À cet égard, il importe de préciser que la notion d'objectif commun ou unique ne saurait être déterminée par la référence générale à la distorsion de la concurrence dans le marché concerné par l'infraction, dès lors que la restriction de concurrence constitue, en tant qu'objet ou effet, un élément consubstantiel à tout comportement relevant du champ d'application de l'article 101, paragraphe 1, TFUE. Une telle définition de la notion d'objectif unique risquerait de priver la notion d'infraction unique et continue d'une partie de son sens dans la mesure où elle aurait comme conséquence que plusieurs comportements, concernant un secteur économique, interdits par l'article 101, paragraphe 1, TFUE devraient systématiquement être qualifiés d'éléments constitutifs



d'une infraction unique (voir arrêt du 28 avril 2010, Amann & Söhne et Cousin Filterie/Commission, T 446/05, EU:T:2010:165, point 92 et jurisprudence citée).

**1278**Or, il ne ressort pas des pièces du dossier qu'il existait un objectif commun à Servier et aux sociétés de génériques susceptible d'être défini de manière plus précise que par une simple référence générale à la distorsion de la concurrence dans le marché concerné par l'infraction.

**1279**Par ailleurs, les sociétés de génériques n'avaient pas conclu d'accords de règlement amiable qui les liaient entre elles, mais seulement des accords qui liaient chacune d'entre elles à Servier. De plus, à l'exception de l'accord Matrix, les accords ainsi conclus faisaient suite, notamment, à des litiges nationaux spécifiques à chacune des sociétés de génériques et l'opposant à Servier, sans que les autres sociétés de génériques en cause soient concernées par ces litiges. Enfin, ces accords, conclus à des moments différents, avaient des contenus différents, les accords Niche et Matrix impliquant un simple paiement inversé, l'accord Teva prévoyant une clause d'achat exclusif et l'accord Lupin étant associé à la conclusion d'un accord de cession par Lupin de demandes de brevets à Servier.

**1280**Il convient d'ajouter que l'entrée en vigueur de chacun des accords n'était pas subordonnée à l'entrée en vigueur des autres accords et aucune clause des accords ne prévoyait ou ne générait une coordination entre le comportement des différentes sociétés de génériques. En outre, il ne ressort pas des pièces du dossier que ces sociétés aient, d'une manière ou d'une autre, coordonné leurs efforts pour restreindre la concurrence. En l'absence de tels liens entre les accords ou d'éléments démontrant qu'il existait, au moment de la conclusion des accords, une concertation entre les sociétés de génériques, la seule coordination qui ressorte des pièces du dossier est celle exercée par Servier pour la conclusion des différents accords.

**1281**Au regard des considérations qui précèdent, il ne peut être conclu que les sociétés de génériques en cause participaient à un plan d'ensemble. Au contraire, il doit être constaté qu'elles se bornaient, ainsi que le souligne à juste titre la Commission dans son mémoire en défense, à saisir l'opportunité que présentait pour chacune d'entre elles le projet d'accord envisagé avec Servier. Chacune des sociétés de génériques a ainsi participé à un accord autonome d'exclusion du marché sans contribuer à un ensemble d'accords ayant un objectif commun.

**1282**En l'absence d'objectif commun à Servier et à chacune des sociétés de génériques et donc de plan d'ensemble, c'est à bon droit que la Commission n'a pas conclu que les accords de règlement amiable en cause constituaient une infraction unique.

**1283**La conclusion qui précède ne saurait être remise en cause par les autres arguments des requérantes.

**1284**En premier lieu, si les requérantes étaient parties à tous les accords de règlement amiable en cause et si la Commission a pu considérer que certaines sociétés de génériques avaient été informées de la circonstance que les requérantes avaient conclu d'autres règlements amiables avec des sociétés de génériques, il n'en demeure pas moins que la seule connaissance d'autres pratiques anticoncurrentielles ne suffit pas à constater l'existence d'une infraction unique. En effet, si une telle connaissance constitue une condition requise pour rendre une entreprise responsable de comportements mis en œuvre par d'autres entreprises dans le cadre d'une infraction unique (voir point 1265 ci-

dessus), elle ne permet pas en tant que telle de prouver l'existence d'un élément subjectif commun et, en particulier, la poursuite d'une finalité ou d'un objectif communs à tous les participants, seuls à même de démontrer l'existence d'une infraction unique (voir, en ce sens, arrêts du 12 décembre 2007, BASF et UCB/Commission, [T 101/05](#) et [T 111/05](#), EU:T:2007:380, point 205, et du 28 avril 2010, Amann & Söhne et Cousin Filterie/Commission, [T 446/05](#), EU:T:2010:165, point 108).

**1285**En deuxième lieu, les requérantes font grief à la Commission d'avoir, au considérant 3120 de la décision attaquée, mentionné trois précédents décisionnels non pertinents ou non invocables, car certaines des décisions en cause n'avaient pas été publiées. Il convient cependant de rappeler, en tout état de cause, que c'est pour des raisons objectives que la Commission peut entamer des procédures distinctes, constater plusieurs infractions distinctes et infliger plusieurs amendes distinctes (voir arrêt du 28 avril 2010, Amann & Söhne et Cousin Filterie/Commission, [T 446/05](#), EU:T:2010:165, point 93 et jurisprudence citée). Par conséquent, en l'espèce, la circonstance que la Commission ait cité ou non des précédents pertinents qui ont ou non été publiés ne saurait entacher d'illégalité la décision attaquée, la Commission étant tenue, dans chaque affaire, de vérifier si des raisons objectives permettent de constater l'existence d'une infraction unique. Il peut également être ajouté, à titre surabondant, que la Commission n'a en l'espèce évoqué les précédents critiqués qu'à titre d'illustration de cas d'infliction d'amendes séparées pour des infractions distinctes, après avoir rappelé qu'il découlait de l'article 23, paragraphe 2, du règlement no 1/2003 et était conforme aux lignes directrices pour le calcul des amendes que des amendes séparées devraient être imposées pour chaque infraction.

**1286**En troisième lieu, les requérantes reprochent à la Commission d'avoir entaché son analyse de contradiction de motifs. Selon elles, la Commission ne pourrait écarter la qualification d'infraction unique pour les accords de règlement amiable, au titre de l'article 101 TFUE, dès lors qu'elle a considéré, dans la partie de la décision attaquée relative à l'abus de position dominante, que ces mêmes accords étaient constitutifs d'une seule infraction à l'article 102 TFUE.

**1287**Toutefois, une telle argumentation ne peut être accueillie.

**1288**En effet, la notion d'infraction unique au sens de l'article 101 TFUE vise des comportements bilatéraux ou multilatéraux de plusieurs entreprises, tandis que la notion d'exploitation abusive de sa position dominante par une entreprise recouvre des comportements unilatéraux de celle-ci, tels que ceux constatés par la Commission dans la partie de la décision attaquée relative à l'application de l'article 102 TFUE. Ces deux notions étant distinctes et reposant sur des critères différents, le constat de l'existence d'une infraction unique au sens de l'article 101 TFUE ne saurait résulter du fait que le comportement de l'une des entreprises parties à cette infraction est, par ailleurs, qualifié d'exploitation abusive de position dominante. A fortiori en va-t-il ainsi lorsque, comme en l'espèce, la qualification d'exploitation abusive de position dominante repose, en partie, sur la prise en considération d'un comportement qui n'a pas été examiné dans le cadre de l'article 101 TFUE, à savoir l'acquisition par les requérantes de la technologie d'Azad.

**1289**En outre, il y a lieu de relever que la Commission n'a pas constaté, dans la partie de la décision attaquée relative à l'application de l'article 102 TFUE, que les requérantes auraient, dans la mise en œuvre de leur stratégie d'éviction de leurs concurrents au moyen de la passation d'accords de règlement amiable et de l'acquisition de la technologie

d'Azad, poursuivi un objectif commun avec les sociétés de génériques, condition nécessaire à la reconnaissance d'une infraction unique au sens de l'article 101 TFUE. Les requérantes n'allèguent d'ailleurs pas que la Commission aurait fait un tel constat. Par conséquent, elles ne peuvent valablement tirer argument de cette partie de la décision attaquée pour conclure que la Commission aurait dû considérer que les accords de règlement amiable étaient constitutifs d'une infraction unique.

**1290** Il résulte de tout ce qui précède qu'il convient d'écarter le présent moyen.

b) Sur la qualification d'infractions distinctes des accords conclus avec Niche et avec Matrix

1) Arguments des parties

**1291** À titre très subsidiaire, les requérantes soutiennent que la Commission a commis des erreurs de droit et d'appréciation en considérant que les accords conclus avec Niche et avec Matrix constituaient deux infractions distinctes, alors même qu'elle a constaté que Matrix était le fournisseur de Niche, que ces accords avaient un objectif commun, étaient animés par les « mêmes motivations » et avaient été conclus de manière concomitante. Les requérantes soulignent le caractère complémentaire des deux accords de règlement amiable, qui portaient sur un seul produit développé conjointement par Niche et par Matrix depuis 2001, et le fait qu'ils ont été conclus au même endroit, à la même date et avec le même salarié des requérantes. Elles estiment que, selon la décision attaquée, il existait un objectif et un plan communs entre elles, Niche et Matrix, les deux accords visant à éviter le lancement d'une version générique du périndopril moyennant un paiement. En raison de l'identité d'objet, des effets, de la valeur des ventes, de la durée et du champ géographique des deux accords, le fait d'imposer deux amendes distinctes reviendrait à sanctionner deux fois les mêmes faits.

**1292** La Commission fait valoir que les requérantes n'ont pas établi que la reconnaissance de l'existence d'une infraction unique et continue aurait eu un impact sur le montant de l'amende. En tout état de cause, elle soutient que Niche et Matrix se sont entendues séparément avec les requérantes sur les termes de chaque accord et que leurs objectifs divergeaient, ainsi que le montrerait le fait que Matrix a coupé tout lien avec Niche à la suite de l'accord et a, contrairement à cette dernière, repris une activité sur le marché en 2008. La Commission estime ainsi qu'il n'existait pas de plan commun de Niche et de Matrix de se retirer du marché en échange d'un paiement des requérantes.

2) Appréciation du Tribunal

**1293** Il ressort du point 5 et du considérant 3120 de la décision attaquée que la Commission a estimé que les deux accords conclus par les requérantes (et Biogaran) avec Niche (accord de règlement amiable et contrat de licence et de fourniture) et l'accord de règlement amiable conclu avec Matrix constituaient deux infractions distinctes à l'article 101 TFUE. Les requérantes soutiennent que ces accords constitueraient une infraction unique.

**1294** La Commission fait valoir que le moyen doit être écarté comme inopérant, dès lors que, en tout état de cause, les requérantes n'ont pas établi que l'amende aurait nécessairement été moins élevée si elle avait considéré que les accords conclus avec Niche et avec Matrix constituaient une infraction unique. Il ressort cependant des points 1256 à 1263 ci-dessus que, si ce moyen était fondé, la décision attaquée devrait être annulée et l'amende recalculée. Par conséquent, le présent moyen doit, à l'instar de celui

critiquant de manière générale la qualification d'infractions distinctes des différents accords conclus par les requérantes, être considéré comme opérant.

**1295**Quant au bien-fondé de ce moyen, il y a lieu de rappeler que, aux fins de constater l'existence d'une infraction unique, il appartient à la Commission d'établir que les accords en cause s'inscrivent dans un plan d'ensemble mis en œuvre sciemment par les entreprises concernées en vue de la réalisation d'un objectif anticoncurrentiel unique et qu'elle est tenue d'examiner, à cet égard, tous les éléments factuels susceptibles d'établir ou de remettre en cause ledit plan d'ensemble (voir, en ce sens, arrêt du 16 septembre 2013, Masco e.a./Commission, T\_378/10, EU:T:2013:469, points 22 et 23 ; voir, également, points 1264 à 1269 ci-dessus).

**1296**Or, en l'espèce, il peut certes être déduit des arguments avancés par les requérantes que ces dernières étaient animées par les « mêmes motivations » en concluant les accords en cause, ainsi que l'a pertinemment relevé la Commission au considérant 1472 de la décision attaquée, et poursuivaient à cet égard un objectif identique, à savoir régler de manière définitive le litige en cours et éviter tout contentieux futur portant sur le produit de Niche/Matrix ainsi qu'éliminer ce produit en tant que source de concurrence potentielle moyennant paiement. En particulier, attestent effectivement de ce même objectif poursuivi par les requérantes lors de la conclusion des accords avec Niche et avec Matrix le fait que ces accords ont été signés le même jour et au même endroit par le même représentant des requérantes, le fait que leur champ d'application temporel et géographique était identique, le fait que les accords portaient notamment sur le même produit en imposant des obligations similaires à Niche et à Matrix et, enfin, le fait non contesté qu'il était dans l'intérêt des requérantes de conclure des accords avec les deux parties prenantes au projet de périndopril commun concerné (voir, à cet égard, considérant 2940 de la décision attaquée).

**1297**Cependant, de telles données factuelles ne permettent pas d'établir que Niche et Matrix poursuivaient ensemble un même objectif, attestant d'un plan commun, en concluant les accords en cause, ni a fortiori qu'elles partageaient ce plan commun avec les requérantes.

**1298**En effet, la conclusion des accords le même jour et au même endroit atteste certes de leurs liens et de l'objectif commun poursuivi par Servier, signataire des deux accords, mais ne permet pas à elle seule d'établir un plan commun entre les autres signataires, Niche et Matrix. De même, la représentation de Niche et de Matrix par un même avocat – expliquant également le versement des deux transferts de valeur sur un même compte, celui de leur représentant commun – révèle l'absence de conflit d'intérêts entre elles, mais ne permet pas en tant que telle d'établir une communauté d'intérêts, et ce d'autant plus que le représentant en cause était celui de Niche et qu'il n'a représenté Matrix que pour la signature de l'accord Matrix (considéranants 575 et 576 de la décision attaquée). Par ailleurs, si les deux accords interdisent effectivement la commercialisation du produit de Niche/Matrix, il doit être relevé que l'accord Niche porte de manière générale sur tous les produits potentiellement contrefaisants que pourrait élaborer Niche, seule ou avec d'autres partenaires, de même que l'accord Matrix porte de manière générale sur tous les produits potentiellement contrefaisants que pourrait élaborer Matrix, seule ou avec d'autres partenaires (selon la définition du « process » retenue dans chacun des accords), ce qui au surplus relativise la similitude entre les clauses des accords. Il convient d'ajouter, à cet égard, que les clauses des accords Niche et Matrix ne sont d'ailleurs pas

rigoureusement identiques, compte tenu notamment des litiges différents opposant Servier à Niche, d'une part, et Servier à Matrix, d'autre part. Ainsi, seul l'accord Niche comprend des clauses prévoyant la fin des litiges en cours devant les juridictions du Royaume-Uni et devant l'OEB (articles 2 et 7 de l'accord Niche), Matrix n'étant impliquée directement dans aucun de ces contentieux (voir également l'article 9 de l'accord Niche, qui n'a pas non plus d'équivalent dans l'accord Matrix).

**1299**Ne permet pas davantage de démontrer l'existence d'un plan commun de Niche avec Matrix leur prétendue entente sur la mise en œuvre des accords qu'ils ont conclus avec les requérantes. En effet, une telle entente ne saurait être considérée comme suffisamment établie par la seule mention d'un accord oral de partage de l'indemnisation des clients de Niche et d'une demande de confirmation écrite de cet accord par Niche à Matrix. Elle est même contredite par la mise en œuvre concrète des accords, qui s'est notamment traduite par la suspension unilatérale par Matrix de l'accord Niche-Matrix.

**1300**Il ne ressort pas non plus du déroulement des négociations des accords en cause que Niche et Matrix auraient poursuivi un même objectif en concluant lesdits accords. En effet, plusieurs éléments non contestés du dossier et de la décision attaquée (considérants 574 à 577 de la décision attaquée) révèlent que la conclusion par Matrix de son accord avec Servier relève davantage de sa volonté de saisir une opportunité offerte par les requérantes (voir également point 1281 ci-dessus) que d'un plan commun avec son partenaire Niche visant à mettre un terme à leur projet commun de périndopril. En particulier, d'une part, Matrix n'a été informée de l'existence de négociations entre Niche et les requérantes que deux jours avant la conclusion de son propre accord avec les requérantes et elle n'a été brièvement informée de l'état de ces négociations que la veille. D'autre part, il peut être déduit du considérant 577 de la décision attaquée que la participation de Matrix aux négociations a principalement porté sur le montant du transfert de valeur.

**1301**Il peut être relevé enfin que la qualification d'infraction unique des accords Niche et Matrix conduirait à inclure dans cette infraction l'accord conclu entre Niche et Biogaran, que la Commission a considéré, sans que cela soit contesté par les requérantes, comme faisant partie de l'infraction qui leur est reprochée au titre de l'accord Niche (voir notamment considérant 3006 de la décision attaquée). Or, il ne saurait être considéré qu'un tel accord, négocié entre Biogaran et Niche à l'insu de Matrix, sans rapport avec le produit de Niche/Matrix et ayant un objet différent de l'accord Matrix (accord de licence et de fourniture relatif à d'autres médicaments), participe d'un plan qui pourrait être commun à Niche et à Matrix et a fortiori à ces deux sociétés et aux requérantes.

**1302**Il y a donc lieu de considérer que la Commission n'a pas commis d'erreur de droit ou d'erreur d'appréciation en qualifiant d'infractions distinctes les accords respectivement conclus par les requérantes (et Biogaran) avec Niche et avec Matrix. Il s'ensuit également que les requérantes ne sauraient faire grief à la Commission de les avoir sanctionnées deux fois pour les mêmes faits. En effet, dès lors que la Commission a constaté l'existence de deux infractions distinctes, elle était fondée à infliger aux requérantes deux amendes distinctes. En revanche, les conditions particulières de conclusion de l'accord Matrix et la portée spécifique de cet accord impliquent, ainsi qu'il sera exposé aux points 1692 à 1699 ci-après, que soient dûment prises en considération ces caractéristiques dans l'appréciation de la proportionnalité de l'amende infligée au titre de cet accord, au regard de celle sanctionnant l'accord Niche.

**1303** Il résulte de tout ce qui précède qu'il convient d'écarter le présent moyen et ainsi les moyens tirés d'erreurs de droit et d'appréciation relatives à la qualification d'infractions distinctes dans leur ensemble.

12. Sur les erreurs de droit et d'appréciation relatives à la définition du marché des produits finis pertinent

a) Arguments des parties

1) Considérations générales

**1304** Les requérantes et l'intervenante soutiennent que la Commission a commis une erreur d'appréciation et une erreur de droit en restreignant le marché des produits finis pertinents à la seule molécule du périndopril et en excluant les quinze autres inhibiteurs de l'enzyme de conversion (IEC) du marché, dans le seul but de pouvoir conclure à l'existence d'une position dominante de Servier sur ce marché. Selon l'intervenante, la Commission aurait dénaturé les éléments objectifs du cas d'espèce afin de pouvoir restreindre la définition du marché à la seule molécule du périndopril. De même, en s'écartant de sa pratique décisionnelle et en reconnaissant l'absence de précédents, elle aurait implicitement considéré tout médicament princeps comme dominant sur un marché réduit à sa seule molécule, en dépit des données pertinentes. Ainsi, la Commission n'aurait pas défini le marché pertinent en tenant compte de l'ensemble du contexte économique et des conditions de concurrence et de la structure de la demande et de l'offre sur le marché en cause, ainsi que la jurisprudence le lui imposait pourtant. De plus, contrairement à ce qui résulte de la jurisprudence, la Commission n'aurait pas pris en compte l'ensemble des données pertinentes pour définir le marché en cause. La Commission se serait ainsi limitée à examiner la seule variable des prix et aurait refusé d'examiner tout autre élément constituant une pression concurrentielle, tels que, par exemple, les efforts de promotion, le lancement de nouveaux dosages ou de nouvelles études de morbi-mortalité, alors même que le prix des médicaments est encadré par les autorités de santé et que la demande est déterminée par les prescripteurs, qui ne sont généralement pas très sensibles aux prix des médicaments, et non par les consommateurs finaux. De plus, la Commission n'aurait pas expliqué pourquoi, alors même que, selon elle, les autres IEC n'exerçaient pas de contrainte concurrentielle significative sur le périndopril, les requérantes avaient dépensé des sommes importantes en promotion et en études médicales pour différencier le périndopril des autres IEC. L'intervenante reproche en outre à la Commission de s'être fondée sur des moyens de preuve subjectifs, tels que des documents commerciaux internes des requérantes.

**1305** La Commission fait valoir qu'elle a pu considérer à juste titre que le marché pertinent était limité, pour les produits finis, au seul périndopril, après avoir procédé à l'évaluation d'un ensemble de données, de l'usage thérapeutique du périndopril, des événements naturels (à savoir les événements passés survenus sur le marché et susceptibles d'apporter des informations sur la nature de la concurrence), des schémas de transfert ainsi que d'autres facteurs tels que les efforts promotionnels, le cadre réglementaire et l'importance de la contrainte que constituaient les génériques. Elle estime avoir respecté les principes retenus par la jurisprudence pour définir le marché pertinent, en tenant compte de l'ensemble du contexte économique, de manière à pouvoir apprécier la puissance économique effective de l'entreprise concernée et en donnant leur juste place aux éléments de preuve relatifs au prix du périndopril et à sa substituabilité thérapeutique avec d'autres médicaments. La Commission soutient qu'elle ne s'est pas contentée de

limiter son analyse au facteur prix et a procédé à une évaluation globale, en analysant, notamment, la structure de l'offre et de la demande sur les marchés pharmaceutiques, le mode d'action du périndopril, sa place dans la classification médicale et les recommandations médicales pertinentes, la stratégie de différenciation des requérantes, les différentes formes de vente du périndopril ainsi qu'une analyse approfondie, pour chacun des quatre États membres concernés, des conditions de remboursement applicables et des ventes du périndopril, des dépenses promotionnelles, de la rentabilité du périndopril, des effets du verrouillage et de leur lien avec l'inertie des prescripteurs ainsi que du cadre réglementaire applicable. La Commission précise qu'elle a tenu compte des efforts promotionnels des requérantes et des fabricants d'autres IEC et soutient que le fait que les requérantes aient développé des activités de promotion du périndopril ne saurait suffire à établir que le périndopril était en concurrence directe avec les autres IEC. En effet, même un médicament en situation de monopole devrait faire l'objet de promotion et d'études médicales, dès lors que ces dernières contribuent à la diffusion de l'information médicale auprès des prescripteurs. Enfin, la Commission fait valoir que son analyse repose sur des preuves concordantes et des sources variées et non sur les seuls documents promotionnels des requérantes.

2) Sur le premier grief, tiré de la méconnaissance des caractéristiques particulières de la concurrence dans le secteur pharmaceutique

**1306** Les requérantes reprochent à la Commission d'avoir limité le marché pertinent au seul périndopril en se fondant sur le fait que les baisses de prix des autres médicaments qui auraient pu avoir le même usage n'auraient pas eu d'impact négatif sur les ventes de périndopril. La Commission, d'une part, aurait ainsi méconnu les particularités du secteur pharmaceutique et, d'autre part, se serait fondée non sur une analyse globale des facteurs pertinents, mais essentiellement sur une analyse économétrique, au surplus erronée.

**1307** Les requérantes et l'intervenante soutiennent que la Commission aurait méconnu les caractéristiques particulières du secteur pharmaceutique. En effet, ce secteur serait « atypique » en ce que la demande y est déterminée par les prescripteurs, qui ne sont ni les consommateurs finaux ni les payeurs, et que les choix des médecins sont principalement guidés par la pertinence et l'efficacité thérapeutique des médicaments plus que par leurs prix. La concurrence s'exercerait, par conséquent, par l'innovation, la qualité des produits et la promotion. Les mesures promotionnelles présenteraient notamment une importance particulière, compte tenu du conservatisme des médecins dans leurs habitudes de prescription et de leur insensibilité aux prix. Les tests économiques traditionnels utilisés par la Commission en l'espèce, qui permettent d'évaluer l'existence d'une concurrence entre médicaments en fonction de leurs seuls prix, seraient, ainsi, inadaptés. La situation serait analogue à celle d'un marché où les produits sont gratuits et où la demande est déterminée par d'autres facteurs que les prix, à savoir la substituabilité thérapeutique. La Commission aurait d'ailleurs indiqué, dans sa communication sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence (JO 1997, C 372, p. 5, ci-après la « communication sur la définition du marché pertinent »), que la substituabilité au niveau de la demande constituait le paramètre principal de la définition du marché pertinent.

**1308** La jurisprudence aurait également considéré que les différences de prix entre médicaments pouvaient tout au plus refléter la perception des autorités de santé nationales quant à l'efficacité thérapeutique des médicaments et souligné que les facteurs

prix devaient être appréciés dans leur contexte propre. Ainsi, dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt du 1er juillet 2010, AstraZeneca/Commission (T 321/05, EU:T:2010:266), la Commission, comme le Tribunal et la Cour, aurait insisté sur l'importance d'effectuer une évaluation globale ne pouvant reposer uniquement sur les prix. En revanche, en l'espèce, la Commission ne se serait servie de la substituabilité fonctionnelle que pour paramétrer son analyse économétrique et n'aurait finalement utilisé que le résultat de cette analyse relatif à l'absence d'influence du facteur prix sur la demande en périndopril pour définir le marché pertinent. La décision attaquée serait en outre entachée d'une contradiction en ce qu'elle aurait admis la faible sensibilité des médecins aux prix tout en cherchant à évaluer le degré de concurrence entre les IEC à partir de variations de leurs prix relatifs.

**1309**Dans sa pratique décisionnelle, la Commission aurait d'ailleurs accordé une prépondérance à la classification anatomique, thérapeutique et chimique (ATC) des médicaments de l'Organisation mondiale de la santé (OMS), en s'en écartant uniquement sur le fondement de la substituabilité thérapeutique. Or, le périndopril formerait une classe thérapeutique homogène avec les autres IEC, ainsi que de nombreuses autorités publiques nationales chargées de la fixation du prix ou du niveau de remboursement l'auraient admis en les plaçant tous dans la même catégorie de remboursement, car elles les considéraient comme substituables.

**1310**L'étude effectuée par IMS Health, à partir de données provenant d'une tierce partie indépendante, montrerait également, au niveau national, l'existence d'un transfert de la demande du périndopril vers d'autres IEC, notamment pour les nouveaux patients. La Commission aurait cependant refusé de prendre en compte les résultats de cette étude, pourtant produite par les requérantes dans leur réponse à l'exposé des faits, au motif qu'elle n'aurait pas été fiable, alors même que les requérantes auraient fourni une description circonstanciée de la méthodologie et des données utilisées, que la Commission considérerait elle-même IMS Health comme l'un des leaders de référence dans la fourniture de données dans le secteur pharmaceutique et qu'elle n'aurait pas jugé nécessaire de recontacter les requérantes afin d'obtenir des éclaircissements sur les points qu'elle considérerait comme problématiques. La Commission ne saurait faire valoir que l'absence de production de la correspondance échangée entre les requérantes et IMS Health suffirait à écarter cette étude.

**1311**La Commission soutient qu'elle a pu prendre en compte à juste titre le prix relatif des médicaments en cause comme l'un des éléments de son analyse et que son analyse économique n'est pas viciée. À titre préalable, elle souligne le rôle spécifique de la détermination du marché pertinent et rappelle que la jurisprudence lui impose de ne pas se contenter d'une substituabilité théorique entre plusieurs produits, mais de prendre en compte les conditions de concurrence. Elle fait en outre valoir que le périndopril n'est pas un produit gratuit et que les patients contribuent également à payer son prix par leurs contributions au système de santé et les tickets modérateurs. Elle souligne, par ailleurs, que certains événements ont eu un impact significatif sur le prix et la demande de périndopril alors que d'autres événements n'ont pas eu cet effet, ce qui montrerait que le facteur prix n'est pas neutre sur le marché pharmaceutique. Enfin, elle soutient que la thèse défendue par les requérantes est contredite par les actions des requérantes au moment des faits, qui ont visé à empêcher l'entrée des génériques sur le marché du périndopril.



**1312**La Commission rappelle que, parmi les éléments de preuve qu'elle a pris en compte pour définir le marché pertinent, figure l'analyse de l'impact de l'entrée sur le marché du périndopril de versions génériques d'autres médicaments inhibiteurs de l'ECA ainsi que des changements réglementaires sur les chiffres d'affaires générés par le périndopril, impact comparé avec celui de l'entrée de la version générique du périndopril sur les ventes et le prix de celui-ci.

**1313**La Commission soutient que la thèse des requérantes, selon laquelle le facteur prix devrait être écarté de l'analyse, révèle une méconnaissance du rôle de la définition du marché pertinent dans l'application du droit de la concurrence de l'Union. Cette définition permettrait, en effet, ainsi que l'indique le paragraphe 2 de la communication sur la définition du marché pertinent, d'identifier de manière systématique les contraintes que la concurrence fait peser sur les entreprises en cause. En l'espèce, il ne s'agirait donc pas de comparer en soi différents produits, mais de déterminer le degré d'indépendance des entreprises à l'égard des autres participants du marché. Selon une jurisprudence constante, l'examen ne doit pas être limité aux seules caractéristiques objectives des produits en cause, mais doit également prendre en compte les conditions de concurrence et la structure de la demande et de l'offre sur le marché.

**1314**Dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt du 1er juillet 2010, AstraZeneca/Commission (T 321/05, EU:T:2010:266), le Tribunal aurait d'ailleurs indiqué que, comme dans les autres secteurs économiques, la définition des marchés pharmaceutiques se réfère à la liberté d'action de l'entreprise et à la question de savoir si cette liberté est soumise à des contraintes, de la part des concurrents, des clients et des consommateurs. Si les spécificités de ces marchés doivent être prises en compte, cela ne signifierait cependant pas que le prix des produits en cause est exclu de l'analyse et que celle-ci ne doit reposer que sur les différences thérapeutiques entre médicaments.

**1315**Selon la Commission, la sensibilité limitée des prescripteurs aux prix, qui est due à la structure réglementaire de la prise en charge des coûts médicaux dans de nombreux États membres, ne signifie pas que le facteur prix doive être écarté de l'analyse. À l'inverse, toujours selon la Commission, si la structure réglementaire du marché permettait aux requérantes d'être soustraites à la pression concurrentielle, cet élément devrait être pris en compte pour la définition du marché. De plus, la seule circonstance que les médecins prescripteurs soient insensibles aux prix relatifs de différents médicaments ne signifierait pas que les requérantes n'étaient pas soumises à la contrainte constituée par les prix.

**1316**Ainsi, la Commission estime que, comme dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt du 1er juillet 2010, AstraZeneca/Commission (T 321/05, EU:T:2010:266), elle ne s'est pas limitée à analyser l'usage thérapeutique du périndopril, mais a également vérifié si les requérantes étaient soumises à des contraintes concurrentielles pour ce produit, en analysant, notamment, leur capacité à déterminer le prix de leur produit. La Commission fait en outre valoir qu'elle n'a pas négligé la question de la substituabilité thérapeutique et qu'elle a également pris en compte les résultats de son analyse des événements naturels ainsi que les décisions des États membres concernés, tout en montrant que le seul fait que le périndopril fût placé dans la même catégorie de remboursement que d'autres IEC n'était pas pertinent aux fins de l'analyse du marché pertinent.

**1317**En outre, la Commission soutient que l'approche retenue dans la décision attaquée, consistant à utiliser la classification ATC 3 comme point de départ de son analyse pour

subdiviser ensuite le marché de manière plus étroite, n'est pas contradictoire avec sa pratique décisionnelle antérieure et a été validée par la jurisprudence.

**1318**S'agissant de l'étude effectuée par IMS Health dont les requérantes se prévalent, la Commission souligne que celle-ci ne lui a été communiquée que tardivement dans la procédure administrative, à savoir le 30 janvier 2014, soit plus d'un an après la réponse à la communication des griefs, en réponse à l'exposé des faits, et dans des conditions ne lui permettant pas de vérifier sa véracité ou la méthodologie employée. La Commission fait valoir que cette étude a été faite sur mesure pour les requérantes et que, celles-ci ayant de plus refusé de lui transmettre les instructions qu'elles avaient données à IMS Health pour l'étude, cette dernière ne saurait être considérée comme une expertise neutre et indépendante au sens de la jurisprudence. De plus, lorsque la Commission a tenté de reproduire les résultats de l'étude, elle aurait constaté que les données fournies par les requérantes étaient incomplètes et n'incluaient aucune information antérieure à 2003, ce qui l'aurait empêchée de vérifier si les patients étaient véritablement de nouveaux patients. En outre, les résultats de cette étude ne permettraient pas de tirer les conclusions que les requérantes avancent. En effet, les résultats ne concerneraient que 6 % des prescriptions au Royaume-Uni pendant la période concernée. Enfin, la Commission souligne l'incohérence du raisonnement des requérantes, cette étude reposant sur les effets des changements des prix relatifs, méthode d'analyse que les requérantes ont pourtant contestée dans le présent recours.

3) Sur le deuxième grief, tiré de ce que la Commission a méconnu la substituabilité thérapeutique des IEC

**1319**Les requérantes soutiennent que la Commission a commis une erreur d'appréciation en considérant que la concurrence entre les IEC était limitée pour les nouveaux patients comme pour les patients en traitement continu, en raison de l'existence de disparités significatives en termes d'efficacité et d'effets secondaires, d'une inertie élevée des médecins et d'une faible propension au changement des patients en traitement continu. Ce raisonnement serait, en outre, en contradiction avec la conclusion à laquelle était parvenue la Commission dans des décisions de contrôle des concentrations.

**1320**La Commission reproche aux requérantes de procéder à une description erronée de la décision attaquée. En effet, la définition du marché pertinent reposerait sur une analyse d'un ensemble de données et de preuves, ainsi que l'exige la jurisprudence. Ainsi, d'une part, la décision attaquée reconnaît que les IEC constituent une classe de médicaments au sens du niveau ATC 3, qu'ils partagent un mode d'action de base et qu'ils ont des indications et des effets secondaires similaires. D'autre part, à partir de l'analyse d'un ensemble de preuves, la décision attaquée aurait indiqué que les médicaments appartenant à la classe des IEC n'étaient pas des produits parfaitement homogènes, le périndopril se différenciant des autres médicaments, et que ces différences avaient joué un rôle majeur dans la stratégie de commercialisation des requérantes ainsi que dans l'inertie des prescripteurs et des patients. La Commission estime, en outre, que, selon la jurisprudence, la comparaison avec des décisions antérieures en matière de concentration ne serait pas pertinente.

i) Sur la distinction entre le périndopril et les autres IEC en termes d'efficacité et d'effets secondaires

**1321**Les requérantes font valoir que la Commission a commis une erreur d'appréciation en considérant que le périndopril se distinguait des autres IEC en termes d'efficacité et

d'effets secondaires. À titre principal, les requérantes soutiennent que les IEC forment une classe homogène de médicaments, ainsi que le montreraient les importantes variations de parts de marché des IEC d'un État membre à l'autre, en l'absence de différences génétiques significatives entre patients. Le périndopril aurait le même mode d'action, le même usage et la même efficacité que le ramipril et les quatorze autres IEC, comme le montreraient notamment l'étude Cochrane et le rapport d'expertise du professeur V. S'agissant des effets secondaires, la Commission aurait dénaturé les recommandations médicales, qui ne feraient référence qu'aux différences entre classes de médicaments antihypertenseurs et non entre IEC, et ses affirmations relatives à l'existence de différences importantes en matière d'effets secondaires des IEC ne reposeraient sur aucun fondement scientifique. En cas de manque d'efficacité ou d'intolérance à un IEC, les recommandations européennes de 2007 conseilleraient ainsi de changer de classe de médicament et non de passer à un autre IEC. En tout état de cause, les requérantes estiment qu'il ne s'agit pas de savoir s'il peut exister des différences entre les IEC, mais si ces différences suffisent à considérer qu'ils ne sont pas substituables entre eux sur le plan thérapeutique.

**1322** Il ressortirait des études relatives au périndopril, et notamment les études Aire et Hope, que la Commission aurait à tort omis de prendre en compte, tout comme, au Royaume-Uni, des analyses conduites par les Primary Care Trusts, organismes régionaux chargés de la distribution des services de santé dans le cadre du National Health Service (ci-après les « PCT »), qu'il n'existerait pas plus de preuves statistiques d'efficacité pour le périndopril que pour les autres IEC. Si les requérantes admettent avoir utilisé le résultat d'études randomisées pour promouvoir le périndopril en le différenciant des autres IEC, elles soulignent cependant qu'il ne s'agissait que de messages promotionnels et non de l'opinion des prescripteurs et autres acteurs du marché.

**1323** Les requérantes remettent en outre en cause la représentativité d'un sondage sur lequel la Commission s'est appuyée dans la décision attaquée. Ce sondage n'aurait ainsi été effectué que parmi des prescripteurs de périndopril, ce qui en affaiblirait sérieusement la fiabilité, et ce qui expliquerait pourquoi le périndopril apparaît comme un médicament ayant été prescrit en première ou deuxième intention. Néanmoins, les résultats de ce sondage montreraient que seuls 31,5 % des prescripteurs avaient prescrit le périndopril en première intention et qu'une majorité d'entre eux considérerait qu'il existait des alternatives thérapeutiques pour 81 à 100 % de leurs patients.

**1324** Enfin, les prescripteurs, les autorités et les autres fabricants d'IEC auraient également considéré que les IEC se trouvaient en concurrence et qu'il existait un effet de classe. Plusieurs documents contemporains des faits montreraient que même Sanofi-Aventis partageait cette analyse, contrairement à ce qu'affirme la décision attaquée.

**1325** La Commission souligne, à titre préalable, que la thèse des requérantes va à l'encontre des actions menées par celles-ci à l'époque des faits et qu'elle ne serait, par conséquent, pas crédible. Elle rappelle, en outre, que le périndopril constitue un bien d'expérience, ce qui signifie que l'expérience acquise par un prescripteur auprès de ses patients lui permet d'identifier les indications concrètes pour lesquelles le médicament est approprié. Par conséquent, les caractéristiques objectives du périndopril ne sauraient être utilement discutées en dehors du contexte des médecins ayant acquis une expérience dans sa prescription. La Commission rappelle également le rôle important joué par les

études sur les médicaments dans leur commercialisation et dans les efforts de promotion des requérantes auprès des médecins.

**1326**S'agissant de l'étude Cochrane, la Commission estime que les requérantes ont donné une interprétation erronée de son contenu, dès lors que son objectif consistait à comparer l'efficacité des différents IEC avec celle de placebos, et non des IEC entre eux. Les auteurs de cette étude auraient rencontré des difficultés à analyser les effets secondaires des différents IEC et auraient mis en évidence des différences entre IEC s'agissant de la relation dose-efficacité, de la disponibilité des différents dosages et du temps de prise d'effet. Ils auraient notamment relevé qu'il n'y avait pas assez de données permettant de conclure que l'importance des effets secondaires expliquerait l'abandon de la prise du médicament. La Commission estime, en outre, avoir pris en compte le rapport du professeur V., établi à la demande des requérantes pour les besoins de la procédure administrative, qui omettrait de souligner les limites de l'étude Cochrane et dont les conclusions seraient en contradiction avec le discours promotionnel diffusé par les requérantes auprès des médecins vantant les caractéristiques uniques du périndopril.

**1327**La Commission souligne que les requérantes ont développé une stratégie de différenciation du périndopril par rapport aux autres IEC en engageant des moyens promotionnels importants pendant l'ensemble de la période en cause, malgré l'entrée en vigueur de versions génériques d'autres IEC et la diminution des efforts promotionnels des fabricants d'autres IEC. Cette politique de différenciation du périndopril des autres IEC ne constituerait cependant que l'un des éléments pris en compte par la Commission dans son analyse du marché pertinent. De plus, elle montrerait le caractère indépendant de la politique de promotion du périndopril.

**1328**La Commission soutient, en outre, qu'elle n'a pas dénaturé les recommandations médicales dont elle ne se serait servie que lorsqu'elles évoquaient les différences entre produits d'une même classe. Elle aurait également dûment pris en compte et analysé l'étude Hope.

**1329**S'agissant du sondage effectué auprès des prescripteurs de périndopril, la Commission fait valoir qu'il est représentatif, car les échantillons provenaient de listes de médecins très larges. De plus, il serait cohérent de ne sonder que les prescripteurs de périndopril, puisque la définition du marché vise à déterminer les pressions concurrentielles auxquelles étaient soumises les requérantes en tant que productrices de ce médicament. Il ressortirait de ce sondage que les médecins prescripteurs ne considéraient pas les IEC comme homogènes et avaient choisi le périndopril en raison de son efficacité particulière et de l'absence de certains effets secondaires. En outre, la Commission soutient avoir pris en compte le fait qu'une forte majorité de prescripteurs considérait qu'il existait des alternatives thérapeutiques au périndopril pour les patients qui commençaient un traitement avec ce médicament et rappelle que la majorité des prescriptions de périndopril était constituée de prescriptions en renouvellement.

**1330**Enfin, la Commission soutient qu'elle a tenu compte de l'effet de classe dans la décision attaquée et qu'elle a pris en compte l'importance du ramipril dans son analyse du marché pertinent, notamment en vérifiant si le ramipril était à même d'exercer une contrainte concurrentielle effective sur le périndopril. Or, l'entrée des versions génériques du ramipril sur le marché n'aurait eu aucun effet significatif sur le chiffre d'affaires du périndopril.

ii) Sur le phénomène d'« inertie » des médecins s'agissant des nouveaux patients

**1331**À titre liminaire, les requérantes soutiennent que l'inertie des prescripteurs et des patients en traitement continu, à la supposer établie, ne suffirait pas à considérer que le périmopril constitue un marché distinct des autres IEC, une telle inertie ayant d'ailleurs déjà été prise en compte dans une décision de la Commission concluant à l'existence d'un marché englobant tous les IEC.

**1332**À titre principal, les requérantes soutiennent que la Commission a commis une erreur d'appréciation en considérant que la concurrence sur les nouveaux patients était restreinte en raison de l'inertie des prescripteurs. Elles font valoir que, en l'absence de différences significatives s'agissant des effets secondaires, il n'y avait pas d'inertie des prescripteurs, mais uniquement un manque de sensibilité aux prix. En revanche, la vitalité de la concurrence entre IEC et l'absence d'inertie des prescripteurs serait établie par les changements radicaux des parts de marché des IEC entre 2001 et 2008. Compte tenu des nombreuses preuves de l'existence d'une substituabilité thérapeutique entre les IEC, il serait légitime d'analyser les variations de parts de marché et du nombre de patients au niveau de l'ensemble des IEC. Les études Cegedim et IMS Health démontreraient l'existence de transferts entre IEC. L'étude Thalès mettrait également en avant la volatilité des médecins. Le faible degré de rétention d'information post visite médicale, la progression exponentielle du ramipril et les variations en termes de nouveaux patients contrediraient également la thèse de l'inertie des prescripteurs. De plus, les requérantes estiment que le taux de croissance du périmopril a nettement diminué à la suite de la fin des actions promotionnelles et que l'arrivée des génériques des autres IEC a affecté les ventes de périmopril pour les prescripteurs qui étaient obligés de tenir compte du coût du traitement, notamment s'agissant des nouveaux patients.

**1333**L'intervenante reproche à la Commission d'avoir ignoré des preuves de changement par le passé entre le périmopril et d'autres IEC, notamment chez les patients en usage continu.

**1334**Les requérantes font enfin valoir que les habitudes de prescription des médecins sont influencées par les études randomisées, les visites médicales et les recommandations des autorités de santé. L'importance du budget promotionnel des laboratoires dans le secteur des IEC montrerait l'absence d'inertie des médecins. Au Royaume-Uni, les recommandations des PCT auraient également une grande influence sur les prescriptions des médecins.

**1335**La Commission soutient qu'elle a considéré à bon droit qu'il existait une inertie des prescripteurs dans leurs décisions relatives au choix du périmopril et que cette inertie avait aidé les requérantes à consolider la base de leurs clients.

**1336**Les éléments présentés par les requérantes pour remettre en cause ces constatations ne seraient pas probants. Ainsi, s'agissant des changements intervenus dans les parts de marché des différents IEC entre 2001 et 2008, la Commission soutient que le calcul fait par les requérantes repose sur une transformation viciée des doses définies journalières, qui surestime le développement des ventes des autres IEC et notamment du ramipril. La méthode utilisée par les requérantes serait également erronée en ce qu'elle part de l'idée qu'il existe un marché unique de tous les IEC et qu'elle ne permet pas d'affirmer directement que l'augmentation des ventes de ramipril se serait faite aux dépens du périmopril. Les requérantes n'auraient ainsi pas été en mesure d'établir si la progression des ventes d'un IEC s'effectuait en raison d'une diminution relative des ventes d'un autre IEC.

**1337**La Commission considère, en outre, avoir dûment pris en compte l'importance des différentes études dans la décision attaquée.

**1338**S'agissant de l'étude Thalès, la Commission estime avoir correctement analysé ses résultats, qui montreraient une importante stabilité dans le comportement des prescripteurs, et notamment des plus importants d'entre eux. De même, l'étude Cegedim et l'étude IMS Health confirmeraient la grande stabilité générale des patients du périndopril et devraient être lues en tenant compte du fait qu'une très grande partie des prescriptions de périndopril concernait des renouvellements. La Commission fait en outre valoir que les évolutions des prescriptions peuvent également refléter des changements dus à une nécessité médicale, qui ne donnent aucune information sur la substitution économique entre les médicaments.

iii) Sur la faible propension au changement des patients en traitement continu

**1339**Les requérantes soutiennent que la Commission a sous-estimé la propension au changement des patients en traitement continu et dénaturé son impact sur la concurrence. En tout état de cause, même à la supposer établie, l'inertie des patients sous traitement continu ne serait pas significative pour l'analyse du marché, en raison des flux de patients entrants et sortants et de l'intense concurrence concernant les nouveaux patients.

**1340**En premier lieu, au Royaume-Uni, les recommandations des PCT auraient démontré que des transferts d'un IEC à un autre étaient possibles et avaient eu lieu. Les requérantes soulignent, en outre, que l'analyse de leurs plans d'orientation montre que l'arrivée de versions génériques des autres IEC était perçue comme une menace.

**1341**Au Royaume-Uni, les PCT, acteurs du marché sensibles aux prix, auraient, ainsi, expressément admis l'équivalence thérapeutique entre le périndopril et les autres IEC dans leurs recommandations, afin d'encourager la prescription des IEC disposant d'une version générique, ce qui aurait eu pour effet, ainsi que le montreraient certains documents, de réduire les ventes de périndopril au bénéfice des ventes de ramipril à partir de 2006. Les requérantes soutiennent que le seul fait que les PCT, notamment en raison de leur sensibilité au prix, aient encouragé le transfert du périndopril vers les génériques d'autres IEC démontre l'existence d'une concurrence entre IEC.

**1342**En second lieu, les requérantes font valoir que le degré de propension au changement des patients en traitement continu n'a eu que peu d'incidence sur la concurrence entre IEC, la durée réelle de traitement au périndopril étant courte pour une pathologie dont les patients souffrent à vie. La Commission aurait pourtant refusé de prendre en compte l'étude d'IMS Health montrant que les transferts d'un IEC vers un autre concernaient plus de la moitié des patients.

**1343**La Commission soutient qu'elle n'a pas commis d'erreur d'appréciation en tenant compte du rôle joué par l'inertie des patients en traitement continu et reproche aux requérantes de fournir une description erronée du contenu de la décision attaquée. Elle souligne que l'expert des requérantes aurait lui-même constaté la faible propension des patients en traitement continu à changer de traitement.

**1344**S'agissant des PCT, la Commission soutient que les recommandations formulées par certains d'entre eux n'ont pas eu d'effets significatifs au Royaume-Uni. Elle rappelle, en outre, que les ventes de périndopril ont crû tout au long de la période examinée, malgré l'arrivée de versions génériques des autres IEC sur le marché.

**1345** Par ailleurs, la Commission rappelle que, au Royaume-Uni, seul État concerné par les PCT, il n'appartient pas à ces derniers de déterminer les prix de remboursement des médicaments, mais qu'ils sont chargés de la distribution des services médicaux. Elle relève également que seuls certains des 152 PCT existant en 2005 ont adopté une politique relative au périndopril et que ces politiques individuelles n'ont pas pu influencer les tendances globales des ventes de périndopril au Royaume-Uni. De plus, les recommandations des PCT étaient sujettes à certaines conditions, telles que l'accord des médecins. La Commission relève, en outre, que l'argument des requérantes relatif aux PCT est en contradiction avec leur thèse générale selon laquelle le facteur prix ne serait pas pertinent. Elle soutient, par ailleurs, que l'annexe C 29 de la réplique doit être écartée comme irrecevable en raison de sa production tardive et, en tout état de cause, du fait qu'elle ne satisfait pas aux exigences de l'article 21 du statut de la Cour de justice de l'Union européenne et de l'article 76 du règlement de procédure du Tribunal, les mémoires des requérantes n'indiquant pas dans quelle partie de cette volumineuse annexe se trouveraient les éléments de preuve pertinents. Les références aux annexes A 286 et A 287 de la requête seraient affectées du même vice.

**1346** La Commission renvoie, par ailleurs, à la décision attaquée s'agissant de l'analyse de l'absence de propension au changement des patients en traitement continu de périndopril et rappelle qu'il est constant, et admis par les requérantes, que le taux de fidélité du périndopril se situe à plus de 90 %. L'étude Cegedim, commandée par les requérantes pour la procédure administrative, confirmerait d'ailleurs ces conclusions, à condition d'exclure les patients se trouvant dans la première phase d'essai du médicament. L'étude d'IMS Health, également commandée par les requérantes et soumise tardivement lors de la procédure administrative, ne suffirait pas à remettre en cause ces conclusions.

iv) Sur les efforts promotionnels

**1347** Les requérantes et l'intervenante reprochent à la Commission de ne pas avoir tenu compte de leurs efforts promotionnels, qui auraient pourtant montré l'intensité de la concurrence entre les IEC et le fait que les prescripteurs considéraient le périndopril comme équivalent aux autres IEC. La Commission aurait en effet commis une erreur au considérant 2450 de la décision attaquée en estimant que les efforts déployés par Servier pour différencier le périndopril des autres IEC démontraient la supériorité thérapeutique de ce dernier.

**1348** Selon les requérantes, les efforts de persuasion déployés auprès des médecins quant aux avantages thérapeutiques du périndopril par rapport à ses concurrents prouvent au contraire que le périndopril et les autres IEC étaient suffisamment homogènes pour être substituables. En effet, les documents internes montreraient que la stratégie promotionnelle de Servier visait justement à persuader les médecins des avantages du périndopril, car, dans leur esprit, les IEC étaient substituables au périndopril. Pourtant, en dépit de ces éléments, la Commission aurait décidé d'appuyer sa décision sur l'existence de messages promotionnels relatifs à la différenciation du périndopril plutôt que sur l'opinion des prescripteurs.

**1349** L'intervenante ajoute que, si Servier avait été détenteur d'un monopole, il n'aurait pas eu besoin d'investir des millions d'euros dans des campagnes de promotion ou la réalisation d'études afin de démontrer la supériorité thérapeutique du périndopril. Ces activités promotionnelles intensives refléteraient seulement la nature même de la

concurrence en matière de différenciation active d'un produit pharmaceutique, à savoir le conservatisme des médecins et leur insensibilité au prix.

**1350**La Commission souligne que les requérantes ont développé une stratégie de différenciation du périndopril par rapport aux autres IEC en engageant des moyens promotionnels importants. Cette stratégie impliquerait l'existence d'un degré suffisant de différenciation, dans la mesure où il serait cohérent qu'un acteur économique investisse dans un effort promotionnel seulement s'il est en mesure de capter les avantages liés à cet effort. Par ailleurs, la Commission ajoute que les efforts promotionnels auraient été déployés pendant l'ensemble de la période en cause, malgré l'entrée en vigueur de versions génériques d'autres IEC et la diminution des efforts promotionnels des fabricants d'autres IEC. Cette politique montrerait le caractère indépendant de la politique de promotion du périndopril et que Servier était conscient de sa capacité à influencer la demande en faveur de son produit par des efforts promotionnels. Toutefois, cette politique de différenciation du périndopril des autres IEC ne constituerait que l'un des éléments pris en compte par la Commission dans son analyse globale du marché pertinent.

**1351**Enfin, s'agissant des visites médicales et des efforts promotionnels, la Commission souligne que les requérantes ont considérablement réduit leurs efforts après l'entrée des génériques du périndopril sur le marché et que les ventes de périndopril ne se sont pas effondrées après cette entrée, montrant ainsi que l'inertie des prescripteurs n'était pas liée à des efforts promotionnels continus. S'agissant du Royaume-Uni, l'arrivée des génériques d'autres IEC n'aurait, ainsi, que ralenti l'accroissement des ventes de périndopril. En France et aux Pays-Bas, les ventes de périndopril auraient connu une croissance régulière malgré les changements importants de prix des autres IEC. En Pologne, les ventes de périndopril n'auraient pas non plus été affectées par le changement significatif du ticket modérateur pour les autres IEC.

4) Sur le troisième grief, tiré de l'application d'une analyse économique viciée

**1352**Les requérantes font valoir que, même à supposer que le prix constitue un facteur de concurrence pertinent, l'analyse économétrique de la Commission serait viciée. La Commission aurait considéré, à tort, que le fait que les ventes du médicament princeps soient davantage affectées par l'entrée de génériques de ce médicament que par l'entrée de génériques d'autres médicaments relevant de la même classe permettrait de conclure que les deux molécules ne sont pas substituables. En effet, il ressortirait d'un rapport établi par Charles River Associates (CRA), commandé par les requérantes, en date du 18 septembre 2014, qu'un ratio élevé entre ces deux types d'effets signifierait que les deux molécules sont des concurrentes proches. De plus, l'analyse de la Commission conduirait toujours à conclure que deux médicaments princeps font partie de marchés distincts, les ventes d'un médicament étant nécessairement plus affectées par la mise sur le marché d'une copie à l'identique de ce médicament que par la baisse des ventes d'un médicament concurrent, en raison des contraintes réglementaires prévalant dans le secteur pharmaceutique et de principes économiques.

**1353**L'analyse économétrique de la Commission ne permettrait pas de vérifier si les requérantes étaient soumises à des contraintes concurrentielles, mais se serait limitée à comparer l'effet sur les ventes de périndopril de l'entrée de génériques d'autres IEC avec l'effet de l'entrée de génériques de périndopril. La Commission ne saurait par ailleurs se



prévaloir de l'ampleur de la différence entre ces effets, dès lors qu'elle n'a pas défini de valeur de référence.

**1354**En outre, dans la décision attaquée, la Commission aurait utilisé comme mesure de prix les doses définies journalières, une telle mesure de prix, qu'elle aurait d'ailleurs modifiée pour la Pologne, étant pourtant considérée comme inappropriée par l'OMS. Or, l'utilisation des « doses journalières prescrites » comme unité de mesure aurait permis de constater que le traitement sous ramipril serait plus coûteux que le traitement sous périndopril.

**1355**Les requérantes reprochent également à la Commission de s'être fondée sur les « prix fabricants » et non sur les prix de remboursement et le ticket modérateur afin d'apprécier la sensibilité aux prix des patients et des médecins, alors même que le Tribunal aurait censuré une telle approche dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt du 1er juillet 2010, AstraZeneca/Commission (T 321/05, EU:T:2010:266). De plus, l'analyse menée par la Commission dans cette affaire aurait été différente de celle conduite dans la décision attaquée.

**1356**En outre, la Commission aurait dû constater les vices de son modèle économétrique à partir des résultats obtenus en Pologne, qui auraient conclu au résultat contre-intuitif selon lequel une augmentation des prix serait responsable d'une augmentation des ventes.

**1357**L'intervenante soutient également que l'analyse de la Commission souffre de lacunes méthodologiques, en ce qu'elle n'aurait tenu compte ni des délais d'ajustement dans le comportement des prescripteurs ni de la réglementation et du contrôle étatique des prix et que, dans la collecte des données, elle aurait ignoré les indications du périndopril autres que l'hypertension. Elle reproche en outre à la Commission d'avoir insuffisamment motivé les raisons pour lesquelles elle s'est éloignée de ses décisions antérieures en matière de contrôle des concentrations, dans lesquelles elle avait défini le marché pertinent au niveau ATC 3.

**1358**Enfin, les requérantes estiment que les tests supplémentaires mentionnés dans la décision attaquée ne sauraient être pris en compte, à défaut de leur avoir été préalablement communiqués. Elles considèrent, en effet, que la Commission a méconnu leurs droits de la défense.

**1359**La Commission considère que son analyse économétrique n'est pas viciée. Elle indique d'abord que la méthodologie de son analyse des événements naturels suit de près celle qu'elle a employée dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt du 1er juillet 2010, AstraZeneca/Commission (T 321/05, EU:T:2010:266), et qui a été validée par le Tribunal. Ainsi, les événements naturels inclus dans son analyse ne concerneraient pas uniquement l'entrée de génériques sur le marché, mais également des changements intervenus dans l'environnement réglementaire de certains États membres et ayant eu une incidence sur les prix. La Commission reproche aux requérantes de chercher à masquer l'idée simple selon laquelle plus deux produits sont des substituts proches, plus important sera l'impact négatif d'une chute des prix de l'un sur les ventes de l'autre. Elle estime que la décision attaquée montre que l'entrée du périndopril générique a été soit le seul événement significatif (aux Pays-Bas) soit l'événement le plus nettement significatif sur le marché. Elle fait également valoir qu'elle a analysé, dans la décision attaquée, la contrainte représentée par les génériques des autres IEC.

**1360**S'agissant du modèle économétrique utilisé par CRA, la Commission fait valoir qu'il a été mal appliqué, dès lors qu'il repose sur l'adaptabilité du prix et du volume, mais ignore que le prix du périndopril est resté stable pendant la période analysée. De plus, l'analyse effectuée par CRA serait incomplète et ne refléterait pas correctement celle de la Commission. Ainsi, selon la Commission, le fait que son modèle économétrique utilise un logarithme naturel des volumes et non des chiffres d'affaires serait sans incidence, compte tenu de la stabilité des prix du périndopril.

**1361**S'agissant de l'argument des requérantes relatif à la comparaison de l'effet de l'entrée de génériques du périndopril sur la vente du médicament princeps avec l'effet de l'entrée de génériques d'autres médicaments, la Commission fait valoir qu'elle ne s'est pas contentée de constater l'existence d'une différence entre les deux effets, mais que les différences entre ces effets étaient considérables dans les quatre États membres examinés.

**1362**S'agissant de l'utilisation des doses définies journalières comme unité de mesure, la Commission indique que celle-ci était valable, dès lors que son analyse ne reposait pas sur une comparaison des prix absolus des différents médicaments, mais sur l'évolution des prix relatifs à la suite des événements naturels utilisés. En revanche, pour la Pologne, la Commission estime avoir à juste titre pris en compte le fait que le système de remboursement différait dans cet État en ce qui concerne l'importance du ticket modérateur et qu'elle a, ainsi, analysé les données en prenant en compte les spécificités du marché, ainsi que l'exige la jurisprudence.

**1363**La Commission soutient, en outre, qu'elle a pu prendre en compte le prix de fabrication et non le prix de vente et le ticket modérateur, dès lors que, dans trois des quatre États membres analysés, la quasi-totalité du prix des médicaments en cause était pris en charge par l'assurance maladie.

**1364**S'agissant de la Pologne, la Commission indique qu'elle a analysé les prix sujets au ticket modérateur. Elle fait également valoir que les arguments des requérantes relatifs à l'obtention de résultats contre-intuitifs sur ce marché doivent être écartés comme irrecevables sur le fondement des dispositions de l'article 44 du règlement de procédure du 2 mai 1991, dès lors qu'ils ne sont exposés que dans les annexes de la requête et non dans le corps de cette dernière. En tout état de cause, l'augmentation des ventes de périndopril constatée en Pologne pendant la période analysée s'expliquerait par les actions spécifiques menées par les requérantes pendant cette période, tel un surstockage. La méthode alternative suggérée par les requérantes devrait être rejetée, celle-ci comportant les mêmes vices que celle utilisée par les requérantes dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt du 1er juillet 2010, AstraZeneca/Commission (T 321/05, EU:T:2010:266).

**1365**La Commission rejette également les arguments de l'intervenante relatifs aux lacunes méthodologiques de son analyse, en faisant valoir que les faits ne confirment pas la thèse de l'intervenante sur le caractère progressif de la substitution, en rappelant qu'elle a tenu compte du cadre réglementaire des quatre États membres concernés et en précisant que ni les requérantes ni les autres producteurs d'IEC n'ont fait état de la nécessité de prendre en compte une indication du périndopril autre que l'hypertension. En outre, elle rappelle que les requérantes n'ont soulevé aucun moyen tiré d'une insuffisance de motivation de la décision attaquée par rapport à des décisions antérieures

relatives au contrôle des concentrations et soutient que, en tout état de cause, elle n'était pas tenue de recourir à une telle motivation.

**1366** Enfin, la Commission soutient que les requérantes ne sauraient demander au Tribunal d'écarter du débat les tests supplémentaires de robustesse, qui n'ont été mis en œuvre qu'afin de répondre à des arguments avancés par les requérantes dans leur réponse à la communication des griefs et qui n'avaient pas, par conséquent, selon la jurisprudence, à être communiqués aux requérantes. De plus, la Commission rappelle qu'elle a mis à la disposition des requérantes, pendant la procédure administrative, l'ensemble des données brutes ainsi que son modèle économique et qu'elle a fourni des explications détaillées sur ces tests de robustesse dans la décision attaquée.

#### b) Appréciation du Tribunal

**1367** Les requérantes, soutenues par l'intervenante, soulèvent, en substance, trois griefs.

**1368** Tout d'abord, par leur premier grief, les requérantes reprochent à la Commission d'avoir méconnu les spécificités du secteur pharmaceutique en ce qu'elle aurait fondé son analyse du marché pertinent principalement sur le prix des médicaments et non sur la substituabilité thérapeutique. Ce grief est fondé sur deux branches, la première étant tirée de ce que la Commission n'aurait pas pris en compte l'ensemble des éléments du contexte économique, la seconde de ce que la Commission aurait attaché une importance excessive au facteur prix.

**1369** Ensuite, par leur deuxième grief, elles contestent la thèse de la Commission selon laquelle les IEC n'étaient pas suffisamment substituables d'un point de vue thérapeutique. Elles remettent en cause la distinction entre le périndopril et les autres IEC en termes d'efficacité et d'effets secondaires, le phénomène d'« inertie » des médecins s'agissant des nouveaux patients, la faible propension au changement des patients en traitement continu et l'analyse des efforts promotionnels effectuée par la Commission.

**1370** Enfin, par leur troisième grief, les requérantes contestent, à titre subsidiaire, les lacunes méthodologiques de l'analyse économétrique des événements naturels de la Commission visant à démontrer que les IEC n'exerçaient pas de contraintes concurrentielles significatives sur le périndopril.

**1371** Avant de procéder à l'examen de chacun de ces trois griefs, il convient de rappeler, dans le cadre d'une série d'observations liminaires, d'une part, l'étendue du contrôle du juge de l'Union en droit de la concurrence, et, d'autre part, les éléments d'analyse dégagés par la jurisprudence touchant à la délimitation du marché de produits pertinent, en particulier dans le secteur pharmaceutique, à la lumière également des réponses des parties aux questions du Tribunal sur la place respective de la substituabilité thérapeutique et des facteurs relatifs aux prix dans cette analyse.

#### 1) Observations liminaires

##### i) Sur l'étendue du contrôle du juge de l'Union

**1372** Il doit être rappelé que le droit de l'Union prévoit un système de contrôle juridictionnel des décisions de la Commission relatives aux procédures d'application de l'article 102 TFUE (voir arrêt du 10 juillet 2014, *Telefónica et Telefónica de España/Commission*, C 295/12 P, EU:C:2014:2062, point 42 et jurisprudence citée). Ce système de contrôle juridictionnel consiste en un contrôle de légalité des actes des institutions établi à l'article 263 TFUE, lequel peut être complété, en application de l'article 261 TFUE, par une compétence de pleine juridiction en ce qui concerne les sanctions

prévues dans des règlements (arrêt du 21 janvier 2016, Galp Energía España e.a./Commission, C 603/13 P, EU:C:2016:38, point 71).

**1373**Ainsi que la Cour a eu l'occasion de le préciser, la portée du contrôle de légalité prévu à l'article 263 TFUE s'étend à l'ensemble des éléments des décisions de la Commission relatives aux procédures d'application des articles 101 et 102 TFUE dont le Tribunal assure un contrôle approfondi, en droit comme en fait, à la lumière des moyens soulevés par les requérants et compte tenu de l'ensemble des éléments soumis par ces derniers, que ceux-ci soient antérieurs ou postérieurs à la décision entreprise, qu'ils aient été préalablement présentés dans le cadre de la procédure administrative ou, pour la première fois, dans le cadre du recours dont le Tribunal est saisi, dans la mesure où ces derniers éléments sont pertinents pour le contrôle de la légalité de la décision de la Commission (arrêt du 21 janvier 2016, Galp Energía España e.a./Commission, C 603/13 P, EU:C:2016:38, point 72).

**1374**À cet égard, il y a lieu de rappeler que, selon une jurisprudence constante, si le juge de l'Union exerce de manière générale un entier contrôle sur le point de savoir si les conditions d'application des dispositions relatives à la concurrence se trouvent ou non réunies, le contrôle qu'il exerce sur les appréciations économiques complexes faites par la Commission se limite nécessairement à la vérification du respect des règles de procédure et de motivation, de l'exactitude matérielle des faits ainsi que de l'absence d'erreur manifeste d'appréciation et de détournement de pouvoir (arrêts du 11 juillet 1985, Remia e.a./Commission, 42/84, EU:C:1985:327, point 34 ; du 17 novembre 1987, British American Tobacco et Reynolds Industries/Commission, 142/84 et 156/84, EU:C:1987:490, point 62, et du 10 avril 2008, Deutsche Telekom/Commission, T 271/03, EU:T:2008:101, point 185).

**1375**La Cour a considéré que, si, dans les domaines donnant lieu à des appréciations économiques complexes, la Commission dispose d'une marge d'appréciation en matière économique, cela n'implique pas que le juge de l'Union doive s'abstenir de contrôler l'interprétation, par la Commission, de données de nature économique. En effet, le juge de l'Union doit, notamment, non seulement vérifier l'exactitude matérielle des éléments de preuve invoqués, leur fiabilité et leur cohérence, mais également contrôler si ces éléments constituent l'ensemble des données pertinentes devant être prises en considération pour apprécier une situation complexe et s'ils sont de nature à étayer les conclusions qui en sont tirées (arrêts du 15 février 2005, Commission/Tetra Laval, C 12/03 P, EU:C:2005:87, point 39 ; du 8 décembre 2011, Chalkor/Commission, C 386/10 P, EU:C:2011:815, point 54, et du 10 juillet 2014, Telefónica et Telefónica de España/Commission, C 295/12 P, EU:C:2014:2062, point 54). Lorsque, pour qualifier une pratique au regard des dispositions de l'article 102 TFUE, la Commission accorde une importance réelle à une analyse économique de la capacité des rabais à évincer un concurrent aussi efficace (« as efficient competitor test », ci-après le « test AEC »), le juge de l'Union est tenu d'examiner l'ensemble des arguments formulés par l'entreprise sanctionnée au sujet de ce test (voir, en ce sens, arrêt du 6 septembre 2017, Intel/Commission, C 413/14 P, EU:C:2017:632, points 141 à 144).

**1376**En outre, il y a lieu de rappeler que, conformément à la jurisprudence de la Cour, dans le domaine du droit de la concurrence, en cas de litige sur l'existence d'une infraction, il appartient à la Commission de rapporter la preuve des infractions qu'elle constate et d'établir les éléments de preuve propres à démontrer, à suffisance de droit,

l'existence des faits constitutifs d'une infraction. S'il subsiste un doute dans l'esprit du juge, il doit profiter à l'entreprise destinataire de la décision constatant une infraction (arrêts du 22 novembre 2012, E.ON Energie/Commission, C 89/11 P, EU:C:2012:738, points 71 et 72, et du 16 février 2017, Hansen & Rosenthal et H&R Wax Company Vertrieb/Commission, C 90/15 P, non publié, EU:C:2017:123, points 17 et 18).

**1377**S'il incombe à l'autorité qui allègue une violation des règles de concurrence d'en apporter la preuve, il appartient à l'entreprise soulevant un moyen de défense contre la constatation d'une infraction à ces règles d'apporter la preuve que les conditions d'application de la règle dont est déduit ce moyen de défense sont remplies, de sorte que ladite autorité devra alors recourir à d'autres éléments de preuve. De surcroît, même si la charge de la preuve incombe, selon ces principes, soit à la Commission, soit à l'entreprise concernée, les éléments factuels qu'une partie invoque peuvent être de nature à obliger l'autre partie à fournir une explication ou une justification, faute de quoi il est permis de conclure qu'il a été satisfait aux règles en matière de charge de la preuve (voir arrêt du 17 juin 2010, Lafarge/Commission, C 413/08 P, EU:C:2010:346, points 29 et 30 et jurisprudence citée).

**1378**Ainsi, lorsque la Commission se fonde sur des éléments de preuve qui sont, en principe, suffisants pour démontrer l'existence de l'infraction, il ne suffit pas que l'entreprise concernée évoque la possibilité qu'une circonstance s'est produite, qui pourrait affecter la valeur probante de ces éléments de preuve, pour que la Commission supporte la charge de prouver que cette circonstance n'a pas pu affecter la valeur probante de ceux-ci. Au contraire, sauf dans les cas où une telle preuve ne pourrait être fournie par l'entreprise concernée, en raison du comportement de la Commission elle-même, il appartient à l'entreprise concernée d'établir à suffisance de droit, d'une part, l'existence de la circonstance qu'elle invoque et, d'autre part, que cette circonstance met en cause la valeur probante des éléments de preuve sur lesquels se fonde la Commission (arrêt du 22 novembre 2012, E.ON Energie/Commission, C 89/11 P, EU:C:2012:738, point 76).

**1379**Enfin, il convient de rappeler que la Cour et le Tribunal ne peuvent, en toute hypothèse, dans le cadre du contrôle de légalité visé à l'article 263 TFUE, substituer leur propre motivation à celle de l'auteur de l'acte attaqué (arrêts du 27 janvier 2000, DIR International Film e.a./Commission, C 164/98 P, EU:C:2000:48, point 38 ; du 24 janvier 2013, Frucona Košice/Commission, C 73/11 P, EU:C:2013:32, point 89, et du 21 janvier 2016, Galp Energía España e.a./Commission, C 603/13 P, EU:C:2016:38, point 73). Dès lors que le contrôle de la légalité de la décision attaquée porte sur les motifs figurant dans cette décision, le juge ne peut, ni de sa propre initiative ni à la demande de l'administration, ajouter des motifs à ceux qui avaient été utilisés par l'administration dans ladite décision.

ii) Sur la délimitation d'un marché pertinent de produits dans le secteur pharmaceutique

**1380**En premier lieu, la définition du marché en cause est opérée en vue de définir le périmètre à l'intérieur duquel doit être appréciée la question de savoir si une entreprise considérée est à même de se comporter, dans une mesure appréciable, indépendamment de ses concurrents, de ses clients et des consommateurs (arrêt du 9 novembre 1983, Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin/Commission, 322/81, EU:C:1983:313, point 37).

**1381** Il ressort d'une jurisprudence constante que, aux fins de l'examen de la position, éventuellement dominante, d'une entreprise sur un marché déterminé, les possibilités de concurrence doivent être appréciées dans le cadre du marché regroupant l'ensemble des produits qui en fonction de leurs caractéristiques sont particulièrement aptes à satisfaire des besoins constants et sont peu interchangeable avec d'autres produits (arrêts du 9 novembre 1983, *Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin/Commission*, 322/81, EU:C:1983:313, point 37, et du 21 octobre 1997, *Deutsche Bahn/Commission*, T 229/94, EU:T:1997:155, point 54). La Commission ne saurait se limiter à l'examen des seules caractéristiques objectives des produits et des services en cause. En effet, il convient de prendre également en considération les conditions de la concurrence et la structure de la demande et de l'offre sur le marché afin d'évaluer si l'entreprise concernée a la possibilité de faire obstacle au maintien d'une concurrence effective et de se comporter, dans une mesure appréciable, indépendamment de ses concurrents, de ses clients et des consommateurs (arrêts du 9 novembre 1983, *Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin/Commission*, 322/81, EU:C:1983:313, point 37, et du 17 décembre 2003, *British Airways/Commission*, T 219/99, EU:T:2003:343, point 91).

**1382** Ainsi qu'il ressort au demeurant du paragraphe 7 de la communication sur la définition du marché pertinent, le marché de produits en cause comprend tous les produits ou les services que les consommateurs considèrent comme substituables en raison de leurs caractéristiques, de leur prix et de l'usage auquel ils sont destinés.

**1383** Comme il est précisé, par ailleurs, au paragraphe 25 de la communication sur la définition du marché pertinent, la définition du marché résulte d'un faisceau d'indices qui permet d'apprécier jusqu'à quel point la substitution pourrait s'opérer. La délimitation des contours du marché doit être opérée en examinant des éléments empiriques et en exploitant toutes les informations utiles pour l'appréciation d'un cas concret.

**1384** Aux paragraphes 15 à 19 de la communication sur la définition du marché pertinent, la Commission énonce que l'exercice de définition du marché est axé sur les prix pour des raisons opérationnelles et pratiques et, plus précisément, sur la substitution du côté de la demande que pourraient entraîner des variations légères mais permanentes des prix relatifs. La Commission indique qu'elle entend apprécier la substituabilité du côté de la demande à la lumière d'une approche théorique consistant à postuler une augmentation légère, de 5 à 10 %, mais permanente, du prix relatif du produit à partir duquel le marché en cause est défini, et à évaluer si cette augmentation hypothétique pourrait être appliquée de manière rentable par le monopoliste hypothétique du produit en cause. Selon ce test économique, tel qu'exposé au paragraphe 17 de la communication sur la définition du marché pertinent, si la substitution suffit, en raison du recul des ventes qui en découlerait, à ôter tout intérêt à une telle augmentation de prix, les produits de substitution doivent être considérés comme exerçant une contrainte concurrentielle significative sur le produit concerné.

**1385** En second lieu, il y a lieu de relever que les rapports de concurrence dans le secteur pharmaceutique répondent à des mécanismes qui divergent de ceux qui président aux interactions concurrentielles normalement présentes dans les marchés ne connaissant pas une telle intensité réglementaire (arrêt du 1er juillet 2010, *AstraZeneca/Commission*, T 321/05, EU:T:2010:266, point 183). En effet, comme le décrit, au demeurant, la communication de la Commission intitulée « Synthèse du rapport d'enquête sur le secteur pharmaceutique » du 8 juillet 2009, le secteur pharmaceutique est « atypique » en ce

sens que la demande pour les médicaments délivrés sur ordonnance est guidée par le prescripteur et non le consommateur final (le patient). De même, les médecins sont principalement guidés, dans leurs choix de prescription, par l'effet thérapeutique des médicaments. Par conséquent, en ce qu'ils déterminent les choix des médecins, les facteurs non tarifaires, tels que l'usage thérapeutique, constituent, aux côtés des indicateurs fondés sur les prix, des éléments pertinents aux fins de la définition du marché (voir, en ce sens, arrêt du 1er juillet 2010, AstraZeneca/Commission, T 321/05, EU:T:2010:266, point 187).

**1386** Il ressort également de la jurisprudence que les spécificités qui caractérisent les mécanismes de concurrence dans le secteur pharmaceutique ne retirent pas aux facteurs liés aux prix leur pertinence dans l'évaluation des contraintes concurrentielles, ces facteurs devant toutefois être appréciés dans leur contexte propre (arrêt du 1er juillet 2010, AstraZeneca/Commission, T 321/05, EU:T:2010:266, point 183).

**1387** Dans le cadre d'une procédure engagée pour abus de position dominante dans le domaine pharmaceutique, aux fins de la définition du marché en cause, la Commission peut fonder son appréciation notamment sur la plus grande efficacité du produit pharmaceutique concerné, l'usage thérapeutique différent de ceux d'autres produits pharmaceutiques, le mouvement de substitution asymétrique qui caractérise la croissance des ventes de ce produit et la diminution corrélative ou la stagnation des ventes des autres produits et les indicateurs de prix, tels que résultant du contexte réglementaire en vigueur (voir, en ce sens, arrêt du 1er juillet 2010, AstraZeneca/Commission, T 321/05, EU:T:2010:266, points 61, 153, 182, 183, 203 et 219 à 222).

**1388** S'agissant de l'usage thérapeutique, aux fins de la délimitation du marché en cause, il y a lieu d'apprécier les différences et les similitudes d'usage entre produits ou catégories de produits pharmaceutiques. La Commission peut, à bon droit, estimer que l'usage thérapeutique différencié de deux produits pharmaceutiques destinés au traitement des mêmes affections constitue un élément soutenant la conclusion que le marché en cause ne comprend que l'un de ces produits (voir, en ce sens, arrêt du 1er juillet 2010, AstraZeneca/Commission, T 321/05, EU:T:2010:266, point 153).

**1389** Le Tribunal a invité les parties à s'exprimer, lors de l'audience, sur la place respective qu'occupaient, en l'espèce, les facteurs de la substituabilité thérapeutique et du prix dans la définition du marché pertinent dans le secteur pharmaceutique, notamment à la lumière de l'arrêt du 1er juillet 2010, AstraZeneca/Commission (T 321/05, EU:T:2010:266).

**1390** Ainsi que la Commission l'a souligné à juste titre lors de l'audience, la circonstance que la pression concurrentielle par les prix soit largement atténuée dans le secteur pharmaceutique, en raison de l'importance accordée par les prescripteurs aux aspects thérapeutiques des médicaments destinés au traitement d'une même pathologie et du cadre réglementaire régissant le prix et les modalités de remboursement des médicaments par le système de sécurité sociale, est une donnée importante dans l'analyse du marché pertinent, qui peut justifier la délimitation de marchés étroits.

**1391** Le fait que cette atténuation résulte, en partie, du cadre réglementaire n'est pas de nature à modifier cette constatation. En effet, la circonstance que l'absence ou le caractère non significatif de contraintes concurrentielles trouve sa cause dans le cadre réglementaire qui détermine les modalités des interactions concurrentielles entre produits et la mesure dans laquelle celles-ci ont lieu n'influe pas sur la pertinence qu'il convient

d'attribuer, dans le cadre d'une définition du marché, à la constatation selon laquelle ces contraintes concurrentielles sont inexistantes ou non significatives. En effet, lorsqu'il est établi qu'un groupe de produits n'est pas significativement soumis aux contraintes concurrentielles d'autres produits, de sorte que ce groupe peut être considéré comme formant un marché de produits en cause, le type ou la nature des facteurs qui soustraient ce groupe de produits à toute contrainte concurrentielle significative ne revêt qu'une pertinence limitée, dès lors que le constat d'absence de telles contraintes concurrentielles permet de conclure qu'une entreprise en position dominante sur le marché ainsi défini serait en mesure d'affecter les intérêts des consommateurs sur ce marché en faisant obstacle, par un comportement abusif, au maintien d'une concurrence effective (voir, en ce sens, arrêt du 1er juillet 2010, AstraZeneca/Commission, T 321/05, EU:T:2010:266, points 97, 174 et 175).

**1392**Le cadre réglementaire du secteur pharmaceutique, s'il atténue souvent les contraintes concurrentielles par les prix entre médicaments substituables, comporte cependant des mécanismes accentuant ces contraintes, en facilitant la délivrance d'autorisations de mise sur le marché pour les médicaments génériques, en permettant de fixer les prix de ces médicaments à des niveaux très inférieurs à ceux des médicaments princeps de référence et en incitant fortement voire en contraignant les médecins prescripteurs et les pharmaciens à substituer la version générique d'un médicament au médicament princeps. Il est ainsi très aisé d'identifier les contraintes concurrentielles sur le prix et les ventes d'un médicament princeps résultant de l'entrée sur le marché de sa version générique. Dans la présente affaire, par exemple, il est constant que l'entrée du générique du périmopril au Royaume-Uni a conduit à une baisse du prix du périmopril de l'ordre de 90 %. Cette substitution ne peut néanmoins intervenir, lorsqu'elle est prévue par la réglementation, qu'entre le médicament princeps de référence et ses versions génériques et ne peut s'appliquer entre molécules différentes, y compris lorsque les médicaments concernés relèvent de la même classe thérapeutique et ont le même mode d'action.

**1393**Toutefois, si la définition du marché pertinent dans le secteur pharmaceutique doit dûment prendre en considération la faiblesse relative de la pression par les prix liée notamment au cadre réglementaire, elle doit également prendre en compte un autre facteur essentiel d'analyse des interactions concurrentielles, spécifique à ce secteur, que constitue le choix du traitement par les prescripteurs, lesquels ne se déterminent pas principalement au vu du coût des médicaments disponibles, ni même au vu d'une appréciation classique du rapport qualité-prix offert par ces médicaments, mais sur la base de leur perception des avantages et des inconvénients de ces médicaments sur le plan thérapeutique (voir, par analogie, s'agissant de la définition du marché pertinent aux fins de l'application de l'article 101, paragraphe 1, TFUE, arrêt du 23 janvier 2018, F. Hoffmann-La Roche e.a., C 179/16, EU:C:2018:25, point 65).

**1394**Les médicaments délivrés sur prescription médicale ne constituent pas en effet des produits comme les autres, qui s'échangent librement sur un marché entre vendeurs et consommateurs et dont le prix est fixé au point de rencontre des courbes de l'offre et de la demande, mais sont des produits auxquels les patients accèdent par l'entremise de professionnels de santé que sont les médecins et les pharmaciens et dont la prise en charge financière est, pour une partie substantielle, collective. Les règles régissant le prix des médicaments et les conditions de leur remboursement par le système de sécurité



sociale sont le reflet de la nature particulière de ces produits, au même titre que les règles limitant la publicité dont ils peuvent faire l'objet ou prescrivant leur vente dans les officines de pharmacie, sous la responsabilité de pharmaciens.

**1395** La liberté de choix des médecins, entre les médicaments princeps disponibles sur le marché ou entre les médicaments princeps et les versions génériques d'autres molécules, et l'attention que les prescripteurs accordent en priorité aux aspects thérapeutiques permettent, le cas échéant, à des contraintes concurrentielles significatives de s'exercer, d'ordre qualitatif et non tarifaire, en dehors des mécanismes habituels de pression par les prix. De telles contraintes peuvent exister aussi bien dans l'hypothèse où les vertus thérapeutiques d'un médicament s'avèrent clairement supérieures à celles des autres médicaments disponibles pour le traitement de la même pathologie que dans celle où les médicaments disponibles sont reconnus ou perçus comme équivalents par les prescripteurs.

**1396** En effet, lorsqu'un médicament s'avère nettement supérieur à d'autres sur le plan thérapeutique, voire représente la seule option thérapeutique recommandée par la communauté scientifique, il est possible qu'il soit choisi par les prescripteurs quel que soit son prix, même si ce prix est nettement plus élevé que celui des autres médicaments disponibles. La faiblesse des prix des autres médicaments, qui devrait pourtant, sur un marché classique, constituer une contrainte concurrentielle forte, n'a pas, alors, d'incidence décisive. L'écart de prix entre ces produits a d'autant moins d'importance que le niveau de remboursement allège pour le patient le poids financier du traitement choisi. Il en résulte qu'une société pharmaceutique dont le médicament n'est plus reconnu ou perçu favorablement par les praticiens et qui chercherait à baisser son prix dans l'espoir de conserver ses parts de marché n'aurait guère de chances de succès. En d'autres termes, un médicament dont la supériorité est reconnue peut exercer une pression concurrentielle significative sur les autres médicaments disponibles pour le traitement d'une même pathologie, quand bien même il serait plus onéreux. Ainsi, dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt du 1er juillet 2010, AstraZeneca/Commission (T 321/05, EU:T:2010:266), il a été constaté par la Commission comme par le Tribunal que la supériorité thérapeutique des inhibiteurs de pompe à protons (IPP) sur les anti-H2 leur avait permis d'évincer progressivement ces derniers du marché, en dépit du prix très supérieur des IPP. Inversement, des médicaments qui ne sont pas ou plus en mesure de rivaliser sur le plan thérapeutique avec le médicament « vedette » peuvent ne plus exercer de pression concurrentielle sur celui-ci. De tels éléments peuvent justifier que ce médicament constitue à lui seul un marché, limité à sa molécule, dans sa version princeps comme générique.

**1397** Lorsque, pour le traitement d'une même affection, les prescripteurs ont le choix entre des médicaments dont aucun n'est reconnu ou perçu comme supérieur aux autres, notamment en raison de l'identité de leur mode d'action ou parce que leurs bénéfices thérapeutiques ou leurs effets indésirables ou secondaires ne permettent pas de les départager, l'analyse de la concurrence entre ces médicaments repose également, pour une large part, sur une comparaison qualitative. Le choix du praticien, généralement, n'est pas d'abord fonction du coût respectif de ces traitements, mais de leur degré de différenciation thérapeutique, de leur adéquation au profil des patients, de la connaissance par le médecin des différents médicaments ou encore de son expérience personnelle et de celle de ses patients. Il n'y a en effet en principe pas de corrélation

claire entre le niveau de prix d'un médicament et son intérêt thérapeutique : un médicament n'est pas meilleur parce qu'il est plus cher que ses concurrents et n'est pas inférieur à ses concurrents du fait de son prix moins élevé. Le prix plus élevé d'un médicament plus récent n'est d'ailleurs pas nécessairement fonction des innovations thérapeutiques que ce médicament apporterait, surtout s'il relève de la même classe thérapeutique que d'autres médicaments et a le même mode d'action que ces derniers, et peut être expliqué notamment par l'amortissement de coûts plus élevés de recherche ou de fabrication ou des frais de promotion plus importants que ceux d'un médicament plus ancien.

**1398** Il est vrai, comme la Commission l'a souligné lors de l'audience, que, entre médicaments reconnus ou perçus comme pleinement équivalents, la variable du prix peut avoir son importance. Une baisse significative du prix d'un médicament, notamment par l'introduction de sa version générique sur le marché, peut justifier que ce médicament soit privilégié par les médecins et que sa prescription dans sa version générique soit encouragée par les gestionnaires du système de sécurité sociale et les autorités réglementaires. De même, l'entrée de la version générique d'un autre médicament reconnu ou perçu comme équivalent ou substituable peut fragiliser la position du médicament princeps concerné sur le marché. La contrainte concurrentielle par le prix peut alors trouver à s'exercer et le maintien du prix du médicament concerné peut constituer un indice de la faiblesse de la pression concurrentielle subie par ledit médicament.

**1399** Toutefois, ainsi que l'ont soutenu à juste titre les requérantes lors de l'audience, il ne saurait être inféré du seul maintien du prix d'un médicament sur le marché qu'il ne serait pas exposé à des contraintes concurrentielles significatives, exercées par les médicaments perçus ou reconnus comme équivalents ou substituables, dans leurs versions princeps comme génériques.

**1400** En effet, les médecins étant en mesure d'arbitrer librement entre ces médicaments pour des raisons étrangères à leur coût, il est possible que de grandes variations apparaissent dans la fréquence d'utilisation de ces produits, dans le degré de fidélité que leur témoignent les médecins, dans la perception que les médecins ont de leurs bénéfices à un moment donné dans leurs choix de prescription. Les décisions prises par les médecins sont ainsi en mesure de faire évoluer dans des proportions notables les parts de marché respectives des différents médicaments disponibles et de placer les sociétés pharmaceutiques dans une situation de dépendance par rapport aux choix des prescripteurs, comme l'est tout producteur d'un bien à l'égard des consommateurs dans une situation où les biens sont aisément substituables.

**1401** C'est la raison pour laquelle les sociétés fabriquant ces médicaments, qui mettent d'ailleurs peu en valeur le prix de leur produit dans leur stratégie commerciale, font souvent d'importants efforts de promotion de leur produit aux fins d'accroître la fidélisation des prescripteurs ou de capter de nouveaux prescripteurs, soit par la réalisation d'études scientifiques qu'elles financent et qui s'efforcent de distinguer leur produit de ceux de leurs concurrents, soit par des actions directes de promotion auprès des médecins prescripteurs, prenant les formes les plus diverses. Ces efforts de promotion représentent un pourcentage considérable du chiffre d'affaires des produits concernés, parfois proche de 30 %, ce qui distingue le secteur pharmaceutique d'autres secteurs où l'action promotionnelle n'a pas la même intensité. Comme l'ont fait valoir les

requérantes, de tels efforts peuvent constituer un indice de l'existence d'une situation de concurrence effective entre les entreprises concernées.

**1402** Dans une telle situation, en présence de médicaments reconnus ou perçus comme équivalents ou substituables, l'analyse du marché doit être particulièrement attentive aux éléments permettant d'identifier l'existence de pressions concurrentielles d'ordre qualitatif ou non tarifaire, se traduisant notamment par des efforts d'obtention de nouveaux prescripteurs dans le choix initial du traitement, par des transferts de patients en traitement continu vers d'autres médicaments concurrents, par l'intensité des actions de promotion conduites en faveur d'un médicament en présence d'alternatives équivalentes ou moins coûteuses.

**1403** Si l'existence d'éléments révélateurs de pression concurrentielle d'ordre non tarifaire tels que ceux évoqués au point 1402 ci-dessus ne peut être constatée, notamment en raison d'une forte inertie des médecins dans leurs choix de prescription, à l'origine d'effets de fidélisation conduisant à un verrouillage du marché, le médicament concerné peut se retrouver à l'abri de pressions concurrentielles effectives, aussi longtemps que sa version générique n'entre pas sur le marché, d'autant plus que le cadre réglementaire atténue le rôle des facteurs de concurrence résultant des prix. Il peut alors être justifié de définir le marché pertinent au niveau de la molécule d'un tel médicament, dans sa version princeps comme générique.

**1404** Il résulte des développements qui précèdent qu'il y aura lieu, dans la présente affaire, en réponse aux arguments des parties requérantes et de la Commission, d'examiner s'il existait, au cours de la période pertinente, comme le soutiennent les requérantes, des médicaments reconnus ou perçus comme équivalents au périndopril, lui étant de ce fait aisément substituables, ou si le périndopril s'était suffisamment distingué de la concurrence par ses mérites thérapeutiques et d'identifier la présence d'éléments révélateurs de pressions concurrentielles d'ordre non tarifaire exercées sur le périndopril par d'autres médicaments, pouvant justifier une définition de marché plus large que celle de ce seul médicament, en dépit de la relative inélasticité de la demande de périndopril au prix, soulignée par la Commission.

**1405** C'est à la lumière de l'ensemble de ces considérations, exposées aux points 1380 à 1404 ci-dessus, qu'il convient d'examiner les trois principaux griefs soulevés par les requérantes visant à contester l'analyse du marché pertinent du produit réalisée par la Commission dans la décision attaquée.

2) Sur la première branche du premier grief, tirée de l'absence de prise en compte de l'ensemble des éléments du contexte économique

**1406** Dans le cadre du premier grief, les requérantes font valoir, en substance, que la Commission a violé le principe fondamental selon lequel le marché des produits pharmaceutiques doit être délimité en tenant compte de l'ensemble du contexte économique. La Commission se serait excessivement fondée sur le prix, sans tenir suffisamment compte de la substituabilité thérapeutique des produits en cause.

**1407** Plus précisément, les requérantes reprochent à la Commission, par la première branche de ce grief, de ne pas avoir pris en compte l'ensemble des éléments du contexte dans le cadre de la définition du marché. Par la seconde branche du grief, les requérantes considèrent que la Commission aurait attaché une importance excessive au facteur prix.

**1408**Il convient d'examiner d'emblée le bien-fondé de la première branche du grief, tirée de ce que la Commission n'aurait pas pris en compte l'ensemble des éléments du contexte économique pour délimiter le marché pertinent. En revanche, afin de pouvoir apprécier l'importance relative accordée par la Commission au facteur prix, le Tribunal examinera la seconde branche du grief après avoir apprécié la légalité de la décision attaquée s'agissant de l'ensemble des facteurs d'ordre non tarifaire susceptibles de jouer un rôle dans la délimitation du marché pertinent.

**1409**Il convient, dès lors, d'examiner en l'espèce si la Commission a pris en considération l'ensemble du contexte économique, en particulier les facteurs autres que le prix, pour délimiter le marché pertinent de produits.

**1410**À titre liminaire, ainsi qu'il ressort des considérations développées aux points 1380 à 1404 ci-dessus, le secteur pharmaceutique est un secteur « atypique » dont les spécificités exigent que le marché soit défini à travers une approche fondée sur une pluralité de critères, en particulier l'usage thérapeutique des produits.

**1411**Tout d'abord, s'agissant de la prise en compte de l'usage thérapeutique des produits en cause, il convient d'observer que la Commission a constaté, aux considérants 2432 à 2459 de la décision attaquée, que le périndopril faisait partie de la classe des IEC, répertoriés au niveau ATC 3 de la classification de l'OMS. Toutefois, à partir des éléments de preuve retenus par la Commission, cette dernière a considéré que les médicaments appartenant à la classe des IEC n'étaient pas des produits homogènes, le périndopril étant, selon la Commission, scientifiquement reconnu pour certaines caractéristiques qui le différenciaient d'autres IEC.

**1412**La Commission a également pris en compte, ainsi qu'il ressort notamment des considérants 2496 à 2513 de la décision attaquée, consacrés aux schémas de transfert, l'existence d'un mécanisme d'« inertie » des médecins et d'un groupe croissant de prescripteurs « fidèles » au périndopril de nature à limiter les pressions concurrentielles s'agissant des nouveaux patients ainsi que la faible propension des patients traités au périndopril à changer de médicament.

**1413**En outre, la Commission a mentionné, dans son analyse du marché pertinent, les efforts promotionnels de Servier, en estimant notamment que la stabilité des dépenses promotionnelles suggérait l'absence d'exposition à de fortes pressions concurrentielles.

**1414**Enfin, en effectuant une analyse des événements naturels de nature tarifaire, la Commission a considéré que la pression exercée par les génériques du périndopril devait être regardée comme cruciale dans l'analyse du marché pertinent et que le fait que la pression exercée par les génériques l'emportait sur toute autre contrainte potentielle conduisait naturellement à une restriction du marché pertinent à la seule molécule du périndopril (considérant 2546 de la décision attaquée). De surcroît, s'agissant de l'impact du cadre réglementaire, la Commission a relevé que le cadre réglementaire avait largement limité l'exposition de Servier aux contraintes de prix, permettant ainsi à Servier d'agir en étant libre de toute pression concurrentielle (considérant 2527 de la décision attaquée).

**1415**Par conséquent, il ressort de la décision attaquée que la Commission ne s'est pas limitée au seul facteur du prix aux fins de définir le marché pertinent. En particulier, l'usage thérapeutique du périndopril a été considéré comme un élément pertinent de l'analyse du marché. Dès lors, si, ainsi que cela ressort du cadre d'analyse explicité aux

points 1380 à 1404 ci-dessus, les requérantes sont fondées à faire observer qu'il y a lieu de prendre en compte les caractéristiques thérapeutiques des médicaments pour définir le marché pertinent, elles ne sauraient avancer valablement que la Commission n'a pas pris en considération, en l'espèce, l'ensemble du contexte économique, en particulier l'usage thérapeutique des médicaments.

**1416**La Commission n'a donc pas commis l'erreur de droit que lui reprochent les requérantes à cet égard.

**1417**La première branche du premier grief doit donc être écartée.

3) Sur le deuxième grief, tiré de ce que la Commission a méconnu la substituabilité thérapeutique des IEC

**1418**Par leur deuxième grief, les requérantes soutiennent, en substance, que la Commission a méconnu la substituabilité thérapeutique entre les IEC. Elles font valoir, premièrement, que la Commission a considéré à tort que le périmopril se différenciait des autres IEC par des qualités particulières, deuxièmement, que la concurrence entre les IEC était vive s'agissant des nouveaux patients, troisièmement, que la Commission a sous-estimé la propension à changer de médicament des patients traités au périmopril et, enfin, que les actions promotionnelles sont l'une des dimensions essentielles de la concurrence sur le marché en cause.

i) Sur la distinction entre le périmopril et les autres IEC en termes d'efficacité et d'effets secondaires

**1419**Dans la décision attaquée, notamment aux considérants 2449, 2499 et 2519, la Commission a considéré, en substance, que les inhibiteurs de l'ECA étaient une classe de médicaments hétérogènes sur le plan thérapeutique, que cette hétérogénéité pouvait être liée à des différences d'efficacité et de tolérance au niveau individuel et que le périmopril avait un usage thérapeutique différencié de celui des autres IEC. Elle a relevé que, si les IEC formaient une classe de médicaments au sens du troisième niveau du système de classification ATC utilisé par l'OMS, il serait néanmoins inexact de considérer les inhibiteurs de l'ECA comme une simple classe homogène. Selon elle, le périmopril était scientifiquement reconnu pour certaines caractéristiques qui le différenciaient d'autres IEC. À l'appui de ces considérations, la Commission s'est appuyée, notamment, sur des recommandations médicales, sur un ensemble d'études scientifiques, sur des documents internes de Servier et sur un sondage réalisé auprès des prescripteurs de périmopril.

**1420**Les requérantes contestent l'appréciation de la Commission selon laquelle les autres IEC ne peuvent pas être substitués au périmopril sur le plan thérapeutique, compte tenu notamment des caractéristiques particulières en termes d'efficacité et d'effets secondaires de celui-ci. Elles font valoir que les IEC font partie d'une classe homogène au sein de laquelle il n'existe aucune différence significative qui justifierait que la seule molécule du périmopril constituât un marché distinct.

**1421**Il convient d'examiner l'ensemble des éléments pertinents permettant d'apprécier si le périmopril était perçu par les médecins prescripteurs comme étant de nature à ce que les autres IEC puissent se substituer à lui sur le plan thérapeutique. En l'espèce, il sera tenu compte successivement des informations de base relatives à ce médicament mentionnées dans la décision attaquée, du système de classification ATC, des recommandations médicales, des études médicales, des politiques mises en œuvre par certaines autorités locales au Royaume-Uni, des documents internes de Servier, du

sondage réalisé par la Commission auprès des prescripteurs et des réponses des fabricants d'autres IEC aux questions posées par la Commission.

**1422**En premier lieu, la décision attaquée expose à titre liminaire, aux considérants 2143 à 2164, les informations de base relatives au périndopril en ce qui concerne notamment le mode d'action, les indications principales, les contre-indications et les effets secondaires de ce médicament.

**1423**Il convient de relever qu'aucun élément de différenciation entre le périndopril et les autres IEC ne ressort de cette description des informations de base relatives au périndopril.

**1424**S'agissant des effets secondaires, la décision attaquée relève certes, au considérant 2149, que, selon la littérature médicale, le périndopril est généralement bien toléré, avec un profil d'effets indésirables similaire à celui des autres IEC, et que Servier a salué, dans ses documents internes, son produit pour son niveau élevé de tolérance et de respect. Il convient néanmoins de souligner qu'il ressort du texte même de la littérature médicale citée par la Commission au considérant 2149 de la décision attaquée que le profil d'effets indésirables du périndopril est similaire à celui des autres IEC. Dans le mémoire en défense, la Commission reconnaît désormais expressément que les IEC ont des effets secondaires similaires, ce qui n'est pas mentionné dans la décision attaquée.

**1425**Il résulte donc de la présentation des informations de base relatives au périndopril figurant dans la décision attaquée que le mode d'action, les indications principales, les contre-indications et les effets secondaires des IEC sont similaires.

**1426**En deuxième lieu, le système de classification ATC, dont les autorités de concurrence tiennent compte aux fins d'apprécier la substituabilité thérapeutique entre médicaments et de déterminer le marché pertinent, répartit les produits pharmaceutiques en cinq niveaux différents et les classe selon les organes sur lesquels ils agissent et selon leurs propriétés chimiques, pharmacologiques et thérapeutiques. Le troisième niveau de la classification ATC regroupe les produits pharmaceutiques selon leurs indications thérapeutiques, le quatrième prend en considération le mode d'action et le cinquième définit les classes les plus étroites, comprenant les substances actives prises individuellement.

**1427**Il ressort de la pratique décisionnelle de la Commission dans le secteur pharmaceutique, en matière de définition du marché, que l'analyse s'opère généralement à partir du troisième niveau. Toutefois, les autres niveaux de la classification ATC peuvent également être pris en considération lorsqu'il apparaît que des contraintes concurrentielles suffisamment fortes s'exercent à d'autres niveaux et que, par conséquent, le troisième niveau ne semble pas permettre une définition du marché correcte (arrêt du 1er juillet 2010, AstraZeneca/Commission, T 321/05, EU:T:2010:266, point 154).

**1428**En l'espèce, la Commission n'a pas arrêté son analyse au troisième niveau de la classification ATC, mais a défini le marché pertinent au cinquième niveau de cette classification, à savoir la molécule du périndopril, principe actif du Coversyl. Si le fait de définir le marché pertinent au cinquième niveau de la classification ATC n'est pas critiquable en soi, il convient de constater que tous les IEC, qui sont au nombre de seize, sont regroupés, tant au troisième niveau de de la classification ATC, correspondant aux

indications thérapeutiques, qu'au quatrième niveau de cette classification, correspondant au mode d'action, dans un même groupe appelé « [IEC] de l'angiotensine, seuls ».

**1429**Ainsi, le système de classification ATC ne permet pas d'établir une distinction de quelque nature que ce soit entre le périndopril et les autres IEC en ce qui concerne l'usage thérapeutique. Il confirme, ce qui n'est d'ailleurs pas contesté, que les IEC ne diffèrent pas entre eux en termes d'indications et de mode d'action.

**1430**En troisième lieu, comme le souligne à juste titre la Commission au considérant 2172 de la décision attaquée, l'analyse des relations entre les différents médicaments antihypertenseurs tient compte des recommandations médicales pertinentes.

**1431**Les recommandations médicales visent à offrir une information équilibrée aux praticiens pour les aider à prendre des décisions dans leur pratique quotidienne. Elles se fondent sur toutes les sources disponibles de preuves scientifiques, y compris les grands essais cliniques et leur méta-analyse. Elles fournissent des résumés des connaissances médicales disponibles pendant la période examinée.

**1432**Dans la décision attaquée, la Commission a procédé à l'analyse des recommandations communes de l'OMS et de la Société internationale de l'hypertension de 1999, des recommandations de la Société européenne de l'hypertension et de la Société européenne de cardiologie de 2003 et de 2007, des recommandations de la Société britannique de l'hypertension de 1999 et de 2004 et des recommandations du National Institute for Health and Clinical Excellence (NICE, Institut national pour la santé et l'excellence clinique, Royaume-Uni) de 2004 et de 2006.

**1433**Or, les recommandations communes de l'OMS et de la Société internationale de l'hypertension de 1999 mentionnent, s'agissant des IEC, les mêmes indications principales et secondaires et les mêmes contre-indications principales et secondaires. La décision attaquée ne relève, dans ces recommandations, aucun élément de différenciation entre les IEC.

**1434**Les recommandations de la Société européenne de l'hypertension et de la Société européenne de cardiologie de 2003 et de 2007, qui ont été approuvées par les sociétés de cardiologie au niveau national, notamment en France, aux Pays-Bas et en Pologne, analysent de façon globale les propriétés, les effets et les indications de tous les IEC et ne contiennent pas de préconisations visant spécifiquement l'une des molécules de cette classe de médicaments. Elles ne contiennent aucune subdivision entre les médicaments de la classe des IEC, contrairement par exemple aux médicaments relevant de la classe des inhibiteurs calciques et des diurétiques. Ces recommandations préconisent de changer de classe de médicament si un médicament n'est pas efficace ou pas toléré.

**1435**Les recommandations de la Société européenne de l'hypertension et de la Société européenne de cardiologie indiquent, certes, que même différents produits d'une même classe de médicaments diffèrent selon les types et la fréquence des effets secondaires. Toutefois, cette considération ne vise pas spécifiquement la classe des IEC et n'est assortie d'aucune précision quant aux médicaments concernés et à la nature des effets secondaires en cause. Par suite, la seule mention des recommandations relative à la différence des effets secondaires induits par différents produits d'une même classe médicamenteuse ne permet pas d'établir l'existence concrète d'une différence entre le périndopril et les autres IEC en ce qui concerne les effets secondaires.

**1436**De la même façon, la Commission affirme, au considérant 2181 de la décision attaquée, que, selon les recommandations de la Société européenne de l'hypertension et de la Société européenne de cardiologie, la sélection d'un médicament contre l'hypertension doit être fondée sur le patient individuel, ce qui aurait une importance considérable pour l'évaluation du marché pertinent. Mais la circonstance que ces recommandations mentionnent que les individus sont différents quant à leur susceptibilité à tel ou tel effet secondaire ne permet pas de déduire qu'il existerait une différence entre les IEC en ce qui concerne les effets secondaires. Il en résulte que les recommandations européennes pour la prise en charge de l'hypertension ne contiennent aucun élément permettant de différencier le périndopril des autres IEC en termes d'usage thérapeutique.

**1437**Les recommandations de la Société britannique de l'hypertension de 1999 et de 2004 mentionnent l'existence d'indications, de contre-indications et d'effets secondaires, notamment la toux, qui sont communs à l'ensemble des médicaments de la classe des IEC. Les recommandations du NICE de 2004 et de 2006 comportent des préconisations sur les médicaments qu'il convient de prescrire en première et deuxième intention, mais ne font, de ce point de vue, aucune distinction entre les IEC.

**1438**Ainsi, les recommandations médicales analysées dans la décision attaquée, qui fournissent une information équilibrée aux praticiens fondée sur toutes les sources disponibles de preuves scientifiques, y compris les grands essais cliniques et leur méta-analyse, n'établissent aucune différence entre les médicaments de la classe des IEC. Ces recommandations confirment, comme la classification ATC, l'homogénéité de la classe des IEC sur le plan de l'usage thérapeutique.

**1439**En quatrième lieu, la Commission s'est penchée, dans la décision attaquée, sur les études médicales relatives au périndopril, qu'il s'agisse des études disponibles au début de la période examinée ou des études publiées dans les années 2000.

**1440**En ce qui concerne les études médicales relatives au périndopril disponibles au début des années 2000, la décision attaquée se fonde sur deux articles publiés en 2001.

**1441**Le premier article mentionne notamment le fait que le périndopril est un IEC bien toléré, qui, pour les patients présentant une hypertension légère à moyenne, est significativement meilleur en termes de réponse clinique que le captopril et aussi efficace que les autres IEC. Le second article indique que la capacité du périndopril à diminuer la pression artérielle est comparable ou meilleure à celle des autres agents antihypertenseurs dans sa classe thérapeutique et que l'hypotension de première dose causée par une diminution sévère de la pression artérielle arrive moins souvent avec le périndopril qu'avec les autres IEC, un avantage chez certaines catégories de patients.

**1442**La décision attaquée en déduit que, à la date de la publication de ces articles, il y avait déjà un important corpus scientifique suggérant que le périndopril devait être considéré comme un IEC de premier plan. Toutefois, il convient de constater que, si ces deux articles considèrent effectivement que le périndopril est efficace ou meilleur que les autres thérapies en termes de réduction de la pression artérielle, la supériorité du périndopril à cet égard n'est alléguée, par un des deux articles seulement, qu'envers un seul des seize IEC, le captopril. En outre, ces articles ne permettent pas d'affirmer que le périndopril se différencie positivement, s'agissant de la réduction de la pression artérielle, des autres IEC, notamment des médicaments, tels que le ramipril, le lisinopril ou l'énalapril, que Servier considère comme des concurrents du périndopril.



**1443** Par ailleurs, si le second article affirme que le périndopril se distingue positivement des autres IEC s'agissant de l'hypotension de première dose causée par une diminution sévère de la pression artérielle, il ne se prononce pas sur l'importance qu'il convient d'accorder à cette supériorité relative du périndopril et n'examine pas les avantages thérapeutiques que les autres IEC peuvent présenter, quant à eux, par rapport au périndopril.

**1444** En ce qui concerne les études médicales publiées dans les années 2000, c'est-à-dire au cours de la période examinée, la Commission indique, au considérant 2208 de la décision attaquée, qu'elle a analysé les principales études impliquant l'usage du périndopril auxquelles se réfèrent les documents de stratégie interne de Servier.

**1445** Ainsi, les études Progress (publiée en 2001), Europa (publiée en 2003), ASCOT-BPLA (publiée en 2005), Preami et CAFE (publiées en 2006), Advance (publiée en 2007) et HYVET (publiée en 2008) montrent qu'il existait pour le périndopril, associé ou non avec d'autres médicaments, des preuves scientifiques d'efficacité dans la réduction des risques d'accident vasculaire cérébral, la prévention des risques d'événements cardiovasculaires majeurs entraînant des pathologies coronariennes et la réduction progressive du remodelage de la fonction ventriculaire gauche.

**1446** Toutefois, aucune des études médicales mentionnées au point 1445 ci-dessus ne compare l'efficacité du périndopril à celle des autres IEC et n'affirme que le périndopril est relativement plus efficace que les autres IEC. Dans ces conditions, les études analysées par la Commission ne permettent pas de considérer que le périndopril se différencierait des autres IEC en termes d'efficacité.

**1447** En outre, dans la décision attaquée n'ont pas été analysées toutes les études impliquant l'utilisation du périndopril dans les années 2000, notamment l'une d'entre elles qui n'apparaît pas favorable à ce médicament. L'étude PEP-CHF (publiée en 2006), qui avait pour objectif de démontrer l'efficacité du périndopril dans le traitement de l'insuffisance cardiaque, n'a pas été analysée par la Commission. Selon le rapport du professeur V., réalisé à la demande de Servier et produit par celui-ci dans le cadre de ses observations en réponse à la communication des griefs, les résultats de cette étude, qui a été interrompue, mais dont les résultats ont néanmoins été publiés, n'ont démontré aucune efficacité du périndopril dans le domaine de l'insuffisance cardiaque. Cette étude médicale conduit à relativiser les preuves scientifiques d'efficacité qui existaient pour le périndopril au cours de la période examinée.

**1448** Par ailleurs, la décision attaquée n'a pas analysé les études médicales publiées dans les années 2000 impliquant l'usage des autres IEC, alors même que ces études figuraient dans les documents de stratégie interne de Servier. La Commission n'a pas examiné les études médicales relatives au ramipril (ASCOT-BPLA, HOPE), à l'énalapril (SOLVD et ANBP2) et au trandolapril (TRACE), mentionnées au considérant 2234 de la décision attaquée. L'étude Cochrane, à laquelle Servier s'est référé dans le cadre de ses observations en réponse à la communication des griefs et qui analyse l'efficacité relative de quatorze IEC en termes d'efficacité antihypertensive, n'est pas mentionnée dans la décision attaquée.

**1449** L'absence d'analyse par la Commission des études impliquant l'usage des autres IEC fait obstacle, à titre surabondant, à ce que les études médicales présentées dans la décision attaquée soient considérées comme démontrant l'existence d'une efficacité particulière du périndopril parmi les IEC.

**1450** Parmi ces études, l'étude HOPE (publiée en 2000) n'a pas été analysée par la Commission alors qu'elle est citée à de nombreuses reprises dans les documents de stratégie interne de Servier et qu'elle constitue, selon les plans d'orientation de Servier, une étude importante qui a permis au ramipril de bénéficier d'une nouvelle indication contribuant à un important succès commercial et qui a été utilisée par Sanofi-Aventis dans le cadre d'une communication mettant en avant la capacité du ramipril à sauver des vies. Contrairement à ce que soutient la Commission, le contenu de l'étude HOPE n'a pas été analysé dans la décision attaquée, celle-ci indiquant seulement, au considérant 2493, que l'interprétation potentielle donnée à cette étude dépend très largement de la manière dont les études sont communiquées aux prescripteurs dans le cadre des efforts promotionnels des fabricants, considération qui ne constitue pas une analyse du contenu de cette étude.

**1451** L'étude médicale Cochrane (publiée en avril 2009) est une méta-analyse qui apprécie l'efficacité relative des IEC dans la réduction de la pression artérielle en se fondant sur 92 études antérieures impliquant quatorze IEC. Il convient de relever que la capacité à réduire la pression artérielle constitue à l'évidence un élément essentiel pour apprécier l'efficacité relative des IEC. Or, l'étude Cochrane, ainsi que les requérantes le soulignent à juste titre, conclut qu'aucun IEC n'apparaît meilleur ou pire que les autres en termes d'efficacité antihypertensive. Si l'étude Cochrane a été publiée en fin de période examinée, elle est néanmoins pertinente pour apprécier l'efficacité relative des IEC, dans la mesure où elle se fonde sur un grand nombre d'études antérieures, y compris celles qui n'ont pas été analysées par la Commission dans la décision attaquée.

**1452** La Commission fait valoir que la conclusion de l'étude Cochrane est qu'on ne peut exclure qu'il existe une différence entre un ou plusieurs des médicaments concernés en ce qui concerne leur capacité à baisser la pression artérielle et que, pour analyser si de telles différences existent ou pas entre les différents médicaments, il faudrait des essais comparatifs des différents IEC à des doses équivalentes de baisse de tension artérielle. Cet argument doit être écarté, dès lors que la considération de l'étude quant à l'existence d'une incertitude quant aux différences dans la capacité des IEC à baisser la tension artérielle figure dans la partie « Discussion » de l'étude et ne constitue pas l'une de ses conclusions. Le paragraphe pertinent de la partie « Discussion » de l'étude se termine par la constatation qu'il est très probable que l'effet quasi maximal de réduction de la tension artérielle des différents IEC est le même.

**1453** La Commission expose par ailleurs que l'étude Cochrane n'a pas pu analyser correctement, sur la base des données dont ses auteurs disposaient, la question des effets secondaires. Mais cette circonstance est, en tout état de cause, sans incidence sur la conclusion de l'étude relative à l'absence de différence significative entre les IEC en termes de réduction de la pression artérielle. En outre, s'agissant de l'argument de la Commission selon lequel l'étude met en évidence des différences entre IEC en ce qui concerne la relation dose-efficacité, la disponibilité des différents dosages et le temps de prise d'effet, il convient d'indiquer que l'étude ne souligne pas l'existence de différences significatives entre les IEC sur le plan thérapeutique et conclut au contraire que prescrire l'IEC le moins cher au plus faible dosage permettra des économies substantielles.

**1454** Ainsi, l'argumentation de la Commission ne permet pas de remettre en cause l'une des conclusions essentielles de l'étude Cochrane, figurant explicitement dans ses

conclusions et son résumé, selon laquelle aucun IEC n'apparaît meilleur ou pire que les autres en termes d'efficacité antihypertensive.

**1455**L'absence de différenciation du périndopril à l'égard des autres IEC, notamment en termes d'efficacité, est confirmée par le rapport du professeur V., réalisé à la demande de Servier, qui n'est pas contesté par la Commission. Ce rapport, qui examine les résultats des études médicales impliquant l'utilisation du périndopril ainsi que les résultats d'études médicales des années 1980, 1990 et 2000 impliquant l'utilisation d'autres IEC, notamment les études SAVE concernant le captopril, AIRE et HOPE concernant le ramipril, Consensus et SOLVD concernant l'énalapril, indique que, à l'exception du captopril et, dans une bien moindre mesure, de l'énalapril, tous les IEC sont compatibles avec une seule administration par jour dans les deux principales indications de cette classe, à savoir l'hypertension artérielle et l'insuffisance cardiaque. Le rapport souligne, comme l'étude Cochrane, que les études médicales ne font ressortir aucune différence dans l'efficacité antihypertensive des différents IEC. Il expose que, dans le domaine de l'insuffisance cardiaque, les effets favorables de cette classe thérapeutique sont, selon les études disponibles pour le captopril, l'énalapril, le ramipril, le quinapril et le lisinopril, partagés par tous les IEC. Si le périndopril dispose de preuves d'efficacité dans le domaine de la prévention cardiovasculaire, il ne dispose en revanche pas de telles preuves dans les domaines de l'insuffisance cardiaque.

**1456**Le rapport du professeur V. conclut que, pour chacune des cinq classes thérapeutiques utilisées dans le traitement de l'hypertension artérielle, en particulier les IEC, les effets thérapeutiques sont attribuables à des effets de classe et non aux propriétés individuelles des molécules prescrites. Le ramipril est, selon ce rapport, l'IEC de deuxième génération pour lequel il est possible de disposer du plus de données fondées sur des preuves scientifiques dérivées d'essais cliniques randomisés et qui est devenu, sur la base de son excellent profil pharmacologique et de la grande qualité de ses données probantes, surtout dans le domaine de l'insuffisance cardiaque, le leader incontesté du marché des médicaments antihypertenseurs. Le périndopril est, d'après ce rapport, un IEC comme les autres, qui n'est ni le plus puissant ni celui qui présente le meilleur profil pharmacologique. Pour le périndopril, il est possible de disposer de données fondées sur des éléments probants dans le domaine de la prévention cardiovasculaire, même si les résultats obtenus ne montrent pas nécessairement que l'effet observé soit attribuable au périndopril. Il n'est en revanche pas possible de disposer de données fondées sur des éléments probants dans les domaines de l'insuffisance cardiaque et de la néphropathie diabétique.

**1457**Il résulte de ce qui précède que les études médicales publiées ne révèlent pas que le périndopril diffère des autres IEC sur le plan thérapeutique, notamment en termes d'efficacité. L'analyse des études médicales montre au surplus que, s'il est possible de disposer pour le périndopril de preuves d'efficacité, tel est également le cas pour d'autres IEC, tels que l'énalapril, le lisinopril ou le ramipril, avec d'ailleurs pour ce dernier davantage de preuves d'efficacité dans le domaine de l'insuffisance cardiaque.

**1458**En cinquième lieu, les requérantes font valoir que les politiques mises en œuvre par des autorités locales compétentes dans le domaine de la santé au Royaume-Uni corroborent le fait qu'il est possible de substituer au périndopril d'autres IEC du point de vue thérapeutique. Elles produisent, à l'appui de leur argumentation, plusieurs annexes relatives à la politique mise en œuvre par les PCT.

**1459**À cet égard, la Commission soutient, d'une part, que l'annexe C 29 relative aux PCT d'Écosse et d'Irlande du Nord produite par les requérantes doit être écartée comme irrecevable et, d'autre part, que l'utilisation par les requérantes de l'ensemble des annexes A 286, A 287 et C 29 relatives aux politiques mises en œuvre par les autorités locales du Royaume-Uni méconnaît l'article 21 du statut de la Cour de justice de l'Union européenne et l'article 76 du règlement de procédure du Tribunal.

**1460**Aux termes de l'article 85, paragraphe 2, du règlement de procédure, les parties principales peuvent encore produire des preuves ou faire des offres de preuve dans la réplique et la duplique à l'appui de leur argumentation, à condition que le retard dans la présentation de celles-ci soit justifié. Cependant, il ressort de la jurisprudence que la preuve contraire et l'ampliation des offres de preuve fournies à la suite d'une preuve contraire de la partie adverse dans le mémoire en défense ne sont pas visées par la règle de forclusion prévue par ladite disposition. En effet, cette disposition concerne les offres de preuve nouvelles et doit être lue à la lumière de l'article 92, paragraphe 7, dudit règlement, qui prévoit expressément que la preuve contraire et l'ampliation des offres de preuve restent réservées (arrêts du 17 décembre 1998, *Baustahlgewebe/Commission*, C 185/95 P, EU:C:1998:608, points 71 et 72, et du 5 décembre 2006, *Westfalen Gassen Nederland/Commission*, T 303/02, EU:T:2006:374, point 189).

**1461**En l'espèce, les éléments de preuve relatifs aux PCT d'Écosse et d'Irlande du Nord présentés par les requérantes dans l'annexe C 29 ne peuvent pas être déclarés irrecevables au motif qu'ils auraient été produits dans la réplique en méconnaissance de l'article 85, paragraphe 2, du règlement de procédure. En effet, ainsi que les requérantes l'indiquent au point 417 de la réplique, les éléments avancés dans l'annexe C 29 répondent à la critique figurant dans le mémoire en défense de la Commission sur le caractère individuel et sur l'impact seulement théorique des politiques mises en œuvre par les PCT. Partant, la règle de forclusion prévue à l'article 85, paragraphe 2, du règlement de procédure ne trouve pas à s'appliquer à leur égard, de sorte que les éléments de preuve en cause sont recevables.

**1462**S'agissant ensuite de l'utilisation des annexes A 286 et A 287, jointes à la requête déposée le 21 septembre 2014 et relatives aux recommandations et aux politiques mises en place par les autorités locales au Royaume-Uni, force est de constater que leur utilisation est conforme à l'article 21 du statut de la Cour de justice de l'Union européenne et à l'article 44, paragraphe 1, du règlement de procédure du Tribunal du 2 mai 1991, alors applicable. De la même façon, l'utilisation de l'annexe C 29, jointe à la réplique déposée le 29 juillet 2015 et relative aux documents provenant des PCT d'Écosse et d'Irlande du Nord, est conforme à l'article 21 du statut de la Cour de justice de l'Union européenne et à l'article 76 du règlement de procédure du Tribunal. Selon une jurisprudence constante, il faut, pour qu'un recours soit recevable, que les éléments essentiels de fait et de droit sur lesquels celui-ci se fonde ressortent, à tout le moins sommairement, mais d'une façon cohérente et compréhensible, du texte de la requête elle-même. Cette interprétation de l'article 21 du statut de la Cour de justice de l'Union européenne et de l'article 44, paragraphe 1, du règlement de procédure du Tribunal du 2 mai 1991 vise également les conditions de recevabilité de la réplique, qui est destinée à compléter la requête (arrêt du 17 septembre 2007, *Microsoft/Commission*, T 201/04, EU:T:2007:289, points 94 et 95 et jurisprudence citée). En l'espèce, même si les annexes A 286, A 287 et C 29 sont volumineuses et contiennent une succession de documents,

les requérantes indiquent dans le corps de la requête, puis de la réplique, les arguments de fait et de droit qu'elles invoquent. Les requérantes étayent, par la production de ces annexes comportant des pièces provenant des PCT du Royaume-Uni, y compris d'Écosse et d'Irlande du Nord, leur argumentation visant à démontrer que les PCT se sont prononcés sur l'équivalence thérapeutique entre le périndopril et les autres IEC, ont encouragé les médecins généralistes à remplacer le périndopril par d'autres IEC et que ces politiques, qui n'ont pas un caractère individuel, ont eu un impact réel sur la demande au niveau local.

**1463** La Commission n'est donc pas fondée à soutenir que les annexes A 286, A 287 et C 29 produites par les requérantes doivent être écartées des débats.

**1464** Du reste, il ressort des pièces du dossier, notamment du considérant 2280 de la décision attaquée, que certains PCT ont considéré expressément, à partir de l'année 2005, que le périndopril n'était pas plus efficace qu'un autre IEC et ont préconisé, pour des raisons de coût, l'utilisation d'autres IEC que le périndopril, voire la substitution d'un autre IEC au périndopril, en particulier le lisinopril ou le ramipril. C'est à tort que la Commission fait valoir que les documents relatifs aux PCT produits par les requérantes révèlent des considérations et des réflexions individuelles. En effet, ces politiques mises en œuvre par des autorités compétentes, qui émanent au surplus d'un nombre non négligeable de PCT situés dans plusieurs régions du Royaume-Uni, ne sauraient être considérées comme de simples réflexions individuelles. Quels que soient les effets concrets des initiatives des PCT, l'appréciation de ces entités sur la possibilité de substituer les autres IEC au périndopril tend à contredire l'analyse de la Commission sur l'hétérogénéité de la classe des IEC.

**1465** Par conséquent, les politiques mises en œuvre par des autorités locales compétentes dans le domaine de la santé au Royaume-Uni corroborent le fait que le périndopril ne se distingue pas des autres IEC du point de vue thérapeutique.

**1466** En sixième lieu, la Commission a tiré argument, à tort, des documents internes de Servier pour établir l'existence de qualités thérapeutiques particulières du périndopril par rapport aux autres IEC.

**1467** À titre liminaire, il convient de rappeler que, selon les règles généralement applicables en matière de preuve, la crédibilité et, partant, la valeur probante d'un document dépendent de son origine, des circonstances de son élaboration, de son destinataire et du caractère sensé et fiable de son contenu (voir, en ce sens, arrêts du 24 octobre 1991, *Atochem/Commission*, T 3/89, EU:T:1991:58, points 31 à 38, et du 11 mars 1999, *Ensidesa/Commission*, T 157/94, EU:T:1999:54, point 312 ; conclusions du juge Vesterdorf faisant fonction d'avocat général dans l'affaire *Rhône-Poulenc/Commission*, T 1/89, EU:T:1991:38).

**1468** En l'espèce, les documents internes de Servier, en tant qu'ils contiennent des appréciations sur l'usage thérapeutique des IEC destinées à assurer la promotion du périndopril, ne constituent pas, à la différence des recommandations médicales, un résumé équilibré des connaissances scientifiques. Ils ne reposent pas non plus, contrairement aux études médicales, sur une méthodologie destinée à assurer la fiabilité des résultats obtenus. Les extraits de ces documents internes doivent donc être analysés en tenant compte du fait qu'ils poursuivent, pour certains d'entre eux, un objectif promotionnel.

**1469**Ainsi, il ressort des documents de stratégie interne que Servier a présenté les caractéristiques du périndopril de façon favorable dans le cadre des messages promotionnels destinés aux médecins. Les documents résumant les actions promotionnelles de Servier soulignent les résultats positifs du périndopril et évoquent même, en se fondant sur les études médicales, un mode d'action unique, la possibilité de différencier positivement le périndopril de ses concurrents, voire une supériorité du périndopril à l'égard d'autres IEC dans des domaines tels que le ratio de variation de sa concentration plasmatique, l'efficacité pour la réduction de la pression artérielle, la synergie d'association avec un diurétique ou la protection cardiovasculaire.

**1470**Toutefois, ainsi qu'il a été dit précédemment, le contenu de ces messages doit être analysé en tenant compte de leur objectif promotionnel. À cet égard, il convient de relever, tout d'abord, que la Commission ne conteste pas l'affirmation des requérantes selon laquelle les IEC se présentaient tous comme étant les meilleurs dans le cadre de leurs messages promotionnels respectifs. Par ailleurs, les documents de stratégie interne de Servier, mais aussi les plans d'orientation, les plans de lancement et les messages promotionnels d'autres IEC figurant au dossier, montrent que les campagnes promotionnelles d'autres IEC, comme celles du ramipril, du lisinopril ou du trandolapril, sont également très élogieuses dans la présentation des caractéristiques thérapeutiques de ces médicaments. Les campagnes promotionnelles des autres IEC décrivent fréquemment leur médicament comme un produit leader, un médicament unique parmi les IEC et le qualifient de produit de référence ou de meilleur choix. Ces campagnes de communication soulignent les avantages allégués du médicament en cause au sein de la classe des IEC, en termes d'indications, d'efficacité ou de tolérance. Elles comportent parfois des comparaisons directes avec le périndopril et invoquent, pour certaines d'entre elles, une supériorité du médicament par rapport au périndopril. Dans ces conditions, le contenu des messages visant à promouvoir le périndopril figurant dans les documents de stratégie interne de Servier ne permet pas de considérer que ce médicament se différencie des autres IEC sur le plan thérapeutique.

**1471**Par ailleurs, les documents de stratégie interne de Servier, considérés dans leur ensemble, ne font pas ressortir une supériorité thérapeutique du périndopril sur les autres IEC. Il ressort de ces documents que d'autres IEC, tels que le ramipril, le lisinopril et l'énalapril, disposent d'atouts en termes de preuves d'indications et d'efficacité, grâce aux études telles que TRACE, AIRE ou HOPE. En particulier, le ramipril est évoqué comme un médicament pour lequel existent des preuves d'efficacité dans le domaine de l'insuffisance cardiaque, chez les patients à haut risque cardiovasculaire et chez les patients diabétiques.

**1472**Enfin, la Commission expose, notamment aux considérants 2224 à 2236 de la décision attaquée, que, selon les documents internes de Servier, les campagnes promotionnelles ont notamment eu pour objectif de différencier le périndopril des autres IEC. Toutefois, il ressort de ces mêmes documents que les campagnes de communication n'ont pas suffisamment permis de différencier, du point de vue des médecins, le périndopril d'autres IEC. Ces documents mentionnent par exemple une étude qualitative réalisée en juillet 2007 auprès de médecins généralistes et de cardiologues selon laquelle le périndopril et le ramipril étaient perçus comme similaires. Le plan d'orientation des années 2009-2010 souligne, en fin de période examinée, le manque de différenciation à l'égard du ramipril. S'agissant des Pays-Bas, les plans d'orientation 2006-2007, 2007-

2008 et 2008-2009 indiquent que beaucoup de médecins généralistes considéraient le lisinopril comme équivalent au périndopril.

**1473**Par conséquent, les documents internes de Servier ne démontrent pas que le périndopril était reconnu pour des qualités thérapeutiques particulières le différenciant des autres IEC. Si l'entreprise a tenté, comme d'autres entreprises commercialisant des IEC, de promouvoir et de différencier de façon positive le périndopril au travers d'une communication élogieuse, cette stratégie n'a pas permis, selon ces mêmes documents, de différencier suffisamment le périndopril des autres IEC.

**1474**En septième lieu, la Commission a fondé son appréciation de la substituabilité thérapeutique du périndopril sur un sondage effectué auprès des prescripteurs.

**1475**Pour déterminer les destinataires des questionnaires, la Commission s'est fondée sur une liste de prescripteurs de périndopril fournie par Servier et devant inclure, notamment, tous les cardiologues et médecins généralistes avec lesquels Servier était en relation professionnelle et commerciale. Si certaines de ces listes contenaient presque tous les prescripteurs, tel n'est pas le cas de la liste des médecins généralistes français et du Royaume-Uni. Dans ces conditions, il existe, comme le soutient Servier, un biais de sélection concernant ces deux catégories de destinataires. Force est de constater que ce biais est susceptible d'avoir eu une incidence sur les résultats du sondage pour ces deux catégories, dans la mesure où il est possible que des médecins en relation professionnelle avec Servier aient privilégié, davantage que d'autres prescripteurs ne se trouvant pas dans cette situation, la prescription du périndopril dans le cadre de leur pratique professionnelle.

**1476**Par ailleurs, la présentation de certains résultats du sondage ne correspond pas aux questions posées aux médecins prescripteurs. Ainsi, la Commission a présenté, au considérant 2392 de la décision attaquée, le pourcentage de répondants pour lesquels le périndopril était un traitement de première ou de deuxième intention favori pour l'hypertension essentielle (primitive), pour les cardiopathies ischémiques chroniques et pour l'insuffisance cardiaque. Or, les requérantes soulignent, sans être contestées, que le sondage lui-même n'évoque aucun traitement « favori », mais pose la question de savoir pour quelles pathologies cardiovasculaires le périndopril est prescrit comme « traitement de première/seconde ligne de préférence à d'autres traitements ». Une réponse positive à cette question n'implique pas que le périndopril est prescrit de préférence aux autres IEC et ne permet pas de savoir dans quelle proportion le périndopril est prescrit en traitement de première ligne pour l'hypertension artérielle. De la même façon, une réponse positive aux questions relatives à l'efficacité particulière du périndopril sur certaines catégories de patients et à ses effets secondaires plus rares chez certaines catégories de patients n'implique pas nécessairement, compte tenu de la formulation des questions, que le périndopril se différenciait des autres IEC, selon le médecin prescripteur.

**1477**Du reste, il ressort des résultats de ce sondage que, pour 51 % des répondants, il existait, pour 81 à 100 % des patients qui entamaient un traitement au périndopril, un médicament équivalent. Il s'en déduit que, pour une majorité des médecins interrogés, il était possible, du point de vue thérapeutique, de substituer un autre médicament au périndopril, et cela pour la plus grande partie des patients qui débutaient un traitement. La Commission reconnaît d'ailleurs, au considérant 2454 de la décision attaquée, qu'une majorité des répondants considérait d'autres médicaments comme des alternatives thérapeutiques équivalentes au périndopril. La Commission indique également que les

praticiens plaçaient le plus souvent comme alternative le ramipril en France, en Pologne et au Royaume-Uni et l'énalapril et le lisinopril aux Pays-Bas.

**1478** Il résulte de ce qui précède que le sondage réalisé par la Commission ne corrobore pas la thèse d'une différenciation du périndopril à l'égard des autres IEC.

**1479** En huitième lieu, il ressort des réponses aux questions posées par la Commission aux fabricants d'autres IEC, analysées aux considérants 2255 et suivants de la décision attaquée, qu'AstraZeneca, fabricant du lisinopril, considérait le périndopril parmi cinq autres IEC comme un substitut de son lisinopril jusqu'à la date d'expiration de son brevet. Dans le même sens, Merck Sharp & Dohme (MSD), qui produit l'énalapril et le lisinopril, a déclaré que Servier est l'une des entreprises qui rivalise avec elle dans le domaine de l'hypertension et que son produit, le périndopril, est un des traitements susceptibles d'être utilisés comme traitement alternatif pour ses traitements antihypertensifs. Par ailleurs, si Sanofi-Aventis considère, comme l'a mentionné la Commission dans la décision attaquée, que le périndopril et le ramipril ne sont pas « des substituts l'un de l'autre », c'est au regard, d'une part, de la population sensiblement plus importante susceptible de bénéficier du ramipril compte tenu de ses indications plus larges dans le domaine de la réduction de la mortalité cardiovasculaire et, d'autre part, de la gamme de dosages au départ plus étendue du ramipril. Or, si ces éléments, à les supposer établis, sont susceptibles de limiter les possibilités de substituer le périndopril au ramipril, ils ne sont pas, en tout état de cause, de nature à limiter les possibilités de substituer le ramipril au périndopril. Ils ne font donc pas obstacle à ce que le ramipril puisse être considéré comme un produit substituable au périndopril sur le plan thérapeutique.

**1480** Il résulte de ce qui précède que les réponses des fabricants de princeps aux questions posées par la Commission tendent à confirmer que les autres IEC peuvent être substitués, sur le plan thérapeutique, au périndopril.

**1481** Au vu de l'ensemble des pièces du dossier, il convient de conclure qu'il n'existe pas de différence significative entre le périndopril et les autres IEC sur le plan thérapeutique, y compris en termes d'efficacité et d'effets secondaires. Il n'existe pas au dossier de preuve scientifique objective d'une supériorité thérapeutique du périndopril par rapport aux autres IEC. Les IEC sont très largement perçus comme substituables entre eux par les prescripteurs et il existe de nombreux médicaments considérés par les médecins comme des équivalents thérapeutiques au périndopril. Par conséquent, c'est à tort que la Commission a considéré que la classe des IEC était hétérogène et que le périndopril présentait des caractéristiques thérapeutiques particulières au sein de cette classe de médicaments.

**1482** Il y a donc lieu d'accueillir l'argumentation des requérantes selon laquelle la Commission a commis une erreur dans l'analyse de la substituabilité thérapeutique des IEC.

ii) Sur le phénomène d'« inertie » des médecins s'agissant des nouveaux patients

**1483** Il ressort des considérants 2388, 2511 et suivants, et 2539 et suivants de la décision attaquée que la Commission a considéré le périndopril comme un « bien d'expérience » soumis à une pression concurrentielle restreinte sur les nouveaux patients, en raison d'un phénomène bien connu d'« inertie » des médecins. En effet, même si les médecins ont accès à de nombreuses thérapies, ils auraient naturellement tendance à prescrire aux nouveaux patients des médicaments qui se sont révélés efficaces dans le passé.



**1484** Selon la Commission, le périndopril avait accumulé, dès avant la période examinée, une large base de patients à usage continu. Le phénomène d'« inertie » des médecins, qui restreint la substituabilité entre les thérapies disponibles, aurait constitué un mécanisme permettant de consolider la base de clients du périndopril. L'existence d'un groupe croissant de prescripteurs fidèles parmi les médecins expliquerait la croissance continue de la base de patients traités au périndopril.

**1485** Les requérantes contestent cette appréciation de la Commission en faisant valoir, en substance, que la concurrence était vive entre les fabricants d'IEC s'agissant des nouveaux patients et qu'il n'existait pas d'« inertie » significative des médecins, mais seulement un manque de sensibilité des prescripteurs aux prix.

**1486** À titre liminaire, il convient de relever que le phénomène d'« inertie » des médecins, que la Commission définit comme la tendance « naturelle » à prescrire aux nouveaux patients des médicaments qui ont donné de bons résultats sur d'anciens patients est, comme le relève la Commission elle-même au considérant 2540 de la décision attaquée, un élément qui peut varier dans le temps et dépend du type de pathologie. Il s'agit d'une question empirique qui requiert un examen attentif mené au cas par cas.

**1487** Comme l'a jugé le Tribunal dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt du 1er juillet 2010, AstraZeneca/Commission (T 321/05, EU:T:2010:266), l'« inertie » caractérisant les pratiques de prescription peut, notamment, trouver son origine dans la prudence qui caractérise normalement l'attitude des médecins à l'égard d'un produit nouveau dont ils connaissent encore mal les propriétés et, plus spécifiquement, dans leurs craintes importantes quant aux éventuels effets secondaires de ce produit, par exemple d'éventuels effets cancérigènes (voir en ce sens, arrêt du 1er juillet 2010, AstraZeneca/Commission, T 321/05, EU:T:2010:266, points 91, 92 et 98).

**1488** Il convient donc d'apprécier, dans les circonstances de l'espèce, dans quelle mesure un phénomène d'« inertie » des médecins a pu restreindre la substituabilité entre les thérapies disponibles et expliquer l'évolution de la base de patients traités au périndopril, qualifiée de croissance continue par la Commission.

**1489** En premier lieu, il ne ressort pas des pièces du dossier, ainsi qu'il a été dit précédemment, que les IEC étaient hétérogènes sur le plan thérapeutique. Au contraire, il n'existe pas de différence significative entre le périndopril et les autres IEC sur le plan thérapeutique, y compris en termes d'efficacité et d'effets secondaires. En l'absence d'hétérogénéité de la classe des IEC, aucun élément ne limitait par conséquent la latitude dont disposaient les médecins pour prescrire d'autres IEC que le périndopril. Les pièces du dossier ne suggèrent notamment pas que les autres IEC suscitaient des craintes particulières quant à leurs éventuels secondaires. Dans ces conditions, il n'existe pas en l'espèce de craintes particulières quant à l'usage thérapeutique ou aux éventuels effets secondaires des IEC qui étaient susceptibles de susciter un fort degré d'« inertie » des médecins ayant déjà eu l'occasion de prescrire du périndopril, lorsque ces médecins choisissaient de prescrire l'un ou l'autre des IEC pour des nouveaux patients.

**1490** Il convient de souligner que la situation du périndopril à l'égard des autres IEC se distingue de celle des IPP à l'égard des anti-H2 dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt du 1er juillet 2010, AstraZeneca/Commission (T 321/05, EU:T:2010:266). En effet, dans cette affaire, les IPP et les anti-H2 faisaient l'objet d'un usage différencié, les IPP étant prescrits pour traiter essentiellement les formes sévères des affections gastro-intestinales liées à l'hyperacidité et les anti-H2 étant prescrits pour traiter les formes moins sévères

ou légères de celles-ci (voir, en ce sens, arrêt du 1er juillet 2010, AstraZeneca/Commission, T 321/05, EU:T:2010:266, point 72). Les anti-H2 ne pouvaient exercer de contrainte concurrentielle significative sur les IPP, compte tenu notamment de l'importance accordée par les médecins et les patients à la supériorité thérapeutique des IPP (voir, en ce sens, arrêt du 6 décembre 2012, AstraZeneca/Commission, C 457/10 P, EU:C:2012:770, point 58). En l'espèce, il n'est démontré aucune supériorité thérapeutique du périndopril par rapport aux autres IEC de nature à faire obstacle à l'exercice d'une pression concurrentielle significative des IEC envers le périndopril s'agissant des nouveaux patients.

**1491**Au surplus, le périndopril a été lancé après plusieurs autres IEC, notamment après le lisinopril et l'énalapril sur les marchés de la France, des Pays-Bas et du Royaume-Uni, et après l'énalapril sur le marché de la Pologne. Le périndopril n'était donc pas susceptible de bénéficier, par rapport aux IEC mis sur le marché avant lui, d'un phénomène d'« inertie » lié à la prudence caractérisant normalement l'attitude des médecins à l'égard d'un produit nouveau dont ils connaîtraient mal les propriétés.

**1492**Ainsi, il ne ressort pas des pièces du dossier que le périndopril pouvait bénéficier, par rapport aux autres IEC, d'un degré particulier d'« inertie » des pratiques de prescription des médecins au regard des propriétés thérapeutiques des IEC et de la date de mise sur le marché de ce médicament.

**1493**En deuxième lieu, le motif de la décision attaquée selon lequel le périndopril avait accumulé, dès avant la période examinée, une large base de patients en traitement continu doit être fortement relativisé.

**1494**Il ressort des pièces du dossier que, en janvier 2000, le périndopril disposait, dans tous les pays concernés, d'une base de patients beaucoup plus réduite que d'autres IEC tels que le ramipril, l'énalapril ou le lisinopril. En termes de ventes de comprimés et de capsules, le périndopril se classait en quatrième position au Royaume-Uni, derrière le lisinopril, l'énalapril et le ramipril, avec un volume de ventes plus de trois fois inférieur à celui du lisinopril, en troisième position aux Pays-Bas, derrière l'énalapril et le lisinopril, avec un volume de ventes plus de dix fois inférieur à celui de l'énalapril, en deuxième position en France, derrière le ramipril, et en deuxième position en Pologne, derrière l'énalapril, avec un volume de ventes près de six fois inférieur à celui de l'énalapril.

**1495**Dans ces conditions, à supposer établie l'existence d'un mécanisme d'« inertie » dans les pratiques de prescription des médecins, un tel phénomène n'était pas susceptible de bénéficier particulièrement au périndopril eu égard à l'importance relative de sa base de patients en traitement continu par rapport à celle des autres IEC disposant d'une position plus forte en termes de volume de ventes.

**1496**En troisième lieu, la constatation par la décision attaquée de la croissance continue de la base de patients traités au périndopril et, plus généralement, la constatation du succès commercial du périndopril doivent également être relativisées au regard de la situation des autres IEC.

**1497**Parmi les IEC, il ressort des pièces du dossier que le périndopril n'est pas le médicament de la classe des IEC ayant connu le plus grand succès au cours de la période en cause. Si la décision attaquée indique, au considérant 2129, que les ventes mondiales de produits contenant du périndopril de Servier ont atteint plus de 800 millions d'euros lors de la meilleure année, aucun ordre de grandeur des chiffres d'affaires mondiaux

réalisés par les autres fabricants d'IEC ne figure dans ladite décision. À cet égard, les requérantes ont indiqué lors de l'audience, sans être contestées, que le périndopril figurait, à l'époque des faits, au 143e rang mondial des molécules les plus vendues dans le monde, tandis que, par exemple, le ramipril de Sanofi-Aventis était classé au 72e rang mondial. Présent sur certains marchés nationaux, le périndopril est quasi absent de marchés aussi importants que le marché allemand, sur lequel le périndopril représentait à l'époque des faits moins de 1 % des ventes de médicaments de la classe des IEC. Le ramipril constituait, comme le soutiennent les requérantes, le leader mondial des médicaments de la classe des IEC pendant la période en cause.

**1498** Sur les quatre marchés géographiques nationaux choisis par la Commission, il ressort des pièces du dossier que le périndopril de Servier, malgré la croissance de ses ventes, ne s'est jamais trouvé en position de leader parmi les IEC en termes de ventes de comprimés et de capsules, au cours de la période des pratiques visées par la décision attaquée. Selon les données de ventes de comprimés et de capsules figurant dans la décision attaquée, le périndopril se situait en troisième position aux Pays-Bas (en novembre 2007) et au Royaume-Uni (en juin 2007), en deuxième position en France (en août 2008) et en Pologne (en mai 2006), avec, sur chaque marché national hormis la France, des volumes de ventes très éloignés de ceux du leader.

**1499** En termes de croissance, si les ventes du périndopril ont connu, sur les quatre marchés nationaux considérés ensemble, une croissance au cours de la période concernée, tel est également le cas d'autres IEC, comme le ramipril et le lisinopril. Au regard des données de ventes de comprimés et de capsules figurant dans la décision attaquée, il y a lieu de considérer que la croissance des ventes du lisinopril a été soutenue au cours des années 2000, tandis que la croissance des ventes du ramipril a été nettement supérieure à celle des ventes du périndopril sur cette période.

**1500** Compte tenu de l'évolution des ventes des autres IEC, l'importance du phénomène de croissance continue des ventes du périndopril mentionné par la décision attaquée doit être relativisée.

**1501** En quatrième lieu, les fluctuations importantes des ventes relatives des IEC au cours des années 2000 tendent à remettre en cause l'existence d'un fort degré d'« inertie » dans les pratiques de prescription des IEC par les médecins.

**1502** Tout d'abord, il ressort du rapport de CRA, commandé par Servier et daté de janvier 2013, que les ventes relatives des IEC ont fait l'objet d'importantes fluctuations entre 2001 et 2010, les positions respectives des médicaments évoluant de façon contrastée. À titre d'exemple, entre 2001 et 2010, la part des ventes du périndopril dans les ventes totales d'IEC, exprimées en doses définies journalières, a peu progressé au Royaume-Uni (demeurant comprise entre 5 et 10 %), tandis que celle du ramipril a presque doublé (passant d'une part comprise entre 30 et 40 % à une part comprise entre 60 et 70 %), celle du lisinopril déclinant fortement. En Pologne, au cours de la même période, le périndopril a vu sa part des ventes fortement diminuer (passant d'une part comprise entre 15 et 20 % à une part comprise entre 10 et 15 %), tandis que le ramipril a connu une progression considérable (passant d'une part comprise entre 0 et 5 % à une part comprise entre 60 et 70 %). Aux Pays-Bas, le périndopril et le ramipril ont peu progressé, la part des ventes de chacun de ces deux médicaments s'établissant à un niveau compris entre 10 et 20 % en 2010, l'énalapril représentant encore entre 40 et 50 % de parts des ventes à cette date. En France, le lisinopril a fortement régressé (passant d'une part des ventes

comprise entre 30 et 40 % en 2001 à une part comprise entre 5 et 10 % en 2010), tandis que la part des ventes du périndopril a connu une hausse substantielle (passant d'une part comprise entre 10 et 15 % à une part comprise entre 20 et 30 %), moins importante toutefois que celle du ramipril (qui est passée d'une part comprise entre 20 et 30 % à une part comprise entre 50 et 60 %).

**1503**La Commission fait valoir que le calcul de la part des ventes de chaque IEC dans les ventes totales de cette classe de médicaments est incorrect, dans la mesure où ce calcul est fondé sur les ventes exprimées en doses définies journalières, ce qui surestimerait le développement des ventes des autres IEC, notamment du ramipril.

**1504**À cet égard, il y a lieu de constater que la Commission a, elle-même, principalement analysé les volumes des ventes des IEC en utilisant les doses définies journalières et ne peut donc a priori considérer qu'un tel calcul est dépourvu de toute pertinence pour analyser l'évolution dans le temps des ventes des IEC, sauf à remettre en cause sa propre analyse. La Commission ne fournit, au demeurant, aucune analyse alternative de l'évolution des ventes relatives des différents IEC fondée sur des données qui seraient plus fiables. Par ailleurs, si la Commission indique que ce mode de calcul conduit à gonfler la valeur des ventes du ramipril d'un facteur de deux ou plus, elle n'avance aucune explication au soutien de la thèse selon laquelle ce mode de calcul conduit également à surévaluer la part des ventes des IEC autres que le ramipril. Enfin, il ressort, en tout état de cause, des données limitées de ventes d'IEC exprimées en termes de comprimés et de capsules figurant dans la décision attaquée que, dans chacun des pays étudiés par la décision attaquée, des changements importants, dont l'existence n'est d'ailleurs pas contestée par la Commission, ont eu lieu dans les positions respectives des différents IEC entre janvier 2000 et les années 2006 à 2008.

**1505**Par ailleurs, la Commission expose, d'une part, que la comparaison entre les parts de marché des IEC repose sur la prémisse d'un marché composé par tous les IEC alors que la délimitation du marché vise précisément à délimiter le marché pertinent et, d'autre part, que l'analyse ne permet pas d'affirmer directement que l'augmentation des ventes du ramipril s'est faite aux dépens des ventes du périndopril.

**1506**Néanmoins, s'il est exact que le calcul des parts de marché du périndopril nécessite la délimitation préalable du marché et que, par suite, la notion de parts de marché des différents IEC ne peut être retenue en l'espèce, l'analyse de l'évolution des ventes relatives des IEC, qui ne présuppose pas, quant à elle, l'existence d'un marché des IEC, n'est pas dépourvue de pertinence aux fins de la délimitation du marché pertinent.

**1507**En outre, les requérantes ne soutiennent pas que les variations des ventes relatives des IEC permettent d'affirmer directement que le périndopril est soumis à la pression concurrentielle des autres IEC. Elles font valoir que les variations dans les ventes relatives des IEC au sein d'un même pays ne corroborent pas l'existence d'un fort degré d'« inertie » des médecins dans les pratiques de prescription d'IEC. À cet égard, la Commission n'avance aucune explication sur la compatibilité entre le mécanisme d'« inertie » des médecins qu'elle souligne dans la décision attaquée et les fluctuations dans le temps des ventes relatives des IEC. Dans ces conditions, il y a lieu de considérer, comme le soutiennent à juste titre les requérantes, que les changements importants dans les ventes relatives des IEC au cours de la période examinée tendent à remettre en cause l'importance du mécanisme allégué d'« inertie » des médecins dans leurs pratiques de prescription des IEC.

**1508**En cinquième lieu, les pièces du dossier, en particulier l'étude Thalès, commandée par Servier dans le cadre de sa planification stratégique, le sondage réalisé par la Commission auprès des prescripteurs et les réponses des fabricants d'IEC aux questions de la Commission n'établissent pas l'existence d'un degré d'« inertie » significatif du comportement des médecins dans leurs pratiques de prescription du périndopril.

**1509**L'étude Thalès, réalisée de décembre 2003 à février 2004, porte sur l'évolution du profil de prescription du périndopril par les médecins généralistes français. Cette étude classe les prescripteurs de périndopril en trois catégories : les « gros prescripteurs », avec plus de dix prescriptions, les « prescripteurs moyens », avec six à dix prescriptions, et les « petits prescripteurs », avec une à cinq prescriptions, par trimestre. L'étude analyse l'évolution de la typologie des prescripteurs entre la période d'avril à juin 2003 (T 0) et la période de décembre 2003 à février 2004 (T 2). La Commission relève, à l'appui de sa démonstration de l'existence d'un groupe croissant de prescripteurs « fidèles » au périndopril, que 80 à 90 % des « gros prescripteurs », 50 à 60 % des « prescripteurs moyens » et 60 à 70 % des « petits prescripteurs » en T 0 appartiennent encore à la même catégorie en T 2.

**1510**Or, ces évolutions ne démontrent pas un fort degré d'« inertie » des médecins dans la prescription du périndopril, dès lors que, d'une part, elles sont constatées sur une période de temps limitée de huit à dix mois et que, d'autre part, la proportion de médecins ayant changé de catégorie est significative sur cette période temporelle limitée. Il convient d'indiquer, en outre, que l'étude Thalès sur laquelle s'est fondée la Commission classe les médecins généralistes en quatre groupes de médecins, « fidèles », « abandonnistes », « nouveaux clients » ou « occasionnels », en fonction de l'évolution de leurs habitudes de prescriptions entre la période T 0 et T 2. L'étude indique que la proportion de médecins généralistes « fidèles », « abandonnistes », « nouveaux clients » ou « occasionnels » atteint respectivement 30 à 40 %, 5 à 10 %, 10 à 15 % et 40 à 50 % de l'ensemble des médecins généralistes. Il ressort ainsi des résultats de l'étude Thalès que la proportion de médecins généralistes « fidèles » est minoritaire et inférieure à la proportion de médecins généralistes « occasionnels ». Les résultats de l'étude Thalès, d'ailleurs limitée aux seuls généralistes français, n'établissent donc pas l'importance du mécanisme d'« inertie » des médecins en ce qui concerne la prescription de périndopril et la proportion élevée de médecins prescripteurs « fidèles » au périndopril.

**1511**Par ailleurs, la Commission ne conteste pas l'affirmation des requérantes selon laquelle 52 % des médecins interrogés dans le cadre du sondage adressé par la Commission aux prescripteurs de périndopril ont répondu qu'ils prescrivaient davantage de médicaments alternatifs que de périndopril. Or le fait qu'une majorité des médecins prescrivent davantage les médicaments alternatifs au périndopril que ce médicament tend également à remettre en cause l'existence d'un mécanisme d'« inertie » dont bénéficierait particulièrement le périndopril.

**1512**Enfin, il résulte des réponses des trois fabricants d'IEC interrogés par la Commission que ces derniers considèrent le périndopril comme un concurrent de leur propre médicament. En particulier, Sanofi-Aventis, dans sa réponse à la Commission, considère expressément que le périndopril est son premier concurrent aux Pays-Bas, en Pologne et, à partir de 2001, en France, et son deuxième concurrent au Royaume-Uni. Aucun élément dans les réponses des fabricants de princeps d'IEC interrogés ne tend à établir que la

pression concurrentielle entre les IEC était limitée par un phénomène significatif d'« inertie » des médecins s'agissant des nouveaux patients.

**1513**Au vu de ce qui précède, il y a lieu de conclure que la Commission n'a pas établi qu'un phénomène d'« inertie » des médecins et l'existence d'un groupe croissant de prescripteurs « fidèles » au périndopril avaient restreint de façon significative la pression concurrentielle exercée sur le périndopril par les autres IEC pour les nouveaux patients.

iii) Sur la propension au changement des patients en traitement continu

**1514**La Commission a considéré, notamment aux considérants 2496 à 2510 de la décision attaquée, que les patients en traitement continu au périndopril étaient peu susceptibles de passer à des médicaments alternatifs une fois qu'ils avaient adopté le périndopril. De par la nature de « bien d'expérience » du périndopril, Servier bénéficiait d'un avantage informationnel en ce sens que les patients en traitement continu au périndopril en savaient davantage sur ce produit que sur les autres traitements qui n'avaient pas déjà été essayés.

**1515**En raison de l'hétérogénéité entre les médicaments de la classe des IEC, qui peut être liée à des différences d'efficacité et de tolérance au niveau individuel, il conviendrait de considérer, selon la Commission, qu'un changement de thérapie entre médicaments de la même classe thérapeutique serait peu susceptible d'intervenir. En effet, ce changement de thérapie pourrait être associé à des coûts résultant des consultations médicales supplémentaires et aux risques potentiellement très graves liés à l'apparition d'effets secondaires ainsi qu'à un contrôle non optimal de la pression artérielle.

**1516**Le caractère improbable d'un changement de traitement chez les patients bénéficiant d'un traitement continu répondant à leurs besoins serait notamment corroboré, selon la Commission, par une série d'études longitudinales, par les résultats du sondage auprès des prescripteurs et par la réponse de Sanofi-Aventis au questionnaire de la Commission selon laquelle les changements entre le ramipril et le périndopril étaient très limités. La Commission soutient que la durée moyenne de traitement au périndopril peut être estimée comme couvrant sept à huit ans et que le taux de « fidélité » de 90 % mesuré par les renouvellements de prescription de périndopril confirme les effets de verrouillage de la base des patients traités au périndopril.

**1517**Les requérantes font valoir, en portant une série de preuves à la connaissance du Tribunal, que la Commission a sous-estimé la propension au changement des patients en traitement continu.

**1518**En premier lieu, il convient de relever que l'analyse de la Commission relative aux schémas de transfert des patients en traitement continu se fonde sur l'hétérogénéité des médicaments appartenant à la classe des IEC. Il ressort des motifs de la décision attaquée, notamment des considérants 2496 et 2499, que la Commission s'est fondée sur l'hétérogénéité de la classe des IEC dans le cadre de son analyse des schémas de transfert entre le périndopril et les autres médicaments antihypertenseurs. C'est au regard de la prétendue hétérogénéité des médicaments de la classe des IEC que la Commission a estimé que le changement de thérapie entre médicaments de la même classe thérapeutique pouvait être associé à des risques potentiellement très graves accompagnant le changement de traitement.

**1519**Or, ainsi qu'il a été dit précédemment, la Commission n'a pas démontré le caractère hétérogène des médicaments appartenant à la classe des IEC. Au contraire, il n'existe

pas de différence significative entre le périndopril et les autres IEC sur le plan thérapeutique, y compris en termes d'efficacité et d'effets secondaires. En particulier, il ne ressort pas des pièces du dossier que les autres IEC suscitaient de la part des prescripteurs des craintes particulières relatives à leurs effets secondaires ou à leur moindre efficacité. Il en résulte que, en l'absence d'hétérogénéité des IEC du point de vue des médecins, l'analyse de la Commission quant à l'association du changement de traitement entre médicaments de la même classe à des risques potentiellement très graves est remise en cause. En l'absence de différences d'efficacité et de tolérance entre IEC, il n'est pas établi que le changement de traitement entre IEC suscitait des craintes particulières de la part des médecins.

**1520**En deuxième lieu, la Commission a fondé son appréciation de la faible propension au changement des patients traités au périndopril sur des études longitudinales préparées par Thalès. Ces études analysent les habitudes de prescription des médecins généralistes entre juillet 2005 et juin 2006 en France et au Royaume-Uni. Selon ces études, plus de 90 % des prescriptions de périndopril correspondent à des renouvellements. La Commission en déduit l'existence d'un taux de « fidélité » au périndopril très élevé de 90 %. Elle estime que le fait d'analyser la propension au changement des patients en se fondant sur le nombre d'ordonnances émises reflète mieux la nature de la demande de périndopril que si l'on se fonde sur le nombre de patients.

**1521**Cependant, la proportion d'ordonnances de renouvellement dans le nombre total d'ordonnances ne donne qu'une information partielle sur la propension au changement des patients traités au périndopril. En effet, le taux de prescriptions de renouvellement dépend notamment de la fréquence des visites des patients au cabinet des médecins, qui peut varier dans des proportions importantes et n'est d'ailleurs pas mentionnée dans la décision attaquée. Par ailleurs, le nombre d'ordonnances de renouvellement par rapport au nombre total d'ordonnances ne mesure pas le taux de fidélité des patients, au sens de la part des patients traités au périndopril en période N qui sont encore traités au périndopril en période N + 1.

**1522**Dans ces conditions, les études Thalès sont insuffisantes pour appréhender la fidélité au périndopril des patients débutant un traitement à ce médicament.

**1523**En troisième lieu, les études Cegedim et IMS Health fournissent des informations, en ce qui concerne la France et le Royaume-Uni, sur la propension des patients traités au périndopril à changer de traitement au cours d'une période de cinq ans.

**1524**L'étude Cegedim, datée d'octobre 2012 et produite par Servier dans le cadre de ses observations en réponse à la communication des griefs, analyse, sur une période de cinq ans, la persistance des patients sous périndopril chez les médecins généralistes en France. L'analyse concerne les patients traités au périndopril ayant consulté le même médecin généraliste pendant une période de cinq ans. Il en ressort que 20 à 30 % des patients débutant un traitement au périndopril arrêtent le traitement dans un délai de six mois et que, parmi les patients maintenus sous périndopril au-delà de six mois, 30 à 40 % sont transférés vers d'autres médicaments antihypertenseurs et ne suivent plus ce traitement au terme d'une durée de cinq ans. Parmi les transferts vers d'autres médicaments antihypertenseurs effectués après une durée de six mois, les transferts s'opèrent majoritairement vers des traitements comprenant des sartans, tandis qu'environ 40 % des patients sont transférés vers un traitement comprenant un autre IEC utilisé seul ou associé. En définitive, plus de 50 % des patients débutant un traitement au périndopril

ne sont plus traités par ce médicament au terme d'une période de cinq ans. Il en résulte que, s'agissant des patients suivis régulièrement par un même médecin généraliste français, les changements de traitement des patients débutant un traitement au périndopril sont significatifs sur une période de cinq ans. Il résulte également de l'étude Cegedim que, sur l'année 2005, les flux de patients entrants et sortants (soit, respectivement, une proportion de 30 à 40 % et de 15 à 20 %) représentent la moitié des patients traités par le Coversyl.

**1525**L'étude IMS Health, datée de décembre 2013 et produite par Servier, analyse les prescriptions de ramipril, de lisinopril et de périndopril au cours de la période allant de 2003 à 2008, s'agissant des patients suivis par les médecins généralistes au Royaume-Uni.

**1526**La Commission s'oppose à ce que l'étude IMS Health puisse être prise en considération par le Tribunal, dans la mesure où cette étude a été communiquée par les requérantes à la Commission tardivement dans la procédure administrative. Toutefois, ainsi qu'il a été rappelé au point 1373 ci-dessus, le Tribunal assure un contrôle approfondi de la légalité en prenant en considération l'ensemble des éléments soumis par les requérantes, que ceux-ci soient antérieurs ou postérieurs à la décision entreprise, dans la mesure où ces derniers éléments sont pertinents pour le contrôle de la légalité de la décision de la Commission. En l'espèce, l'étude IMS Health de décembre 2013, soumise par Servier à la Commission au cours de la procédure administrative, en réponse à l'exposé des faits du 18 décembre 2013, répond à la thèse de la Commission selon laquelle les patients traités au périndopril sont peu susceptibles de changer de traitement. Il ne saurait dès lors être considéré que cette étude constitue un élément tardif ne pouvant être pris en considération au stade du contrôle de la légalité de la décision attaquée.

**1527**Quant à la crédibilité de l'étude, la Commission ne peut pas rejeter l'étude IMS Health au motif qu'elle aurait été faite « sur mesure » pour les requérantes. Le fait que les requérantes ont elles-mêmes sollicité IMS Health pour produire cette étude n'affecte pas nécessairement la valeur probante de celle-ci, dès lors notamment qu'elle n'a pas été établie sur le fondement des bases de données mises à disposition par les requérantes elles-mêmes. En effet, comme le Tribunal l'a déjà jugé (arrêt du 3 mars 2011, Siemens/Commission, T 110/07, EU:T:2011:68, point 137), une analyse est dénuée de crédibilité et, partant, d'une valeur probante allant au-delà de celle d'une simple déclaration intéressée des requérantes lorsqu'elle est établie sur le fondement de bases de données mises à disposition par les requérantes, sans que l'exactitude ou la pertinence de ces données aient fait l'objet d'une quelconque vérification indépendante. En l'espèce, l'étude commandée par Servier est établie sur le fondement de bases de données provenant d'une partie tierce, IMS Health, dont la Commission n'a pas contesté, ainsi qu'il résulte notamment de la note en bas de page no 2843 de la décision attaquée, qu'elle était une institution de référence dans la fourniture des données dans le secteur pharmaceutique. La Commission s'est elle-même fondée, à de multiples reprises, sur les données IMS Health, dans le cadre de la délimitation du marché pertinent.

**1528**Par ailleurs, le fait que la commande de l'étude n'a pas été fournie à la Commission et que la Commission n'a pas pu reproduire de manière complète ses résultats ne suffit pas pour remettre en cause, dans les circonstances de l'espèce, la crédibilité de l'étude. En effet, Servier a donné, dans sa réponse au questionnaire de la Commission du 17 février 2014, une description circonstanciée des instructions données à IMS Health. Cette



dernière a décrit, dans l'étude, la méthodologie, les suppositions et les définitions utilisées et a fourni les données brutes ainsi que l'algorithme permettant la réplcation de l'étude. S'il est vrai qu'IMS Health n'a pas fourni l'onglet relatif aux nouveaux patients, il convient de relever que la Commission n'a pas attiré l'attention de Servier, après la transmission de l'algorithme et des bases de données, sur l'existence d'un obstacle méthodologique de nature à porter atteinte à la crédibilité de l'étude. Par ailleurs, IMS Health a mentionné dans l'étude que les nouveaux patients correspondaient à ceux qui n'avaient pas reçu le médicament en cause dans les douze derniers mois précédant cette prescription et a indiqué, dans un courrier du 1er septembre 2014, que Servier n'avait pas été impliqué dans l'analyse de l'étude, que celle-ci avait été réalisée par IMS Health en utilisant la méthodologie et les définitions décrites dans l'étude, que l'onglet des nouveaux patients correspondait à une définition standard utilisée dans des études similaires et que les données sous-jacentes à la base des nouveaux patients avaient été tirées d'une base de données en utilisant des rapports intégrés accessibles depuis un poste de travail de l'entreprise ou lorsqu'un client avait souscrit à cette base de données. Dans ces conditions, compte tenu notamment des explications suffisantes apportées par Servier et IMS Health, la Commission n'est pas fondée à soutenir que l'étude IMS Health ne peut être acceptée comme un élément de preuve fiable.

**1529**L'étude IMS Health montre, s'agissant des patients suivis par les médecins généralistes anglais au cours des années 2003 à 2008, que, sur une année donnée, les nouveaux patients au périndopril représentent un tiers du total des patients qui suivent ce traitement. Elle montre également que les substitutions concernant le périndopril s'opèrent essentiellement en faveur d'autres classes de médicaments antihypertenseurs, mais également en faveur d'autres IEC. Elle indique que, parmi les patients débutant un traitement au périndopril, la durée de traitement moyenne, excluant les interruptions de traitement, est inférieure à six mois pour 24 % des patients, inférieure à trois ans pour 57 % des patients et inférieure à cinq ans pour 76 % d'entre eux.

**1530**La Commission estime que le processus de transfert est régressif, c'est-à-dire que les patients étaient de moins en moins susceptibles d'abandonner le périndopril avec l'allongement de la durée du traitement. Toutefois, il convient de constater que, selon l'étude Cegedim, la perte nette moyenne de patients traités au périndopril au cours des quatrième et cinquième années de traitement s'élève à près de 5 % par an pour les patients suivis par des médecins généralistes français. Selon l'étude IMS Health, la proportion des patients suivis par des médecins généralistes anglais dont la durée moyenne de traitement, excluant les interruptions de traitement, est comprise entre trois et quatre ans, d'une part, et quatre et cinq ans, d'autre part, s'élève respectivement à 12 % et à 7 %. Par conséquent, il ressort des pièces du dossier que la part des patients susceptibles d'arrêter leur traitement au périndopril au cours de la quatrième et de la cinquième année de traitement au périndopril est significative.

**1531**Ainsi, il ressort des études Cegedim et IMS Health que les patients traités au périndopril et suivis par des médecins généralistes de France et du Royaume-Uni au cours de la période examinée avaient une durée moyenne de traitement inférieure à cinq années. Ils changeaient de traitement dans des proportions significatives au cours des six premiers mois de traitement, mais aussi au cours des cinq années suivant le début du traitement.

**1532**En quatrième lieu, les documents relatifs aux PCT corroborent l'existence, s'agissant du Royaume-Uni, de changements de traitement de patients traités au périndopril vers d'autres IEC.

**1533**Ainsi qu'il a été dit précédemment, un certain nombre de PCT considéraient, à partir de l'année 2005, que le périndopril n'était pas plus efficace qu'un autre IEC et préconisaient l'utilisation d'autres IEC que le périndopril, voire la substitution d'un autre IEC au périndopril. Ces politiques, qui ont parfois pris la forme de lignes directrices, de formulaires ou de modèles de lettres à adresser aux patients pour changer de traitement du périndopril vers le ramipril ou le lisinopril sont significatives, compte tenu du nombre de PCT concernés et du fait que ces PCT appartenaient à des régions différentes du Royaume-Uni.

**1534**Il ressort des pièces du dossier que ces politiques, identifiées comme des menaces par les documents de stratégie interne de Servier à compter de l'année 2005, ont eu un effet négatif réel sur les ventes de périndopril au niveau local. Il est exact, comme le souligne la Commission, qu'il n'est pas démontré que les politiques mises en œuvre par les PCT ont eu un impact significatif au niveau national. Si le schéma figurant au considérant 2286 de la décision attaquée montre une quasi-stagnation des ventes de périndopril exprimées en doses définies journalières à compter de septembre 2006, les pièces du dossier ne permettent pas d'établir la réalité du lien de causalité entre les recommandations des PCT et l'évolution des ventes relatives du périndopril et des autres IEC au niveau de l'ensemble du Royaume-Uni. Ces recommandations ne sont toutefois pas dénuées de pertinence, en ce qu'elles illustrent concrètement les possibilités de transfert entre IEC sur l'un des marchés géographiques retenus par la Commission dans son analyse.

**1535**La Commission ne saurait prétendre que l'argument des requérantes invoquant les politiques mises en œuvre par les PCT est en contradiction avec leur affirmation selon laquelle le facteur prix joue un rôle limité dans les relations entre les différents IEC. En effet, ainsi qu'il ressort des considérations développées aux points 1380 à 1404 ci-dessus, le secteur pharmaceutique est un secteur « atypique » dont les spécificités exigent que le marché soit défini à travers une approche fondée sur une pluralité de critères, en particulier l'usage thérapeutique des produits. En l'espèce, les politiques des PCT ne remettent pas en cause ce constat. Si ces politiques corroborent la substituabilité thérapeutique entre IEC et les possibilités de changements de traitement pour les patients traités au périndopril, il n'en résulte pas que le facteur prix joue un rôle déterminant ou prédominant dans l'analyse des pressions concurrentielles entre ces médicaments.

**1536**En cinquième lieu, la Commission estime, en s'appuyant notamment sur les résultats du sondage effectué auprès des prescripteurs, que les changements de traitement des patients traités au périndopril sont peu probables lorsque les patients sont traités « avec succès » au périndopril.

**1537**Toutefois, les résultats du sondage auprès des prescripteurs organisé par la Commission, selon lesquels une large majorité des médecins (76 %) a estimé que les patients traités « avec succès » pendant la période initiale et pour qui ce traitement n'a pas été changé allaient probablement continuer le traitement au périndopril pendant plus de cinq ans, ne remettent pas en cause les constatations des études Cegedim et IMS Health relatives à la durée moyenne de traitement et aux changements des patients traités au périndopril. En effet, la question posée aux prescripteurs repose sur une

estimation de la probabilité que le traitement au périndopril se poursuive et non sur une estimation de la proportion réelle de patients qui poursuivent le traitement au-delà de cinq ans. Par ailleurs, la question posée aux prescripteurs ne concerne que les patients traités « avec succès » et pour lesquels le traitement n'a pas été changé, alors que les études Cegedim et IMS Health donnent des informations sur la durée moyenne de traitement des patients traités au périndopril et sur l'ensemble des changements de traitement intervenus, quelle que soit l'appréciation portée par les médecins sur les résultats du traitement au périndopril. Enfin, même s'agissant des patients traités « avec succès » au périndopril et pour lesquels ce traitement n'a pas été changé, seule une minorité de médecins interrogés estiment que ces patients allaient probablement poursuivre le traitement au périndopril pendant plus de dix ans.

**1538** Si les patients traités au périndopril « avec succès » ont naturellement une propension à changer de traitement plus faible que ceux ne relevant pas de cette catégorie, les constatations des études Cegedim et IMS Health demeurent pertinentes pour apprécier, sur le plan quantitatif, dans quelle mesure les patients qui débutent un traitement demeurent « fidèles » au périndopril sur une période de cinq ans. Ces études montrent l'existence de changements de traitement significatifs qui remettent en cause les affirmations formulées par la Commission dans la décision attaquée relatives aux effets de verrouillage de la base de patients traités au périndopril.

**1539** En sixième lieu, la Commission s'appuie, dans la décision attaquée, sur le fait que Sanofi-Aventis a indiqué, dans la réponse à son questionnaire, que les changements de traitement entre le ramipril et le périndopril étaient très limités et que les deux produits fondaient leur croissance sur les patients en début de traitement nouvellement obtenus. Toutefois, outre que cette affirmation ne concerne que le marché français, Sanofi-Aventis expose dans sa réponse, ainsi qu'il a été dit précédemment, que la population de patients susceptible d'être traitée par le ramipril était plus large que celle du périndopril et que la gamme de dosages du ramipril était plus étendue que celle du périndopril jusqu'en 2007, éléments qui sont davantage susceptibles de limiter les transferts de patients du ramipril vers le périndopril que l'inverse. Par ailleurs, Sanofi-Aventis ne s'est pas prononcée sur les changements de traitement aux Pays-Bas et au Royaume-Uni et a indiqué, s'agissant du marché polonais, qu'elle considérait le périndopril comme un produit aux dépens duquel le ramipril avait obtenu des patients. Il s'ensuit que les réponses de Sanofi-Aventis au questionnaire de la Commission ne remettent pas en cause l'ampleur des changements de traitement pour les patients traités au périndopril.

**1540** Il résulte de ce qui précède que la Commission a sous-estimé la propension au changement des patients traités au périndopril, en se fondant, en outre, sur l'hypothèse erronée de l'hétérogénéité des médicaments de la classe des IEC. Il ressort des pièces du dossier que les changements de traitement des patients débutant un traitement au périndopril sont significatifs sur une période de cinq ans, ce qui remet en cause la durée moyenne de traitement évaluée par la Commission et l'importance des effets de verrouillage de la base de patients.

iv) Sur les efforts promotionnels

**1541** La Commission a estimé, aux considérants 2515 à 2521 de la décision attaquée, que la promotion pouvait étendre le degré de concurrence si, grâce à elle, la communauté médicale était informée des alternatives thérapeutiques additionnelles, notamment les nouveaux produits ou les nouvelles indications importantes pour les produits existants.

Elle a néanmoins considéré que, en l'espèce, la concurrence au niveau de la promotion ne saurait être considérée comme une source de pression concurrentielle importante du point de vue de la relation entre le périndopril et ses concurrents potentiels, dans la mesure où tout nouvel effort promotionnel, pour des médicaments qui étaient commercialisés de longue date, ne ferait que s'ajouter au capital de confiance déjà acquis auprès des prescripteurs « fidèles ». La Commission a relevé que, compte tenu des barrières au changement de traitement et de la prédominance des patients en traitement continu, l'impact potentiel des efforts promotionnels réalisés par les fabricants d'autres IEC sur les ventes de périndopril était limité. La Commission a ajouté que l'absence de pression concurrentielle des autres fabricants d'IEC était également démontrée par les catégories de patients ciblées par Servier dans le cadre de sa politique promotionnelle, par l'analyse des promotions figurant dans les documents de stratégie interne de Servier et par la stabilité de ses dépenses promotionnelles.

**1542** Les requérantes font valoir, en substance, que la Commission a commis une erreur en ne tenant pas dûment compte des importants efforts de promotion des laboratoires, qui constitueraient une des dimensions principales de la concurrence et une nécessité, en l'absence d'« inertie » des patients et des médecins, pour faire face à la concurrence.

**1543** En premier lieu, la Commission a fondé son analyse des efforts promotionnels sur le phénomène d'« inertie » des médecins et l'existence de barrières aux changements de traitement.

**1544** Or, ainsi qu'il a été dit précédemment, le comportement de prescription des médecins n'était pas caractérisé par un fort degré d'« inertie » et les changements de traitement des patients en traitement continu étaient significatifs. C'est donc en se fondant sur des hypothèses erronées de nature à vicier son analyse que la Commission a considéré que l'impact potentiel des efforts promotionnels réalisés par les fabricants d'autres médicaments sur les ventes de périndopril devait être considéré comme particulièrement limité.

**1545** En deuxième lieu, la Commission a fondé son analyse des efforts promotionnels sur les catégories de patients ciblés par Servier dans le cadre de ses promotions et sur les prétendues qualités particulières du périndopril du point de vue de l'usage thérapeutique. Elle a relevé, aux considérants 2366 et 2519 de la décision attaquée, que les dépenses promotionnelles de Servier étaient concentrées sur les nouveaux patients potentiels, comprenant les patients chez lesquels une hypertension avait été nouvellement diagnostiquée, les patients dont la pression artérielle n'était pas contrôlée de manière satisfaisante par un autre médicament antihypertenseur ainsi que certains groupes de patients pour lesquels le périndopril avait démontré des qualités particulières.

**1546** À cet égard, il convient d'indiquer que la promotion peut être un instrument de concurrence, notamment lorsque les produits sont largement similaires. L'absence de différenciation positive du périndopril à l'égard des autres IEC est cohérente avec la nécessité pour Servier de faire des efforts promotionnels conséquents pour se maintenir sur le marché et s'imposer auprès des médecins prescripteurs. En effet, en l'absence de supériorité thérapeutique du périndopril, les prescripteurs ne sont pas incités, sur cette seule base, à prescrire le périndopril plutôt qu'un autre médicament.

**1547** Par ailleurs, il ressort des termes mêmes des considérants 2366 et 2519 de la décision attaquée que Servier a mis en œuvre des efforts promotionnels qui visaient à la fois les nouveaux patients et les patients qui avaient déjà utilisé un autre médicament

antihypertenseur. De plus, la Commission n'a pas démontré, ainsi qu'il a été dit précédemment, que le périndopril avait des qualités particulières le différenciant des autres IEC sur le plan thérapeutique. Si Servier a cherché à différencier le périndopril des autres IEC, ces efforts de Servier n'ont pas eu le succès espéré et n'ont pas permis de différencier suffisamment le périndopril des autres IEC.

**1548**La stratégie promotionnelle du périndopril en tant qu'elle vise certaines catégories de patients ne permet donc pas de conclure que l'impact de la concurrence par la promotion entre les IEC était limité.

**1549**En troisième lieu, les documents internes de Servier, les réponses des fabricants des autres IEC et les autres pièces du dossier tendent à démontrer, contrairement à ce que soutient la Commission, que les actions de promotion des autres fabricants d'IEC ont pu exercer une pression concurrentielle sur le périndopril.

**1550**Ainsi, il ressort des documents de stratégie interne de Servier, notamment du document intitulé « 2005/2006 orientation plan » et du document intitulé « Plan d'orientation Coversyl 2006/2007 », que Servier considérait, dans les années 2000 à 2009, que la concurrence sur le marché de l'hypertension artérielle et sur celui de l'insuffisance cardiaque était forte. Il ressort également de ces documents que Servier considérait d'autres IEC comme des concurrents, notamment le ramipril, le captopril, le lisinopril, l'énalapril, le fosinopril et le trandolapril. À plusieurs reprises, le ramipril figure dans la partie des documents stratégiques consacrée aux menaces pesant sur le développement du périndopril. Par exemple, le lancement en 2005 d'un nouveau produit, le Co-Triatec, permettant d'assurer une continuité de la communication de la gamme de produits du ramipril, est présenté comme une menace.

**1551**Les trois fabricants de principes d'IEC interrogés par la Commission considèrent aussi le périndopril comme un concurrent ou un rival de leur propre médicament. Certes, comme l'a relevé la Commission, le fait que d'autres entreprises prennent un certain produit pour principale cible concurrentielle ne signifie pas que le produit en question soit soumis à une contrainte concurrentielle significative de la part de ces autres entreprises. Toutefois, ce faisceau d'indices peut revêtir une certaine utilité, en ce qu'il permet de prendre en considération la façon dont les entreprises autoévaluent leur position sur le marché. À cet égard, il ressort des réponses des entreprises interrogées par la Commission sur leur perception de la concurrence que Sanofi-Aventis, producteur du ramipril, AstraZeneca AB, producteur du lisinopril, et MSD, producteur de l'énalapril et du lisinopril, considéraient le périndopril comme un concurrent de leur propre médicament. Il ressort notamment des documents fournis par Sanofi-Aventis, à savoir des présentations concernant le marché polonais et les plans commerciaux pour les années 2008-2009, que le périndopril et l'énalapril étaient, selon cette entreprise, les premier et second plus proches rivaux du ramipril et que ce dernier bénéficiait en général de la meilleure perception en tant que marque.

**1552**Par ailleurs, les pièces du dossier suggèrent que la communication promotionnelle des autres IEC a pu avoir un impact significatif sur les ventes de périndopril.

**1553**Les documents de stratégie interne de Servier ainsi que les documents relatifs à la promotion des autres IEC montrent que les autres IEC se présentaient comme les meilleurs au sein de cette classe de médicaments, voire se présentaient comme supérieurs aux autres IEC. Certains plans de promotions des autres IEC visaient directement le périndopril de Servier.

**1554** Si la forte pression promotionnelle des sartans concomitante au déclin de la promotion des IEC est présentée comme une menace par les documents internes de Servier, la promotion du ramipril est présentée comme une menace pour le périndopril, tandis que le déclin de cette promotion est perçu comme une perspective favorable. Les documents internes de Servier insistent sur le fait que la promotion du ramipril se fonde sur l'étude HOPE, présentée comme un événement majeur de l'année 2001, qui a permis au ramipril de connaître une forte croissance et d'obtenir de nouvelles indications. Il est précisé dans les documents de stratégie de Servier que les résultats de l'étude HOPE et le positionnement du ramipril ont eu un impact fort sur les ventes du Coversyl 4 mg de Servier.

**1555** Il ressort en outre des pièces du dossier, notamment des informations fournies par IMS Health figurant dans la décision attaquée et de la réponse de Sanofi-Aventis à la demande de renseignements de la Commission, que les dépenses promotionnelles engagées par les autres fabricants d'IEC ont été importantes à certaines périodes, notamment celles concernant le ramipril aux Pays-Bas et au Royaume-Uni jusqu'en 2003 ou en France jusqu'au début de l'année 2006.

**1556** Par conséquent, les pièces du dossier, notamment les documents de stratégie interne de Servier ainsi que les réponses des autres fabricants d'IEC, tendent à démontrer que les opérations promotionnelles des autres IEC étaient susceptibles d'avoir un impact significatif sur les ventes de Servier.

**1557** En quatrième lieu, l'importance des dépenses promotionnelles de Servier au cours de la période examinée est également cohérente avec le fait que la concurrence par la promotion a pu constituer une source de pression concurrentielle dans les relations entre IEC, sans que cela soit remis en cause par la prétendue stabilité de ces dépenses promotionnelles.

**1558** L'importance des dépenses promotionnelles de Servier, qui n'est pas contestée, ressort notamment des données relatives aux principaux postes de dépenses ayant contribué au coût total des variantes du périndopril. Ces dépenses étaient importantes notamment en France, aux Pays-Bas et au Royaume-Uni, comme l'indiquent les informations fournies par IMS Health figurant dans la décision attaquée. À titre d'exemple, en 2000, 70 à 80 millions d'euros ont été dépensés par Servier en France pour la promotion du périndopril, alors que le chiffre d'affaires global du produit était compris entre 180 et 200 millions d'euros. En 2004, les dépenses de promotion atteignaient dans ce pays 100 à 120 millions d'euros, soit environ le tiers du chiffre d'affaires global du produit (300 à 350 millions d'euros).

**1559** Il convient d'ajouter que la circonstance que, en dépit du niveau très important des dépenses promotionnelles de Servier en faveur du périndopril, la rentabilité du périndopril est demeurée élevée au cours de la période examinée n'implique pas que le périndopril n'a pas été soumis à une pression concurrentielle significative de la part des autres IEC. Au demeurant, si la Commission constate le niveau élevé de la rentabilité générale du périndopril aux considérants 2369 à 2371 de la décision attaquée, elle n'en tire pas de conséquences dans le cadre de la délimitation du marché pertinent et ne se fonde pas sur cette rentabilité pour conclure, aux considérants 2403 à 2546 de la décision attaquée, que le marché de produits pertinent est limité au princeps et au générique du périndopril.

**1560** Les documents de stratégie interne de Servier soulignent le lien entre l'environnement concurrentiel et les dépenses promotionnelles de Servier, et indiquent

que l'environnement concurrentiel nécessite un effort promotionnel très important, dominé par la visite médicale. Ces documents expriment la volonté de Servier de conquérir de nouveaux clients, au détriment d'autres médicaments antihypertenseurs, notamment des IEC, et mentionnent la difficulté pour Servier d'être présent auprès des médecins généralistes face notamment aux investissements financiers et humains des autres fabricants de produits antihypertenseurs.

**1561**La Commission fait valoir que la stabilité des dépenses promotionnelles de Servier au cours de la période examinée suggère le caractère largement indépendant de la promotion du périndopril et l'absence d'exposition à de fortes pressions concurrentielles.

**1562**Toutefois, la stabilité des dépenses promotionnelles de Servier ne ressort pas des pièces du dossier, en particulier des données de l'étude IMS Health, le niveau des dépenses ayant varié dans des proportions significatives au cours de la période examinée. Du reste, la stabilité des dépenses promotionnelles, à la supposer établie, n'implique pas nécessairement une absence de pression concurrentielle significative de la part des autres IEC. Le maintien à un niveau aussi élevé de dépenses promotionnelles peut témoigner de la volonté de l'entreprise de maintenir ses ventes face à des produits substituables sur le plan thérapeutique, exerçant une pression concurrentielle significative à l'égard du périndopril. La Commission n'explique pas les raisons pour lesquelles un opérateur en position dominante comme Servier devrait avoir besoin, en l'absence de pression concurrentielle significative, de consacrer durant une aussi longue période une telle part de son chiffre d'affaires global à ses dépenses promotionnelles.

**1563**La discontinuité des efforts promotionnels de Servier au moment de l'entrée des génériques n'indique pas davantage l'absence de pression concurrentielle significative avant l'entrée sur le marché des génériques. En effet, si l'absence escomptée de résultats est de nature à dissuader le fabricant d'entreprendre des efforts promotionnels, la perspective d'en obtenir est de nature à l'inciter à investir sur la promotion du produit. Or, il est possible que, avant l'entrée du générique sur le marché, Servier pouvait légitimement espérer des retombées positives de son investissement promotionnel. Avant l'entrée sur le marché des génériques, Servier a pu être incité à mettre en œuvre des efforts promotionnels dans un contexte de concurrence entre IEC résultant notamment de l'absence d'hétérogénéité des médicaments de cette classe.

**1564**Par conséquent, les dépenses promotionnelles de Servier au cours de la période examinée n'indiquent pas que Servier n'aurait pas été soumis à des pressions concurrentielles significatives des autres IEC.

**1565**Dès lors, il ressort de ce qui précède que la Commission n'a pas dûment pris en considération les efforts de promotion des laboratoires et leur importance dans l'analyse des rapports de concurrence entre le périndopril et les autres IEC.

**1566**Il résulte de l'ensemble des considérations exposées aux points 1418 à 1565 ci-dessus que le deuxième grief soulevé par les requérantes est fondé.

4) Sur la seconde branche du premier grief, tirée de l'importance excessive accordée au critère du prix dans l'analyse du marché, et sur le troisième grief, subsidiaire, tiré de ce que l'analyse économétrique de la Commission serait viciée

**1567**Aux considérants 2460 à 2495 de la décision attaquée, la Commission a procédé, aux fins de la délimitation du marché de produits en cause, à une analyse des événements

dits « naturels » intervenus sur les marchés de la France, des Pays-Bas, de la Pologne et du Royaume-Uni.

**1568**La Commission a considéré que, lorsque deux produits étaient des substituts proches, une baisse substantielle du prix de l'un devrait entraîner une diminution du chiffre d'affaires de l'autre. La Commission a tenté d'apprécier, au moyen d'une évaluation visuelle préliminaire, puis d'un calcul économétrique, l'impact d'une baisse des prix des autres médicaments antihypertenseurs sur les ventes de périndopril. Pour cela, la Commission a en particulier comparé l'effet de l'entrée des génériques du périndopril sur les ventes de périndopril avec l'effet de l'entrée de génériques d'autres IEC sur les ventes de périndopril. Selon la Commission, la circonstance que les ventes de périndopril avaient été moins affectées par l'arrivée des génériques d'autres IEC que par celle de ses propres génériques démontre que les IEC n'exerçaient pas de contraintes significatives sur le périndopril en termes de prix (considérant 2494 de la décision attaquée).

**1569**Au terme de son analyse des événements naturels, la Commission a considéré que le périndopril n'était pas soumis à des contraintes substantielles sur ses prix de la part d'autres produits, notamment des autres IEC, hormis les contraintes exercées par le périndopril générique. Les baisses des prix des autres IEC n'ont, selon la Commission, pas eu d'impact négatif significatif sur les ventes et le chiffre d'affaires du périndopril.

**1570**Par la seconde branche de leur premier grief, les requérantes soutiennent que la Commission a attaché une importance excessive au facteur prix dans son analyse du marché de produits pertinent. Elles soutiennent, à titre subsidiaire, dans le cadre de leur troisième grief, que l'analyse économétrique de la Commission est viciée.

**1571**En premier lieu, ainsi qu'il a été dit à titre liminaire aux points 1385 à 1404 ci-dessus, il ressort de la jurisprudence que les spécificités qui caractérisent les mécanismes de concurrence dans le secteur pharmaceutique ne retirent pas aux facteurs liés aux prix leur pertinence dans l'évaluation des contraintes concurrentielles, ces facteurs devant toutefois être appréciés dans leur contexte propre (arrêt du 1er juillet 2010, AstraZeneca/Commission, T 321/05, EU:T:2010:266, point 183).

**1572**En l'espèce, la Commission pouvait donc examiner, dans la définition du marché pertinent, si le périndopril était soumis à des pressions concurrentielles significatives résultant des variations relatives de prix des autres IEC et prendre en considération le résultat de cet examen.

**1573**La Commission a déduit de son analyse des variations de prix des autres IEC que le périndopril n'était pas soumis à d'importantes pressions concurrentielles en résultant. La faible sensibilité du périndopril aux variations de prix des autres IEC ressort en effet de plusieurs pièces du dossier, notamment des documents internes de Servier ou du sondage auprès des prescripteurs réalisé par la Commission. Cette conclusion n'est d'ailleurs pas contestée en tant que telle par les requérantes. Les requérantes indiquent elles-mêmes que les médecins ne sont généralement pas très sensibles au prix, que les choix des médecins sont principalement guidés par la pertinence et l'efficacité thérapeutiques des différents médicaments plutôt que par leur prix et que la concurrence entre laboratoires se fait principalement sur d'autres dimensions que les prix, telles que l'innovation, la qualité des produits et la promotion.

**1574**Toutefois, ainsi que les requérantes le font valoir à juste titre, l'analyse des événements naturels, telle qu'appréhendue par la Commission, à savoir par le prisme des



variations de prix, ne permet pas de conclure à l'absence de pressions concurrentielles d'ordre qualitatif et non tarifaire.

**1575** En effet, ainsi qu'il a été dit aux points 1395 et 1397 ci-dessus, la liberté de choix des médecins, entre les médicaments princeps disponibles sur le marché ou entre les médicaments princeps et les versions génériques d'autres molécules, et l'attention que les prescripteurs accordent en priorité aux aspects thérapeutiques permettent, le cas échéant, à des contraintes concurrentielles significatives de s'exercer, d'ordre qualitatif et non tarifaire, en dehors des mécanismes habituels de pression par les prix. De telles contraintes peuvent exister aussi bien dans l'hypothèse où les vertus thérapeutiques d'un médicament s'avèrent clairement supérieures à celles des autres médicaments disponibles pour le traitement de la même pathologie que dans celle où les médicaments disponibles sont reconnus ou perçus comme équivalents par les prescripteurs.

**1576** Lorsque, pour le traitement d'une même affection, les prescripteurs ont le choix entre des médicaments dont aucun n'est reconnu ou perçu comme supérieur aux autres, notamment en raison de l'identité de leur mode d'action ou parce que leurs bénéfices thérapeutiques ou leurs effets indésirables ou secondaires ne permettent pas de les départager, l'analyse de la concurrence entre ces médicaments repose également, pour une large part, sur une comparaison qualitative. Le choix du praticien, généralement, n'est pas d'abord fonction du coût respectif de ces traitements, mais de leur degré de différenciation thérapeutique, de leur adéquation au profil du patient, de la connaissance par le médecin des différents médicaments ou encore de son expérience personnelle et de celle de ses patients.

**1577** En outre, ainsi qu'il résulte de la réponse au deuxième grief, le péridopril pouvait être exposé, compte tenu de l'absence de différenciation significative entre le péridopril et les autres IEC sur le plan thérapeutique, à des pressions concurrentielles d'ordre non tarifaire et qualitatif, que la Commission aurait dû prendre dûment en considération. Ces pressions concurrentielles, qui pouvaient notamment s'exercer via les actions promotionnelles des fabricants d'autres IEC, concernaient tant les nouveaux patients que les patients ayant déjà débuté un traitement au péridopril.

**1578** La circonstance que le péridopril est peu sensible aux variations de prix des autres IEC n'impliquait donc pas nécessairement que ce médicament n'était pas soumis à une pression concurrentielle significative de la part de ces médicaments. Cette circonstance ne permet pas de déduire que le péridopril a été soustrait à une pression concurrentielle significative résultant, comme le font valoir les requérantes, d'autres dimensions que les prix telles que l'innovation, la qualité des produits et la promotion. À cet égard, la Commission rappelle elle-même, au considérant 2543 de la décision attaquée, que la substituabilité économique peut exister lorsque des changements affectant des variables économiques importantes autres que les prix transfèrent une part importante des ventes d'un produit vers un autre.

**1579** Par conséquent, la circonstance que les ventes et les prix du péridopril n'ont chuté qu'après l'arrivée du péridopril générique et sont restés stables ou ont été moins affectés lors de la survenance d'événements naturels relatifs aux variations de prix d'autres molécules ne permet pas de conclure à l'absence de contraintes concurrentielles jusqu'à l'arrivée des génériques du péridopril.

**1580** En second lieu, il ressort des pièces du dossier que la Commission a, ainsi que les requérantes le soulignent à juste titre, accordé une importance excessive au facteur prix

dans la définition du marché de produits, en déduisant de l'analyse des événements naturels l'absence de pression concurrentielle significative exercée par les IEC à l'égard du périndopril.

**1581**En effet, il ressort des pièces du dossier que le facteur prix a joué un rôle décisif dans l'analyse de la Commission pour exclure du marché pertinent les autres IEC. Il ressort des termes mêmes de la décision attaquée que la Commission s'est essentiellement fondée sur l'analyse des événements naturels de nature tarifaire pour exclure du marché pertinent des IEC, tels que le ramipril, l'énalapril ou le lisinopril, présentés par Servier comme ses proches concurrents. La Commission a souligné, par exemple au considérant 2460 et à la note en bas de page no 3245 de la décision attaquée, l'importance des résultats de son analyse économétrique visant à vérifier si la baisse du prix de certains médicaments de la classe des IEC, à la suite de l'introduction de génériques de ces médicaments, avait eu ou non un effet sur les ventes du périndopril. Dans la décision attaquée, la Commission a indiqué, à plusieurs reprises, notamment aux considérants 2527 et 2534, que l'absence de contraintes sur les prix résultant du cadre réglementaire et révélée par l'analyse des événements naturels permettait de conclure qu'aucune autre molécule n'avait exercé de contrainte concurrentielle significative sur le périndopril. Elle a considéré, au considérant 2546 de la décision attaquée, que le fait que la pression concurrentielle exercée par les génériques l'emporte d'un ordre de grandeur sur toute autre contrainte concurrentielle potentielle à laquelle faisait face le périndopril conduisait naturellement à la définition d'un marché restreint comprenant uniquement le médicament en question.

**1582**L'importance, dans la définition du marché retenue par la Commission, de l'analyse des événements naturels relatifs aux variations de prix est, au demeurant, soulignée par le mémoire en défense de la Commission, qui mentionne que cette analyse indique, pour les quatre États membres en cause, que les requérantes ne subissaient pas de pression concurrentielle significative par les producteurs d'autres IEC. Le mémoire en défense expose, s'agissant de la Pologne, que l'analyse des événements naturels montre que les autres médicaments de la même classe n'exerçaient pas de contraintes concurrentielles sur le périndopril.

**1583**Lors de l'audience, la Commission a encore souligné que la constatation de l'absence de baisse des ventes du périndopril lors de l'entrée sur le marché des versions génériques des autres IEC, beaucoup moins chères que le périndopril, était centrale dans son analyse et permettait de conclure à l'absence de pression concurrentielle significative exercée par les autres IEC.

**1584**En accordant ainsi une importance décisive aux résultats de son analyse des événements naturels essentiellement fondée sur l'impact des variations de prix, la Commission n'a pas pleinement pris en compte le contexte propre au secteur pharmaceutique et n'a pas porté une attention suffisante aux éléments permettant d'identifier l'existence de pressions concurrentielles d'ordre qualitatif ou non tarifaire.

**1585**Dans ces conditions, il convient d'accueillir la seconde branche du premier grief soulevé par Servier, relative à l'importance excessive accordée par la Commission aux évolutions des prix relatifs des médicaments. La Commission ne pouvait pas déduire de l'analyse des événements naturels et de la faible sensibilité du périndopril aux variations de prix des autres IEC que Servier n'était pas soumis, de la part d'autres produits, à des

contraintes concurrentielles de quelque nature que ce soit, hormis les contraintes exercées par le périndopril générique.

**1586**Dans la mesure où le Tribunal accueille la seconde branche du premier grief, relative à l'analyse des prix et soulevée à titre principal par les requérantes, il n'y a pas lieu de répondre au troisième grief soulevé par les requérantes, par lequel elles soutiennent, à titre subsidiaire, que l'analyse économétrique des prix réalisée par la Commission est entachée d'un vice méthodologique.

#### 5) Conclusion

**1587**À titre liminaire, il convient de rappeler, ainsi qu'il a été dit aux points 1373 à 1375 ci-dessus, que la portée du contrôle de légalité prévu à l'article 263 TFUE s'étend à l'ensemble des éléments des décisions de la Commission relatives aux procédures d'application des articles 101 et 102 TFUE dont le Tribunal assure un contrôle approfondi, en droit comme en fait, à la lumière des moyens soulevés par les requérants et compte tenu de l'ensemble des éléments soumis par ces derniers (arrêt du 21 janvier 2016, Galp Energía España e.a./Commission, C 603/13 P, EU:C:2016:38, point 72).

**1588**Par ailleurs, si, dans les domaines donnant lieu à des appréciations économiques complexes, la Commission dispose d'une marge d'appréciation en matière économique, cela n'implique pas que le juge de l'Union doive s'abstenir de contrôler l'interprétation, par la Commission, de données de nature économique. En effet, le juge de l'Union doit, notamment, non seulement vérifier l'exactitude matérielle des éléments de preuve invoqués, leur fiabilité et leur cohérence, mais également contrôler si ces éléments constituent l'ensemble des données pertinentes devant être prises en considération pour apprécier une situation complexe et s'ils sont de nature à étayer les conclusions qui en sont tirées (arrêts du 15 février 2005, Commission/Tetra Laval, C 12/03 P, EU:C:2005:87, point 39 ; du 8 décembre 2011, Chalkor/Commission, C 386/10 P, EU:C:2011:815, point 54, et du 10 juillet 2014, Telefónica et Telefónica de España/Commission, C 295/12 P, EU:C:2014:2062, point 54). Lorsque, pour qualifier une pratique au regard des dispositions de l'article 102 TFUE, la Commission accorde une importance réelle à une analyse économique de la capacité d'un rabais à évincer un concurrent aussi efficace (test AEC), le juge de l'Union est tenu d'examiner l'ensemble des arguments formulés par l'entreprise sanctionnée au sujet de ce test (voir, en ce sens, arrêt du 6 septembre 2017, Intel/Commission, C 413/14 P, EU:C:2017:632, points 141 à 144).

**1589**En l'espèce, au terme de l'évaluation globale des éléments sur lesquels la Commission a fondé son appréciation et de l'examen des griefs formulés par les requérantes, il y a lieu de conclure que la Commission a commis une série d'erreurs dans l'analyse de la définition du marché pertinent. En effet, la Commission :

- a considéré à tort, s'agissant de l'usage thérapeutique, que les IEC étaient une classe de médicaments hétérogènes et que le périndopril avait des caractéristiques particulières au sein de cette classe de médicaments ;
- a conclu à tort qu'un mécanisme d'« inertie » des médecins avait restreint de façon significative la pression concurrentielle exercée sur le périndopril par les autres IEC pour les nouveaux patients ;
- a sous-estimé la propension des patients traités au périndopril à changer de traitement ;

– n’a pas dûment pris en considération les efforts de promotion des laboratoires et leur importance dans l’analyse des rapports de concurrence ;

– a méconnu les caractéristiques particulières de la concurrence dans le secteur pharmaceutique, en déduisant à tort d’une analyse des événements naturels fondée essentiellement sur les variations de prix que le périndopril n’était pas soumis à des pressions concurrentielles significatives de la part des autres IEC.

**1590**En se fondant sur une analyse entachée des erreurs qui viennent d’être rappelées, la Commission a restreint le marché pertinent à la seule molécule du périndopril, alors que les pièces du dossier montrent que le périndopril pouvait être exposé, de la part des autres IEC, à des pressions concurrentielles significatives d’ordre non tarifaire. Dans ces conditions, il y a lieu de considérer que les erreurs commises par la Commission sont de nature à vicier le résultat de son analyse.

**1591**Il convient ainsi de conclure, à l’issue d’une appréciation opérée par le Tribunal dans le respect des limites du contrôle juridictionnel rappelées aux points 1587 et 1588 ci-dessus, qu’il n’est pas établi que le marché de produits pertinent est limité au seul périndopril princeps et générique.

**1592**Compte tenu de ce qui précède, il convient d’accueillir le quatorzième moyen, dirigé contre la définition du marché des produits finis comme étant celui du périndopril princeps et générique.

13. Sur les erreurs d’appréciation relatives à l’existence d’une position dominante sur le marché des produits finis

a) Arguments des parties

**1593**Les requérantes soutiennent qu’elles ne se trouvaient pas en situation de position dominante et font valoir en particulier que, sur le marché des IEC, elles disposaient de parts de marché inférieures à 25 %. Elles reprochent, en outre, à la Commission d’avoir commis une erreur d’appréciation en considérant qu’elles se trouvaient en position dominante en raison de l’existence de rentes économiques.

**1594**La Commission rappelle qu’elle s’est fondée sur un ensemble d’indices pour conclure à l’existence d’une position dominante des requérantes sur le marché du périndopril, à savoir la position des requérantes sur ce marché, les barrières à l’entrée, les rentes économiques obtenues par les requérantes et l’absence d’une puissance d’achat compensatrice. La Commission fait notamment valoir que les requérantes avaient des parts de marché variant entre 90 et 100 % en France, en Pologne et au Royaume-Uni et de plus de 70 % aux Pays-Bas. Elle indique notamment avoir, à juste titre, calculé les rentes économiques des requérantes en tenant compte du prix du médicament après l’entrée sur le marché des génériques, car ce prix représenterait un prix véritablement compétitif.

b) Appréciation du Tribunal

**1595**Il y a lieu de rappeler, à titre liminaire, qu’il ressort d’une jurisprudence constante que la position dominante visée par l’article 102 TFUE concerne une position de puissance économique détenue par une entreprise qui lui donne le pouvoir de faire obstacle au maintien d’une concurrence effective sur le marché en cause en lui fournissant la possibilité de comportements indépendants dans une mesure appréciable à l’égard de ses concurrents, de ses clients et, finalement, des consommateurs (arrêts du 14 février 1978, United Brands et United Brands Continentaal/Commission, 27/76, EU:C:1978:22, point

65, et du 13 février 1979, Hoffmann-La Roche/Commission, 85/76, EU:C:1979:36, point 38).

**1596**En l'espèce, la Commission a conclu, au considérant 2593 de la décision attaquée, que Servier avait détenu une position dominante au sens de l'article 102 TFUE sur le marché du périndopril princeps et générique au Royaume-Uni, de janvier 2000 à juin 2007, aux Pays-Bas, de janvier 2000 à décembre 2007, en France, de janvier 2000 à décembre 2009, et en Pologne, de janvier 2000 à décembre 2009.

**1597**Pour aboutir à la conclusion que Servier détenait une position dominante sur le marché du périndopril princeps et générique, la Commission s'est fondée sur les parts de marché de Servier sur le marché en cause, sur l'existence de barrières à l'entrée sur le marché, sur l'existence de rentes économiques substantielles ainsi que sur l'absence de puissance d'achat compensatrice exercée par les autorités publiques. Aux considérants 2594 à 2600 de la décision attaquée, la Commission a ajouté que, indépendamment de la définition du marché qu'elle avait retenue, des éléments de preuves solides, à savoir l'existence de rentes économiques substantielles, reflétaient directement le pouvoir de marché dont Servier bénéficiait.

**1598**Les requérantes contestent l'existence d'une position dominante et font valoir en particulier que le marché de produits n'est pas limité au périndopril princeps et générique.

**1599**La définition de marché étant, ainsi qu'il a été dit en réponse au précédent moyen, erronée dans la mesure où elle restreint le marché de produits au seul périndopril princeps et générique, il y a lieu de considérer, par voie de conséquence, que l'examen de la puissance économique de Servier sur le marché est également vicié.

**1600**Au surplus, le Tribunal relève que, à tout le moins, deux des principaux critères d'appréciation de la puissance économique de Servier, à savoir les parts de marché et l'existence de rentes économiques substantielles, sont remis en cause par la délimitation erronée du marché pertinent.

**1601**S'agissant des parts de marché, la Commission a indiqué, au considérant 2561 de la décision attaquée, que des parts de marché modestes étaient généralement un bon indicateur de l'absence d'un fort pouvoir de marché. Elle a également considéré que des parts de marché de plus de 50 % constituaient des parts extrêmement importantes et étaient en elles-mêmes, sauf dans des circonstances exceptionnelles, une preuve de l'existence d'une position dominante et que des parts de marché s'élevant entre 70 à 80 % constituaient un indice clair de position dominante.

**1602**La Commission a estimé, aux considérants 2563 à 2567 de la décision attaquée, que Servier détenait des parts de marché extrêmement élevées sur le marché pertinent (notamment une part de marché de 90 à 100 % en France, en Pologne et au Royaume-Uni, de 2000 à 2005), en tout état de cause toujours supérieures à 50 % même en tenant compte du rôle des importateurs parallèles aux Pays-Bas.

**1603**La Commission ayant commis une erreur en retenant que le marché de produits pertinent était limité au seul périndopril princeps et générique, le calcul des parts de marché effectué par la Commission est nécessairement erroné.

**1604**Le Tribunal relève qu'il n'est pas contesté que, si le marché pertinent avait été défini par la Commission au niveau de l'ensemble des IEC et non au niveau de la molécule du périndopril, la part de marché moyenne de Servier dans les quatre États membres analysés par la Commission aurait été inférieure à 25 %, en-deçà des seuils de parts de

marché constitutifs, selon la décision attaquée, d'indices de l'existence d'une position dominante.

**1605**La Commission indique à cet égard, dans la décision attaquée, que les calculs de parts de marché de Servier au sein des IEC reposent non sur la valeur des ventes, mais sur le volume des ventes exprimé en doses définies journalières, ce qui conduirait à surestimer la valeur des ventes de ramipril. Mais, outre que la Commission ne fournit aucune analyse alternative des ventes relatives des différents IEC, il ressort des points 1494 et 1498 ci-dessus que, en janvier 2000, le périndopril disposait, dans tous les pays concernés, d'une base de patients beaucoup plus réduite que d'autres IEC tels que le ramipril, l'énalapril ou le lisinopril. Quel que soit le marché géographique, le périndopril de Servier ne s'est jamais trouvé en position de leader parmi les IEC en termes de ventes de comprimés et de capsules, au cours de la période des pratiques visées par la décision attaquée.

**1606**S'agissant des rentes économiques, la Commission a considéré que Servier bénéficiait de rentes économiques substantielles. Elle a défini les rentes économiques comme des bénéfices particulièrement importants et durables par rapport à ceux qui existeraient sur un marché concurrentiel pour le produit en cause. Elle a estimé les rentes dont Servier avait bénéficié avant l'entrée des génériques en multipliant la différence entre les prix antérieur et ultérieur à l'entrée des génériques par les quantités vendues par le fabricant de princeps. Toutefois, ce raisonnement repose sur la prémisse que le marché est limité au seul périndopril princeps et générique et que, de ce fait, il n'existait pas de marché concurrentiel avant l'entrée du générique du périndopril. La Commission n'ayant pas démontré que le marché était limité au seul périndopril princeps et générique, elle ne pouvait pas, en se fondant sur un tel calcul, estimer le niveau des rentes économiques de Servier. Dans ces conditions, l'existence de rentes économiques substantielles de Servier n'est pas démontrée.

**1607**Ainsi, l'appréciation portée par la Commission sur deux éléments essentiels de son raisonnement, à savoir les parts de marché et l'existence des rentes économiques, est remise en cause par la délimitation erronée du marché. Par conséquent, sans qu'il y ait lieu d'apprécier l'existence des barrières à l'entrée et la puissance d'achat compensatrice des autorités publiques, la Commission ne pouvait pas, en tout état de cause, conclure par les motifs qu'elle a retenus que Servier détenait une position dominante et était en mesure de se comporter, dans une mesure appréciable, indépendamment de ses concurrents, de ses clients et des consommateurs.

**1608**Dès lors, le présent moyen, tiré de l'absence de position dominante sur le marché des produits finis, doit être accueilli.

14. Sur les erreurs de droit et les erreurs d'appréciation relatives à l'existence d'une position dominante sur le marché de la technologie

a) Arguments des parties

**1609**Les requérantes soutiennent que la Commission a commis de nombreuses erreurs d'appréciation et de droit en délimitant un marché pertinent de la technologie d'IPA de périndopril et en considérant que Servier se trouvait en situation de position dominante sur ce marché. Elles font notamment grief à la Commission de s'être contentée de reprendre la définition erronée qu'elle avait retenue du marché en aval des produits finis.

La Commission aurait déduit la position dominante du fait que les requérantes étaient les seules à commercialiser le produit fini.

**1610**La Commission soutient que le moyen doit être écarté. Elle fait notamment valoir qu'elle n'a pas confondu le marché de la technologie et le marché en aval du produit fini. En effet, tout en tenant compte du fait que ces deux marchés se trouvaient dans une relation verticale et étaient liés, elle aurait relevé, dans la décision attaquée, les différences importantes entre les conditions concurrentielles prévalant sur ces deux marchés et, notamment, le fait que l'inélasticité de la demande pour la technologie était encore plus importante que celle pour le produit final. Elle aurait également tenu compte, du côté de l'offre, du fait que des entreprises différentes étaient présentes sur ces deux marchés.

b) Appréciation du Tribunal

**1611**La Commission a estimé, aux considérants 2667 et 2758 de la décision attaquée, que le marché de la technologie pertinent était limité à la technologie d'IPA de périndopril et que Servier occupait une position dominante sur ce marché au sens de l'article 102 TFUE.

**1612**Les requérantes contestent les conclusions de la Commission et font notamment valoir que les erreurs commises par la Commission dans la définition du marché des produits finis entachent également la définition du marché de la technologie et l'analyse de la position dominante de Servier sur ce marché.

**1613**À cet égard, le Tribunal a interrogé les parties, lors de l'audience, sur les conséquences qu'il conviendrait de tirer sur la légalité de la décision en tant qu'elle est fondée sur l'article 102 TFUE, dans l'hypothèse où le moyen tiré de la définition incorrecte du marché des produits finis serait accueilli.

**1614**La Commission a estimé qu'une erreur éventuelle dans la délimitation du marché des produits finis ne remettait pas en cause la position dominante de Servier sur le marché de la technologie. La Commission fait valoir que la démonstration de la position dominante de Servier repose sur l'appréciation d'un ensemble de critères pertinents, en particulier de la demande d'IPA de périndopril, qui n'est pas dépendante de la définition du marché des produits finis.

**1615**S'agissant de la délimitation du marché de la technologie, il ressort de la décision attaquée que, pour conclure que le marché de la technologie pertinent était celui de la technologie d'IPA de périndopril, la Commission s'est fondée notamment sur le fait que le marché des produits finis, lié au marché de la technologie par une relation verticale, était limité au seul périndopril princeps et générique. Elle a ainsi estimé que la demande de la technologie d'IPA dérive de la demande pour le médicament fini de périndopril (considérants 2648 à 2651 de la décision attaquée). La Commission a donc utilisé la délimitation erronée du marché pertinent qu'elle a retenu pour le marché des produits finis dans le cadre de son analyse du marché de la technologie, en particulier s'agissant de l'appréciation de la demande sur ce dernier marché.

**1616**Néanmoins, comme la Commission le fait valoir, elle a aussi utilisé, dans le cadre de son analyse du marché de la technologie, d'autres éléments pour délimiter le marché de la technologie, notamment une analyse de la substituabilité du côté de l'offre (considérants 2657 et suivants de la décision attaquée).

**1617**En l'occurrence, il n'est cependant pas nécessaire de se prononcer sur le caractère erroné, ou non, de la délimitation du marché de la technologie afin d'apprécier le moyen tiré d'erreurs dans la démonstration, par la Commission, de l'existence d'une position dominante de Servier sur ce marché.

**1618**En effet, il ressort des considérants 2668 et 2669 de la décision attaquée que la Commission a considéré que Servier se trouvait en position dominante sur le marché de la technologie au regard des manifestations de cette position sur le marché des produits finis.

**1619**La Commission a, en particulier, évalué la position de Servier sur le marché de la technologie d'IPA en se fondant, aux considérants 2735 et suivants de la décision attaquée, sur les parts de marché de Servier sur le marché des produits finis. La Commission a indiqué expressément, au considérant 2738 de la décision attaquée, que la position de marché d'une technologie d'IPA donnée dépendait fondamentalement de la capacité ou non du produit pharmaceutique fini à être mis sur le marché de façon viable. C'est ainsi que la Commission a estimé, aux considérants 2743, 2746, 2751 et 2755 de la décision attaquée, que Servier était, sauf exceptions, la seule entreprise à commercialiser le périndopril, pour en déduire qu'elle se trouvait en position dominante sur le marché de la technologie du périndopril. Telle qu'analysée par la Commission, la position de Servier sur le marché en amont en termes de parts de marché est donc pour l'essentiel le reflet de la position de Servier sur le marché des produits finis.

**1620**Il s'ensuit que la Commission s'est fondée de façon déterminante sur la délimitation du marché des produits finis pour conclure à la position dominante de Servier sur le marché de la technologie.

**1621**La délimitation du marché des produits finis étant erronée, la Commission n'a pu démontrer, sur cette base, que Servier occupait une position dominante sur le marché de la technologie.

**1622**Compte tenu de ce qui précède, il convient d'accueillir le moyen tiré d'erreurs dans la démonstration, par la Commission, de l'existence d'une position dominante de Servier sur le marché de la technologie, sans qu'il soit besoin de répondre au grief des requérantes relatif au caractère erroné de la délimitation dudit marché.

15. Sur les erreurs de droit et de fait relatives à l'existence d'un abus de position dominante

a) Arguments des parties

**1623**À titre subsidiaire, les requérantes font valoir que la Commission a commis des erreurs de droit et de fait en considérant qu'elles avaient commis un abus de position dominante, en acquérant la technologie d'Azad et en concluant les accords de règlement amiable.

**1624**La Commission conteste l'argumentation des parties.

b) Appréciation du Tribunal

**1625**La Commission a estimé, au considérant 2997 de la décision attaquée, que la stratégie de Servier combinant l'acquisition de technologie d'IPA et la conclusion d'accords de règlement amiable en matière de brevet contre paiement inversé constituait une infraction unique et continue à l'article 102 TFUE.



**1626**Toutefois, eu égard à l'ensemble des considérations exposées en réponse aux trois moyens qui précèdent, il y a lieu de conclure que les erreurs commises par la Commission dans l'examen de la position dominante de Servier sur le marché des produits finis et sur le marché de la technologie remettent nécessairement en cause l'existence d'un abus de position dominante. En effet, en l'absence de position dominante, la question de l'abus de cette position a perdu toute pertinence.

**1627**À titre surabondant, le Tribunal relève que l'absence de position dominante de Servier sur le seul marché des produits finis remet en cause, à elle seule, l'existence de l'abus de position dominante reproché à Servier dans la décision attaquée.

**1628**À cet égard, le Tribunal a, ainsi qu'il a été dit au point 1613 ci-dessus, interrogé les parties lors de l'audience sur les conséquences qu'il conviendrait de tirer sur l'existence d'une infraction à l'article 102 TFUE si le moyen tiré de la définition incorrecte du marché des produits finis était accueilli.

**1629**La Commission a fait valoir à cet égard que, même si la définition du marché des produits finis était censurée par le Tribunal, l'existence de l'infraction à l'article 102 TFUE ne serait pas remise en cause. Elle a notamment exposé que les deux comportements abusifs visés par l'abus de position dominante reproché à Servier, à savoir l'acquisition de la technologie d'Azad et la série d'accords de règlement amiable en matière de brevet avec des sociétés de génériques, étaient reliés au marché de la technologie.

**1630**Néanmoins, il convient de relever que la Commission a retenu l'existence d'un abus de position dominante visant en substance, selon les termes du considérant 2765 de la décision attaquée, à protéger la position de Servier sur le marché du périndopril contre toute entrée de génériques, dans le but de protéger les revenus de Servier provenant du périndopril. La Commission a ainsi reproché à Servier une infraction unique et continue visant essentiellement à protéger la position et les revenus de Servier sur le marché des produits finis du périndopril en retardant l'entrée des génériques. La Commission s'est donc fondée, pour expliquer et caractériser la pratique reprochée à Servier, sur la volonté prêtée à cette entreprise de défendre sa position sur le marché des produits finis.

**1631**Par ailleurs, la Commission, qui s'est référée essentiellement au marché des produits finis pour caractériser la pratique, a qualifié les faits d'infraction unique et continue couvrant à la fois le marché en amont de la technologie et le marché des produits finis. Si la décision attaquée distingue, comme le rappelle la Commission, une pratique d'acquisition de la technologie d'Azad et des pratiques d'accords de règlement amiable, elle ne distingue pas en revanche, au sein de l'infraction unique et continue, des comportements de Servier qui ne concerneraient que le marché de la technologie et d'autres comportements de Servier qui reposeraient sur la constatation d'une position dominante de Servier sur le marché des produits finis. Ni la pratique d'acquisition de la technologie d'Azad ni celle d'accords de règlement amiable en matière de brevets ne sont qualifiées par la décision attaquée d'infractions à l'article 102 TFUE sur le seul fondement de la position dominante de Servier sur le marché de la technologie. En l'absence de position dominante de Servier sur le marché des produits finis, la démonstration de l'existence de l'infraction unique et continue est donc privée de l'un de ses motifs essentiels, sans qu'il soit possible d'appréhender un comportement détachable de Servier dont le caractère infractionnel ne dépendrait pas de l'existence d'une position dominante de l'entreprise sur le marché du périndopril et qui concernerait le seul marché de la technologie.

**1632**Partant, le présent moyen doit être accueilli.

**1633**Il résulte de l'examen des quatre moyens qui précèdent que la décision attaquée doit être partiellement annulée, en tant qu'elle a constaté l'existence d'une infraction à l'article 102 TFUE. Par conséquent, l'article 6 de cette décision doit être annulé.

16. Sur les conclusions subsidiaires tendant à l'annulation des amendes ou à la réduction de leur montant

**1634**Les requérantes sollicitent l'annulation des amendes qui leur ont été infligées ou la réduction de leur montant.

**1635**Pour obtenir l'annulation de ces amendes ou la réduction de leur montant, les requérantes se fondent sur sept moyens qu'il y a lieu d'examiner successivement.

**1636**Il convient, au préalable, pour tenir compte de l'annulation de l'article 4 de la décision attaquée en tant que la Commission y a constaté la participation des requérantes à une infraction à l'article 101, paragraphe 1, TFUE relative aux accords conclus entre Servier et Krka (voir, ci-dessus, la partie consacrée aux accords conclus avec Krka), d'annuler l'article 7, paragraphe 4, sous b), de la décision attaquée, par lequel la Commission a prononcé une amende d'un montant de 37 661 800 euros à l'encontre de Servier au titre de cette infraction.

**1637**Compte tenu de cette annulation, il n'est pas nécessaire d'examiner le bien-fondé des moyens ou des griefs qui sont soulevés au soutien des conclusions visant l'amende mentionnée au point 1636 ci-dessus.

**1638**De la même manière, il convient, pour tenir compte de l'annulation de l'article 6 de la décision attaquée, par lequel la Commission a constaté une infraction à l'article 102 TFUE (voir, ci-dessus, les parties consacrées à la définition du marché pertinent, à l'existence d'une position dominante sur les deux marchés pertinents et à l'abus de position dominante), d'annuler l'article 7, paragraphe 6, de la décision attaquée, par lequel la Commission a prononcé une amende d'un montant de 41 270 000 euros à l'encontre de Servier au titre de cette infraction.

**1639**Compte tenu de cette annulation, il n'est pas nécessaire d'examiner le bien-fondé des moyens ou des griefs qui sont soulevés au soutien des conclusions visant l'amende mentionnée au point 1638 ci-dessus.

**1640**Par conséquent, dans les développements qui suivent, les griefs ou les arguments relatifs aux accords conclus avec Krka ou à l'abus de position dominante ne seront, en principe, pas examinés, ni même évoqués. Lorsque, par exception, ils le seront, cet examen sera opéré à titre surabondant.

a) Sur le caractère imprévisible de l'interprétation retenue dans la décision attaquée

1) Arguments des parties

**1641**Les requérantes soutiennent que la Commission a commis une erreur de droit en leur imposant une amende malgré le caractère imprévisible de l'interprétation retenue. En effet, dans sa pratique décisionnelle antérieure, la Commission n'aurait pas infligé d'amende lorsque la nature des infractions constatées était relativement nouvelle, ou qu'il n'existait pas, à l'époque des faits, de précédent établissant clairement le caractère infractionnel des comportements en cause, ou qu'il s'agissait d'une nouvelle approche en termes de principes posés. Cette absence de sanction résulterait du principe de légalité

des délits et des peines, qui, s'il ne fait pas obstacle à la clarification graduelle des peines, imposerait cependant que l'interprétation retenue fût raisonnablement prévisible.

**1642**Les requérantes soulignent le caractère inédit de la présente affaire, qui aurait été publiquement reconnu par la Commission elle-même, y compris dans la décision attaquée, ainsi que par plusieurs juristes experts dans les domaines en cause.

**1643**La circonstance que la Commission a modifié les dispositions applicables aux règlements amiables dans les lignes directrices de 2014 sur les accords de transfert de technologie confirmerait la nouveauté de l'analyse retenue, ainsi que la Commission l'aurait souligné dans le communiqué accompagnant la publication de ces lignes directrices. L'interprétation retenue par la décision attaquée serait d'autant plus imprévisible qu'elle irait à l'encontre des principes énoncés dans les lignes directrices de 2004 sur les accords de transfert de technologie, applicables notamment aux accords conclus avec Krka et à l'accord Lupin, qui comportaient des transferts de technologie.

**1644**Les requérantes font valoir que l'annulation des amendes est également justifiée par la complexité de l'analyse de la Commission. Elles mettent notamment en avant le fait que la décision attaquée comporte 919 pages et que la procédure administrative ait duré six années. Elles soulignent, en outre, que la décision attaquée comporterait des contradictions, notamment en ce qui concerne la définition de la notion de concurrence potentielle. Enfin, les requérantes soulignent qu'il n'existait pas, à l'époque des faits litigieux, contrairement à ce que la Commission a indiqué dans la décision attaquée, d'avis juridiques identifiant un risque d'infraction et qu'il existait même des éléments en sens contraire.

**1645**S'agissant des théories développées dans la décision attaquée relatives à l'abus de position dominante, elles seraient également novatrices en ce que la définition d'un marché limité au niveau de la molécule était sans précédent à l'époque des faits. Par ailleurs, la nature de l'abus était également sans précédent.

**1646**À cet égard, les requérantes reprochent également à la Commission de ne pas avoir motivé l'abandon du grief relatif à l'acquisition de la technologie d'une société, qui poursuivait pourtant selon elles un objectif très similaire à l'acquisition de la technologie d'Azad.

**1647**La Commission rappelle qu'elle a infligé six amendes aux requérantes pour six infractions distinctes et que le plafond de 10 % prévu par l'article 23, paragraphe 2, du règlement no 1/2003 s'applique individuellement à chacune de ces amendes. Elle relève que, en tout état de cause, même en additionnant le montant de ces amendes, le total ne dépasserait pas 7,99 % du chiffre d'affaires des requérantes. Enfin, la Commission fait valoir que, si elle n'a rendu aucune décision portant sur la compatibilité de règlements amiables avec paiement inversé avec l'article 101 TFUE jusqu'à la décision concernant Lundbeck de juin 2013, les accords passés présentaient les traits d'une exclusion du marché en échange d'un paiement ou d'un partage de marché dont l'illégalité procède de l'énoncé même de l'article 101, paragraphe 1, TFUE. Elle relève également que les services internes des requérantes comme les conseils des fabricants de génériques n'ont cessé de s'interroger sur la légalité de ces pratiques.

**1648**La Commission rappelle également que, selon la jurisprudence, ni le principe de légalité des délits et des peines posé par l'article 7 de la CEDH ni le principe de sécurité juridique n'empêchent la clarification graduelle des règles de responsabilité pénale par

l'interprétation juridictionnelle. L'imposition d'une amende ne serait, ainsi, pas contraire au principe de sécurité juridique lorsque toute clarification de ce type était raisonnablement prévisible. Les circonstances propres à l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt du 30 septembre 2003, *Atlantic Container Line e.a./Commission* (T 191/98 et T 212/98 à T 214/98, EU:T:2003:245), ne seraient pas réunies en l'espèce. De même, la Commission fait valoir que, dans l'arrêt du 25 mai 1993, *Kokkinakis c. Grèce* (CE:ECHR:1993:0525JUD001430788), relatif au délit de prosélytisme, la Cour EDH a constaté qu'il n'y avait pas de violation de l'article 7 de la CEDH dès lors que la formulation vague de la loi avait donné lieu à une clarification adéquate par les juges. En l'espèce, la Commission estime que les requérantes confondent l'absence de précédent pour un certain type d'accord avec l'absence de précédent pour un certain type d'infraction. Or, en l'espèce, la restriction de concurrence serait manifeste.

**1649**La Commission fait valoir, en premier lieu, que les infractions retenues contre les requérantes ne sont pas inédites et que l'application des règles de concurrence aux comportements en cause était prévisible.

**1650**S'agissant de l'article 101 TFUE, la nature des engagements acceptés par les fabricants de génériques, et notamment les obligations de non-commercialisation et de non-contestation des brevets, montrerait que les parties aux accords avaient pleinement conscience que leur objectif était l'exclusion temporaire des génériques sur le marché. Or, le principe juridique d'interdiction de payer des concurrents pour les exclure du marché serait clair depuis longtemps, tout comme le fait que des accords ne sauraient être exemptés de l'application du droit de la concurrence au motif qu'ils sont relatifs à des droits de propriété intellectuelle ou qu'ils ont pour objectif de mettre fin à un contentieux. S'agissant de l'article 102 TFUE, la Commission estime également avoir suffisamment établi dans la décision attaquée que l'illégalité des pratiques en cause était prévisible. De même, conformément à une jurisprudence bien établie, la Commission estime avoir pu infliger des amendes aux requérantes, qui ont agi de propos délibéré ou à tout le moins par négligence, dès lors qu'elles avaient accès à des conseillers juridiques spécialisés en droit de la concurrence et que certaines sociétés de génériques s'étaient interrogées sur la licéité des accords.

**1651**En second lieu, la Commission rappelle que, selon une jurisprudence constante, sa pratique juridictionnelle antérieure ne sert pas en elle-même de cadre juridique aux amendes en matière de concurrence, celui-ci étant défini uniquement par le règlement no 1/2003 et les lignes directrices pour le calcul des amendes. Par conséquent, le fait qu'elle n'ait pas imposé d'amendes dans d'autres affaires serait sans pertinence. De même, les extraits de la décision attaquée, tout comme les déclarations de ses fonctionnaires, selon lesquels il n'existait pas, à la date des faits, d'autre décision de la Commission ou du juge de l'Union relative à des accords contre paiement inversé dans le domaine pharmaceutique, ne changeraient rien au fait que ces accords étaient déjà visés par l'article 81 CE, applicable à la date de leur conclusion.

**1652**La Commission fait, par ailleurs, valoir que les avis juridiques ou les notes de doctrine contraires à son analyse ne permettent pas de considérer qu'elle a commis une erreur de droit. En tout état de cause, elle estime qu'il était évident à l'époque des faits que payer des concurrents potentiels pour retarder ou empêcher leur entrée sur le marché constituait un comportement anticoncurrentiel et renvoie, à cet égard, aux notes prises par un salarié des requérantes lors d'une rencontre avec Teva le 24 mars 2006.

**1653**S'agissant des lignes directrices de 2014 sur les accords de transfert de technologie, la Commission souligne que celles-ci indiquent qu'elle sera particulièrement attentive au risque de partage de marché créé par des accords de type « pay for delay » (accords visant à retarder l'entrée des génériques sur le marché contre paiement) et que les lignes directrices de 2004 sur les accords de transfert de technologie n'étaient pas applicables aux accords en cause, ainsi qu'elle l'a indiqué dans la décision attaquée. Elle rappelle en outre que ni les lignes directrices ni le communiqué public qui les accompagne ne sauraient lier la Cour.

**1654**Enfin, la Commission soutient que, en définissant le marché pertinent au niveau de la molécule, elle n'a fait que suivre la méthodologie établie dans sa communication sur la définition du marché pertinent en l'appliquant aux faits de l'espèce. Elle estime que les requérantes ne sauraient soutenir qu'elles avaient une attente légitime à ce qu'elle se limitât à une définition des parts de marché relatives à une autre affaire relative au contrôle des concentrations dans le secteur pharmaceutique. En outre, s'agissant de l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt du 6 octobre 1994, Tetra Pak/Commission (T 83/91, EU:T:1994:246), la Commission fait valoir que ni elle ni le Tribunal n'ont cherché à établir un critère général visant les conditions d'application de l'article 102 TFUE à toute forme d'acquisition.

## 2) Appréciation du Tribunal

**1655**À titre liminaire, il convient de souligner que la répression efficace des infractions en matière de droit de la concurrence ne peut aller jusqu'à méconnaître le principe de légalité des délits et des peines, tel que consacré à l'article 49 de la charte des droits fondamentaux (voir, par analogie, s'agissant de sanctions pénales et de l'obligation des États membres de lutter contre les activités illicites portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union, arrêt du 5 décembre 2017, M.A.S. et M.B., C 42/17, EU:C:2017:936, point 61).

**1656**Il importe ensuite de rappeler que, selon la jurisprudence de la Cour, le principe de légalité des délits et des peines exige que la loi définisse clairement les infractions et les peines qui les répriment. Cette condition se trouve remplie lorsque le justiciable peut savoir, à partir du libellé de la disposition pertinente et au besoin à l'aide de l'interprétation qui en est donnée par les tribunaux, quels actes et omissions engagent sa responsabilité pénale (voir arrêt du 22 octobre 2015, AC-Treuhand/Commission, C 194/14 P, EU:C:2015:717, point 40 et jurisprudence citée).

**1657**Le principe de légalité des délits et des peines ne saurait être interprété comme proscrivant la clarification graduelle des règles de la responsabilité pénale par l'interprétation judiciaire d'une affaire à l'autre, à condition que le résultat soit raisonnablement prévisible au moment où l'infraction a été commise, au vu notamment de l'interprétation retenue à cette époque dans la jurisprudence relative à la disposition légale en cause (voir arrêt du 22 octobre 2015, AC-Treuhand/Commission, C 194/14 P, EU:C:2015:717, point 41 et jurisprudence citée).

**1658**La portée de la notion de prévisibilité dépend dans une large mesure du contenu du texte dont il s'agit, du domaine qu'il couvre ainsi que du nombre et de la qualité de ses destinataires. La prévisibilité de la loi ne s'oppose pas à ce que la personne concernée soit amenée à recourir à des conseils éclairés pour évaluer, à un degré raisonnable dans les circonstances de l'affaire, les conséquences pouvant résulter d'un acte déterminé. Il en va spécialement ainsi des professionnels, habitués à devoir faire preuve d'une grande

prudence dans l'exercice de leur métier. Aussi peut-on attendre d'eux qu'ils mettent un soin particulier à évaluer les risques qu'il comporte (voir arrêt du 22 octobre 2015, AC-Treuhand/Commission, C 194/14 P, EU:C:2015:717, point 42 et jurisprudence citée).

**1659** Il convient d'ajouter que le recours aux conseils de professionnels apparaît d'autant plus évident lorsqu'il s'agit, comme c'était le cas en l'espèce, de préparer et de rédiger des accords censés prévenir ou régler à l'amiable des litiges.

**1660** Dans ce contexte, même si, à l'époque des infractions constatées dans la décision litigieuse, les juridictions de l'Union n'avaient pas encore eu l'occasion de se prononcer spécifiquement sur un accord de règlement amiable du type de ceux conclus par Servier, celui-ci aurait dû s'attendre, au besoin après avoir recouru à des conseils éclairés, à ce que son comportement pût être déclaré incompatible avec les règles de concurrence du droit de l'Union, eu égard, notamment, à la portée large des notions d'« accord » et de « pratique concertée » résultant de la jurisprudence de la Cour (voir, en ce sens, arrêt du 22 octobre 2015, AC-Treuhand/Commission, C 194/14 P, EU:C:2015:717, point 43).

**1661** Servier pouvait en particulier supposer que, en incitant des sociétés de génériques à se soumettre à des clauses de non-commercialisation et de non-contestation, par elles-mêmes restrictives de la concurrence, il faisait perdre toute légitimité à l'insertion de telles clauses dans un accord de règlement amiable en matière de brevet. En effet, une telle insertion ne reposait plus alors sur la reconnaissance par les parties aux accords de la validité du brevet et révélait ainsi un usage anormal du brevet, sans rapport avec son objet spécifique (voir point 267 ci-dessus). Servier pouvait donc raisonnablement prévoir qu'il adoptait un comportement relevant de l'interdiction édictée à l'article 101, paragraphe 1, TFUE (voir, en ce sens, arrêts du 22 octobre 2015, AC-Treuhand/Commission, C 194/14 P, EU:C:2015:717, point 46, et du 8 septembre 2016, Lundbeck/Commission, T 472/13, sous pourvoi, EU:T:2016:449, point 764).

**1662** Au surplus, ainsi que le Tribunal l'a déjà relevé, bien avant la date de la conclusion de l'accord litigieux, la jurisprudence s'était prononcée sur la possibilité de faire application du droit de la concurrence dans des domaines caractérisés par la présence de droits de propriété intellectuelle (voir, en ce sens, arrêt du 8 septembre 2016, Xellia Pharmaceuticals et Alpharma/Commission, T 471/13, non publié, sous pourvoi, EU:T:2016:460, points 314 et 315).

**1663** Ainsi, la Cour a considéré, dès 1974, que, si les droits reconnus par la législation d'un État membre en matière de propriété industrielle n'étaient pas affectés dans leur existence par l'article 101 TFUE, les conditions de leur exercice pouvaient cependant relever des interdictions édictées par cet article et que tel pouvait être le cas chaque fois que l'exercice d'un tel droit apparaissait comme étant l'objet, le moyen ou la conséquence d'une entente (arrêt du 31 octobre 1974, Centrafarm et de Peijper, 15/74, EU:C:1974:114, points 39 et 40).

**1664** Ensuite, depuis l'arrêt du 27 septembre 1988, Bayer et Maschinenfabrik Hennecke (65/86, EU:C:1988:448), il est clair que les règlements amiables des litiges relatifs à des brevets peuvent être qualifiés d'accords au sens de l'article 101 TFUE.

**1665** Par ailleurs, il y a lieu de souligner que, par les accords litigieux, Servier et les sociétés de génériques concernées ont, en réalité, décidé de conclure des accords d'exclusion du marché (voir, notamment, points 271, 562 et 704 ci-dessus). Or, s'il est vrai que ce n'est que dans un arrêt prononcé postérieurement à l'adoption des accords

litigieux que la Cour a jugé que les accords d'exclusion du marché, dans lesquels les restants indemnisent les sortants, constituaient une restriction de concurrence par objet, elle a cependant précisé que ce type d'accords se heurtait « de manière patente » à la conception inhérente aux dispositions du traité relatives à la concurrence, selon laquelle tout opérateur économique doit déterminer de manière autonome la politique qu'il entend suivre sur le marché (arrêt du 20 novembre 2008, Beef Industry Development Society et Barry Brothers, C 209/07, EU:C:2008:643, points 8 et 32 à 34). En concluant de tels accords, Servier ne pouvait donc ignorer le caractère anticoncurrentiel de son comportement.

**1666** Certes, si, du fait que les accords en cause avaient été conclus sous la forme de règlements amiables relatif à un brevet, le caractère infractionnel de ces accords pouvait ne pas apparaître, de manière claire, à un observateur extérieur tel que la Commission ou des juristes spécialisés dans les domaines en cause, il n'en allait pas de même pour les parties à l'accord.

**1667** Les difficultés susceptibles d'être rencontrées par la Commission dans son identification d'une infraction étaient d'ailleurs de nature à justifier, pour partie au moins, la longueur de la procédure ou celle de la décision attaquée.

**1668** La conclusion présentée au point 1661 ci-dessus ne saurait être remise en cause par les autres arguments présentés par les requérantes.

**1669** En premier lieu, l'argument tiré de l'existence d'une pratique de la Commission selon laquelle celle-ci s'abstient d'infliger des amendes ou se contente d'infliger des amendes symboliques lorsqu'elle examine des questions de droit nouvelles ne saurait être retenu en l'espèce, car, malgré la nouveauté des questions soulevées dans le contexte de la présente affaire, Servier pouvait raisonnablement prévoir que, en agissant ainsi qu'il l'a fait, c'est-à-dire en payant des sociétés de génériques pour qu'elles restent en dehors du marché, il adoptait un comportement relevant de l'interdiction édictée à l'article 101, paragraphe 1, TFUE (voir point 1661 ci-dessus). À cet égard, il convient de souligner que, dans l'une des décisions de la Commission que citent les requérantes, il apparaît qu'« il n'était pas suffisamment clair pour [les intéressées] que leur comportement constituerait une infraction ». La Commission était donc en présence d'une situation différente de celle du présent litige.

**1670** Au surplus, il a été dit au point 1665 ci-dessus que Servier ne pouvait en l'espèce ignorer le caractère anticoncurrentiel de son comportement.

**1671** En tout état de cause, selon la jurisprudence, la Commission dispose d'une marge d'appréciation dans la fixation du montant des amendes afin d'orienter le comportement des entreprises dans le sens du respect des règles de concurrence. Le fait que la Commission ait appliqué, dans le passé, des amendes d'un certain niveau à certains types d'infractions ne saurait la priver de la possibilité d'élever ce niveau dans les limites indiquées par le règlement no 1/2003, si cela est nécessaire pour assurer la mise en œuvre de la politique de concurrence de l'Union. L'application efficace des règles de l'Union en matière de concurrence exige au contraire que la Commission puisse à tout moment adapter le niveau des amendes aux besoins de cette politique (arrêt du 8 septembre 2016, Lundbeck/Commission, T 472/13, sous pourvoi, EU:T:2016:449, point 773).

**1672**En deuxième lieu, si les requérantes font référence à l'existence d'un avis juridique qui avait été sollicité par une des sociétés de génériques en cause et qui est mentionné au considérant 3074 de la décision attaquée, elles n'apportent pas suffisamment d'éléments pour qu'il puisse être conclu qu'il existait une réelle incertitude quant au caractère infractionnel, au regard des règles de l'Union en matière de droit de la concurrence, des accords litigieux.

**1673**En troisième lieu, si les requérantes soutiennent que la solution retenue par la Commission dans la décision attaquée va à l'encontre des principes énoncés dans les lignes directrices de 2004 sur les accords de transfert de technologie, cet argument doit être écarté.

**1674**En effet, à supposer même que les requérantes aient entendu invoquer ainsi une méconnaissance du paragraphe 209 des lignes directrices de 2004 sur les accords de transfert de technologie, il ressort de ce paragraphe que des clauses de non-contestation sont « généralement » considérées comme ne relevant pas de l'article 101, paragraphe 1, TFUE. Ainsi, eu égard à l'emploi de ce terme, cette disposition n'exclut pas que l'insertion de clauses de non-contestation puisse, dans certaines circonstances, être constitutive d'une infraction à la concurrence.

**1675**De plus, le paragraphe 209 des lignes directrices de 2004 sur les accords de transfert de technologie prévoit que des clauses de non-contestation peuvent ne pas relever de l'article 101, paragraphe 1, TFUE, dans la mesure où ces clauses, en évitant les contestations futures des droits de propriété intellectuelle couverts par les accords, ont pour « véritable objectif [...] de régler les litiges existants et/ou d'éviter les litiges futurs ».

**1676**Or, dans l'hypothèse où, comme en l'espèce, c'est un paiement inversé, et non la reconnaissance par chacune des parties de la validité du brevet, qui a conduit à l'adoption des accords litigieux, ces accords, qui sont en réalité des accords d'exclusion du marché poursuivant des objectifs anticoncurrentiels, ne peuvent être regardés comme ayant pour « véritable objectif [...] de régler les litiges existants et/ou d'éviter les litiges futurs ».

**1677**Par ailleurs, aucun élément ne permet de conclure, contrairement à ce que semblent soutenir les requérantes, que la solution retenue par la Commission dans la décision attaquée était imprévisible au point que la Commission ait jugé nécessaire de modifier les dispositions des lignes directrices de 2004 sur les accords de transfert de technologie.

**1678**Certes, il est prévu, au paragraphe 243 des lignes directrices de 2014 sur les accords de transfert de technologie, que les clauses de non-contestation sont susceptibles de méconnaître l'article 101, paragraphe 1, TFUE si le donneur, outre la concession des droits sur technologie, incite le preneur, financièrement ou par un autre moyen, à accepter de ne pas contester la validité des droits sur technologie.

**1679**Cependant, cette nouvelle disposition s'est bornée à préciser les dispositions précédemment contenues dans les lignes directrices de 2004 sur les accords de transfert de technologie.

**1680**En quatrième lieu, s'agissant de l'argument tiré de l'existence de contradictions dans la décision attaquée relatives à l'interprétation de la notion de concurrence potentielle, il convient de relever que cet argument a déjà été écarté et de renvoyer aux considérations déjà exposées à cet égard (voir points 374 à 377 ci-dessus).



**1681** Il résulte de ce qui précède que le moyen, en tant qu'il porte sur les infractions retenues dans la décision attaquée au titre de l'article 101 TFUE, doit être écarté.

b) Sur l'erreur de droit relative au cumul des amendes

**1682** Les requérantes invoquent deux griefs, tirés, le premier, de l'existence d'une infraction unique regroupant l'ensemble des accords de règlement amiable litigieux conclus par Servier, laquelle empêcherait la Commission d'imposer à Servier cinq amendes distinctes, et, le second, du caractère illégal du cumul de l'amende imposée au titre de l'article 101 TFUE et de celle imposée au titre de l'article 102 TFUE.

1) Sur la violation de la notion d'infraction unique

i) Arguments des parties

**1683** Les requérantes font valoir que, en qualifiant les accords de règlement amiable d'infractions distinctes à l'article 101 TFUE et non d'infraction unique, la Commission a méconnu la jurisprudence relative à la notion d'infraction unique. Elles renvoient aux arguments développés au soutien de ce moyen. Par conséquent, il serait inéquitable et disproportionné d'avoir cumulé les amendes relatives à ces différents accords. Les requérantes sollicitent, dès lors, la réduction du montant de l'amende qui leur a été infligée d'un montant équivalent à ceux des amendes additionnelles imposées pour les périodes de chevauchement des accords, qu'il appartiendra à la Commission de préciser en raison de l'opacité du mode de calcul exposé dans la décision attaquée. Il conviendrait, à tout le moins, à titre subsidiaire, de supprimer le montant des amendes distinctes imposées au titre des accords Niche et Matrix et de réduire le montant de l'amende qui leur a été infligée des 79 121 700 euros imposés au titre de l'accord Matrix.

**1684** La Commission renvoie à ses arguments présentés en réponse au moyen tiré des erreurs d'appréciation et de droit relatives à la qualification d'infractions distinctes.

ii) Appréciation du Tribunal

**1685** Les requérantes invoquent deux arguments, relatifs l'un et l'autre à la notion d'infraction unique et tirés, le premier, de l'existence d'une infraction unique regroupant l'ensemble des accords de règlement amiable litigieux conclus par Servier et, le second, à titre subsidiaire, de l'existence d'une infraction unique regroupant les accords Niche et Matrix.

**1686** S'agissant du premier argument, ainsi qu'il ressort du point 1282 ci-dessus, l'existence d'un objectif commun à Servier et à chacune des sociétés de génériques et donc d'un plan d'ensemble ne pouvait être constatée par la Commission.

**1687** En l'absence d'un tel objectif commun ainsi que d'un plan d'ensemble, la Commission n'était pas en mesure de conclure à l'existence d'une infraction unique. Elle était donc en droit d'imposer une amende distincte à Servier pour chacune des infractions retenues.

**1688** Ainsi, le cumul d'amendes qu'a opéré la Commission dans la décision attaquée, lequel est fondé sur le constat justifié de l'existence d'infractions distinctes, ne peut être regardé, contrairement à ce que soutiennent les requérantes, comme étant « inéquitable et disproportionné ».

**1689** Au contraire, il serait inéquitable à l'égard des sociétés de génériques de voir Servier n'être, tout comme elles, sanctionné qu'une seule fois, alors même que, contrairement à elles, Servier a participé à plusieurs accords distincts.

**1690**Au demeurant, le cumul d'amendes est, dans son principe, d'autant moins disproportionné que la Commission a pris en compte, dans la décision attaquée (considérant 3128), le fait que Servier avait commis plusieurs infractions, certes distinctes, mais ayant trait au même produit, le périndopril, et, dans une large mesure, aux mêmes zones géographiques et aux mêmes périodes. Dans ce contexte particulier, elle a, aux fins d'éviter un résultat potentiellement disproportionné, décidé de limiter, pour chaque infraction, la proportion de la valeur des ventes réalisées par Servier prise en compte aux fins de déterminer le montant de base de l'amende. Elle a ainsi opéré une correction qui a conduit à une réduction moyenne de 54,5 % de l'ensemble des valeurs des ventes relatives aux différentes infractions à l'article 101 TFUE.

**1691**Il convient donc d'écarter le présent argument.

**1692**S'agissant de l'argument spécifique aux accords Niche et Matrix, ainsi qu'il ressort des considérations exposées aux points 1295 à 1302 ci-dessus, ces accords constituaient deux infractions distinctes à l'article 101 TFUE.

**1693**Toutefois, ainsi qu'il a été indiqué au point 1296 ci-dessus, il peut être déduit de l'analyse du contexte et des conditions de ces accords que Servier était animé par les « mêmes motivations » en concluant les accords en cause et poursuivait à cet égard un objectif identique, à savoir régler de manière définitive le litige en cours et éviter tout contentieux futur portant sur le produit de Niche/Matrix ainsi qu'éliminer ce produit en tant que source de concurrence potentielle moyennant paiement. En particulier, attestent effectivement de ce même objectif poursuivi par Servier lors de la conclusion des accords Niche et Matrix le fait que ces accords aient été signés le même jour et au même endroit par le même représentant des requérantes, le fait que leur champ d'application temporel et géographique était identique, le fait que les accords portaient notamment sur le même produit en imposant des obligations similaires à Niche et à Matrix et, enfin, le fait non contesté qu'il était dans l'intérêt de Servier de conclure des accords avec les deux parties prenantes au projet de périndopril commun concerné.

**1694**Si les données factuelles exposées au point 1693 ci-dessus ne permettent pas d'établir que Niche et Matrix poursuivaient ensemble un même objectif, attestant d'un plan commun, en concluant les accords en cause, ni a fortiori qu'elles partageaient ce plan commun avec Servier, elles font apparaître que Servier poursuivait un même objectif lors de la conclusion des accords Niche et Matrix (voir points 1296 à 1301 ci-dessus).

**1695**Par ailleurs, les effets nocifs des accords en cause portaient en partie sur le produit développé en commun par Niche et Matrix, dont la commercialisation était interdite pendant la même durée et sur le même territoire. Ainsi, le degré de superposition des effets anticoncurrentiels de ces accords était-il particulièrement élevé.

**1696**Au regard des éléments mentionnés dans les points qui précèdent, lesquels sont spécifiques aux accords Niche et Matrix et les distinguent ainsi des accords de règlement amiable que Servier a passés avec d'autres sociétés de génériques, il y a lieu de constater que la réduction au titre du cumul d'infractions retenue par la Commission (voir point 1690 ci-dessus), dès lors qu'elle n'appliquait pas un traitement particulier à l'accord Matrix, n'a pas suffisamment pris en compte les liens que cet accord entretenait avec l'accord Niche.

**1697**Au surplus, le montant de l'amende retenu par la Commission ne rend pas compte, de manière adéquate, du degré de gravité de l'infraction constituée par l'accord Matrix,

qui, en ce qui concerne Servier, est moindre que le degré de gravité de l'infraction constituée par l'accord Niche, dès lors que l'accord Matrix a été conclu par Servier aux fins de conforter les effets de l'accord Niche (voir point 1300 ci-dessus) et que, compte tenu de l'accord Biogaran, le transfert de valeur global dont ont bénéficié Niche et Unichem est supérieur à celui dont a bénéficié Matrix.

**1698**Par conséquent, le Tribunal, dans l'exercice de son pouvoir de pleine juridiction, décide, aux fins de respecter le principe de proportionnalité (voir, en ce sens, arrêt du 4 septembre 2014, YKK e.a./Commission, C 408/12 P, EU:C:2014:2153, point 66), de réduire le montant de l'amende infligée à Servier au titre de l'accord Matrix de 30 %, soit 23 736 510 euros.

**1699**Par conséquent, le montant de l'amende infligée à Servier au titre de l'infraction visée à l'article 2 de la décision attaquée, tel qu'il résulte de l'article 7, paragraphe 2, sous b), de celle-ci, est fixé à 55 385 190 euros au lieu de 79 121 700 euros.

2) Sur le cumul d'amendes au titre des articles 101 et 102 TFUE

i) Arguments des parties

**1700**Les requérantes soutiennent que les accords de règlement amiable ont été doublement sanctionnés par la décision attaquée au titre des articles 101 et 102 TFUE, contrairement à une pratique décisionnelle constante de la Commission. Elles sollicitent, par conséquent, la réduction du montant de l'amende qui leur a été infligée d'un montant équivalent au montant des amendes additionnelles imposées pour les périodes de chevauchement des accords, qu'il appartiendra à la Commission de préciser en raison de l'opacité du mode de calcul exposé dans la décision attaquée.

**1701**La Commission renvoie à ses arguments présentés en réponse au moyen tiré de l'impossibilité d'appliquer simultanément les articles 101 et 102 TFUE aux mêmes accords. Elle soutient, en outre, qu'elle n'a pas infligé plusieurs amendes aux requérantes pour les mêmes faits et précise que le montant de l'amende infligée au titre de la violation de l'article 102 TFUE a été réduit afin de tenir compte du montant des amendes infligées au titre de l'article 101 TFUE.

ii) Appréciation du Tribunal

**1702**Eu égard à l'annulation de l'article 7, paragraphe 6, de la décision attaquée (voir point 1638 ci-dessus), Servier n'est plus sanctionné qu'au titre de l'article 101 TFUE. En l'absence de cumul de sanctions au titre des articles 101 et 102 TFUE, il n'est pas nécessaire, en tout état de cause, d'examiner le bien-fondé du présent grief, lequel doit être écarté.

c) Sur le calcul de la valeur des ventes

**1703**Les requérantes se fondent sur trois griefs distincts qu'il convient d'examiner séparément.

1) Sur la prise en compte des ventes du circuit hospitalier

i) Arguments des parties

**1704**Les requérantes font valoir que la Commission a commis une erreur en tenant compte de la valeur des ventes de périndopril dans l'ensemble des canaux de distribution, alors même qu'elle a constaté, dans la décision attaquée, que le circuit hospitalier était exclu de son analyse et n'aurait, par conséquent, pas établi que les pratiques reprochées auraient eu un effet sur le marché hospitalier. Or, la jurisprudence lui imposerait de ne

prendre en compte que les seules ventes réalisées sur le marché concerné par l'infraction. Il conviendrait par conséquent de réduire le montant de l'amende en déduisant de la valeur des ventes celles réalisées via le circuit hospitalier, et qui représenteraient un pourcentage compris entre 0 et 10 % de la valeur des ventes.

**1705**La Commission rappelle que, aux termes du paragraphe 13 des lignes directrices pour le calcul des amendes , le montant des amendes doit être déterminé par référence à la valeur des ventes de biens ou de services réalisées par l'entreprise en relation directe ou indirecte avec les infractions en cause, dans le secteur géographique concerné de l'Union. La jurisprudence aurait précisé qu'il n'est pas nécessaire de déterminer si ces ventes ont été réellement affectées par l'infraction. En l'espèce, la décision attaquée ayant établi l'effet réel des pratiques en cause sur la concurrence et ces effets n'étant pas limités aux ventes effectuées via le circuit de détail, la Commission estime qu'elle a, à juste titre, tenu compte des ventes effectuées via le circuit hospitalier.

ii) Appréciation du Tribunal

**1706**Il convient de relever que les requérantes renvoient, au soutien du présent grief, aux considérants 2408 à 2412 de la décision attaquée, dans lesquels la Commission indique qu'elle exclut le secteur hospitalier de son analyse du marché.

**1707**Les considérants 2408 à 2412 de la décision attaquée figurent dans le point 6.5 de ladite décision, consacré à l'évaluation de la position dominante de Servier sur le marché des produits finis.

**1708**La Commission a indiqué au considérant 2412 de la décision attaquée que le périndopril était essentiellement distribué via le circuit de détail et que, ainsi, les ventes réalisées auprès des hôpitaux ne pouvaient affecter les prix et les volumes globaux obtenus dans le circuit de détail. La Commission a, dès lors, estimé que les contraintes concurrentielles provenant du secteur hospitalier ne risquaient pas d'empêcher Servier de se comporter indépendamment de toute pression concurrentielle. Elle a donc exclu le secteur hospitalier de l'analyse des marchés des produits finis.

**1709**La Commission a par ailleurs précisé, au considérant 2595 de la décision attaquée, que le constat d'une indépendance à l'égard de la pression concurrentielle permettait de caractériser l'existence d'un pouvoir de marché.

**1710**Il résulte de ce qui précède que la Commission a entendu exclure le secteur hospitalier de l'analyse du marché, au motif qu'elle estimait que cette portion du marché n'était pas pertinente aux fins de déterminer si Servier disposait ou non d'un pouvoir de marché.

**1711**Lors de l'examen des accords litigieux au titre de l'article 101 TFUE, la Commission a fait référence au point 6.5 de la décision attaquée dans le cadre de l'analyse de la restriction par effet pour laquelle la détermination de l'existence d'un pouvoir de marché de Servier présentait un intérêt, ainsi qu'il ressort, notamment, des considérants 1397, 1503, 1656, 1847 et 2048 de la décision attaquée et, surtout, du considérant 1224 de celle-ci, dans lequel la Commission a indiqué que la notion de pouvoir de marché était centrale pour l'analyse des effets restrictifs des accords.

**1712**La Commission a donc entendu exclure le secteur hospitalier de l'analyse de la restriction par effet.

**1713**S'agissant de son analyse de la restriction par objet, la Commission n'a pas fait référence au point 6.5 de la décision attaquée et à aucun moment elle n'a indiqué qu'elle

excluait de son analyse le secteur hospitalier. Une telle exclusion ne présentait d'ailleurs pas d'intérêt pour la Commission, car l'analyse de la restriction par objet ne la conduisait pas à déterminer si Servier disposait ou non d'un pouvoir de marché.

**1714** Par ailleurs, pour constater l'existence d'une restriction par objet, la Commission s'est fondée sur la présence de clauses restrictives dans les accords litigieux. C'est donc la présence de ces clauses et, par conséquent, leur champ d'application qui ont permis à la Commission de délimiter l'étendue de la restriction par objet. Par exemple, concernant le champ géographique de la restriction par objet retenu, pour chaque accord, par la Commission, celui-ci incluait seulement les États membres dans lesquels les clauses restrictives s'appliquaient, ainsi que cela ressort du tableau no 50, figurant au considérant 3134 de la décision attaquée.

**1715** Or, les clauses de non-commercialisation figurant dans les accords litigieux n'excluaient pas le secteur hospitalier de leur champ d'application. De même, à supposer qu'une telle exclusion soit possible pour une clause de non-contestation, les clauses de non-contestation figurant dans ces accords n'excluaient pas davantage ledit secteur de leur champ d'application.

**1716** Au regard des considérations qui précèdent, il doit être conclu que la Commission n'a pas exclu le secteur hospitalier lorsqu'elle a fait le constat de l'existence d'une restriction de concurrence par objet.

**1717** Aux fins de déterminer si les requérantes pourraient, du fait de l'exclusion du secteur hospitalier de l'analyse de la restriction par effet constatée plus haut, obtenir tout de même une réduction du montant des amendes infligées au titre de l'article 101 TFUE, il convient de s'assurer que la prise en compte du constat de restriction par effet opéré par la Commission ne lui a pas permis de condamner Servier au-delà de ce que le seul constat de la restriction par objet lui permettait de faire.

**1718** À cet égard, il doit être relevé que, à aucun moment, la Commission n'a indiqué dans la décision attaquée qu'elle étendait le champ d'application matériel, temporel ou géographique de l'infraction au-delà de ce que le constat de la restriction par objet lui permettait de faire.

**1719** Au contraire, la Commission n'a constaté l'existence d'une restriction par effet que dans quatre États membres, à savoir la France, les Pays-Bas, la Pologne et le Royaume-Uni, alors que, pour le calcul du montant de l'amende, s'agissant des infractions concernant Niche et Unichem, Matrix, Krka et Lupin, elle a élargi l'étendue géographique des infractions à tous les États membres dans lesquelles les accords s'étaient appliqués.

**1720** De plus, il peut être relevé que ce n'est qu'à titre subsidiaire, « dans un souci d'exhaustivité » (considérant 1213 de la décision attaquée), que la Commission a analysé les effets restrictifs sur la concurrence des accords litigieux.

**1721** Enfin, les requérantes indiquent elles-mêmes que le calcul du montant de l'amende « repose exclusivement sur la prémisse selon laquelle les accords constitueraient des restrictions par objet ».

**1722** Ainsi, la prise en compte du constat de la restriction par effet opéré par la Commission ne lui a pas permis de condamner Servier au-delà de ce que le seul constat de la restriction par objet lui permettait de faire.

**1723** Il résulte de ce qui précède que c'est à bon droit que la Commission n'a pas exclu le secteur hospitalier du calcul du montant de l'amende pour la partie de celle-ci relative à l'article 101 TFUE.

**1724** Il résulte de tout ce qui précède que le présent grief doit être écarté.

2) Sur l'insuffisance de motivation du calcul de la valeur des ventes

i) Arguments des parties

**1725** Les requérantes reprochent à la Commission de ne pas avoir, dans la décision attaquée, suffisamment expliqué le raisonnement suivi pour calculer le montant de l'amende s'agissant de l'application qu'elle a fait d'un coefficient de correction lui permettant de compenser le cumul d'infractions en ne retenant qu'une partie de la valeur des ventes, à hauteur de 54,5 % au titre de l'article 101 TFUE et de 92,9 % au titre de l'article 102 TFUE. L'absence d'une motivation suffisante ressortirait du fait, notamment, que, en appliquant la méthodologie exposée au considérant 3128 de la décision attaquée, il conviendrait de retenir un taux de réduction de 59,02 % au lieu de de 54,5 %. Partant, la décision attaquée serait insuffisamment motivée. Par ailleurs, le caractère partiel de la réduction retenue pour les infractions au titre de l'article 101 TFUE ne serait pas justifié, cette réduction devant être de 100 %.

**1726** La Commission estime avoir satisfait à son obligation de motivation. Elle rappelle dans la décision attaquée que, selon une jurisprudence constante, il lui incombe uniquement d'indiquer les éléments d'appréciation qui lui ont permis de mesurer la gravité et la durée de l'infraction, sans devoir préciser tous les éléments chiffrés relatifs au mode de calcul du montant de l'amende. Elle indique que, si le Tribunal l'estime nécessaire, elle peut fournir une copie complète de ses calculs.

ii) Appréciation du Tribunal

**1727** Il y a lieu de rappeler qu'il résulte d'une jurisprudence constante que, dans la détermination du montant de l'amende en cas d'infraction aux règles de concurrence, la Commission satisfait à son obligation de motivation lorsqu'elle indique dans sa décision les éléments d'appréciation qui lui ont permis de mesurer la gravité et la durée de l'infraction, sans que celle-ci soit tenue d'indiquer les éléments chiffrés relatifs au mode de calcul du montant de l'amende (voir arrêt du 22 octobre 2015, AC-Treuhand/Commission, C 194/14 P, EU:C:2015:717, point 68 et jurisprudence citée).

**1728** En l'espèce, les requérantes font porter leur critique uniquement sur le coefficient de correction que la Commission a appliqué à la valeur des ventes.

**1729** À cet égard, la Commission a indiqué, au considérant 3128 de la décision attaquée, que, compte tenu du fait que Servier avait commis plusieurs infractions, certes distinctes, mais ayant trait au même produit, le périndopril, et, dans une large mesure, aux mêmes zones géographiques et aux mêmes périodes, elle appliquait un facteur de correction permettant de limiter, pour chaque infraction, la proportion de la valeur des ventes réalisées par Servier prise en compte aux fins de déterminer le montant de base de l'amende. Elle a également précisé que ce facteur de correction conduisait à appliquer, en moyenne, pour chacune des cinq infractions à l'article 101 TFUE, une réduction de la valeur des ventes de 54,5 %.

**1730** Ce faisant, la Commission, eu égard à la jurisprudence citée au point 1727 ci-dessus et au fait que l'application du coefficient de correction en cause, même si elle n'est pas prévue dans les lignes directrices pour le calcul des amendes, est une mesure favorable

aux requérantes, a suffisamment motivé sa décision, sans que la circonstance que celles-ci ne soient pas à même de reproduire l'ensemble des calculs ayant abouti, d'une part, au taux de 54,5 % mentionné plus haut et, d'autre part, au montant d'amende finalement retenu pour chaque infraction à l'article 101 TFUE, permette de conduire à une conclusion contraire.

**1731** Certes, il peut être relevé que, à la suite d'une mesure d'organisation de la procédure diligentée par le Tribunal aux fins de faciliter, le cas échéant, l'exercice de sa compétence de pleine juridiction, la Commission a transmis des informations plus précises sur les calculs lui ayant permis d'aboutir au taux de 54,5 % mentionné plus haut ainsi qu'au montant d'amende finalement retenu pour chaque infraction à l'article 101 TFUE, et que ces informations ont permis au Tribunal et aux requérantes de comprendre, de manière plus détaillée, comment la Commission avait établi ce taux et ces montants.

**1732** Cependant, la circonstance que des informations plus précises relatives au calcul du montant de l'amende en cas d'infraction aux règles de la concurrence soient communiquées ultérieurement au cours de la procédure contentieuse n'est pas de nature à démontrer que la décision attaquée était, à cet égard, entachée d'insuffisance de motivation. En effet, des précisions apportées par l'auteur d'une décision attaquée, complétant une motivation déjà en elle-même suffisante, ne relèvent pas à proprement parler du respect de l'obligation de motivation, même si elles peuvent être utiles au contrôle interne des motifs de la décision, exercé par le juge de l'Union, en ce qu'elles permettent à l'institution d'explicitier les raisons qui sont à la base de sa décision (voir, en ce sens, arrêt du 16 novembre 2000, Weig/Commission, C 280/98 P, EU:C:2000:627, point 45).

**1733** Par ailleurs, contrairement à ce que soutiennent les requérantes, le caractère partiel de la réduction appliquée grâce au coefficient de correction se justifie par le fait que, ainsi qu'il a été dit en réponse au moyen relatif à l'existence d'une infraction unique et continue, les différents accords en cause ne constituent pas une infraction unique, mais des infractions distinctes pour chacune desquelles la Commission était en droit d'appliquer une amende distincte.

**1734** Il résulte de tout ce qui précède que le présent grief doit être écarté.

3) Sur le champ géographique de la valeur des ventes

i) Arguments des parties

**1735** Les requérantes estiment que la Commission a commis une erreur en définissant le champ géographique des infractions au considérant 3127 et dans le tableau no 50 de la décision attaquée. En effet, certains brevets n'ayant pas été délivrés dans plusieurs États membres, il ne pouvait y avoir d'infractions dans ces derniers et les ventes relatives à ces États n'auraient pas dû être prises en compte, le champ d'application des accords de règlement amiable ayant été limité aux brevets des requérantes.

**1736** Ainsi, selon les requérantes, du fait de l'absence des brevets 947, 339, 340 et 341 en Pologne et de l'absence des brevets 339, 340 et 341 en Bulgarie, en République tchèque, en Estonie, à Chypre, en Lettonie, en Lituanie, en Hongrie, à Malte, en Roumanie, en Slovaquie et en Finlande, la décision attaquée devrait être annulée en ce qu'elle impose une amende pour ces États et l'amende qui leur a été infligée devrait être réduite en conséquence. En outre, si le Tribunal devait constater que les accords constituaient des infractions à la concurrence par effet et non par objet, le

montant des amendes devrait être réduit en adéquation avec les champs géographiques retenus dans l'analyse des effets des accords.

**1737**La Commission soutient que le fait que les requérantes savaient qu'elles n'avaient pas de brevet dans certains États membres souligne le caractère anticoncurrentiel d'accords par lesquels les sociétés de génériques s'engageaient à ne pas entrer sur ces marchés et à ne pas contester des brevets inexistantes. Les ventes de ces États membres devraient, par conséquent, également être prises en compte. En outre, la Commission considère que, dès lors que les requérantes ont protégé leurs ventes de périndopril de la concurrence exercée par les génériques dans les zones géographiques concernées par chaque accord, c'est à juste titre qu'elle a, dans la décision attaquée, pris en compte les ventes de périndopril des requérantes dans les zones visées par ces accords.

ii) Appréciation du Tribunal

**1738**Les requérantes soutiennent que, dans la décision attaquée, en particulier dans le tableau no 50, figurant au considérant 3134 de celle-ci, la Commission a défini de manière erronée le champ géographique des infractions à l'article 101 TFUE, puisque, d'une part, le brevet 947 n'aurait été octroyé en Pologne qu'après que toutes les infractions avaient pris fin, d'autre part, la Bulgarie, la République tchèque, l'Estonie, Chypre, la Lettonie, la Lituanie, la Hongrie, Malte, la Pologne, la Roumanie, la Slovénie, la Slovaquie et la Finlande n'auraient pas été couverts par les brevets 939 à 941.

**1739**Il y a lieu de préciser que le tableau no 50 susmentionné fait apparaître les dates de début et de fin de chaque infraction par État membre.

**1740**À titre liminaire, il convient d'exclure de l'analyse l'infraction concernant Teva. En effet, cette infraction ne concerne que le Royaume-Uni. Or, aucun des arguments des requérantes ne porte sur cet État membre. Ils sont donc sans incidence sur le champ géographique de cette infraction.

**1741**S'agissant des autres infractions, il y a lieu de relever que le champ d'application, notamment géographique, de chaque infraction dépend nécessairement de celui des clauses de non-commercialisation et de non-contestation figurant dans l'accord en cause. En effet, ce sont ces clauses qui restreignent la concurrence et qui, lorsqu'elles sont dépourvues de toute légitimité, présentent alors un degré de nocivité pour le bon fonctionnement du jeu normal de la concurrence suffisant pour qu'une qualification de restriction par objet puisse être retenue (voir point 270 ci-dessus).

**1742**À cet égard, les requérantes se bornent à déduire de l'absence d'un ou de plusieurs brevets dans un État membre donné une disparition de toute infraction pour cet État, sans distinguer entre les infractions et, surtout, au sein de chaque infraction, entre les effets potentiellement différents de l'absence de brevet sur la portée géographique de la clause de non-commercialisation et sur celle de la clause de non-contestation.

**1743**Ainsi, les requérantes ne précisent pas, ni même n'évoquent, les conséquences sur l'appréciation de la gravité de l'infraction que pourrait avoir une discordance au niveau des champs géographiques respectifs de la clause de non-commercialisation et de celle de non-contestation.

**1744**L'argumentation des requérantes vise donc seulement à exclure, pour un État membre donné, l'existence de toute infraction.

**1745**Or, il suffit que l'une ou l'autre des clauses de non-commercialisation et de non-contestation se soit appliquée dans un État membre pendant une période déterminée



pour que la Commission ait pu, à bon droit, inclure cet État dans le champ géographique de cette infraction pour la période en cause.

**1746**Le moyen, tel qu'invoqué par les requérantes, ne peut donc prospérer que dans la mesure où il permet de conclure que ni la clause de non-commercialisation ni celle de non-contestation ne s'appliquaient dans un État membre donnée pendant une période pour laquelle la Commission a pourtant retenu l'existence d'une infraction dans cet État membre.

**1747**Il convient tout d'abord d'examiner, au regard des différents arguments des requérantes, le champ d'application géographique de la clause de non-commercialisation pour chacun des accords autres que l'accord Teva.

**1748**Les requérantes présentent deux arguments, le premier étant relatif au brevet 947 et le second aux brevets 339, 340 et 341.

**1749**En ce qui concerne l'accord Lupin, son article 1.6 prévoit que Lupin ne peut vendre le « produit » dans aucun État membre. Par le terme « produit », il est renvoyé, notamment, aux médicaments contenant de l'erbumine. Dans cet accord, la clause de non-commercialisation n'est donc pas subordonnée à la présence d'un brevet, qu'il s'agisse du brevet 947 ou des brevets 339, 340 et 341. Ainsi, elle s'appliquait pour l'ensemble des États membres sans qu'il soit besoin de déterminer si, dans chacun d'entre eux, les brevets qui viennent d'être mentionnés existaient au moment de l'infraction. La Commission n'ayant pas défini de manière erronée le champ géographique de l'infraction en ce qui concerne la clause de non-commercialisation, le moyen des requérantes peut donc être écarté en ce qu'il porte sur l'accord Lupin (voir points 1741 à 1746 ci-dessus).

**1750**En ce qui concerne les accords Niche et Matrix et l'accord de règlement amiable conclu avec Krka, la portée de la clause de non-commercialisation est au contraire subordonnée à la présence de brevets de Servier. Les arguments des requérantes peuvent donc être utilement invoqués.

**1751**Il convient, premièrement, d'examiner l'argument relatif au brevet 947.

**1752**Les requérantes soutiennent que ce brevet n'avait pas été délivré en Pologne au moment de l'infraction.

**1753**S'agissant, en tout état de cause (voir points 1636, 1637 et 1640 ci-dessus), de l'accord de règlement amiable conclu avec Krka, ainsi qu'il ressort du tableau no 50, figurant au considérant 3134 de la décision attaquée, lequel n'est pas contesté sur ce point, la Commission n'a pas retenu l'existence d'une infraction concernant la Pologne. Il est donc indifférent que cet État membre ait été ou non couvert par le brevet 947 au cours de la période de l'infraction.

**1754**S'agissant de l'accord Niche, la clause de non-commercialisation prévue à l'article 3 s'applique dans les pays où existe, notamment, un « droit de brevet alpha », ce qui comprend le brevet 947 et tous les brevets ou demandes de brevets équivalents, ainsi que le prévoit l'article 1er, sous ii), figurant dans la section 1, intitulée « Définitions ».

**1755**De la même manière, s'agissant de l'accord Matrix, la clause de non-commercialisation prévue à l'article 1er s'applique sur le « territoire », c'est-à-dire dans tous les pays dans lesquels existe, notamment, un « droit de brevet alpha », ce qui comprend le brevet 947 et tous les brevets ou demandes de brevets équivalents, ainsi que le prévoit l'article 1er, sous ii), figurant dans la section 1, intitulée « Définitions ».

**1756**Or, il n'est pas contesté, ainsi qu'il ressort du considérant 120 et de la note en bas de page no 155 de la décision attaquée, que Servier avait déposé une demande de brevet pour « la forme cristalline alpha du péridopril erbumine (correspondant au brevet 947) » en Pologne le 6 juillet 2001.

**1757**Par conséquent, l'argument des requérantes relatif au brevet 947 (voir point 1752 ci-dessus) doit être écarté pour ce qui concerne les accords Niche et Matrix.

**1758**Il résulte de ce qui précède que cet argument doit être écarté pour l'ensemble des accords.

**1759**Il convient, deuxièmement, d'examiner l'argument des requérantes relatif aux brevets 339, 340 et 341.

**1760**Les requérantes soutiennent que, au moment des infractions, la Bulgarie, la République tchèque, l'Estonie, Chypre, la Lettonie, la Lituanie, la Hongrie, Malte, la Pologne, la Roumanie, la Slovaquie et la Finlande n'étaient pas couverts par les brevets en cause.

**1761**En ce qui concerne l'accord de règlement amiable conclu avec Krka, il suffit, en tout état de cause (voir points 1636, 1637 et 1640 ci-dessus), de relever que la portée de la clause de non-commercialisation n'est pas subordonnée à la présence des brevets 339 à 341. Il est donc indifférent que ces brevets ou une demande les concernant n'aient pas été délivrés dans chacun des États membres pour lesquels les requérantes soutiennent que ces brevets ne s'appliquaient pas.

**1762**En ce qui concerne les accords Niche et Matrix, la clause de non-commercialisation figurant dans ces accords s'applique dans les pays où les brevets 339 à 341 « et/ou » le brevet 947 existent, comme le prévoient l'article 3 de l'accord Niche et l'article 1er, sous xiii), de la section 1 de l'accord Matrix et l'article 1er de la section 2 du même accord.

**1763**Or, à l'exception de l'argument relatif à la Pologne, lequel a déjà été écarté plus haut, les requérantes n'allèguent pas et, a fortiori, n'établissent pas que le brevet 947 était absent dans l'un des États membres mentionnés au point 1760 ci-dessus.

**1764**Or, celles-ci ayant une connaissance précise du champ d'application des accords du fait de leur qualité de corédacteur de ceux-ci, il leur incombait d'apporter des éléments permettant d'établir une telle absence ou, pour le moins, il leur incombait de l'alléguer.

**1765**Ainsi, à supposer même que les États membres mentionnés au point 1760 ci-dessus n'aient pas été couverts par les brevets 339, 340 et 341, une telle circonstance ne permettrait pas, au regard de l'argumentation développée par les requérantes, de conclure que les clauses de non-commercialisation figurant dans les accords Niche et Matrix n'auraient pas été applicables dans ces États, dès lors que les requérantes ne contestent pas que le brevet 947 les couvrait.

**1766**Il résulte de ce qui précède que les arguments et les preuves avancés par les requérantes ne permettent pas de conclure que la Commission aurait défini de manière erronée le champ géographique de l'infraction en ce qui concerne la clause de non-commercialisation.

**1767**Compte tenu des considérations développées aux points 1741 à 1746 ci-dessus, le présent moyen peut être écarté sans qu'il soit besoin de déterminer si la Commission avait défini de manière erronée le champ géographique de l'infraction en ce qui concerne la clause de non-contestation.

d) Sur la gravité des infractions

1) Arguments des parties

**1768** Les requérantes reprochent à la Commission d'avoir fixé la proportion de la valeur des ventes destinée à refléter la gravité des infractions à des taux de 11 % pour les accords conclus avec Niche, Matrix et Lupin, de 10 % pour les accords conclus avec Teva et Krka et de 10 % pour l'abus de position dominante. La Commission n'aurait pas suffisamment motivé le choix de ces taux.

**1769** Par ailleurs, ces taux seraient disproportionnés, en raison de l'absence d'intention anticoncurrentielle, de l'absence de prise en compte des brevets des requérantes et de l'absence d'effets réels des pratiques sur la concurrence.

**1770** À cet égard, en premier lieu, les requérantes critiquent les considérants 3064 et suivants de la décision attaquée, dans lesquels la Commission a examiné si, ainsi que le prévoit l'article 23, paragraphe 2, du règlement no 1/2003, les infractions en cause avaient été commises de propos délibéré ou par négligence. Elles soutiennent qu'il n'est pas établi que Servier avait pour intention délibérée de restreindre la concurrence. À cet égard, elles se fondent, notamment, sur l'existence de contentieux réels portant sur des brevets légitimes de Servier, sur le fait que Servier n'a pas conclu d'accord avec toutes les sociétés de génériques contestant ses brevets, sur l'absence de conscience des parties aux accords du caractère potentiellement anticoncurrentiel de ceux-ci ainsi que sur leur absence de caractère secret.

**1771** Les requérantes invoquent également le caractère légitime de certaines des pratiques que la Commission a qualifiées, dans la décision attaquée, d'infraction à l'article 102 TFUE.

**1772** En deuxième lieu, les requérantes reprochent à la Commission de ne pas avoir tenu compte de l'existence des brevets de Servier. En considérant que les infractions n'avaient cessé qu'à la date d'invalidation du brevet 947, la Commission aurait pénalisé Servier pour avoir obtenu un droit de propriété intellectuelle que la Commission n'aurait pourtant jamais qualifié de fictif ou d'abusif. Servier aurait ainsi été condamné à payer une amende dont la durée dépendait d'une procédure de contestation du brevet 947 qui n'était pourtant pas de son fait. Les juridictions britanniques auraient par ailleurs reconnu que Servier n'avait rien commis d'illicite et s'était contenté de défendre ses brevets. Les requérantes relèvent, en outre, que le fait que le brevet 947 ait été validé par l'OEB en première instance montre que Servier a agi de bonne foi.

**1773** En troisième lieu, les requérantes considèrent que la Commission a omis de tenir compte de l'absence d'effets réels des pratiques en cause sur la concurrence. La jurisprudence imposerait pourtant à la Commission d'examiner l'absence d'impact concret d'une infraction sur le marché lorsqu'une entreprise en apporte la preuve, afin de respecter le principe de proportionnalité.

**1774** Or, d'une part, les requérantes font valoir que, contrairement à ce qu'affirme la Commission au considérant 3135 de la décision attaquée, les accords n'ont pas éliminé la possibilité d'un contrôle juridictionnel de la validité des brevets de Servier. La validité des brevets de procédé n'aurait, ainsi, jamais été contestée et les requérantes n'auraient transigé qu'avec une minorité de fabricants de génériques, permettant à la contestation du brevet 947 de se poursuivre devant l'OEB sans délai supplémentaire, y compris avec les arguments mis en avant par Niche et Krka. De même, au Royaume-Uni, la poursuite

du litige avec Apotex aurait assuré la continuation du litige relatif au brevet 947 dans un délai égal ou inférieur à ce qui se serait produit en l'absence des accords.

**1775**D'autre part, les accords n'auraient pas retardé l'entrée des génériques sur le marché. Les requérantes reprochent à cet égard à la Commission de ne pas avoir tenu compte du fait que certains fabricants de génériques étaient empêchés d'entrer sur le marché en raison d'injonctions ou de retards pris dans l'obtention d'une AMM. De même, la Commission n'aurait pas tenu compte du fait que les accords permettaient aux fabricants de génériques d'entrer plus tôt sur le marché en cas d'invalidation du brevet 947, qu'ils ne les empêchaient pas de développer un produit non contrefaisant et que, s'agissant de Krka, une licence avait été accordée à celle-ci dans sept pays. De même, l'acquisition de la technologie d'Azad n'aurait pas eu d'incidence économique.

**1776**En outre, si le Tribunal devait constater que les accords constituaient des infractions à la concurrence par effet et non par objet, il y aurait lieu de conclure que le calcul du montant de l'amende, qui repose exclusivement sur la prémisse selon laquelle les accords constituaient des infractions par objet, est vicié et d'annuler, par conséquent, l'article 7, paragraphes 1 à 5, de la décision attaquée en ce qu'il concerne les requérantes.

**1777**La Commission fait valoir que la décision attaquée a conclu à l'existence d'une restriction de concurrence par objet, infraction constituée même en l'absence d'effets. Par ailleurs, contrairement à ce que soutiennent les requérantes, elle a établi, dans la décision attaquée, que les pratiques en cause avaient eu des effets sur la concurrence réelle et potentielle. Elle renvoie, notamment, à ses arguments présentés en réponse aux moyens tirés de l'absence d'effet des différentes infractions. En tout état de cause, la Commission fait valoir que ni la jurisprudence ni les lignes directrices sur le calcul des amendes ne lui imposent d'examiner les effets d'infractions sur la concurrence lors de la fixation de l'amende. En tout état de cause, elle indique que, en l'espèce, elle n'a pas majoré le coefficient de gravité, pour tenir compte des effets réels des pratiques en cause sur la concurrence.

**1778**La Commission relève, en outre, que la circonstance que les accords n'aient pas eu l'efficacité espérée par les requérantes, en ce que les fabricants de génériques seraient entrés plus tôt sur le marché que ce qu'elles escomptaient, ne saurait se traduire par une réduction du montant de l'amende.

**1779**Par ailleurs, les requérantes auraient méconnu la portée du considérant 3135 de la décision attaquée, qui visait à répondre à un argument soulevé par les requérantes lors de la procédure administrative, selon lequel la durée des infractions devrait prendre en compte l'existence de brevets de procédé valides. La Commission indique que les accords, qui comportaient des obligations de non-contestation des brevets, ont éliminé la possibilité d'un contrôle juridictionnel de la validité ou de la contrefaçon desdits brevets. En revanche, elle n'aurait jamais suggéré que toute forme de contrôle juridictionnel des brevets des requérantes était exclue.

**1780**S'agissant des autres arguments des requérantes, la Commission les considère comme redondants et renvoie à d'autres points de ses écritures.

**1781**La Commission fait valoir que, pour déterminer le montant des amendes, elle est tenue de prendre en compte des éléments objectifs tels que le contenu et la durée des comportements infractionnels, leur nombre et leur intensité, l'étendue du marché affecté, l'atteinte portée à l'ordre public économique, l'importance relative et la part de marché

des entreprises ainsi qu'une éventuelle récidive. L'application du principe de proportionnalité signifierait ainsi que les amendes ne doivent pas être démesurées par rapports aux buts visés et le montant de l'amende devrait ainsi être fonction, notamment, de la gravité de l'infraction. Elle rappelle, en outre, que, au titre de la mise en œuvre des dispositions des articles 101 et 102 TFUE, elle dispose d'un pouvoir d'appréciation lui permettant à tout moment d'élever le niveau des amendes infligées, dans les limites prévues par le règlement no 1/2003 et si cela est nécessaire pour la politique de concurrence. Sa pratique décisionnelle antérieure ne saurait servir de cadre juridique applicable aux amendes. En l'espèce, la Commission fait valoir qu'elle a fait application de la méthodologie prévue par les lignes directrices pour le calcul des amendes et exposé de manière détaillée, dans la décision attaquée, son appréciation de la gravité des infractions.

**1782**La Commission considère qu'elle a pu conclure à juste titre que les requérantes avaient commis les infractions de façon délibérée, en renvoyant à ses arguments présentés en réponse au moyen tiré de l'absence de précédent. De plus, elle fait valoir que l'objet anticoncurrentiel des accords exclut que l'infraction puisse ne pas être intentionnelle. Elle relève, enfin, que les requérantes ne contestent pas avoir agi au moins par négligence.

**1783**La Commission estime que la décision attaquée a établi que les requérantes ne s'étaient pas contentées de prendre les initiatives nécessaires à la pleine efficacité des brevets de Servier en se fondant sur les seuls mérites de ces derniers. L'argument des requérantes relatif au fait qu'elle leur aurait fait supporter la durée des procédures devant l'OEB serait absurde, dès lors qu'elles auraient obtenu l'engagement des fabricants de génériques de rester à l'écart du marché jusqu'à l'invalidation du brevet 947, la durée de cet engagement étant par nature aléatoire et ayant été fixée par les parties. En outre, les requérantes se seraient référées de manière trompeuse aux décisions des juridictions du Royaume-Uni, celles-ci ayant certes constaté que les requérantes n'avaient rien commis d'illicite en enregistrant leur brevet, mais également que, s'agissant de Teva, elles lui avaient versé une somme de 10 millions de GBP pour l'exclure du marché. Enfin, le fait que le brevet 947 ait été considéré comme valide en première instance devant l'OEB ne prouverait pas la bonne foi des requérantes.

## 2) Appréciation du Tribunal

**1784**Il convient d'examiner, en premier lieu, le grief des requérantes relatif à l'absence d'intention anticoncurrentielle.

**1785**Les requérantes font, en réalité, porter leur critique sur les considérants 3064 et suivants de la décision attaquée, dans lesquels la Commission s'est bornée à constater que les infractions en cause avaient été commises de propos délibéré ou par négligence, ce qui lui permettait, ainsi que le prévoit l'article 23, paragraphe 2, du règlement no 1/2003, d'imposer des amendes aux entreprises concernées.

**1786**À cet égard, s'agissant de la question de savoir si une infraction a été commise de propos délibéré ou par négligence et est, de ce fait, susceptible d'être sanctionnée par une amende en vertu de l'article 23, paragraphe 2, premier alinéa, du règlement no 1/2003, il résulte de la jurisprudence que cette condition est remplie dès lors que l'entreprise en cause ne peut ignorer le caractère anticoncurrentiel de son comportement (arrêts du 18 juin 2013, Schenker & Co. e.a., C 681/11, EU:C:2013:404, point 37 ; du 10 juillet 2014, Telefónica et Telefónica de España/Commission, C 295/12 P,

EU:C:2014:2062, point 156, et du 8 septembre 2016, Lundbeck/Commission, T 472/13, sous pourvoi, EU:T:2016:449, point 762).

**1787**Or, il résulte de l'examen des différents accords litigieux, à l'exception des accords conclus avec Krka, que Servier a payé des sociétés de génériques pour qu'elles restent en dehors du marché. Elle ne pouvait donc ignorer le caractère anticoncurrentiel d'un tel comportement. En effet, l'exclusion de concurrents du marché constitue une forme extrême de répartition de marché et de limitation de la production (voir, en ce sens, arrêt du 8 septembre 2016, Lundbeck/Commission, T 472/13, sous pourvoi, EU:T:2016:449, point 435), qui présente, selon la jurisprudence, un caractère infractionnel « patent » (voir point 1665 ci-dessus).

**1788**Si, du fait que les accords en cause avaient été conclus sous la forme d'un règlement amiable relatif à un brevet, le caractère infractionnel de ces accords pouvait ne pas apparaître, de manière évidente, à un observateur extérieur, il n'en allait pas de même pour les parties à ces accords (voir point 1666 ci-dessus).

**1789**Par ailleurs, il y a lieu de constater que les accords litigieux, à l'exception des accords conclus avec Krka, poursuivaient des objectifs anticoncurrentiels.

**1790**En effet, dans l'hypothèse où, comme c'est le cas pour chacun des accords litigieux, un paiement inversé, et non la reconnaissance par chacune des parties de la validité du brevet, conduit à l'adoption d'un accord de règlement amiable, c'est-à-dire lorsque la société de génériques est incitée à se soumettre à des clauses de non-commercialisation et de non-contestation, les restrictions à la concurrence qu'introduisent ces clauses ne sont plus liées au règlement amiable d'un litige – que celui-ci soit réel ou fictif – relatif à un brevet. C'est alors l'incitation, et non la reconnaissance par les parties à l'accord de la validité du brevet en cause, qui est la véritable cause des restrictions à la concurrence qu'introduisent ces clauses. Dans une telle hypothèse, cet accord, dans son ensemble, peut être regardé à bon droit comme étant un accord d'exclusion du marché poursuivant des objectifs anticoncurrentiels.

**1791**Ainsi, l'existence d'un objectif anticoncurrentiel est établie et il est indifférent à cet égard que Servier ait ou non conclu un accord avec toutes les sociétés de génériques contestant ses brevets, qu'il ait ou non été à l'initiative des accords ou que les accords en cause aient ou non été secrets.

**1792**Ces éléments seront cependant pris en considération par la suite aux fins de déterminer si les taux retenus par la Commission étaient disproportionnés.

**1793**Il convient d'examiner, en deuxième lieu, le grief des requérantes relatif à l'absence de prise en compte par la Commission de l'existence des brevets de Servier.

**1794**À cet égard, contrairement à ce que soutiennent les requérantes, la Commission n'a pas négligé le fait que les accords portaient sur des droits de propriété intellectuelle.

**1795**En effet, le constat de l'existence d'une incitation implique que l'exclusion de la requérante du marché que l'accord comporte résulte, non des effets des brevets en cause et de leur usage légitime, notamment dans le cadre d'un règlement amiable, mais d'un transfert de valeur, représentant la contrepartie financière de cette exclusion (voir points 253 à 276 ci-dessus).

**1796**Il convient encore de souligner que la Commission a respecté les conditions d'application du droit de la concurrence aux droits de propriété intellectuelle ainsi que la présomption de validité attachée à de tels droits, dès lors qu'elle a réservé la qualification

de restriction par objet aux accords révélant un usage anormal du brevet en ce qu'ils étaient fondés sur une incitation et non sur la reconnaissance de la validité du brevet (voir points 266 et 267 ci-dessus).

**1797** Enfin, lorsque, comme c'est le cas pour l'ensemble des accords litigieux à l'exception des accords conclus avec Krka, l'existence d'une incitation est constatée, les parties ne peuvent plus se prévaloir de leur reconnaissance, dans le cadre du règlement amiable, de la validité du brevet. Le fait que la validité du brevet soit confirmée par une instance juridictionnelle ou administrative est, à cet égard, indifférent. Il en va ainsi de la validation du brevet 947 par la division d'opposition de l'OEB ou des constats, favorables aux requérantes, qu'auraient faits les juridictions britanniques (voir point 269 ci-dessus).

**1798** Par ailleurs, l'argument des requérantes tiré du fait qu'il serait « paradoxal et illégitime » que la durée des infractions dépendît de la longueur et des résultats des procédures contentieuses visant les brevets de Servier doit être écarté.

**1799** En effet, la durée des infractions reprochées aux requérantes dépend du champ d'application temporel des clauses de non-commercialisation et de non-contestation figurant dans les accords litigieux, lequel dépend à son tour de l'existence des brevets de Servier et donc des résultats de procédures visant à la contestation de ces brevets.

**1800** Il convient d'ajouter que Servier peut d'autant moins contester le lien qui existe entre la longueur des procédures contentieuses visant ses brevets et la durée des infractions que l'enchaînement mentionné au point 1799 ci-dessus, lequel crée un tel lien, résulte de clauses contractuelles dont Servier a été le corédacteur.

**1801** Il convient d'examiner, en troisième lieu, le grief des requérantes relatif à l'absence d'impact concret des infractions sur le marché.

**1802** À cet égard, il convient, premièrement, de rappeler que l'article 23, paragraphe 3, du règlement no 1/2003 dispose que, pour déterminer le montant de l'amende, il y a lieu de prendre en considération la durée de l'infraction et sa gravité, sans spécifier que cette dernière devrait être appréciée par rapport aux résultats effectivement obtenus sur le marché (conclusions de l'avocat général Mischo dans l'affaire *Mo och Domsjö/Commission*, C 283/98 P, EU:C:2000:262, point 96).

**1803** Certes, les lignes directrices pour le calcul des amendes infligées en application de l'article 15, paragraphe 2, du règlement no 17 et de l'article 65, paragraphe 5, du traité CECA (JO 1998, C 9, p. 3) prévoient que l'évaluation du caractère de gravité de l'infraction doit prendre en considération, notamment, son impact concret sur le marché lorsqu'il est mesurable.

**1804** Cependant, une telle exigence n'est plus mentionnée dans les lignes directrices pour le calcul des amendes, infligées en application de l'article 23, paragraphe 2, sous a), du règlement no 1/2003.

**1805** À cet égard, il peut être relevé que le facteur relatif à la « mise en œuvre ou non de l'infraction », mentionné au paragraphe 22 des lignes directrices pour le calcul des amendes, concerne le comportement des participants à l'infraction et non les effets de celui-ci sur le marché.

**1806** Partant, la Commission n'avait pas l'obligation, en vertu des lignes directrices pour le calcul des amendes, de prendre en considération l'impact concret sur le marché de l'infraction afin de déterminer la proportion de la valeur des ventes retenue au titre de la gravité conformément aux paragraphes 19 à 24 des lignes directrices pour le calcul des

amendes (voir, en ce sens, arrêts du 14 mars 2013, *Fresh Del Monte Produce/Commission*, T 587/08, EU:T:2013:129, points 773 à 775, et du 16 juin 2015, *FSL e.a./Commission*, T 655/11, EU:T:2015:383, point 539).

**1807**Deuxièmement, la jurisprudence de l'Union n'impose pas non plus à la Commission de prendre en considération l'impact concret de l'infraction sur le marché.

**1808**En effet, il ressort de la jurisprudence de la Cour que la gravité des infractions doit être établie en fonction d'un grand nombre d'éléments tels que, notamment, les circonstances particulières de l'affaire, son contexte et la portée dissuasive des amendes, et ce sans qu'ait été établie une liste contraignante ou exhaustive de critères devant obligatoirement être pris en compte (ordonnance du 25 mars 1996, *SPO e.a./Commission*, C 137/95 P, EU:C:1996:130, point 54 ; arrêts du 17 juillet 1997, *Ferriere Nord/Commission*, C 219/95 P, EU:C:1997:375, point 33, et du 28 juin 2005, *Dansk Rørindustri e.a./Commission*, C 189/02 P, C 202/02 P, C 205/02 P à C 208/02 P et C 213/02 P, EU:C:2005:408, point 241).

**1809**Les effets sur le marché peuvent certes être pris en considération parmi le « grand nombre d'éléments » mentionnés au point 1808 ci-dessus, mais ils ne revêtiront une importance essentielle qu'en présence d'accords, de décisions ou de pratiques concertées qui n'ont pas directement pour objet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence, et qui ne sont donc susceptibles de tomber dans le champ d'application de l'article 101 TFUE que par suite de leurs effets concrets (conclusions de l'avocat général Mischo dans l'affaire *Mo och Domsjö/Commission*, C 283/98 P, EU:C:2000:262, point 101).

**1810**En effet, obliger la Commission, au stade du calcul du montant de l'amende, à prendre en compte l'impact concret sur le marché de l'infraction aurait pour conséquence de lui imposer une obligation à laquelle, selon une jurisprudence constante, elle n'est pas tenue aux fins de l'application de l'article 101 TFUE dès lors que l'infraction en cause a un objet anticoncurrentiel (voir arrêt du 3 septembre 2009, *Prym et Prym Consumer/Commission*, C 534/07 P, EU:C:2009:505, point 64 et jurisprudence citée).

**1811**Il est vrai, ainsi que le relèvent les requérantes, que la Commission ne s'est pas fondée, dans la décision attaquée, exclusivement sur le constat de l'existence de restrictions de concurrence par objet, mais qu'elle a également retenu l'existence de restrictions par effet.

**1812**Cependant, ce n'est qu'à titre subsidiaire, « dans un souci d'exhaustivité » (considérant 1213 de la décision attaquée), que la Commission a analysé les effets restrictifs sur la concurrence des accords litigieux. D'ailleurs, il peut être relevé que la Commission n'a estimé avoir établi l'existence d'une restriction par effet que dans quatre États membres, à savoir la France, les Pays-Bas, la Pologne et le Royaume-Uni. Or, pour le calcul du montant de l'amende, elle a pris en compte une étendue géographique des infractions qui incluait tous les États membres dans lesquels les accords s'étaient appliqués.

**1813**De plus, les requérantes indiquent elles-mêmes que le calcul du montant de l'amende « repose exclusivement sur la prémisse selon laquelle les accords constitueraient des restrictions par objet ».



**1814** Il résulte de ce qui précède que la Commission n'était pas tenue de prendre en compte l'absence alléguée d'impact concret des infractions sur le marché lorsqu'elle a déterminé le montant de l'amende pour les infractions à l'article 101 TFUE.

**1815** En tout état de cause, à supposer même que la Commission ait eu à établir l'existence d'un impact concret sur le marché des infractions en cause et qu'elle ne l'ait pas suffisamment fait, cela resterait sans conséquence sur les taux qu'elle a retenus, dans la mesure où il peut être conclu, même en l'absence d'un tel impact, que ces taux ne sont pas disproportionnés.

**1816** À cet égard, il convient de relever que les accords en cause sont des accords d'exclusion du marché poursuivant des objectifs anticoncurrentiels (voir point 1790 ci-dessus). Or, l'exclusion de concurrents du marché est une forme extrême de répartition de marché et de limitation de la production (voir point 271 ci-dessus). Ainsi, en vertu du paragraphe 23 des lignes directrices pour le calcul des amendes, de tels accords doivent, en principe, être sévèrement sanctionnés.

**1817** Il convient également d'ajouter que les clauses restrictives figurant dans les accords litigieux ont été mises en œuvre.

**1818** Compte tenu de ces éléments, la proportion de la valeur des ventes retenue par la Commission, à savoir 10 ou 11 %, selon les cas, ce qui ne constitue qu'environ un tiers de la proportion maximale pouvant être retenue, n'apparaît pas disproportionnée. Au contraire, ces pourcentages reflètent adéquatement à la fois la gravité des infractions constatées, présentant une nocivité particulière en raison de leur objet anticoncurrentiel, et le contexte spécifique dans lequel elles sont intervenues, caractérisé par la défense de droits de propriété intellectuelle et l'incertitude entourant l'issue des litiges relatifs aux brevets de Servier.

**1819** À cet égard, il convient de relever que les requérantes sont d'autant moins fondées à se prévaloir de l'absence d'effets réels des accords litigieux sur la concurrence que ces accords, fondés sur une incitation et non sur la reconnaissance par les parties de la validité du brevet en cause, leur ont précisément permis de substituer aux aléas des contentieux en matière de brevets et aux incertitudes entourant les conditions et les possibilités d'entrée sur le marché des sociétés de génériques la certitude de tenir celles pour lesquelles un accord était conclu à l'écart du marché.

**1820** De même, la conclusion exposée au point 1818 ci-dessus ne pourrait être remise en cause y compris si les éléments invoqués par les requérantes et mentionnés au point 1791 ci-dessus étaient établis.

**1821** Par ailleurs, s'agissant du défaut de motivation invoqué, sans aucune précision, par les requérantes, celui-ci ne saurait être retenu. Servier était en effet en mesure, au regard de l'ensemble des constats opérés par la Commission dans la décision attaquée, notamment au considérant 3130 de celle-ci, et du contexte dans lequel cette décision avait été adoptée, de comprendre pour quels motifs des taux de 10 et de 11 % de la valeur des ventes avaient été retenus.

**1822** La Commission a, en particulier, suffisamment justifié l'application de proportions différentes de la valeur des ventes selon les accords. Elle a en effet indiqué que le taux retenu pour les accords Niche, Matrix et Lupin était plus élevé que celui retenu pour les accords Teva et Krka, car la portée géographique des premiers était plus importante que celle des seconds (considérant 3131 de la décision attaquée).

**1823** Il résulte de tout ce qui précède qu'il convient d'écarter le présent moyen.

e) Sur la durée des infractions

**1824** Les requérantes invoquent deux griefs, tirés, le premier, d'erreurs relatives à la détermination du point de départ des infractions et, le second, d'erreurs relatives à la détermination de la fin des infractions.

1) Sur le point de départ des infractions

i) Arguments des parties

**1825** En premier lieu, les requérantes soutiennent que la Commission a retenu une date de départ erronée pour les infractions relatives aux accords de règlement amiable, en considérant que ceux-ci avaient pu produire des effets dès leur date de conclusion. Selon la jurisprudence, l'absence d'impact possible sur la concurrence pouvait être prise en compte s'agissant des restrictions de concurrence par objet. Or, en l'espèce, la Commission aurait omis de prendre en considération l'injonction à laquelle était soumise Krka au Royaume-Uni, tout comme le fait que Lupin n'avait pas obtenu d'AMM avant juillet 2008 au Royaume-Uni et en France et n'en avait jamais obtenu dans les autres pays, tout comme Teva, qui n'avait obtenu une AMM qu'en décembre 2006. Les requérantes ajoutent que la contestation des brevets de Servier n'a jamais cessé, ni même n'a été retardée.

**1826** Les requérantes font également valoir que, en France, les infractions n'ont pas pu commencer avant le 22 mars 2005, date d'expiration de leur certificat complémentaire de protection (ci-après le « CCP »), qui leur conférait un monopole légal. Elles invoquent à cet égard le traitement spécifique appliqué selon elles par la Commission lorsqu'elle a déterminé la date de début des infractions en Italie.

**1827** En second lieu, les requérantes estiment que l'acquisition de la technologie d'Azad ne pouvait être sanctionnée comme abusive avant avril 2007. Les faits de l'espèce seraient, en effet, différents de ceux ayant donné lieu à l'arrêt du 6 octobre 1994, Tetra Pak/Commission (T 83/91, EU:T:1994:246), où le tiers était sur le point d'entrer sur le marché. En effet, la Commission aurait elle-même estimé que la technologie d'Azad n'aurait pas pu permettre une entrée sur le marché avant avril 2007. Elle ne saurait faire valoir pour la première fois dans le mémoire en défense que l'acquisition d'Azad a produit des effets d'exclusion dès la signature de la transaction s'agissant de Teva et d'Arrow. De même, les accords de règlement amiable n'auraient pas pu être sanctionnés au titre de l'article 102 TFUE avant le 8 février 2005, date de conclusion de l'accord Niche. À titre subsidiaire, l'acquisition de la technologie d'Azad n'étant pas en soi abusive, la Commission n'aurait pu la sanctionner qu'à compter de la date du premier règlement amiable, soit le 8 février 2005. En tout état de cause, le fait que l'acquisition de la technologie d'Azad n'ait pu produire aucun effet restrictif avant avril 2007 aurait dû être pris en compte dans l'appréciation de la gravité de l'infraction.

**1828** De plus, elles reprochent à la Commission d'avoir retenu le 9 novembre 2004 comme date de début de l'infraction à l'article 102 TFUE en France, alors que, dans la communication des griefs, la Commission avait considéré que l'infraction n'avait pu commencer qu'en mars 2005, violant ainsi ses droits de la défense.

**1829** La Commission considère qu'il était approprié et raisonnable de fixer le début de chaque infraction à l'article 101 TFUE à la date de signature de chacun des accords en cause, dès lors qu'il s'agissait de restrictions de concurrence par objet et que, en tout

état de cause, elles avaient produit l'effet immédiat et certain d'exclure du marché des concurrents potentiels et de donner la certitude aux requérantes qu'une source de concurrence potentielle était immédiatement éliminée. Elle rappelle que, en l'espèce, les requérantes avaient des concurrents potentiels au moment de la conclusion des accords de règlement amiable.

**1830**S'agissant de l'acquisition de la technologie d'Azad, la Commission soutient s'être conformée à la jurisprudence issue de l'arrêt du 6 octobre 1994, Tetra Pak/Commission (T 83/91, EU:T:1994:246), en considérant que l'infraction avait commencé à la date de cette acquisition, dès lors que celle-ci avait produit des effets d'exclusion dès cette date, en éliminant Azad comme source potentielle d'IPA pour Teva et Arrow. Elle estime que ces arguments sont recevables, dès lors qu'ils ne visent qu'à répondre aux griefs des requérantes.

**1831**S'agissant de la France, la Commission soutient qu'elle a pris en compte les contextes réglementaires nationaux pour le calcul des amendes et que, conformément à la jurisprudence, s'agissant d'une restriction de concurrence par objet, la durée de chaque infraction devait être déterminée en fonction de la durée de l'accord restrictif litigieux.

**1832**En outre, elle conteste avoir méconnu les droits de la défense s'agissant de l'infraction relative à l'article 102 TFUE des requérantes, dès lors que, dans la communication des griefs, elle a clairement indiqué qu'elle entendait retenir une date de début de l'infraction antérieure au 22 mars 2005 et que les requérantes ont, dans leur réponse à la communication des griefs, présenté des arguments sur ce point.

ii) Appréciation du Tribunal

**1833**Il convient d'examiner, en premier lieu, l'argument selon lequel la contestation des brevets de Servier n'aurait jamais cessé, ni même été retardée.

**1834**À cet égard, il y a lieu de relever que les requérantes n'établissent pas, ni même n'allèguent, que l'une des sociétés de génériques ayant conclu les accords litigieux aurait, malgré la présence d'une clause de non-contestation à laquelle elle était soumise, contesté l'un des brevets de Servier.

**1835**Les requérantes n'invoquent donc pas une absence de mise en œuvre des accords, mais elles se bornent plutôt à se prévaloir du fait que d'autres sociétés de génériques que celles ayant conclu les accords litigieux auraient contesté les brevets de Servier.

**1836**Aussi l'argument des requérantes consiste-t-il en substance à invoquer l'absence d'effets concrets sur la concurrence des accords litigieux.

**1837**À cet égard, il y a lieu de rappeler que, s'agissant de restrictions de concurrence par objet, la prise en considération de leurs effets concrets sur le marché est superflue pour établir l'existence de l'infraction (voir, en ce sens, arrêt du 8 juillet 1999, Commission/Anic Partecipazioni, C 49/92 P, EU:C:1999:356, points 98 et 99) et, par conséquent, pour délimiter temporellement cette infraction et en déterminer ainsi la durée (voir, en ce sens, arrêt du 19 mars 2009, Archer Daniels Midland/Commission, C 510/06 P, EU:C:2009:166, points 113, 114 et 140).

**1838**Une absence d'effet des accords litigieux sur la concurrence ne saurait donc utilement être invoquée aux fins de remettre en cause la durée des infractions, dès lors que celle-ci est suffisamment établie sur la base du constat d'une restriction par objet.

**1839**En tout état de cause, si la contestation de la requérante devait être regardée comme ne visant pas le constat des infractions, en tant que la durée de celles-ci aurait été

erronément déterminée, mais l'appréciation de la gravité des infractions retenues par la Commission dans la décision attaquée, il conviendrait de rappeler que le grief relatif à l'absence d'effets concrets des accords et aux conséquences de cette absence sur l'appréciation de la gravité des infractions a déjà été écarté (voir points 1801 à 1820 ci-dessus).

**1840** En second lieu, s'agissant des arguments selon lesquels certaines des infractions ne pouvaient être constatées tant que Teva et Lupin ne disposaient pas d'une AMM, ces arguments ont déjà été examinés dans le cadre de la réponse aux moyens relatifs à l'absence de concurrence potentielle (voir points 604 et 743 ci-dessus). Il ressort de cette réponse que la Commission a considéré à juste titre que Teva et Lupin étaient, à la date de conclusion des accords, des concurrents potentiels de Servier. La Commission n'a donc pas erronément fait débiter les infractions en cause à cette date.

**1841** S'agissant de l'argument tiré de l'absence d'expiration du CCP relatif au brevet protégeant la molécule de périndopril, il peut être écarté sur la base des considérations exposées dans le cadre de la réponse au moyen relatif à l'absence de concurrence potentielle.

**1842** En effet, ainsi qu'il a été dit au point 359 ci-dessus, il est possible pour un opérateur de prendre le risque d'entrer sur le marché avec un produit, y compris potentiellement contrefaisant du brevet en vigueur, cette entrée ou ce lancement « à risque » pouvant être couronnés de succès si le titulaire du brevet renonce à introduire une action en contrefaçon ou si cette action en contrefaçon est rejetée dans l'hypothèse où elle a été introduite. Cette possibilité d'entrer « à risque » contribue à démontrer que les brevets ne constituent pas des obstacles insurmontables à l'entrée sur le marché des sociétés de génériques.

**1843** De plus, le brevet ne s'oppose pas à ce que des opérateurs procèdent aux opérations nécessitées par la fabrication et la commercialisation d'un produit non contrefaisant. Ils sont alors considérés comme des concurrents potentiels du titulaire du brevet jusqu'à leur entrée sur le marché, après laquelle ils deviennent des concurrents réels de celui-ci (voir points 357 ci-dessus).

**1844** À cet égard, la Commission a indiqué au considérant 3137 de la décision attaquée que les sociétés de génériques commençaient à préparer leur entrée sur le marché parfois plusieurs années avant l'expiration du CCP relatif à un brevet et que, s'agissant du périndopril, ce temps était en moyenne de deux ou trois ans. Ces considérations confortaient le constat selon lequel les infractions en cause avaient débuté avant la date d'expiration du CCP relatif au brevet protégeant la molécule de périndopril.

**1845** La Commission a cependant ajouté que, lorsque le CCP avait expiré dans un État membre après que le lancement du périndopril générique eut eu lieu dans d'autres États membres, elle avait préféré, « compte tenu de l'existence d'une procédure de reconnaissance mutuelle accélérée en vertu de laquelle les États membres conv[enai]ent de reconnaître la validité de l'autorisation de mise sur le marché octroyée par un autre État membre » (note en bas de page no 4073 de la décision attaquée), adopter une approche prudente et fixer la date de début d'infraction au moment de l'expiration du CCP. La Commission a ensuite précisé qu'elle avait adopté une telle approche pour l'Italie. Elle a indiqué que, en France, au contraire, aucun produit générique n'avait été lancé dans un autre État membre avant l'expiration du CCP (note en bas de page no 4073 de la décision attaquée).

**1846** Les éléments exposés aux points 1845 et 1845 ci-dessus ne sont pas contestés par les requérantes.

**1847** Eu égard aux considérations figurant aux points 1842 à 1846 ci-dessus, il y a lieu de conclure que c'est à bon droit que la Commission a considéré que certaines infractions avaient débuté en France le 8 février 2005, avant l'expiration du CCP.

**1848** De plus, le grief des requérantes n'est opérant que pour les infractions correspondant aux accords Niche et Matrix, qui sont les seuls accords litigieux conclus avant l'expiration en France du CCP.

**1849** Or, ceux-ci n'ont été conclus que le 8 février 2005, c'est-à-dire un peu plus d'un mois avant l'expiration en France du CCP, soit le 22 mars 2005.

**1850** Il est dès lors d'autant plus aisé de constater que, à la date du 8 février 2005, les sociétés de génériques concernées étaient en mesure de préparer une entrée sur le marché susceptible d'intervenir dès l'expiration du CCP et donc d'exercer une pression concurrentielle.

**1851** Par ailleurs, à supposer même que les requérantes puissent être regardées comme invoquant une méconnaissance du principe d'égalité de traitement et que l'invocation de ce moyen ne soit pas tardive, la circonstance que Servier ait pu bénéficier, concernant la détermination du début de l'infraction pour l'Italie, d'un traitement favorable qui ne s'imposait pas (eu égard, notamment, aux considérations figurant au point 1842 ci-dessus) ne justifie pas qu'elle bénéficie d'un tel traitement pour l'ensemble des autres États membres, sauf à établir qu'une telle différence de traitement serait arbitraire (voir points 1868 à 1871 ci-après).

**1852** Or, tel n'est pas le cas en l'espèce. En effet, il existait une différence objective de situation entre la France et l'Italie qui n'était pas sans lien avec la possibilité de constater une infraction (voir point 1845 ci-dessus).

**1853** À titre surabondant, la différence de situation entre la France et l'Italie sur laquelle la Commission s'est fondée (voir points 1844 et 1845 ci-dessus) pouvait justifier l'application d'un traitement différent.

**1854** Il résulte de tout ce qui précède que le présent grief doit être écarté dans son ensemble.

## 2) Sur la date de fin des infractions

### i) Arguments des parties

**1855** En premier lieu, les requérantes estiment que la Commission a refusé, à tort, de considérer que l'arrivée des génériques sur le marché avait mis fin aux infractions dans plusieurs États membres. Elles reprochent à la Commission d'avoir ainsi méconnu le principe d'égalité. La Commission aurait, en effet, calculé la date de fin des infractions en fonction de la date d'expiration ou d'annulation des brevets concernés, sauf pour les Pays-Bas et le Royaume-Uni, où elle aurait considéré que l'infraction avait cessé plus tôt, à la date d'entrée des génériques à grande échelle. De manière incohérente, elle n'aurait pas procédé de la même manière pour la Belgique, où les génériques sont pourtant entrés en juillet 2008, pour la République tchèque, où l'entrée a eu lieu en janvier 2009, pour l'Irlande, où l'entrée a eu lieu en juin 2008, et pour la France, où l'entrée a eu lieu le 16 septembre 2008. Dans la décision attaquée, elle n'aurait effectué aucune analyse relative à la situation en Belgique, en République tchèque et en Irlande.

**1856**En second lieu, les requérantes font valoir que la Commission a commis une erreur en faisant continuer l'infraction à l'article 102 TFUE après l'offre de licence faite à Arrow le 6 octobre 2005, contrairement au principe posé par la jurisprudence issue de l'arrêt du 6 octobre 1994, Tetra Pak/Commission (T 83/91, EU:T:1994:246).

**1857**La Commission soutient qu'elle a considéré, dans la décision attaquée, que la date de fin des infractions était déterminée par la date à laquelle les fabricants de génériques avaient été à même d'adopter un comportement concurrentiel et que l'approche ainsi retenue était favorable aux parties aux accords. Elle estime avoir suffisamment motivé la détermination de la date de fin des infractions dans la décision attaquée. Elle aurait en outre indiqué, dans la décision attaquée, pourquoi elle aurait suivi une approche différente s'agissant des Pays-Bas et du Royaume-Uni, où l'impact de l'entrée des génériques sur les ventes aurait été particulièrement important. Les tableaux nos 43 et 44 de la décision attaquée comporteraient notamment des données relatives au chiffre d'affaires en Belgique, en République tchèque et en Irlande.

**1858**S'agissant de l'argument des requérantes relatif à l'offre de licence faite à Arrow, la Commission renvoie à ses développements précédents.

ii) Appréciation du Tribunal

**1859**Dans le cadre du présent grief, les requérantes se prévalent de l'entrée sur les marchés de plusieurs États membres de sociétés de génériques n'étant pas parties à l'un ou l'autre des accords litigieux et de la baisse des prix du périndopril subséquente.

**1860**Leur argumentation revient, en substance, à invoquer une absence d'effet concret sur la concurrence des accords litigieux à compter des entrées sur le marché de ces sociétés de génériques.

**1861**À cet égard, il y a lieu de rappeler, s'agissant de restrictions de concurrence par objet, la jurisprudence citée au point 1837 ci-dessus.

**1862**Une absence d'effet des accords litigieux sur la concurrence ne saurait donc utilement être invoquée aux fins de remettre en cause la durée des infractions dès lors que celle-ci est suffisamment établie sur la base du constat d'une restriction par objet.

**1863**En tout état de cause, si la contestation de la requérante devait être regardée comme ne visant pas le constat de l'infraction, en tant que la durée de celle-ci aurait été erronément déterminée, mais l'appréciation de la gravité de l'infraction retenue par la Commission dans la décision attaquée, il conviendrait de rappeler que le grief relatif à l'absence d'effets concrets des accords et aux conséquences de cette absence sur l'appréciation de la gravité de l'infraction a déjà été écarté (voir points 1801 à 1820 ci-dessus).

**1864**Cependant, les requérantes invoquent également une méconnaissance du principe d'égalité de traitement.

**1865**À cet égard, les requérantes invoquent le fait que la Commission a réduit la durée des infractions aux Pays-Bas et au Royaume-Uni pour tenir compte de l'entrée de produits génériques sur ces deux marchés, alors qu'elle ne l'a pas fait dans d'autres marchés pour lesquels elle s'est fondée, en règle générale, sur les dates d'expiration ou d'invalidation des brevets de Servier (considérant 3133 de la décision attaquée).

**1866**Cependant, il doit être précisé, s'agissant du Royaume-Uni, que la date de fin d'infraction retenue correspond certes à l'entrée sur le marché d'un produit générique

(considérant 776 de la décision attaquée), mais également à un arrêt d'une juridiction de cet État invalidant le brevet 947 (considéranrs 180, 776 et 2125 de la décision attaquée).

**1867**La pertinence de l'argument des requérantes, tiré d'une différence de traitement selon les États membres dans lesquels les infractions étaient commises, n'est donc pas établie concernant le Royaume-Uni.

**1868**En outre, la circonstance que Servier ait pu bénéficier, pour certains États membres, concernant la détermination de la fin de l'infraction, d'un traitement plus favorable qui ne s'imposait pas – étant fondé sur une absence d'effets restrictifs qui n'a pas d'incidence lorsque la Commission constate, comme en l'espèce, l'existence d'une restriction par objet (voir point 1862 ci-dessus) – ne justifie pas que Servier bénéficie d'un tel traitement pour tous les autres États membres concernés. En effet, le principe d'égalité de traitement n'a pas pour vocation de garantir à une entreprise bénéficiant d'un traitement favorable, qui ne s'imposait pas en vertu des textes ou de la jurisprudence, un droit à ne pas être sanctionnée lorsque la Commission constate à bon droit l'existence d'une infraction.

**1869**Il est vrai toutefois que la Commission ne saurait appliquer, y compris à une même entreprise, des méthodes de calcul du montant de l'amende qui varient de manière arbitraire en ce sens que de telles variations sont dépourvues de toute justification pertinente.

**1870**En l'espèce, l'existence d'une telle variation n'est cependant pas établie. En effet, la Commission a indiqué qu'elle adoptait pour les Pays-Bas et le Royaume-Uni une approche spécifique, qu'elle qualifiait de « prudente », cette approche la conduisant à réduire la durée des périodes d'infraction pour tenir compte des dates d'entrée à grande échelle dans ces deux États membres de produits génériques ayant eu un impact important sur les ventes du périndopril de Servier (considérant 3133 de la décision attaquée).

**1871**Or, les seuls éléments invoqués par les requérantes à cet égard, à savoir l'existence d'une diminution importante du prix du périndopril de Servier et d'une baisse continue de ses parts de marché à la suite de l'introduction d'un produit générique en France, ne suffisent pas à établir que les situations aux Pays-Bas et au Royaume-Uni, d'une part, et en France, d'autre part, étaient à ce point semblables qu'un traitement différencié était arbitraire. A fortiori, les éléments invoqués ne permettent pas d'établir le caractère arbitraire d'un traitement différencié entre les Pays-Bas et le Royaume-Uni, d'une part, et la Belgique, la République tchèque et l'Irlande, d'autre part, puisque ces éléments ne concernent pas la situation de ces trois États membres.

**1872**À titre surabondant, alors qu'il ressort des tableaux nos 43 et 44 de la décision attaquée que l'entrée de produits génériques a entraîné une baisse massive et brutale de la valeur des ventes de périndopril de Servier aux Pays-Bas et au Royaume-Uni, il ne ressort pas du tableau no 45 de la décision attaquée qu'une telle baisse ait été constatée en France à la suite de cette entrée. La différence de situation entre les Pays-Bas et le Royaume-Uni, d'une part, et la France, d'autre part, permettait donc à la Commission d'appliquer à bon droit une différence de traitement en constatant, seulement pour les Pays-Bas et le Royaume-Uni, la fin de l'infraction dès l'entrée des produits génériques sur ces marchés.

**1873**L'existence d'une différence de situation, constatée au point 1872 ci-dessus, n'est pas remise en cause par la circonstance que l'entrée sur le marché français d'un produit générique aurait entraîné une baisse de 30 % du prix du périndopril et « une baisse

continue de la part de marché de Servier ». En effet, ces éléments n'attestent pas d'une baisse de la valeur des ventes de Servier en France aussi massive et brutale que celle observée aux Pays-Bas et au Royaume-Uni.

**1874**S'agissant de la Belgique, de la République tchèque et de l'Irlande, il ne ressort d'aucun élément du dossier invoqué par les requérantes que, sur les marchés de ces États membres, une baisse massive et brutale de la valeur des ventes de périndopril de Servier, équivalente à celle observée pour les Pays-Bas et le Royaume-Uni, avait été constatée lors de l'entrée de produits génériques.

**1875**Il résulte de tout ce qui précède que le présent grief et, partant, l'ensemble du moyen doivent être écartés.

f) Sur l'application d'un montant additionnel

1) Arguments des parties

**1876**Les requérantes font grief à la Commission de leur avoir appliqué un montant additionnel de 11 % de la valeur des ventes pour la première infraction à l'article 101 TFUE et de 10 % de la valeur des ventes pour l'infraction à l'article 102 TFUE, au motif que les accords en cause constituaient des accords horizontaux d'exclusion des marchés.

**1877**Elles estiment que les parties aux accords n'étaient pas en concurrence et que la Commission aurait omis de prendre en compte l'existence de leurs droits de propriété intellectuelle, qui empêcherait toute analogie avec les accords horizontaux visés au paragraphe 25 des lignes directrices pour le calcul des amendes.

**1878**De plus, l'application d'un montant additionnel serait disproportionnée et insuffisamment motivée, compte tenu de la nouveauté et de la nature des pratiques en cause, et contraire au principe d'égalité, un tel montant additionnel n'ayant pas été appliqué, sans aucune justification, aux fabricants de génériques ayant conclu les accords litigieux.

**1879**Enfin, les requérantes font valoir que l'application d'un montant additionnel est également disproportionnée et insuffisamment motivée, dès lors qu'il n'est pas prévu par les lignes directrices pour le calcul des amendes pour une pratique d'abus et que la Commission n'avait jamais procédé de cette manière s'agissant d'une violation de l'article 102 TFUE.

**1880**La Commission soutient qu'elle a pu à bon droit faire application du montant additionnel prévu par le paragraphe 25 des lignes directrices pour le calcul des amendes, afin de s'assurer du caractère suffisamment dissuasif de l'amende infligée. En effet, les accords constituaient, en l'espèce, des accords horizontaux visant à exclure des concurrents du marché ou à effectuer un partage des marchés, infractions spécifiquement mentionnées dans cette disposition, qui ne comporterait cependant pas une liste exhaustive des infractions auxquelles elle pourrait s'appliquer et qui pouvait, par conséquent, être utilisée pour une infraction à l'article 102 TFUE.

**1881**La Commission fait, en outre, valoir que les infractions n'étaient pas inédites et que l'existence de droits de propriété intellectuelle ne saurait empêcher l'imposition d'un montant additionnel.

**1882**Elle estime, par ailleurs, ne pas avoir méconnu le principe d'égalité, dès lors que la situation des requérantes, qui vendaient du périndopril, n'était pas comparable à celles des fabricants de génériques ayant accepté de ne pas vendre de périndopril. Enfin, elle soutient que la décision attaquée est suffisamment motivée, dès lors qu'elle a fait



référence à la nécessité d'une dissuasion suffisante et que les requérantes ne pouvaient ignorer le paragraphe 25 des lignes directrices pour le calcul des amendes. Les requérantes n'auraient d'ailleurs pas indiqué en quoi cette motivation ne leur aurait pas permis de se défendre.

## 2) Appréciation du Tribunal

**1883** Il y a lieu de rappeler que les accords en cause sont des accords permettant à Servier d'exclure des concurrents du marché, la circonstance que ces concurrents étaient potentiels ne modifiant pas cette appréciation. Or, de tels accords, conclus entre concurrents, constituent des accords horizontaux. De plus, l'exclusion de concurrents du marché constitue une forme extrême de répartition de marché et de limitation de la production (arrêt du 8 septembre 2016, Lundbeck/Commission, T 472/13, sous pourvoi, EU:T:2016:449, point 435). Ainsi, la Commission a pu, à bon droit, faire application du paragraphe 25 des lignes directrices pour le calcul des amendes, qui prévoit l'ajout d'un montant d'amende additionnel pour les accords horizontaux de limitation de la production.

**1884** La conclusion qui précède ne saurait être remise en cause par les autres arguments des requérantes.

**1885** En premier lieu, contrairement à ce que soutiennent les requérantes, la Commission n'a pas négligé le fait que les accords litigieux portaient sur des droits de propriété intellectuelle (voir points 1794 à 1797 ci-dessus).

**1886** En deuxième lieu, contrairement à ce que soutiennent les requérantes et ainsi qu'il a déjà été constaté dans les différentes parties consacrées à la réponse aux moyens tirés de l'absence de concurrence potentielle, les sociétés de génériques étaient des concurrents potentiels de Servier au moment où chacune d'entre elles a signé l'accord ou les accords litigieux qui la concernaient.

**1887** En troisième lieu, contrairement à ce que soutiennent les requérantes, Servier pouvait raisonnablement prévoir qu'elle adoptait un comportement relevant de l'interdiction édictée à l'article 101, paragraphe 1, TFUE (voir point 1661 ci-dessus). Au surplus, elle ne pouvait ignorer le caractère anticoncurrentiel de son comportement (voir point 1665 ci-dessus).

**1888** En quatrième lieu, s'agissant de l'absence d'« effets réels » des infractions, invoquée par les requérantes, il convient de relever que celles-ci se bornent, sans aucune précision, à invoquer cette supposée absence pour conclure au caractère disproportionné du montant additionnel retenu par la Commission. Cet argument n'est donc pas assorti des précisions suffisantes permettant d'en apprécier le bien-fondé et doit donc être écarté.

**1889** En tout état de cause, la Commission n'était pas plus tenue à ce stade du calcul du montant de l'amende qu'elle ne l'était au stade de la détermination de la proportion de la valeur des ventes qu'elle retenait (voir points 1802 à 1810 ci-dessus) de prendre en compte une éventuelle absence d'impact concret sur le marché. En effet, ni le règlement no 1/2003, ni les lignes directrices pour le calcul des amendes, ni la jurisprudence de l'Union ne lui imposaient de le faire.

**1890** En cinquième lieu, la circonstance que la Commission n'ait pas appliqué aux sociétés de génériques un montant additionnel ne permet pas de conclure à une méconnaissance du principe d'égalité de traitement.

**1891**À cet égard, il existe des différences fondamentales entre la méthode exposée dans les lignes directrices pour le calcul des amendes que la Commission a appliquée à Servier et celle que la Commission a appliquée aux sociétés de génériques (voir, en ce sens, arrêt du 8 septembre 2016, Xellia Pharmaceuticals et Alpharma/Commission, T 471/13, non publié, sous pourvoi, EU:T:2016:460, point 423).

**1892**En effet, dans le cadre de la méthode prévue dans les lignes directrices pour le calcul des amendes, la prise en compte de la valeur des ventes au paragraphe 13 a pour objectif de retenir comme point de départ pour le calcul du montant de l'amende infligée à une entreprise un montant qui reflète l'importance économique de l'infraction et le poids relatif de cette entreprise dans celle-ci. Ensuite, en application des paragraphes 19 et 21 de ces lignes directrices, la Commission, selon la gravité de l'infraction, fixe la proportion de cette valeur des ventes à retenir aux fins de la détermination du montant de base. Cette proportion peut en principe aller jusqu'à 30 % et doit être multipliée par un coefficient en fonction de la durée de l'entente, conformément au paragraphe 24 des lignes directrices de 2006. Ensuite, en application du paragraphe 25 de celles-ci, indépendamment de la durée de la participation d'une entreprise à une infraction, la Commission inclut dans le montant de base une somme comprise entre 15 et 25 % de la valeur des ventes, afin de dissuader les entreprises de participer à des accords horizontaux de fixation de prix, de répartition de marché et de limitation de production, ou même à d'autres infractions (arrêt du 8 septembre 2016, Xellia Pharmaceuticals et Alpharma/Commission, T 471/13, non publié, sous pourvoi, EU:T:2016:460, point 424).

**1893**En revanche, la méthode retenue à l'égard des sociétés de génériques, étant donné qu'elle permet à la Commission d'utiliser directement comme montant de base les transferts de valeur octroyés par Servier à la société de génériques en cause, ne prévoit pas toutes ces étapes, en particulier l'application d'un montant additionnel en vertu du paragraphe 25 des lignes directrices pour le calcul des amendes (voir, en ce sens, arrêt du 8 septembre 2016, Xellia Pharmaceuticals et Alpharma/Commission, T 471/13, non publié, sous pourvoi, EU:T:2016:460, point 425).

**1894**Or, l'application de la première méthode à Servier et de la seconde aux sociétés de génériques était justifiée.

**1895**En effet, premièrement, en raison de l'objet même des accords litigieux, qui sont des accords d'exclusion du marché, les sociétés de génériques n'étaient pas, contrairement à Servier, présentes, au cours de la période des infractions, sur les marchés où celles-ci ont été commises.

**1896**Ainsi, la Commission était dans l'impossibilité de retenir les valeurs des ventes réalisées par les sociétés de génériques dans le secteur géographique concerné lors de la dernière année complète de leur participation aux infractions, ainsi que le prévoit le paragraphe 13 des lignes directrices pour le calcul des amendes.

**1897**Elle n'était donc pas en mesure d'appliquer aux sociétés de génériques la méthode de calcul du montant de l'amende exposée dans les lignes directrices pour le calcul des amendes et, en particulier, de leur imposer un montant additionnel calculé sur la base de la valeur des ventes réalisées par l'entreprise en relation avec l'infraction concernée.

**1898**Les considérations qui précèdent valent pour l'ensemble des sociétés de génériques, car aucune d'entre elles n'a pu entrer sur les marchés dans lesquels l'infraction la concernant avait été constatée par la Commission.

**1899**S'agissant en particulier de Krka, à supposer même que les requérantes puissent utilement se prévaloir, au soutien du grief tiré de la méconnaissance du principe d'égalité de traitement, de la méthode de calcul du montant de l'amende imposée à cette société de génériques alors même que la responsabilité de Servier au titre des accords conclus avec Krka ne doit pas être retenue (voir point 1636 ci-dessus), un tel grief devrait être écarté.

**1900**Certes, la comparaison sur laquelle repose le grief des requérantes ne s'opère pas, au titre de chaque accord litigieux, entre la situation de Servier et celle de la société de génériques concernée, mais, pour tous les accords, entre la situation de Servier et celle de toutes les sociétés de génériques en cause. Ainsi, la circonstance qu'un montant additionnel n'ait pas été appliqué à Servier au titre des accords conclus avec Krka n'interdit pas nécessairement de prendre en compte la situation de Krka aux fins d'examiner le grief des requérantes.

**1901**Ensuite, il est vrai que l'un des accords que Krka avait conclus avec Servier prévoyait l'octroi d'une licence pour le brevet 947 s'appliquant dans sept États membres. Par conséquent, Krka a pu vendre ses produits dans ces États membres pendant la durée de l'infraction.

**1902**Cependant, la Commission n'a pas constaté d'infraction pour les États membres dans lesquels s'appliquait la licence. Elle ne reproche pas aux parties à l'accord l'entrée de Krka sur les sept marchés pour lesquels s'appliquait la licence, mais le renoncement de celle-ci à entrer sur les marchés des autres États membres où les clauses de non-commercialisation et de non-contestation s'appliquaient sans accord de licence.

**1903**Or, la notion de valeur des ventes visée au paragraphe 13 des lignes directrices pour le calcul des amendes ne saurait s'étendre jusqu'à englober les ventes réalisées par l'entreprise en cause qui ne relèvent pas du champ d'application de l'entente reprochée (arrêt du 12 novembre 2014, *Guardian Industries et Guardian Europe/Commission*, C 580/12 P, EU:C:2014:2363, point 57).

**1904**Ainsi, les sept marchés sur lesquels portait l'accord de licence ne pouvaient pas être regardés comme étant inclus dans « le secteur géographique concerné » au sens du paragraphe 13 des lignes directrices pour le calcul des amendes.

**1905**Il convient d'ajouter que, même si l'avantage que procure un accord de licence pourrait, sous certaines conditions, être qualifié d'incitatif, le fait de permettre à une société de génériques, par un tel accord, d'entrer ou de se maintenir sans risque sur un marché est, en principe, favorable à la concurrence, car l'entrée d'une société de génériques sur le marché est de nature à faire baisser considérablement les prix. Or, il apparaîtrait inadéquat de prendre en compte la valeur des ventes réalisées sur des marchés dans lesquels la concurrence s'est renforcée, aux fins d'infliger une amende à une société de génériques censée avoir participé à une restriction de concurrence sur d'autres marchés.

**1906**La Commission n'était donc pas en mesure d'appliquer à Krka ainsi que, a fortiori, aux autres sociétés de génériques parties aux accords litigieux la méthode de calcul du montant de l'amende exposée dans les lignes directrices pour le calcul des amendes et, en particulier, de leur imposer un montant additionnel calculé sur la base de la valeur des ventes réalisées par l'entreprise en relation avec l'infraction concernée.

**1907**Or, tel n'était pas le cas s'agissant de Servier, qui vendait du périndopril dans les secteurs géographiques concernés par les infractions.

**1908**Deuxièmement, la méthode de calcul du montant de l'amende retenue par la Commission à l'égard des sociétés de génériques était adaptée aux spécificités du contexte, dès lors que le montant du transfert de valeur retenu dans l'accord prenait en compte le profit que chaque société de génériques retirait de l'infraction la concernant. Une telle méthode n'était pas adaptée pour Servier, qui était censé tirer profit du maintien d'un prix élevé du périndopril.

**1909**De telles différences de situation justifiaient l'application aux sociétés de génériques d'un traitement différent de celui de Servier, c'est-à-dire d'une méthode de calcul spécifique se distinguant de la méthode figurant dans les lignes directrices pour le calcul des amendes et ne nécessitant pas ainsi l'application du montant additionnel prévue dans lesdites lignes directrices.

**1910**Il résulte de ce qui précède que c'est à bon droit que la Commission a fait application d'un montant additionnel pour le calcul du montant de l'amende infligée à Servier pour la première infraction à l'article 101 TFUE, c'est-à-dire celle concernant Niche et Unichem (considérant 3139 de la décision attaquée).

**1911**S'agissant du grief distinct tiré de la motivation insuffisante de la décision attaquée quant à l'absence d'application d'un montant additionnel pour le calcul du montant de l'amende des sociétés de génériques, il convient de relever que la Commission a indiqué ce qui suit au considérant 3146 de la décision attaquée :

« Les sociétés de génériques ont accepté de ne pas vendre de périndopril générique dans la zone géographique concernée par chaque accord, et n'ont donc pas réalisé de vente dans la zone géographique concernée. Le paragraphe 37 des lignes directrices [pour le calcul des amendes] devrait donc être appliqué aux sociétés de génériques. Le paragraphe 37 de ces lignes directrices permet à la Commission de s'écarter de la méthodologie normale des lignes directrices [pour le calcul des amendes] en raison des particularités d'un cas donné ou de la nécessité d'atteindre un niveau dissuasif dans un cas particulier. »

**1912**Au considérant 3152 de la décision attaquée, la Commission a énoncé notamment ce qui suit :

« Selon le règlement no 1/2003 et les lignes directrices [pour le calcul des amendes], l'amende doit dépendre des facteurs suivants : i) la gravité de l'infraction, ii) sa durée, iii) toute circonstance aggravante ou atténuante et iv) le besoin d'obtenir un effet dissuasif. La Commission, dans l'exercice de son pouvoir d'appréciation, considère que, en l'espèce et au vu des particularités de l'affaire, le montant du transfert de valeur reçu par les sociétés de génériques fournit des indications importantes quant à ces facteurs. »

**1913**Il ressort des extraits susmentionnés de la décision attaquée, premièrement, que la Commission n'a pas appliqué la méthode prévue dans les lignes directrices pour le calcul des amendes, laquelle se fonde sur la valeur des ventes durant la dernière année complète de la participation à l'infraction de l'entreprise, mais une méthode retenant le montant du transfert de valeur dont ont bénéficié les sociétés de génériques comme montant de base pour le calcul du montant de l'amende, deuxièmement, qu'elle a procédé ainsi en se fondant sur l'objet même des accords, qui étaient des accords d'exclusion du marché en raison desquels les sociétés de génériques n'étaient pas présentes sur celui-ci

au moment de l'infraction, et, troisièmement, qu'elle a estimé que la méthode choisie lui permettait de prendre en compte, notamment, la gravité de l'infraction et sa durée.

**1914** Une telle motivation permettait aux requérantes de comprendre les raisons pour lesquelles la Commission recourait, pour les sociétés de génériques, à une méthode différente, en particulier en ce qu'elle n'impliquait pas l'application d'un montant additionnel, de celle prévue dans les lignes directrices pour le calcul des amendes. Elle met également le juge de l'Union en mesure d'exercer son contrôle de légalité et de remplir son office de juge de pleine juridiction.

**1915** Le grief tiré de l'insuffisance de motivation à cet égard doit donc être écarté.

**1916** Il y a lieu, pour conclure, de relever que l'application, pour la première infraction à l'article 101 TFUE, d'un montant additionnel calculé sur la base d'un taux de 11 % de la valeur des ventes, lequel est inférieur à la fourchette des taux prévue au paragraphe 25 des lignes directrices, et ne s'appliquant, de surcroît, que pour une seule des infractions à l'article 101 TFUE retenues à l'encontre de Servier ne peut être regardée comme étant disproportionnée au regard de l'ensemble des circonstances pertinentes de l'espèce, telles que rappelées aux points 1816 à 1818 ci-dessus.

**1917** Il résulte de tout ce qui précède qu'il convient d'écarter le présent moyen.

g) Sur la violation du principe de proportionnalité et du principe d'individualisation des peines

**1918** Les requérantes invoquent deux griefs, tirés, le premier, de l'absence de prise en compte des particularités de Servier et, le second, de la durée de la procédure administrative.

1) Sur l'absence de prise en compte des particularités de Servier

i) Arguments des parties

**1919** Les requérantes reprochent à la Commission de ne pas avoir tenu compte, dans la fixation du montant de l'amende, du fait que leur résultat opérationnel était négatif de 2004 à 2008 en dehors du périndopril et qu'elles constituaient ainsi une entreprise « monoproduit », malgré une résolution du Parlement et une déclaration du membre de la Commission chargé de la concurrence. Elles font également valoir qu'elles sont détenues par une fondation sans but lucratif qui ne verse aucun dividende à des personnes physiques et qu'elles réinvestissent 25 % de leurs profits dans la recherche et le développement.

**1920** La Commission fait valoir que les requérantes, qui font partie d'un groupe multinational présent dans 140 pays et qui sont actives dans le domaine de la promotion et de la distribution de nombreux produits pharmaceutiques, ne sauraient être considérées comme exerçant une activité monoproduit. En tout état de cause, selon la jurisprudence, la pratique décisionnelle antérieure de la Commission ne saurait servir de cadre juridique aux amendes en matière de concurrence et la situation des requérantes ne serait pas comparable aux précédents dans lesquels la nature monoproduit de l'entreprise a été prise en compte dans la détermination de l'amende.

**1921** La Commission indique, par ailleurs, que les articles 101 et 102 TFUE visent les entreprises et que, en l'espèce, aucune des destinataires de la décision attaquée ne constitue une fondation à but non lucratif, Stichting FIRS ne faisant pas partie des destinataires. En tout état de cause, elle soutient qu'elle aurait pu adresser la décision attaquée à une fondation. En outre, à la supposer établie, la circonstance selon laquelle

les requérantes consacraient une partie importante de leur chiffre d'affaires à la recherche et au développement serait sans incidence sur la fixation du montant de l'amende infligée à une entreprise ayant méconnu les règles de concurrence.

ii) Appréciation du Tribunal

**1922**En premier lieu, la circonstance, à la supposée établie, que Servier soit une entreprise « monoproduit » n'imposait pas, en tant que telle, à la Commission de réduire le montant des amendes. À cet égard, il convient de relever que les requérantes ne se prévalent, à l'appui de cet argument, d'aucune disposition contraignante du droit de l'Union ni d'aucun précédent jurisprudentiel.

**1923**De plus, une entreprise telle que la requérante, qui réalise une part particulièrement importante de son chiffre d'affaires total avec le produit relevant de l'entente, retire en conséquence un bénéfice particulièrement important de celle-ci (voir, en ce sens, conclusions de l'avocat général Kokott dans l'affaire Pilkington Group e.a./Commission, C 101/15 P, EU:C:2016:258, point 100). Ainsi, la circonstance que Servier soit une entreprise « monoproduit » ne justifie pas, à elle seule, que le montant des amendes soit réduit.

**1924**S'agissant de l'invocation de la pratique décisionnelle de la Commission par laquelle celle-ci aurait réduit le montant d'amendes sur le fondement de l'existence d'une entreprise « monoproduit », il convient de relever que le précédent invoqué par les requérantes, tel que présenté par celles-ci, se rapportait à des circonstances différentes de celles de l'espèce, dès lors que la Commission avait réduit le montant de l'amende en cause aux fins d'éviter que celle-ci n'atteigne le seuil de 10 % du chiffre d'affaires visé à l'article 23, paragraphe 2, du règlement no 1/2003.

**1925**De plus, selon la jurisprudence, la Commission dispose d'une marge d'appréciation dans la fixation du montant des amendes afin d'orienter le comportement des entreprises dans le sens du respect des règles de concurrence. Le fait que la Commission ait appliqué, dans le passé, des amendes d'un certain niveau à certains types d'infractions ne saurait la priver de la possibilité d'élever ce niveau dans les limites indiquées par le règlement no 1/2003, si cela est nécessaire pour assurer la mise en œuvre de la politique de concurrence de l'Union. L'application efficace des règles de l'Union en matière de concurrence exige au contraire que la Commission puisse à tout moment adapter le niveau des amendes aux besoins de cette politique (voir, en ce sens, arrêt du 8 septembre 2016, Lundbeck/Commission, T 472/13, sous pourvoi, EU:T:2016:449, point 773).

**1926**Par ailleurs, conformément à une jurisprudence constante, le droit de se prévaloir du principe de protection de la confiance légitime s'étend à tout justiciable à l'égard duquel une institution de l'Union a fait naître des espérances fondées. Le droit de se prévaloir de la confiance légitime suppose la réunion de trois conditions cumulatives. Premièrement, des assurances précises, inconditionnelles et concordantes, émanant de sources autorisées et fiables, doivent avoir été fournies à l'intéressé par l'administration de l'Union. Deuxièmement, ces assurances doivent être de nature à faire naître une attente légitime dans l'esprit de celui auquel elles s'adressent. Troisièmement, les assurances données doivent être conformes aux normes applicables (voir arrêt du 5 septembre 2014, Éditions Odile Jacob/Commission, T 471/11, EU:T:2014:739, point 91 et jurisprudence citée).

**1927**Or, les éléments invoqués par les requérantes, à savoir une résolution du Parlement et une déclaration du membre de la Commission chargé de la concurrence, permettraient, tout au plus, de conclure à l'existence d'une possibilité que les lignes directrices pour le calcul des amendes soient modifiées à l'avenir pour prendre en compte les caractéristiques spécifiques des entreprises « monoproduit ». Il ne s'agit donc pas d'assurances précises, inconditionnelles et concordantes de nature à faire naître une attente légitime dans l'esprit de Servier.

**1928**En deuxième lieu, la circonstance, à la supposer établie, que Servier soit géré par une fondation sans but lucratif ne versant aucun dividende à des bénéficiaires qui seraient des personnes physiques et qu'il puisse ainsi consacrer une part importante, voire l'ensemble, de ses profits à la recherche n'imposait nullement à la Commission de réduire le montant des amendes.

**1929**De plus, la Commission dispose d'une marge d'appréciation dans la fixation du montant des amendes (voir point 1925 ci-dessus).

**1930**À supposer même que les requérantes aient entendu contester la qualité d'entreprise, au sens du droit de la concurrence, de Servier, il conviendrait alors de relever que les trois sociétés destinataires de la décision attaquée, qui sont également les requérantes, ne sont pas des fondations.

**1931**De plus, la Cour a précisé que la circonstance que l'offre de biens et de services soit faite sans but lucratif ne fait pas obstacle à ce que l'entité qui effectue ces opérations sur le marché doive être considérée comme une entreprise, dès lors que cette offre se trouve en concurrence avec celle d'autres opérateurs qui poursuivent un but lucratif (voir, en ce sens, arrêt du 1er juillet 2008, *MOTOE*, C 49/07, EU:C:2008:376, point 27).

**1932**En troisième lieu, les requérantes invoquent une méconnaissance du principe d'individualisation des peines.

**1933**À cet égard, il convient de rappeler que le principe d'individualisation des peines et des sanctions exige que, conformément à l'article 23, paragraphe 3, du règlement no 1/2003, le montant de l'amende devant être payée solidairement soit déterminé en fonction de la gravité de l'infraction individuellement reprochée à l'entreprise concernée et de la durée de celle-ci (arrêts du 10 avril 2014, *Commission e.a./Siemens Österreich e.a.*, C 231/11 P à C 233/11 P, EU:C:2014:256, point 52, et du 19 juin 2014, *FLS Plast/Commission*, C 243/12 P, EU:C:2014:2006, point 107).

**1934**Or, l'argument des requérantes ne porte pas sur la contestation d'un rapport de solidarité que la Commission aurait appliqué en infligeant une même amende à des entreprises différentes.

**1935**En outre, le fait que la Commission n'ait pas diminué le montant des amendes infligées à Servier pour tenir compte du fait que celle-ci était une fondation sans but lucratif ne versant aucun dividende à un bénéficiaire personne physique et qu'elle pouvait ainsi consacrer une part importante, voire l'ensemble, de ses profits à la recherche ne permet pas d'établir que la Commission n'aurait pas déterminé le montant global de l'amende infligée à Servier en fonction de la gravité de l'infraction qui lui était individuellement reprochée et de la durée de celle-ci, ainsi que le prévoit la jurisprudence citée au point 1933 ci-dessus.

**1936**Il résulte de ce qui précède que le présent grief doit être écarté.

2) Sur la durée de la procédure administrative

i) Arguments des parties

**1937**Les requérantes soutiennent que, conformément à une jurisprudence constante, la Commission aurait dû minorer leurs amendes en raison de la durée exceptionnellement longue de la procédure administrative, qui se serait étendue sur 67 mois, malgré l'absence de complexité alléguée par la Commission. La Commission aurait d'ailleurs initialement prévu de procéder à une telle minoration, comme elle l'a fait dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt du 8 septembre 2016, Lundbeck/Commission (T 472/13, sous pourvoi, EU:T:2016:449). Les requérantes font valoir qu'elles n'étaient pas tenues de démontrer l'existence d'une violation de leurs droits de la défense pour obtenir une telle minoration.

**1938**La Commission fait tout d'abord remarquer que les requérantes n'allèguent pas qu'elle aurait méconnu les dispositions de l'article 25 du règlement no 1/2003 relatives au délai pendant lequel elle est habilitée à imposer des amendes.

**1939**Ensuite, elle soutient que, selon une jurisprudence constante, elle n'est tenue de réduire le montant d'une amende en raison de la longueur de la procédure administrative que lorsque l'entreprise a établi que la violation du délai raisonnable a porté atteinte à ses droits de la défense, ce que les requérantes n'auraient pas fait en l'espèce.

**1940**Enfin, la Commission souligne que le caractère raisonnable de la durée de la procédure administrative doit s'apprécier en fonction des circonstances propres à chaque affaire, au regard du contexte, de la conduite des parties, de l'enjeu de l'affaire et de sa complexité. En l'espèce, elle fait valoir que la durée de l'enquête était raisonnable et nécessaire. Enfin, elle soutient que, selon la jurisprudence, une violation du délai raisonnable de la procédure administrative ne saurait à elle seule conduire le Tribunal à réduire le montant de l'amende.

ii) Appréciation du Tribunal

**1941**Il convient de rappeler que, si la violation du principe du respect du délai raisonnable est susceptible de justifier l'annulation d'une décision prise à l'issue d'une procédure administrative fondée sur les articles 101 ou 102 TFUE, dès lors qu'elle emporte également une violation des droits de la défense de l'entreprise concernée, la violation par la Commission du délai raisonnable d'une telle procédure administrative, à la supposer établie, n'est pas susceptible de conduire à une réduction du montant de l'amende infligée (voir arrêt du 9 juin 2016, PROAS/Commission, C 616/13 P, EU:C:2016:415, point 74 et jurisprudence citée).

**1942**En l'espèce, les requérantes ne soutiennent aucunement que la méconnaissance du principe du respect du délai raisonnable alléguée aurait emporté une violation des droits de la défense de Servier. Dès lors, cette méconnaissance, à la supposer même établie, n'est pas susceptible de justifier l'annulation de la décision attaquée. Elle n'est pas non plus susceptible, en application de la jurisprudence citée au point 1941 ci-dessus, de permettre aux requérantes d'obtenir une réduction du montant de l'amende qui leur a été infligée.

**1943**En tout état de cause, la Commission indique ce qui suit au point 1037 du mémoire en défense :

« La Commission estime avoir respecté toutes ses obligations légales concernant la durée de la procédure administrative. En l'espèce, la Commission a entamé son enquête ex officio le 24 novembre 2008. La Décision a été adoptée le 9 juillet 2014. La Décision a



déjà souligné les nombreuses mesures prises au cours de l'enquête [...] Selon la Commission, la portée et l'importance de l'affaire – au niveau tant des diverses pratiques faisant l'objet de l'enquête que du nombre d'entreprises et d'autorités impliquées – contribuent à expliquer la durée de l'enquête. La Commission souligne que la Décision était adressée à treize entreprises, concerne l'application des articles 101 et 102 TFUE, six infractions distinctes et deux définitions de marché et nécessitait l'analyse d'une documentation considérable. La Commission a envoyé plus de 200 [demandes de renseignements], procédé à l'inspection de 6 entreprises, organisé plus de 15 réunions de travail avec les entreprises concernées et constitué un dossier comprenant plus de 11 000 entrées [...] »

**1944**Or, ces éléments, non contestés par les requérantes, auxquels s'ajoute la complexité à la fois juridique et factuelle de l'affaire en cause, laquelle résulte, pour partie au moins, du libellé des accords dont les requérantes étaient les corédacteurs, permettent de conclure que la durée de la procédure administrative n'a pas excédé en l'espèce un délai raisonnable.

**1945**Il y a lieu d'ajouter que le constat de complexité qui a été fait au point 1944 ci-dessus n'est pas contradictoire avec ce que la Commission a relevé par ailleurs au considérant 3110 de la décision attaquée, dans lequel elle a indiqué ce qui suit :

« [...] En tout état de cause, les pratiques de l'espèce, qui avaient pour objet une exclusion du marché en échange d'un transfert de valeur, ne peuvent être considérées, en ce qui concerne l'imposition d'amendes, comme juridiquement complexes et leur illégalité était prévisible pour les parties. »

**1946**En effet, il convient de rappeler que, si, du fait que les accords en cause avaient été conclus sous la forme de règlements amiables relatifs à un brevet, le caractère infractionnel de ces accords pouvait ne pas apparaître, de manière évidente, à un observateur extérieur tel que la Commission, il n'en allait pas de même pour les parties à l'accord.

**1947**Il résulte de ce qui précède que le présent grief et, partant, le moyen dans son ensemble doivent être écartés.

h) Synthèse sur l'annulation des amendes et la réduction de leur montant

**1948**Il y a lieu de rappeler que les accords litigieux sont, à l'exception des accords conclus avec Krka, des accords d'exclusion du marché poursuivant des objectifs anticoncurrentiels. Or, l'exclusion de concurrents du marché est une forme extrême de répartition de marché et de limitation de la production (voir point 1816 ci-dessus). Ainsi, de tels accords doivent, en vertu du paragraphe 23 des lignes directrices pour le calcul des amendes, en principe, être sévèrement sanctionnés (voir point 1816 ci-dessus).

**1949**De plus, ces accords, fondés sur une incitation et non sur la reconnaissance par les parties de la validité du brevet en cause, ont permis à Servier de substituer aux aléas des contentieux en matière de brevets et aux incertitudes entourant les conditions et les possibilités d'entrée sur le marché des sociétés de génériques la certitude de tenir celles pour lesquelles un accord était conclu à l'écart du marché (voir point 1819 ci-dessus).

**1950**Enfin, il y a lieu de relever que ces accords ont été mis en œuvre.

**1951**Par ailleurs, il convient de rappeler que la Commission a pris en compte, dans la décision attaquée (considérant 3128), le fait que Servier avait commis plusieurs infractions, certes distinctes, mais ayant trait au même produit, le périndopril, et, dans

une large mesure, aux mêmes zones géographiques et aux mêmes périodes. Dans ce contexte particulier, elle a, aux fins d'éviter un résultat potentiellement disproportionné, décidé de limiter, pour chaque infraction, la proportion de la valeur des ventes réalisées par Servier prise en compte aux fins de déterminer le montant de base de l'amende. Elle a ainsi opéré une correction qui a conduit à une réduction moyenne de 54,5 % de l'ensemble des valeurs des ventes relatives aux différentes infractions à l'article 101 TFUE.

**1952** De plus, la proportion de la valeur des ventes retenue aux fins du calcul du montant de l'amende par la Commission, à savoir 10 ou 11 %, selon les cas, ne constitue qu'environ un tiers de la proportion maximale pouvant être retenue.

**1953** Enfin, le Tribunal, prenant en compte les liens qu'entretenait l'accord Matrix avec l'accords Niche, a réduit le montant de l'amende infligée à Servier au titre de l'accord Matrix.

**1954** Au regard des éléments qui viennent d'être rappelés aux points 1948 à 1953 ci-dessus ainsi que de l'ensemble des considérations figurant dans le présent arrêt, il convient de conclure que les montants des amendes infligées à Servier au titre de l'article 101 TFUE ne sont pas, compte tenu des réductions déjà apportées par le Tribunal dans le cadre de ses pouvoirs de pleine juridiction, disproportionnés, alors même que la Commission, au considérant 3130 de la décision attaquée, a estimé, à tort, ainsi qu'il résulte de la réponse au moyen tiré d'erreurs d'appréciation relatives à la définition du marché pertinent, que Servier « possédait de très hautes parts de marché sur les marchés pertinents définis aux fins de la présente décision et affectés par les infractions à l'article 101 [TFUE] ».

**1955** Il y a lieu de préciser également que, étant donné que la Commission a, à bon droit, estimé que les infractions constatées étaient des infractions distinctes (voir points 1685 à 1691 ci-dessus), le fait que le montant cumulé des amendes représente un pourcentage non négligeable du chiffre d'affaires mondial de Servier ne permet pas de conclure que ces amendes seraient disproportionnées. Leur caractère disproportionné apparaît d'autant moins que ce pourcentage a été substantiellement réduit par le Tribunal dans le cadre de ses pouvoirs de pleine juridiction.

**1956** Il résulte de tout ce qui précède qu'il y a lieu de rejeter les conclusions subsidiaires des requérantes en tant que celles-ci concernent les amendes infligées à Servier pour les infractions relatives à l'article 101 TFUE, à l'exception des conclusions qui visent à obtenir, d'une part, une annulation de l'amende infligée à Servier au titre de l'infraction relative aux accords conclus avec Krka et, d'autre part, une réduction du montant de l'amende infligée à Servier au titre de l'infraction relative à l'accord Matrix. S'agissant des conclusions subsidiaires des requérantes en tant qu'elles portent sur l'infraction relative à l'article 102 TFUE, elles doivent être accueillies, par voie de conséquence, dès lors que l'article 6 de la décision attaquée, par lequel la Commission a constaté une infraction à l'article 102 TFUE, est annulé (voir point 1638 ci-dessus).

**1957** Il convient enfin d'ajouter que la Commission, dans le cadre des modalités de calcul du montant de chacune des amendes liées aux différentes infractions à l'article 101 TFUE qu'elle constatait, a introduit un facteur de correction dépendant du nombre d'infractions ayant eu lieu de manière concomitante dans un État membre. Ainsi, la conclusion selon laquelle l'une des infractions à l'article 101 TFUE n'est pas établie pourrait éventuellement

conduire le Tribunal à s'interroger sur l'opportunité qu'il pourrait y avoir à majorer les amendes imposées à Servier au titre des autres infractions à l'article 101 TFUE.

**1958**Cependant, compte tenu de l'ensemble des circonstances de l'espèce, notamment celles rappelées à la fin du point 1954 ci-dessus, il n'y a pas lieu de procéder à une telle majoration, qui, d'ailleurs, n'a nullement été demandée par la Commission.

#### IV. Conclusion générale

**1959**En premier lieu, s'agissant de l'article 101 TFUE, il résulte de l'ensemble des considérations qui précèdent que la Commission a pu, à bon droit, constater une restriction de concurrence par objet pour les accords Niche, Matrix, Teva et Lupin. Dans ces conditions, il n'est pas nécessaire, en tout état de cause, d'examiner si le constat de restriction de concurrence par effet relatif à ces mêmes accords est fondé.

**1960**En revanche, d'une part, en ce qui concerne l'infraction constatée au titre des accords conclus avec Krka, le Tribunal conclut que la Commission n'a pas établi l'existence d'une restriction de concurrence par objet. Examinant le constat opéré par la Commission de l'existence d'une restriction de concurrence par effet, le Tribunal conclut également que celle-ci n'est pas établie. L'article 4 de la décision attaquée doit donc être annulé en tant que, par cet article, la Commission a constaté la participation de Servier à une infraction au titre de l'article 101, paragraphe 1, TFUE s'agissant des accords conclus entre Servier et Krka. Par voie de conséquence, l'article 7, paragraphe 4, sous b), de la décision attaquée, par lequel la Commission a prononcé une amende d'un montant de 37 661 800 euros à l'encontre de Servier au titre de cette infraction, doit également être annulé.

**1961**D'autre part, dans l'exercice de sa pleine juridiction, le Tribunal considère que le montant de l'amende infligée à Servier au titre de l'infraction relative à l'accord Matrix constatée à l'article 2 de la décision attaquée est trop élevé. Par conséquent, ce montant, qui résulte de l'article 7, paragraphe 2, sous b), de la décision attaquée, doit être réduit et fixé à 55 385 190 euros.

**1962**Pour le reste, en ce qui concerne les amendes infligées par la Commission à Servier au titre des accords Niche, Teva et Lupin, leur montant doit être confirmé.

**1963**En second lieu, s'agissant de l'article 102 TFUE, le Tribunal considère qu'il n'est pas établi que le marché des produits finis pertinent était limité au périndopril. La position dominante de Servier n'étant démontrée ni sur ce marché ni sur le marché de la technologie, l'existence d'un abus de cette position est remise en cause, de sorte que l'article 6 de la décision attaquée, relatif au constat de cette infraction, doit être annulé. Par voie de conséquence, l'article 7, paragraphe 6, de la décision attaquée, par lequel la Commission a prononcé une amende d'un montant de 41 270 000 euros à l'encontre de Servier au titre de cette infraction, doit également être annulé.

#### V. Sur les dépens

**1964**Aux termes de l'article 134, paragraphe 1, du règlement de procédure, toute partie qui succombe est condamnée aux dépens, s'il est conclu en ce sens.

**1965**Aux termes de l'article 134, paragraphe 3, première phrase, du règlement de procédure, si les parties succombent respectivement sur un ou plusieurs chefs, chaque partie supporte ses propres dépens.

**1966**Les requérantes et la Commission ayant partiellement succombé dans leurs demandes, il y a lieu de condamner chacune des parties à supporter ses propres dépens.

**1967**Aux termes de l'article 138, paragraphe 3, du règlement de procédure, le Tribunal peut décider qu'un intervenant autre que ceux mentionnés aux paragraphes 1 et 2 dudit article supportera ses propres dépens.

**1968**La disposition mentionnée au point 1967 ci-dessus étant applicable à l'EFPIA, il y a lieu de la condamner à supporter ses propres dépens.

Par ces motifs,

LE TRIBUNAL (neuvième chambre élargie)

déclare et arrête :

1) L'article 4 de la décision C(2014) 4955 final de la Commission, du 9 juillet 2014, relative à une procédure d'application des articles 101 et 102 TFUE [affaire AT.39612 – Périndopril (Servier)], est annulé, en tant qu'il constate la participation de Servier SAS et des Laboratoires Servier SAS aux accords visés à cet article.

2) L'article 6 de la décision C(2014) 4955 final est annulé.

3) L'article 7, paragraphe 4, sous b), et paragraphe 6, de la décision C(2014) 4955 final est annulé.

4) Le montant de l'amende infligée à Servier et aux Laboratoires Servier au titre de l'infraction visée à l'article 2 de la décision C(2014) 4955 final, tel qu'il résulte de l'article 7, paragraphe 2, sous b), de celle-ci, est fixé à 55 385 190 euros.

5) Le recours est rejeté pour le surplus.

6) Servier, Servier Laboratories Ltd et les Laboratoires Servier, d'une part, la Commission européenne, d'autre part, supporteront leurs propres dépens.

7) L'European Federation of Pharmaceutical Industries and Associations (EFPIA) supportera ses propres dépens.

\* Langue de procédure : le français.

1 Le présent arrêt fait l'objet d'une publication par extraits.

---

\* Verfahrenssprache: Französisch.

⌞ Es werden nur die Randnummern des Urteils wiedergegeben, deren Veröffentlichung das Gericht für zweckdienlich erachtet.

\* Language of the case: French.

⌞ Only the paragraphs of this judgment which the Court considers it appropriate to publish are reproduced here.

Zitiervorschlag:

EuG Ur. v. 12.12.2018 – T-691/14, BeckRS 2018, 37325

☐ [Verlag C.H.BECK oHG 2024](#)