RETTENS DOM (Femte Udvidede Afdeling)

26. oktober 2000 *

I sag T-41/96,

Bayer AG, Leverkusen (Tyskland), ved advokat J. Sedemund, Köln, og med valgt adresse i Luxembourg hos advokat A. May, 398, route d'Esch,

sagsøger,

støttet af

European Federation of Pharmaceutical Industries' Associations, Genève (Schweiz), først ved solicitor C. Walker, derefter ved solicitor T. Woodgate, og med valgt adresse i Luxembourg hos advokat A. May, 398, route d'Esch,

intervenient,

* Processprog: tysk.

mod

Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber ved W. Wils og K. Wiedner, Kommissionens Juridiske Tjeneste, som befuldmægtigede, og med valgt adresse i Luxembourg hos C. Gómez de la Cruz, Kommissionens Juridiske Tjeneste, Wagner-Centret, Kirchberg,

sagsøgt,

støttet af

Bundesverband der Arzneimittel-Importeure eV, Mülheim an der Ruhr (Tyskland), ved advokaterne W.A. Rehmann og U. Zinsmeister, Bruxelles, og med valgt adresse i Luxembourg hos advokaterne Bonn og Schmitt, 7, Val Ste Croix,

intervenient,

angående en påstand om annullation af Kommissionens beslutning 96/478/EF af 10. januar 1996 om en procedure i henhold til EF-traktatens artikel 85 (sag IV/34.279/F3 — Adalat) (EFT L 201, s. 1),

har

DE EUROPÆISKE FÆLLESSKABERS RET I FØRSTE INSTANS
(Femte Udvidede Afdeling)

sammensat af afdelingsformanden, J.D. Cooke, og dommerne R. García-Valdecasas, P. Lindh, J. Pirrung og M. Vilaras,

justitssekretær: fuldmægtig J. Palacio González,

på grundlag af den skriftlige forhandling og efter mundtlig forhandling den 28. oktober 1999,

afsagt følgende

Dom

Sagens faktiske omstændigheder

1 Sagsøgeren, Bayer AG (herefter »Bayer« eller »Bayer-koncernen«), er modervelskabet i en af de største europæiske kemiske og farmaceutiske koncerner og har datterselskaber i alle Fællesskabets medlemsstater. Sagsøgeren har i adskillige år produceret og forhandlet en række lægemidler under navnet »Adalat« eller »Adalate«, der indeholder det virksomme stof nifedipin, som bruges til behandling af hjerte-karsygdomme.

2 Prisen på Adalat fastsættes i de fleste medlemsstater direkte eller indirekte af de nationale sundhedsmyndigheder. Fra 1989 til 1993 var de priser, som var fastsat

af de spanske og franske sundhedsmyndigheder, gennemsnitligt 40% lavere end priserne i Det Forenede Kongerige.

3 På grund af disse prisforskelle begyndte fra 1989 grossister i Spanien at eksportere Adalat til Det Forenede Kongerige og fra 1991 grossister i Frankrig. Ifølge sagsøgeren er det britiske datterselskab Bayer UK's salg af Adalat fra 1989 til 1993 blevet næsten halveret på grund af parallelimport, hvorved datterselskabet har mistet en omsætning på 230 mio. tyske mark (DEM), hvilket gav Bayer et indtægtstab på 100 mio. DEM.

4 Som følge heraf ændrede Bayer-koncernen sin leveringspolitik og besluttede ikke længere at efterkomme de stadigt stigende ordrer, som indgik fra grossister i Spanien og Frankrig til koncernens spanske og franske datterselskaber. Ændringen blev foretaget med virkning fra 1989 for de ordrer, der var indgået til Bayer Spanien, og med virkning fra fjerde kvartal af 1991 for de ordrer, som var indgået til Bayer Frankrig.

5 Efter klage fra visse af de pågældende grossister indledte Kommissionen en administrativ procedure for at undersøge de overtrædelser af EF-traktatens artikel 85, stk. 1 (nu artikel 81, stk. 1, EF), som Bayer-koncernen hævdedes at have begået i Frankrig og Spanien.

6 Den 10. januar 1996 vedtog Kommissionen beslutning 96/478/EF, som er genstanden for nærværende sag, om en procedure i henhold til EF-traktatens artikel 85 (sag IV/34.279/F3 — Adalat) (EFT L 201, s. 1, herefter »beslutningen«).

7 Beslutningens artikel 1 bestemmer: »Det forbud mod at eksportere produkterne Adalate og Adalate 20 mg LP fra Frankrig og produkterne Adalat og Adalat-Retard fra Spanien til andre medlemsstater, som har været aftalt siden 1991 mellem Bayer Frankrig og dennes grossister og siden i hvert fald 1989 mellem Bayer Spanien og dennes grossister i forbindelse med deres faste forretningsforbindelser, udgør en overtrædelse af traktatens artikel 85, stk. 1, begået af Bayer AG.«

8 Beslutningens artikel 2 bestemmer:

»Bayer Tyskland skal bringe den i artikel 1 omhandlede overtrædelse til ophør og i forbindelse hermed især:

— senest to måneder efter meddelelsen af nærværende beslutning fremsende en rundskrivelse til deres grossister i Frankrig og Spanien, hvori det klart anføres, at det er tilladt at eksportere inden for EF, og at sådan eksport ikke vil medføre nogen sanktioner

— senest to måneder efter meddelelsen af nærværende beslutning angive dette klart i de almindelige salgsbetingelser, der anvendes i Frankrig og Spanien.«

9 Ved beslutningens artikel 3 pålægges Bayer AG en bøde på 3 mio. ECU.

10 Ved artikel 4 pålægges Bayer en tvangsbøde på 1 000 ECU for hver dags forsinkelse med opfyldelse af de i artikel 2 udtrykkeligt angivne forpligtelser.

Retsforhandlinger og parternes påstande

11 Ved stævning registreret på Rettens Justitskontor den 22. marts 1996 anlagde sagsøgeren sag med påstand om annullation af beslutningen.

12 Ved særskilt dokument registreret på Rettens Justitskontor samme dag indgav sagsøgeren begæring om, at gennemførelsen af beslutningens artikel 2 udsættes. Ved kendelse af 3. juni 1996 bestemte Rettens præsident, at gennemførelsen af beslutningens artikel 2 skulle udsættes; endvidere blev afgørelsen om sagens omkostninger udsat.

13 Den 1. august 1996 anmodede en tysk sammenslutning af lægemiddelimportører, Bundesverband der Arzneimittel-Importeure eV (herefter »BAI«) om at måtte intervenere til støtte for Kommissionens påstande.

14 Den 26. august 1996 anmodede European Federation of Pharmaceutical Industries' Associations (herefter »EFPIA«), en europæisk erhvervssammenslutning, som varetager interesserne hos 16 nationale erhvervssammenslutninger inden for lægemiddelsektoren, om at måtte intervenere i sagen til støtte for sagsøgerens påstande.

15 Ved kendelser af 8. november 1996 gav formanden for Rettens Femte Udvidede Afdeling tilladelse til, at de to parter intervenerede i sagen. De intervenerende parter afgav skriftlige indlæg den 12. februar 1997, og parterne i hovedsagen afgav deres bemærkninger vedrørende intervenienternes indlæg den 11. april 1997.

16 På grundlag af den refererende dommers rapport har Retten besluttet at indlede den mundtlige forhandling og som led i foranstaltninger med henblik på sagens

tilrettelæggelse i henhold til procesreglementets artikel 64 stillet sagsøgeren og Kommissionen en række skriftlige spørgsmål, som den har opfordret dem til at besvare under den mundtlige forhandling.

17 I retsmødet den 28. oktober 1999 har parterne afgivet mundtlige indlæg og besvaret Rettens skriftlige og mundtlige spørgsmål. I samme retsmøde har Kommissionen til støtte for nogle af sine svar på Rettens spørgsmål anmodet om at fremlægge nogle bilag til den meddelelse om klagepunkter, som Kommissionen tilsendte sagsøgeren under den administrative procedure. Da sagsøgeren ikke har modsat sig dette og tilkendegivet, at de pågældende dokumenter ikke indeholdt nogen fortrolige oplysninger vedrørende denne, har alle parterne, herunder intervenienterne, modtaget en kopi af disse bilag og har haft lejlighed til at udtale sig herom under den mundtlige forhandling.

18 Sagsøgeren har nedlagt følgende påstande:

— Beslutningen annulleres.

— Subsidiært annulleres den bøde på 3 mio. ECU, som er pålagt sagsøgeren.

— Mere subsidiært nedsættes bøden.

— Kommissionen tilpligtes at betale sagens omkostninger.

19 EFPIA, som har interveneret i sagen til støtte for sagsøgeren, har nedlagt følgende påstande:

— Beslutningen annulleres.

— Kommissionen tilpligtes at betale omkostningerne i forbindelse med EFPIA's intervention.

20 Kommissionen har nedlagt følgende påstande:

— Frifindelse.

— Sagsøgeren tilpligtes at betale sagens omkostninger.

21 BAI, som har interveneret i sagen til støtte for Kommissionen, har nedlagt påstand om dennes frifindelse.

Beslutningen

22 Beslutningen vedrører produktet Adalat, som tilhører en kategori af lægemidler, der betegnes »calcium-antagonister«, og bruges til behandling af hjerte-karsygdomme (hjerteinsufficiens, arteriel hypertension og angina pectoris) (8. betragt-

ning). Beslutningen vedrører dog kun to Adalat-produkter, nemlig 10 mg-kapsler (som markedsføres i Det Forenede Kongerige og Spanien under navnet »Adalat« og i Frankrig under navnet »Adalate«) og 20 mg-depottabletter (der markedsføres i Det Forenede Kongerige og Spanien under navnet »Adalat Retard« og i Frankrig under navnet »Adalate 20 mg LP«) (4. betragtning).

23 Hvad angår afgrænsningen af det geografiske marked antages det i beslutningen, at der i den foreliggende sag var tale om nationale markeder (150., 151. og 152. betragtning), da lægemiddelindustrien på tidspunktet for de faktiske omstændigheder i hovedsagen hovedsagelig udøvede sine aktiviteter i national sammenhæng, idet medlemsstaterne havde enekompetence til at godkende markedsføringen af et lægemiddel. Desuden var salget af lægemidler påvirket af den administrative politik, navnlig indkøbspolitikken, som medlemsstaterne fulgte, især Frankrig og Spanien, hvor priserne fastsættes direkte af de kompetente nationale myndigheder. Endelig fremhæves det i beslutningen, at forskellene i prisdannelsen og bestemmelserne om refusion har ført til store prisforskelle på lægemidler i medlemsstaterne.

24 Hvad angår produktmarkedet anføres det i beslutningen (153. betragtning), at det kriterium, der anlægges for afgrænsningen heraf, er, om de forskellige konkurrerende produkter tjener samme terapeutiske formål.

25 Hvad endelig angår det relevante marked for den adfærd, der undersøges i beslutningen, fremgår det af 154. betragtning, at dette marked for det første er markedet i Det Forenede Kongerige, »eftersom aftalerne indvirker direkte på det ved at afskærme det mod parallelimport«, og »for det andet [at] Frankrig og Spanien [må betragtes] som de markeder, hvorfra parallelimporten udgår«, »i det omfang, hvor disse markeder lukkes på kunstig vis, ved at der lægges hindringer i vejen for parallelimporten«.

26 Hvad angår Bayer's markedsandel med hensyn til salget af produktet Adalat anføres det i beslutningen (23. betragtning), at disse angives på basis af produktets vigtigste terapeutiske indikationer. Kommissionen har i så henseende hvad angår Frankrig antaget, at Adalat har en markedsandel på 5,1% inden for hjerteinsufficiens og 4,1% inden for hypertension, mens Adalat i Spanien har en markedsandel på 7,4% inden for hjerteinsufficiens og en markedsandel på 8,7% inden for hypertension. I Det Forenede Kongerige udgør markedsandelene 19,6% inden for hjerteinsufficiens og 16,6% inden for hypertension. Endelig har Adalat inden for Fællesskabet som helhed (De Tolv) en markedsandel på 7,6% inden for hjerteinsufficiens og 5,8% inden for hypertension (24.-27. betragtning).

27 Beslutningen beskriver Bayer-koncernens adfærd over for parallelimporten af Adalat fra Spanien og Frankrig til Det Forenede Kongerige samt reaktionerne heroverfor fra grossister og Bayer Spanien og Bayer Frankrigs kunder.

28 Hvad angår den retlige vurdering af denne adfærd udtales det i beslutningen (155.-199. betragtning), at Bayer Frankrig og Bayer Spanien har handlet i strid med traktatens artikel 85, stk. 1, ved at fastsætte et eksportforbud som led i deres faste forretningsforbindelse med deres respektive grossister, at disse kendte Bayer Frankrigs og Bayer Spaniens reelle motiver, og at de havde tilpasset deres adfærd til Bayer Frankrigs og Bayer Spaniens krav. Ifølge beslutningen foreligger der hermed en aftale, som indebærer en væsentlig begrænsning af konkurrencen, og som mærkbart påvirker samhandelen mellem medlemsstater.

Realiteten

29 Sagsøgerens principale anbringende er, at betingelserne i traktatens artikel 85, stk. 1, ikke er opfyldt, da selskabets adfærd, som beslutningen er rettet mod, er

blevet entydigt planlagt og vedtaget af det og ikke falder ind under denne traktatbestemmelses anvendelsesområde, idet der ikke blev indgået nogen aftale mellem selskabet og dets grossister vedrørende udførslerne af de til Det Forenede Kongerige leverede produkter. Subsidiært anfører sagsøgeren, at Kommissionen har begået et åbenbart urigtigt skøn ved at anvende denne traktatbestemmelse på en adfærd, der er lovlig efter artikel 47 i akten vedrørende Spaniens tiltrædelse af De Europæiske Fællesskaber, som angår beskyttelsen af patenter. Mere subsidiært gør sagsøgeren gældende, at retssikkerheds- og proportionalitetsprincippet er tilsidesat, da selskabet er blevet pålagt en bøde på grundlag af en ændret anvendelse af traktatens artikel 85 og en overtrædelse af artikel 15, stk. 2, i Rådets forordning nr. 17 af 6. februar 1962, første forordning om anvendelse af bestemmelserne i traktatens artikel 85 og 86 (EFT 1959-1962, s. 81).

Det principale anbringende om, at betingelserne i traktatens artikel 85, stk. 1, ikke er opfyldt, hvorimod de af Kommissionen er fundet anvendelige i sagen

I — *Parternes argumenter*

30 Efter sagsøgerens opfattelse kan de faktiske omstændigheder, der er relevante i sagen, sammenfattes således: En fabrikant, som ikke har nogen dominerende stilling på markedet, accepterer i en medlemsstat, hvor de nationale sundhedsmyndigheder har fastsat priserne langt under dem, der anvendes i andre medlemsstater, kun ordrer for så stor en mængde varer, som svarer til det kvantum, der normalt afsættes inden for disses traditionelle leveringsområder. Grunden til, at ordrerne til dels ikke efterkommes, skyldes, at grossisterne i uforholdsmæssig grad forhøjer de mængder, der normalt bestilles, for at kunne eksportere den overskydende del med henblik på at drage fordel af prisforskellene. Efter sagsøgerens opfattelse er en sådan praksis uhensigtsmæssig, da den påfører sagsøgerens egne datterselskaber i de andre medlemsstater betydelige omsætningstab, hvorved disses fortsatte beståen bringes i fare. For ikke at handle i strid med traktatens artikel 85 giver selskabet sit salgspersonale strenge instrukser om at løse problemet udelukkende ved en ensidig begrænsning af den accepterede mængde ordrer og over for grossisterne udelukkende at henvise

til, at »lagrene er udtømt«. Efterhånden som tiden går, bliver grossisterne dog klar over fabrikantens reelle motiver. Da denne kun accepterer en tilsvarende mængde ordrer som hidtil, tilpasser grossisterne tilsyneladende deres ordrer herefter, samtidig med at de skaffer sig større leveringer, der skal anvendes til eksport, ved at få andre grossister til at indkøbe varerne for dem. Herved fortsætter parallelimporten og tager endda til.

31 Sagsøgeren anfører, at prisen på Adalat i de fleste medlemsstater direkte eller indirekte fastsættes af sundhedsmyndighederne, hvilket på grund af de meget forskellige kriterier, som anvendes, har skabt enorme prisforskelle mellem medlemsstaterne. Således fastsatte sundhedsmyndighederne i Spanien og Frankrig inden for den omtvistede periode fra 1989 til 1993 gennemsnitligt priserne 40% lavere end prisniveauet i Det Forenede Kongerige, hvor statens kontrol med priserne på lægemidler er forskellig, idet den er baseret på medicinalfirmaernes fortjeneste.

32 Det var på grund af sådanne prisforskelle, at de spanske grossister, som normalt forsynede apoteker inden for deres salgszone i Spanien, og som købte Adalat af sagsøgerens spanske datterselskab, i 1989 begyndte at eksportere dette produkt i store mængder til Det Forenede Kongerige og derved opnåede betydelig større fortjenester end ved at levere til deres traditionelle kunder i Spanien (f.eks. bestilte en enkelt grossist pludselig en så stor mængde varer, at det svarede til næsten halvdelen af det samlede forbrug i Spanien, jf. beslutningens 114. betragtning). Sagsøgeren tilføjede, at en del af de spanske grossister på grund af de enorme fortjenester, der kunne opnås ved udførsler, endog helt holdt op med at levere til de spanske apoteker, som de normalt forsynede, og i stedet reeksporterede næsten alle deres beholdninger af Adalat til Det Forenede Kongerige. Dette medførte i visse egne af Spanien betydelig knaphed på forsyninger til apoteker og nødsagede Bayer til at hensyn til beskyttelsen af patienterne at levere direkte til apoteker, som de spanske grossister negligerede.

33 Hvad angår de franske grossister fremhæver sagsøgeren, at der skete en lignende udvikling i Frankrig fra september-oktober 1991, da franske grossister begyndte at eksportere store mængder Adalat til Det Forenede Kongerige.

34 På grund af denne situation og under hensyn til de problemer, som på langt sigt ville opstå for Bayer UK, besluttede sagsøgeren at ville træffe foranstaltninger over for aktiviteten med parallelimport. Situationen blev undersøgt på højeste beslutnings- og ansvarsniveau. Efter grundige drøftelser og en indgående juridisk undersøgelse af de foranstaltninger, som der var mulighed for at træffe, samt under skyldig hensyntagen til praksis ved Kommissionen og Fællesskabets retsinstanser på området, blev det besluttet, at det i stedet for helt at indstille leveringerne til grossister og selv at forestå salget, var bedre at vælge et »mere lempeligt« middel ved at nøjes med at begrænse de leverede mængder. Det sagsøgende selskab besluttede derfor, at det kun ville acceptere ordrer fra grossister i samme størrelsesorden som det foregående år, dog med mulighed for en forhøjelse på ca. 10% pr. år i overensstemmelse med stigningen i forbruget.

35 Sagsøgeren erkender at anvende et internt informationssystem til registrering af parallelimport, men bestrider dels, at det har det omfang, der angives i beslutningen, dels de forklaringer, som er givet vedrørende den måde, hvorpå det anvendes over for franske og spanske grossister, og som Kommissionen med urette har betegnet som et »eksportforbud«. Systemet bestod udelukkende i en angivelse af de mængder, der var leveret til den enkelte grossist i de foregående år, og i på grundlag af disse »referencemængder« — med en rimelig forhøjelse på ca. 10% pr. år tillige under hensyn til inflationen og forhøjelsen af de generelle prisindekser — på forhånd at fastsætte de årligt og månedligt leverede mængder.

36 Endvidere afviser sagsøgeren at have anvendt en politik, hvorefter leveringer betinges af et eksportforbud, således som Kommissionen har hævdet, og anfører, at den ordning, der blev anvendt, ikke omfattede en efterfølgende kontrol til efterprøvelse af, om de leverede mængder var blevet eksporteret.

37 Endelig fremhæver sagsøgeren, at det stod grossisterne frit for at eksportere de leverede produkter, hvilket fremgår af, at grossisterne ikke havde grund til at frygte »sanktioner«, såfremt produkternes endelige bestemmelsessted var Det Forenede Kongerige, da de vidste, at sagsøgeren ikke førte nogen som helst kontrol med de leverede produkters endelige bestemmelsessted. Grossisterne havde »de facto« udnyttet denne frihed, da de i vidt omfang eksporterede de produkter, de havde fået leveret, og dem, der blev leveret til andre grossister eller lokale forhandlere.

38 Ifølge sagsøgeren har Kommissionen ikke godtgjort, at der blev indgået en aftale mellem Bayer og selskabets grossister, og hverken sagsøgeren eller grossisterne havde nogen hensigt til at indgå en sådan aftale, da sagsøgeren anså det for lovligt at anvende en ensidig politik til begrænsning af leveringerne for at gøre det vanskeligere at foretage parallelimport, og da grossisterne ved deres adfærd viste, at de helt og holdent modsatte sig en sådan politik. Ifølge sagsøgeren er Kommissionens opfattelse ensbetydende med at antage, at betingelsen om, at der er indgået en aftale mellem virksomheder i traktatens artikel 85's forstand, er opfyldt, selv om den, som afgiver ordren, kun tilsyneladende ændrer sin adfærd, og selv om dennes faktiske adfærd helt klart viser, at vedkommende netop ikke har til hensigt at indgå den påståede aftale. Denne opfattelse strider mod artikel 85's ordlyd og formål, da det afgørende element i begrebet aftale, nemlig at der foreligger en samstemmende vilje, ikke efter denne opfattelse er nødvendigt for at antage, at der er indgået en aftale.

39 Desuden anfører sagsøgeren, at Kommissionen ikke havde støtte for denne opfattelse i tidligere administrativ og judiciel praksis, da der var forskel mellem de faktiske omstændigheder i den foreliggende sag og dem, der lå til grund for de tidligere afgørelser vedrørende hindringer for paralleleksport.

40 Sagsøgeren gør gældende, at det indtil nu er ubestridt, at en delvis eller fuldstændig leveringsnægtelse er en ensidig foranstaltning, som ikke er omfattet af traktatens artikel 85. Så længe der ikke er indgået nogen aftale i traktatens artikel 85, stk. 1's forstand, kan denne bestemmelse ikke anvendes i sagen. Med den opfattelse, Kommissionen har lagt til grund, udvides anvendelsesområdet for traktatens artikel 85 til også at omfatte ensidige leveringsnægtelser, som

imidlertid alene kan falde ind under traktatens artikel 86. Herved ophævedes den gældende, systematiske afgrænsning mellem artikel 85's og 86's anvendelsesområde.

41 Ifølge sagsøgeren er Kommissionen med vedtagelsen af beslutningen slået ind på en ny vej for at prøve holdbarheden af en politik, som er baseret på en speciel og ny retlig ordning for parallelimport og de problemer, denne rejser på konkurrenceområdet. Denne politik går ud over rammerne for den nuværende traktat, der ganske vist har til formål at etablere et indre marked, men ikke er så vidtgående, at den giver hjemmel til ved udstedelse af konkurrenceregler at forbyde en ensidig adfærd, når der ikke foreligger nogen dominerende stilling på markedet, blot fordi denne adfærd har til formål at forhindre paralleleksport.

42 Desuden går den principielle afgørelse, som er indeholdt i beslutningen, ifølge sagsøgeren langt ud over den foreliggende sag og medfører en meget vidtgående kontraheringsforpligtelse for virksomheder, som ikke dominerer markedet, da en fabrikant ikke kan nægte at opfylde ordrer af de ovenfor nævnte grunde uden at komme i strid med traktatens artikel 85. Dette resultat er i klar modstrid med ordlyden og opbygningen af traktatens artikel 85 og 86.

43 Endvidere kritiserer sagsøgeren Kommissionen for at have overset, at konkurrencen med lægemidler er blevet væsentlig fordrejet af prisordningerne, som er forskellige i medlemsstaterne. Ifølge sagsøgeren er disse ordninger vanskelige at forene med EF-traktatens artikel 30 (nu artikel 28 EF). Efter sagsøgerens opfattelse er de nationale ordninger for direkte og indirekte prisfastsættelse på lægemidler meget forskellige indbyrdes, er stærkt konkurrencefordrejende og dermed i strid med EF-traktatens artikel 3, litra g) [efter ændring nu artikel 3, litra g), EF].

44 Sagsøgeren påpeger, at Fællesskabet inden for lægemiddelsektoren langt fra har oprettet et indre marked og kritiserer, at virksomhederne behandles, som om

markedet allerede var etableret, selv om Fællesskabet ikke har truffet nogen effektive foranstaltninger til harmonisering af de nationale prisfastsættelsesordninger for at undgå fordrejninger af konkurrencevilkårene.

45 Desuden bestrider sagsøgeren Kommissionens opfattelse om, at en fællesskabsordning er unødvendig, fordi parallelimporten på langt sigt vil medføre en samordning af priserne på lægemidler.

46 Sagsøgeren foreslår vidneførsel til godtgørelse af, for det første, at visse spanske grossister, som havde eksporteret alle deres Adalat-pakninger, med deres adfærd havde bragt forsyningen af talrige spanske apoteker i fare, for det andet, at beslutningen om ikke længere at opfylde samtlige ordrer blev truffet, efter at der var foretaget en dybtgående juridisk undersøgelse af beslutningens forenelighed med fællesskabsretten, og for det tredje, at Kommissionen havde afstået fra at fortsætte en tidligere undersøgelse inden den undersøgelse, som førte til den foreliggende sag, hvori Bayer's adfærd over for parallelimportørerne allerede var blevet undersøgt.

47 Intervenienten EFPIA, som er indtrådt i sagen til støtte for sagsøgeren, har tilsluttet sig dennes argumenter.

48 Kommissionen har gjort gældende, at tilsidesættelsen består i den aftale om at forbyde eksporten af Adalate til de andre medlemsstater, som er indgået mellem sagsøgeren og de spanske og franske grossister.

49 Den anfører, at Bayer Frankrig og Bayer Spanien har fastsat og pålagt et eksportforbud, og at Bayer-koncernen har indført en ordning til kontrol med parallelimport, som består i en identifikation af de eksporterende grossister, en drastisk nedsættelse af leveringerne, en kontrol med de leverede mængders

endelige bestemmelsessted og sanktioner over for de grossister, som har eksporteret varerne, ved en yderligere nedsættelse af leveringerne. Kommissionen anser det for godtgjort, at denne ordning er iværksat af Bayer, at grossisterne kendte sagsøgerens bevæggrunde, og at de samtykkede i eksportforbuddet, fordi de vidste, at de i modsat fald måtte forvente, at deres ordrer kun blev opfyldt i det omfang, det var nødvendigt for at imødekomme behovet på det nationale marked, eller i et mere begrænset omfang, som blev fastsat af sagsøgeren.

50 Efter Kommissionens opfattelse er det fejlagtigt at antage, at Bayer besluttede generelt at levere alle grossister de mængder, der mindst svarede til referencemængden, dvs. mængden for det foregående år med tillæg af 10%. Nedsættelsen af leveringerne i forhold til ordrerne blev nemlig ikke anvendt på alle grossister på grundlag af det påståede ensartede referenceniveau (jf. beslutningens 96. betragtning). For visse grossister blev ordrerne nedsat til det foregående års niveau uden noget tillæg på 10% (det var tilfældet med CERP Lorraine, som nævnt i beslutningens 87. og 165. betragtning, og med Hefame, som nævnt i beslutningens 122., 123. og 124. samt 168. betragtning), mens nedsættelsen af leveringernes omfang i andre tilfælde endog kunne begrænse de pågældende grossisters mulighed for at forsyne deres traditionelle markeder med tilstrækkelige produktmængder (jf. tilfældet Hufasa, som nævnt i beslutningens 114., 127. og 166. betragtning, og med Cofares, som nævnt i beslutningens 121. og 169. betragtning).

51 Følgelig antog grossisterne, at de påbudte begrænsninger havde sammenhæng med udførslerne, og at de på grund af de mulige gengældelsesforanstaltninger havde al mulig interesse i udtrykkeligt at overholde eksportforbuddet, sådan som de gjorde. Hermed samtykkede grossisterne med sagsøgeren i ikke at eksportere Adalate mod til gengæld at modtage tilstrækkelige leveringer.

52 Kommissionen anfører, at sagsøgeren regnede med grossisternes samtykke til gennemførelse af dette eksportforbud, og at den samstemmende vilje ikke modsiges af, at de to parter ikke havde samme interesse i at indgå aftalen. En aftale i traktatens artikel 85, stk. 1's forstand forudsætter alene, at de to parter har en interesse i indgåelsen og ikke nødvendigvis samme interesse. Da grossisterne havde interesse i at undgå nedsat levering, og da sagsøgeren havde

interesse i at undgå paralleleksport eller i hvert fald i, at denne blev indskrænket, var der en fælles interesse i, at paralleleksporten blev forhindret eller i det mindste begrænset.

53 Den omstændighed, at grossisterne ikke gav fuldstændig afkald på at foretage udførsler, kan ikke skabe tvivl om, at der i det foreliggende tilfælde bestod en aftale eller blev givet samtykke fra grossisternes side til eksportforbuddet. Kommissionen erkender, at de spanske og franske grossister ganske vist ville have foretrukket fortsat at eksportere til Det Forenede Kongerige, men at de havde begrænset de bestilte mængder til et sådant niveau, at Bayer måtte få det indtryk, at de opfyldte selskabets erklærede ønske om, at de begrænsede leveringerne til efterspørgslen på de traditionelle markeder.

54 Ifølge Kommissionen er dens beslutning i fuld overensstemmelse med dens egen administrative og Domstolens praksis, da der er anlagt en tilsvarende fortolkning af begrebet aftale bl.a. i Domstolens dom af 11. januar 1990 i sagen Sandoz prodotti farmaceutici mod Kommissionen (sag C-277/87, Sml. I, s. 45, summarisk offentliggørelse, herefter »Sandoz-dommen«) og af 8. februar 1990 i sagen Tipp-Ex mod Kommissionen (sag C-279/87, Sml. I, s. 261, summarisk offentliggørelse).

55 Kommissionen bestrider at have sat sig ud over afgrænsningen mellem anvendelsesområdet for traktatens artikel 85 og 86 ved at fastslå, at der i sagen forelå en aftale i artikel 85's forstand, da grossisterne selv bestemte at ville efterkomme sagsøgerens ønske og at ville sikre sig selv tilstrækkelige forsyninger ved at acceptere en begrænsning af udførslerne. Følgelig er de retspolitiske betragtninger, som sagsøgeren har fremført, efter Kommissionens opfattelse baseret på urigtige præmisser, hvorfor det er unødvendigt at undersøge dem nærmere.

56 Kommissionen deler ikke sagsøgerens opfattelse om, at lægemiddelsektoren udgør et særligt marked, som konkurrencereglerne kun bør finde anvendelse på i

begrænset omfang. Den erkender, at mange medlemsstater fortsat intervenerer på lægemiddelmarkedet, og at de gennemsnitlige priser og forbrugervanerne er forskellige på grund af de forskellige eksisterende opfattelser. Det er imidlertid blevet fastslået, at Kommissionen ikke kan modsætte sig priskontrolordninger som sådan ved anvendelse af bestemmelserne om de frie varebevægelser, men kun bekæmpe eventuelle diskriminatoriske virkninger i medfør af traktatens artikel 30. Det er grunden til, at Kommissionen efterfølgende kun anfægtede de statslige foranstaltninger, som klart favoriserede industrien eller den nationale lægemiddelforskning.

57 Den omstændighed, at medlemsstaterne anvender forskellige prisreguleringssystemer, betyder ikke, at formålet med etableringen af et indre marked ikke også har gyldighed for lægemiddelsektoren. Da disse prisreguleringssystemer under alle omstændigheder giver virksomhederne en tilstrækkelig manøvrefrihed, bør parallelimporten hverken hindres af statslige foranstaltninger eller af en konkurrencebegrænsende adfærd fra virksomhedernes side. Såfremt statslige foranstaltninger, der hindrer paralleleksport, er forbudt, må også foranstaltninger, som virksomheden træffer ud fra det samme formål, således som det er tilfældet i denne sag, være forbudt. Følgelig må det være i strid med traktatens artikel 85 at hindre parallelimport af lægemidler, således som det bl.a. fremgår af Sandoz-dommen.

58 Kommissionen tilføjer, at Domstolen allerede fastslog i dommen af 31. oktober 1974 i sagen Centrafarm og de Peijper (sag 15/74, Sml. s. 1147) og af 20. januar 1981 i sagen Musik-Vertrieb membran og K-tel International (forenede sager 55/80 og 57/80, Sml. s. 147), at bestemmelserne om gennemførelse af de frie varebevægelser finder anvendelse på en sektor, uanset om de pågældende nationale retsforskrifter er harmoniseret eller ej. Følgelig kan efter Kommissionens opfattelse eksportforbud også bekæmpes inden for lægemiddelsektoren, således som det klart fremgår af Domstolens praksis. Hvad angår traktatens artikel 30 henviser Kommissionen bl.a. til Domstolens dom af 20. maj 1976 i de Peijper-sagen (sag 104/75, Sml. s. 613), af 23. maj 1978 i Hoffmann-La Roche-

sagen (sag 102/77, Sml. s. 1139), af 14. juli 1981 i Merck-sagen (sag 187/80, Sml. s. 2063) og hvad angår traktatens artikel 85, stk. 1, til Sandoz-dommen.

59 Endelig anfører Kommissionen, at den har lagt det princip til grund, at parallelimport på langt sigt vil medføre en samordning af priserne på lægemidler, og at den finder det uacceptabelt, at parallelimport hindres, således at medicinalfirmaer har mulighed for at anvende umådeholdent høje priser i de lande, hvor der ikke findes nogen priskontrol, for at udligne deres mindre fortjenester i de medlemsstater, som griber mere ind i prisfastsættelsen.

60 Hvad angår markedet for lægemidler har BAI gjort gældende, at apoteker er ude af stand til af såvel økonomiske som af forsyningsmæssige grunde at have et fuldstændigt udvalg af de mest almindelige lægemidler på lager i tilstrækkelige mængder, hvorimod grossister på grund af deres stilling og funktion på lægemiddelmarkedet bliver nødt til at have et sådant udvalg på lager, så de er i stand til hurtigt at levere alle de lægemidler, som et apotek bestiller, da apoteket i modsat fald vil benytte en anden grossist, der har de nødvendige lagre. På grund af disse omstændigheder og under hensyn til strukturen på lægemiddelmarkedet samt den ordning for kontrol med salget, som Bayer har indført, er det BAI's opfattelse, at grossisterne blev nødt til at indordne sig under denne kontrol, væsentligt nedsætte ordrerne og dermed udførslerne, uden at fabrikanten udtrykkeligt behøvede at true dem.

61 Hvad angår beviset for, at BAI blev påbudt et eksportforbud, er det ubestrideligt, at de eksporterende grossister blev pålagt sanktioner, da Bayer konstant kontrollerede salget af sine produkter og hele tiden tilpassede sig markedsudviklingen. Til støtte herfor anfører BAI, at den oversigt over ordrer på »Adalate LP 20 mg«, som er gengivet i beslutningens 87. betragtning, klart godtgør, at en grossist, som foretog udførsler, måtte regne med en efterfølgende nedskæring af de leverede mængder, og at Bayer hver gang reagerede på mængden af grossisternes ordrer og pålagde de eksporterende grossister sanktioner ved at foretage meget betydelige nedskæringer i leveringerne.

II — *Rettens bemærkninger*

A. *Indledende bemærkninger*

62 Ifølge fast praksis skal Retten under et annullationssøgsmål vedrørende en beslutning om anvendelse af traktatens artikel 85, stk. 1, generelt udøve fuld kontrol med, om betingelserne for at anvende artikel 85, stk. 1, er opfyldt (jf. i denne retning Domstolens dom af 11.7.1985, sag 42/84, Remia m.fl. mod Kommissionen, Sml. s. 2545, præmis 34, og af 17.11.1987, forenede sager 142/84 og 156/84, BAT og Reynolds mod Kommissionen, Sml. s. 4487, præmis 62).

63 Traktatens artikel 85, stk. 1, første afsnit, bestemmer:

»Alle aftaler mellem virksomheder, alle vedtagelser inden for sammenslutninger af virksomheder og alle former for samordnet praksis, der kan påvirke handelen mellem medlemsstater, og som har til formål eller til følge at hindre, begrænse eller fordreje konkurrencen inden for fællesmarkedet, er uforenelige med fællesmarkedet...«

64 Det fremgår af denne bestemmelses ordlyd, at det heri indeholdte forbud udelukkende vedrører en to- eller flersidigt samordnet adfærd, som er foretaget ved indgåelse af aftaler mellem virksomheder, vedtagelser inden for sammenslutninger af virksomheder eller samordnet praksis.

65 Hvad angår den foreliggende sag fastslås det i beslutningen, at der er indgået en »aftale mellem virksomheder« i denne traktatbestemmelses forstand. Sagsøgeren

har imidlertid fastholdt, at den adfærd, for hvilken selskabet er pålagt sanktioner ved beslutningen, er ensidig og derfor falder uden for denne traktatbestemmelse. Efter selskabets opfattelse har Kommissionen givet en fortolkning af begrebet aftale i traktatens artikel 85, stk. 1's forstand, som går videre, end der er holdepunkt for i retspraksis, og har anvendt begrebet på en sådan måde i den foreliggende sag, at det strider mod artikel 85. Heroverfor har Kommissionen anført, at den nøje har fulgt retspraksis ved anvendelsen af begrebet aftale, og at det har anvendt dette begreb helt adækvat på sagens omstændigheder. Det må derfor afgøres, om Kommissionen i betragtning af, hvorledes begrebet aftale er nærmere fastlagt i retspraksis, var berettiget til at anse den adfærd, som er beskrevet i beslutningen, for en aftale mellem virksomheder i traktatens artikel 85, stk. 1's forstand.

B. *Begrebet aftale i traktatens artikel 85, stk. 1's forstand*

66 Det fremgår af retspraksis, at når en fabrikants beslutning udgør en ensidig adfærd fra virksomhedens side, falder beslutningen uden for forbuddet i traktatens artikel 85, stk. 1 (jf. i denne retning Domstolens dom af 25.10.1983, sag 107/82, AEG mod Kommissionen, Sml. s. 3151, præmis 38, og af 17.9.1985, forenede sager 25/84 og 26/84, Ford og Ford Europe mod Kommissionen, Sml. s. 2725, præmis 21, og Rettens dom af 7.7.1994, sag T-43/92, Dunlop Slazenger mod Kommissionen, Sml. II, s. 441, præmis 56).

67 Det fremgår af fast retspraksis, at det, for at der er tale om en aftale i henhold til traktatens artikel 85, stk. 1, er tilstrækkeligt, at de pågældende virksomheder har givet udtryk for en fælles vilje til at optræde på markedet på en bestemt måde (Domstolens dom af 15.7.1970, sag 41/69, ACF Chemiefarma mod Kommissionen, Sml. 1970, s. 107, org. ref.: Rec. s. 661, præmis 112, og af 29.10.1980, forenede sager 209/78-215/78 og 218/78, Van Landewyck m.fl. mod Kommissionen, Sml. s. 3125, præmis 86, samt Rettens dom af 17.12.1991, sag T-7/89, Hercules Chemicals mod Kommissionen, Sml. II, s. 1711, præmis 256).

68 Hvad angår den form, hvorunder den fælles vilje er kommet til udtryk, er det tilstrækkeligt, at en bestemmelse er udtryk for parternes vilje til at indrette deres adfærd på markedet efter den pågældende bestemmelse (jf. bl.a. dommen i sagen ACF Chemiefarma mod Kommissionen, præmis 112, og i sagen Van Landewyck mod Kommissionen, præmis 86), og er ikke nødvendigt, at bestemmelsen har karakter af en bindende og gyldig aftale efter national ret (Sandoz-dommen, præmis 13).

69 Heraf følger, at begrebet aftale i traktatens artikel 85, stk. 1's forstand, som dette fortolkes i retspraksis, forudsætter, at mindst to parter har en samstemmende vilje, hvorved det ikke er afgørende, i hvilken form denne manifesterer sig, forudsat den udgør en korrekt afspejling af parternes vilje.

70 Under visse forhold er de foranstaltninger, som en fabrikant har truffet eller tilsyneladende påbudt ensidigt som led i sin faste forretningsforbindelse med sine forhandlere, blevet antaget at udgøre en aftale i traktatens artikel 85, stk. 1's forstand (Domstolens dom af 12.7.1979, forenede sager 32/78 og 36/78-82/78, BMW Belgium m.fl. mod Kommissionen, Sml. s. 2435, præmis 28, 29 og 30, i sagen AEG mod Kommissionen, præmis 38, i sagen Ford og Ford Europe mod Kommissionen, præmis 21, dom af 22.10.1986, sag 75/84, Metro mod Kommissionen, »Metro II«-sagen, Sml. s. 3021, præmis 72 og 73, i Sandoz-sagen, præmis 7-12, og dom af 24.10.1995, sag C-70/93, Bayerische Motorenwerke, Sml. I, s. 3439, præmis 16 og 17).

71 Det fremgår af denne praksis, at der bør sondres mellem de tilfælde, hvor en virksomhed har truffet en egentlig ensidig foranstaltning, dvs. uden en anden virksomheds udtrykkelige eller stiltiende medvirken, og de tilfælde, hvor foranstaltningens ensidige karakter kun er tilsyneladende. De førstnævnte tilfælde falder ikke ind under traktatens artikel 85, stk. 1, hvorimod de sidstnævnte må anses for at vise, at der foreligger en aftale mellem virksomheder, der således kan falde ind under traktatbestemmelsens anvendelsesområde. Det gælder navnlig konkurrencebegrænsende praksis og foranstaltninger, som en fabrikant tilsyneladende vedtager ensidigt som led i sin forretningsforbindelse med sine sælgere, men som dog opnår disses, i det mindste stiltiende, samtykke.

72 Det fremgår tillige af denne retspraksis, at Kommissionen ikke er berettiget til at lægge til grund, at den tilsyneladende ensidige adfærd, som en fabrikant følger i sin forretningsforbindelse med sine sælgere, reelt udgør en aftale mellem virksomheder i traktatens artikel 85, stk. 1's forstand, medmindre den har godtgjort, at der foreligger et udtrykkeligt eller stiltiende samtykke fra de andre medkontrahenter til fabrikantens handlemåde (jf. i denne retning dommen i sagen BMW Belgium m.fl. mod Kommissionen, præmis 28, 29 og 30, i sagen AEG mod Kommissionen, præmis 38, i sagen Ford og Ford Europe mod Kommissionen, præmis 21, i Metro-II-sagen, præmis 72 og 73, i Sandoz-sagen, præmis 7-12, og i sagen Bayerische Motorenwerke, præmis 16 og 17).

C. *Anvendelse af begrebet aftale i den foreliggende sag*

73 I den foreliggende sag har Kommissionen i mangel af et direkte dokumentbevis for, at der er indgået en aftale mellem parterne om begrænsning eller nedskæring af udførslerne, antaget, at det fremgår henholdsvis af sagsøgerens og de i beslutningen omhandlede grossisters adfærd, at de havde en samstemmende vilje, som støtter, at der foreligger en aftale.

74 Kommissionen anfører således i beslutningen (155. betragtning), at »Bayer Frankrig og Bayer Spanien har handlet i strid med [traktatens] artikel 85, stk. 1«, og at betingelserne for at anvende denne artikel var opfyldt, da disse datterselskaber havde fastsat »et eksportforbud inden for rammerne af deres forretningsforbindelser med [grossisterne]«. Kommissionen bemærker endvidere (156. betragtning), at »en analyse af den adfærd, Bayer Frankrig og Bayer Spanien har anlagt over for deres respektive grossister, fører til den konklusion, at Bayer Frankrig og Bayer Spanien har pålagt grossisterne et eksportforbud inden for rammerne af deres forretningsforbindelser med dem«. Kommissionen anser det for godtgjort (176. betragtning), at grossisterne har udvist »en adfærd, som svarer til en udtrykkelig anerkendelse af eksportforbuddet«.

75 Når Kommissionen taler om et »eksportforbud« i beslutningen, opfatter den det altså som et ensidigt krav, hvorom der er indgået en aftale mellem sagsøgeren og grossisterne. Kommissionens konklusion om, at der foreligger en aftale i strid med traktatens artikel 85, stk. 1, beror altså på en antagelse af, at det er godtgjort, at sagsøgeren har søgt og opnået en aftale med grossisterne i Spanien og Frankrig, der havde til formål at forhindre eller begrænse parallelimport.

76 Sagsøgeren erkender at have ført en ensidig politik til begrænsning af parallelimport. Selskabet bestrider dog at have fastsat og pålagt et eksportforbud. I så henseende anfører det, at det aldrig har drøftet, endsige indgået, en aftale med grossisterne for at forhindre dem i at eksportere eller begrænse dem i udførslen af de leverede mængder. Desuden anfører selskabet, at grossisterne ingenlunde tilsluttede sig dets ensidige politik og ikke havde nogen hensigt til at gøre det.

77 For at kunne afgøre, om Kommissionen under disse forhold har ført tilstrækkelig bevis for, at der forelå en samstemmende vilje hos parterne om at begrænse paralleleksporten, må det, som anført af sagsøgeren, undersøges, om Kommissionen har foretaget en fejlagtig vurdering af Bayer's og grossisternes respektive hensigter.

1. Sagsøgerens påståede hensigt til at pålægge et eksportforbud

a) Indledende bemærkninger

78 Det anses for godtgjort i beslutningen, at sagsøgerens franske og spanske datterselskab har pålagt henholdsvis de franske og de spanske grossister et

eksportforbud, som blev gennemført ved en identifikation af de eksporterende grossister og ved at foretage en successiv beskæring af de til dem leverede mængder, hvis det viste sig, at de eksporterede alle eller en del af disse produkter. Ifølge ordlyden af det andet afsnit i beslutningens 156. betragtning kan eksportforbuddet »udledes af følgende supplerende elementer: systematisk indkredsning af eksporterende grossister (a) og successiv beskæring af Bayer Frankrigs og Bayer Spaniens leverancer til de grossister, der eksporterer alle eller en del af de leverede varer (b)«.

79 I beslutningen angiver Kommissionen sine grunde (160.-170. betragtning) til at anse det for godtgjort, at sagsøgeren foretog »successive beskæringer af Bayer Frankrigs og Bayer Spaniens leverancer til grossister, der eksportere[de] alle eller en del af de leverede varer«, og at »levering[en] af de mængder, Bayer Frankrig og Bayer Spanien [gik] med til at levere, [følgelig forudsatte] overholdelse af et eksportforbud«. Navnlig anfører Kommissionen (160. betragtning, første afsnit), at »de grossister, der eksporterer alle eller en del af de leverede varer, udsætter sig for at få beskåret de mængder, Bayer Frankrig og Bayer Spanien leverer ved senere ordrer«. Kommissionen tilføjer (163. betragtning):

»Af de oplysninger, Kommissionen er i besiddelse af, fremgår, at levering af de mængder, Bayer Frankrig og Bayer Spanien går med til at levere, forudsætter overholdelse af et eksportforbud. Hvor meget Bayer Frankrig og Bayer Spanien beskærer leverancerne, afpasses efter grossisternes adfærd i relation til eksport. Hvis grossisterne overtræder forbuddet mod at eksportere, vil de automatisk få deres leverancer yderligere beskåret.«

80 Kommissionen konkluderer (170. betragtning):

»Alle disse elementer i Bayer Frankrigs og Bayer Spaniens adfærd viser, at de udsatte deres grossister for en permanent trussel om at beskære leverancerne til

dem, og at denne trussel blev ført ud i livet gentagne gange, hvis grossisterne ikke rettede sig efter eksportforbuddet.«

b) Rækkevidden af sagsøgerens kontrol med salget af Adalat

81 Sagsøgeren har gjort gældende, at selskabet ved gennemførelsen af sin politik om kun at opfylde ordrerne, i det omfang de svarede til grossisternes traditionelle efterspørgsel, anvendte en generel ordning for kontrol ved salget af Adalat. Selskabet erkender at have haft interesse i at have kendskab til de grossister, som kunne tænkes at eksportere, for at gennemføre sin politik. Det anvendte informationssystem gjorde det dog ikke muligt at foretage nogen kontrol med produkterne, efter at de var leveret, for at blive klar over, om de var blevet eksporteret eller ej. Systemet bestod udelukkende i en registrering af de varemængder, som var leveret til grossisterne i løbet af de foregående år, og i en forudfastsættelse på dette grundlag af de mængder, selskabet ville levere til den enkelte grossist. Følgelig har Kommissionen ikke fornødent grundlag for sin opfattelse om, at Bayer betingede leveringerne til hver enkelt grossist af en efterprøvelse af, at de mængder, som var leveret i overensstemmelse med den nye politik, ikke i sidste ende var blevet eksporteret til Det Forenede Kongerige, og om at Bayer indførte en ordning med sanktioner over for de grossister, der fortsat eksporterede efter gennemførelsen af denne politik.

82 Kommissionen har støttet sin beskrivelse af sagsøgerens kontrol med salget af Adalat på det dokument fra Bayer Spanien, som er gengivet i beslutningens 109. betragtning, og som Kommissionen havde fundet i Bayer Frankrigs lokaler. Dokumentet består i nogle overheads fra et foredrag af en ledende medarbejder ved det spanske datterselskab, som denne benyttede, da han under et møde i Bayer Frankrigs lokaler forklarede det distributionskontrolsystem, der blev anvendt for Adalat i Spanien. Ifølge Kommissionen indeholder dette dokument en fuldstændig beskrivelse af det system, sagsøgeren anvendte for at identificere de kunder, som eksporterede.

83 Sagsøgeren har under den mundtlige forhandling erkendt, at disse overheads indeholder en korrekt beskrivelse af det system, selskabet anvendte. Da der er tale om et dokument, som efter sin karakter udelukkende var bestemt til at skulle anvendes internt i Bayer-koncernen, må det antages at illustrere den måde, hvorpå Bayer besluttede at imødegå parallelimport.

84 Det bemærkes, at de nævnte overheads begynder med en angivelse af problemet, som anføres at være, at mængden af ordrer på Adalat steg med 300% på nogle få uger, at denne forøgelse tømte lagerbeholdningerne, skabte tvivl om den ensartede distribution i hele landet og fremkaldte almindelig utilfredshed såvel hos grossisterne som i den »interne og eksterne salgsorganisation« og hos apotekerne, og endelig at den skabte forstyrrelse i produktionsrytmen på grund af de store ordrer på Adalat.

85 Endvidere viser disse overheads, at sagsøgeren fandt, at den mest hensigtsmæssige løsning til imødegåelse af de problemer, som var fremkaldt ved den pludselige og voldsomme forhøjelse af ordrerne på Adalat, var på forhånd at fastsætte en begrænsning af leveringen til den enkelte grossist, hvorved der blev taget hensyn til forskellige faktorer, herunder »indkredsningen af eventuelle eksportører«. Desuden fremgår det af dokumentet, at Bayer-koncernen med henblik på anvendelsen af dette kontrolsystem i Spanien havde forberedt sig at måtte drøfte grænserne for de leveringsmængder, som var tildelt den enkelte grossist. Med henblik herpå havde koncernen dels forberedt et argument, der altid skulle fremføres af selskabets salgsafdeling længere nede i systemet, nemlig at »lagrene [var] udtømt«, dels udpeget en person med ansvar for den direkte kontakt til grossisterne, som måtte forudses at ville insistere for at få ændret de fastsatte grænser.

86 De omtalte overheads viser, at det med henblik på anvendelsen af den grænse, der var fastsat for hver enkelt kunde, var muligt med det indførte system automatisk at standse en ordre fra en kunde, som oversteg den tildelte mængde, og foretage en »manuel« revision af denne ordre. Det bør desuden præciseres, at dette system bl.a. havde til formål at give mulighed for »indkredsning af suspekte kunder«. Hvad endelig angår reaktionen på de ordrer, som blev revideret manuelt, fremgår

det af disse overheads, at systemet medførte en »beskæring af mængden [snarere] end annullering af ordren«.

87 De nævnte overheads indeholder en tabel under overskriften »Resultatet«, der er en god illustration af, hvorledes dette kontrolsystem blev anvendt i praksis. Det fremgår af tabellen, som er gengivet i slutningen af beslutningens 109. betragtning, at Bayer Spanien forudfastsatte måneds- og årsgrænser for ordrerne fra hver enkelt grossist og på grundlag af hver enkelt leveringsseddel kontrollerede, om grossisten havde overskredet disse grænser.

88 Disse overheads indeholder imidlertid intet i indicium for, at Bayer havde til hensigt at forbyde udførslerne eller at kontrollere de mængder, som hver enkelt af de fulgte grossister faktisk havde eksporteret, og at reagere derpå.

89 Indholdet af dette interne dokument kan derfor ikke — i modsætning til den fortolkning, Kommissionen har anlagt heraf — betragtes som bevis for, at sagsøgeren havde baseret sin strategi på kontrollen med de leverede produkters endelige bestemmelsessted og på sanktionerne over for de eksporterende grossister.

90 Herefter skal gennemgås de forskellige eksempler på franske og spanske grossister, som Kommissionen har nævnt til godtgørelse af, at nedskæringen af leveringerne ikke var blevet fastsat ensidigt på forhånd, men var en reaktion på grossisternes handlemåde med hensyn til afgivelse af ordrer, hvilket ifølge Kommissionen godtgør, at der blev fulgt en politik med systematisk kontrol af udførslerne og med sanktioner over for de grossister, som havde eksporteret de leverede produkter.

91 Hvad angår CERP Lorraine henviser Kommissionen til den oversigt over ordrer afgivet af denne franske grossist, som er gengivet i beslutningens 87. betragtning.

Oversigten viser, at denne grossist, som mellem juni 1991 og februar 1992 gennemsnitlig havde afgivet månedlige ordrer på mellem 50 000 og 70 000 pakker Adalat, og som i juli 1991 havde modtaget 69 000 pakker fra Bayer Frankrig, kun modtog 35 000 i september 1991 og derpå 15 000 pr. måned i de følgende tre måneder og kun 7 500 i februar 1992. Ifølge Kommissionen godtgør disse nedskæringer i leveringerne, at Bayer ikke altid anvendte det samme kriterium, nemlig kriteriet om referencemængder fastsat på grundlag af ordrerne i det foregående år.

92 Det fremgår af ordlyden af beslutningens 87. betragtning, at Bayer fra september 1991 væsentlig nedskar sine leveringer til denne grossist i forhold til de foregående måneder, og at selskabet som begrundelse herfor henviste til, at lagrene på det franske marked var udtømt. Der er imidlertid ingen omtale af de eventuelle udførsler af de leverede mængder. Kommissionen kan derfor ikke i denne oversigt over ordrerne finde støtte for sin opfattelse om, at leveringen var betinget. Tværtimod gengiver denne betragtning i beslutningen tillige en skrivelse fra Bayer Frankrig til CERP Lorraine, hvori Bayer Frankrig ifølge det af Kommissionen angivne erklærede, at »CERP Lorraine (gennemsnitligt) købte 9 000 pakker om måneden. Derfor kunne Bayer Frankrig ikke efterkomme en øget efterspørgsel året efter«. Dette må fortolkes som en bekræftelse af — som hævdet af sagsøgeren — at selskabets nye leveringspolitik var baseret på den enkelte grossists normale efterspørgsel, som for CERP Lorraine's vedkommende var seks til syv gange mindre end de mængder, det havde bestilt i månederne forud for iværksættelsen af den nye politik. Sagsøgerens opfattelse bekræftes af beslutningens 165. betragtning, hvori det anføres, at Bayer Frankrig førte nøje kontrol med CERP Lorraine's ordrer og kun gik med til at levere, hvad der nøje svarede til leverancerne året før.

93 Den samme vurdering må anlægges hvad angår den franske grossist OCP, hvis situation er beskrevet i beslutningens 91. betragtning. Denne grossist havde fremsendt en ordreplan til Bayer Frankrig omfattende leverancer på 50 000 pakker Adalat til marts, april og maj 1992. Det nævnes, at grossisten tilsendte Bayer Frankrig et telex, hvori han bebrejdede denne kun at have leveret 15 000 pakker i februar og 5 000 i marts. Kommissionen kan imidlertid ikke støtte sin opfattelse

om de betingede leveringer på dette telex, så længe det ikke indeholder nogen som helst angivelse af eller henvisning til noget eksportforbud.

94 Hvad angår den spanske grossist Hefame gør Kommissionen gældende, at også denne var blevet identificeret som paralleleksportør. I beslutningens 120. betragtning, som gengiver de forklaringer, Hefame havde givet sine utilfredse kunder i Det Forenede Kongerige, fremhæver Kommissionen navnlig, at bemærkningen om, at »paralleleksporten er for stor, og kontrollen er multinational« (ifølge Kommissionen en henvisning til Bayer), beviser, at sagsøgeren kontrollerede situationen, at selskabet vidste med sikkerhed, hvilke grossister der foretog paralleleksport, og at det pålagde sanktioner herfor. Det må herom fastslås, at dette dokument ganske vist viser, at Bayer havde foretaget nedskæringer i leveringerne til Hefame, som havde skabt problemer for dennes kunder, men at det ikke støtter Kommissionens opfattelse om, at leveringerne var betinget af de leverede produkters endelige bestemmelsessted, da ingen af de anførte forhold kunne anses for bevis på et forsøg fra Bayer's side på at forbyde udførslerne af de leverede produkter eller at pålægge sanktioner i tilfælde af udførsel. Tværtimod synes den omstændighed, at Bayer nøjedes med at iværksætte en politik, hvor leveringen var begrænset til den nationale efterspørgsel, bekræftet af de følgende passager, som er indeholdt i det dokument, der er gengivet i beslutningens 120. betragtning:

»Jeg forstår godt, at De ikke er glad for situationen, men i løbet af et år har alt ændret sig, og paralleleksporten er for stor, og kontrollen er multinational [...] I allerede nogen tid har vi haft alvorlige problemer med at få tilstrækkelige leverancer af Adalat (...) og (...) fra Spanien [...] Det ser ud til, at Bayer og (...) endnu en gang gør alt, hvad de kan, for kun at levere til dækning af, hvad de skønner er behovet i Spanien, og derfor lægger hindringer i vejen for den frie samhandel inden for EU. Har De nogen mulighed for at gøre noget mod disse selskaber?«

95 Hvad stadig angår Hefame omtaler beslutningens 122., 123. og 124. betragtning de aftaler, som denne grossist indgik med nogle små grossister. Ifølge en af disse aftaler, der findes i Kommissionens sagsakter, havde en lille grossist forpligtet sig

til »gennem leverancer af alle de produkter, [denne] kan få rådighed over [...] at muliggøre en normal og regelmæssig forsyning af Hefame's kunder i udlandet med de nødvendige mængder«. Kommissionen hævder, at Hefame's begrundelse for at indgå disse aftaler var, at denne grossist — der var identificeret af sagsøgeren som parallelimportør — var klar over, at han i modsat fald ikke ville modtage nogen nye leveringer af Adalat. Det viser ifølge Kommissionen, at leveringerne ikke blev foretaget på grundlag af forudfastsatte værdier eller lofter, da visse grossister, der ikke blev anset for suspekte, uden vanskeligheder havde modtaget større mængder, og at sagsøgeren sondrede skarpt mellem de grossister, som var mistænkt for at være parallelimportører, og dem, der tilsyneladende ikke var. Endelig anføres det i beslutningen (124. betragtning), at sagsøgeren hurtigt fik lagt hindringer i vejen for en sådan fordeling mellem grossisterne, idet selskabet indkredsede de små grossister, som også var parallelimportører, og som følge heraf nedskar også de leveringer, som disse skulle modtage.

96 Det bemærkes, at det fremgår af disse uddrag af dokumenterne, at den nævnte grossist havde indgået aftaler med andre lokale grossister i et forsøg på at erhverve flere pakker Adalat end dem, han havde fået leveret direkte af sagsøgeren. De indeholder imidlertid intet bevis for den opfattelse, at sagsøgeren havde betinget sin leveringspolitik over for hver enkelt grossist af, at denne fulgte ønskerne med hensyn til de leverede produkters endelige bestemmelsessted. Det fremgår ikke, som hævdet af Kommissionen, af de dokumenter, der er omtalt i beslutningens 122. betragtning, at leveringerne ifølge den nye politik ikke blev foretaget på grundlag af forudfastsatte værdier eller lofter, som var baseret på den traditionelle efterspørgsel. Desuden har Kommissionen selv anført i beslutningens 124. og 168. betragtning, at da Bayer gennemførte sin nye politik, der var baseret på den sædvanlige efterspørgsel, og konstaterede, at de små grossister udvirkede at få leveret usædvanlig store mængder i forhold til den »normale« efterspørgsel på det lokale marked, besluttede selskabet kun at levere mængder svarende til den sædvanlige efterspørgsel.

97 Hvad angår Cofares citerer Kommissionen i beslutningens 121. betragtning en erklæring, som denne grossist anføres at have afgivet i forbindelse med Kommissionens kontrolbesøg i virksomheden.

98 Denne erklæring omtaler dels generelt de ændringer, som flere medicinalfirmaer lagde i vejen for leverancer af produkter til eksport, dels mere specielt drøftelserne mellem Cofares og Bayer Spanien vedrørende omfanget af efterspørgslen på dets nationale marked. Erklæringen nævner ganske vist forsyningsvanskelighederne, men ikke, at Bayer skulle have pålagt noget eksportforbud eller forsøgt at kontrollere det endelige bestemmelsessted for de produkter, som blev leveret til Spanien, eller at selskabet skulle have reageret, hvis produkterne blev eksporteret. Følgelig kan Kommissionen heller ikke finde støtte i denne erklæring til godtgørelse af sin opfattelse om de betingede leveringer.

99 Hvad angår Hufasa gengiver beslutningens 127. betragtning et af denne grossist udfærdiget referat af et møde, der blev afholdt med Bayer Spaniens ledelse, og hvorunder grossisten forsøgte at opnå større leveringer. Kommissionen har tillagt dette dokument en særlig værdi (se beslutningens 166. og 167. betragtning) som bevis for eksportforbuddet.

100 Det må dog fastslås, at dette fra Hufasa hidrørende dokument ikke indeholder nogen omtale af et af sagsøgeren pålagt eksportforbud, eller af, at denne skulle have iværksat en politik til systematisk efterfølgende kontrol af de leverede produkters faktiske bestemmelsessted. I modsætning til det af Kommissionen anførte er der intet i dette dokument, som godtgør, at Hufasa, som hævdet, var nødt til at gøre det forståeligt for Bayer, at denne grossist ikke ville foretage nogen udførsler.

101 Det skal desuden fremhæves, at beslutningen selv nævner de faktiske forhold (96. og 159. betragtning), som bekræfter sagsøgerens opfattelse hvad angår den iværksatte leveringspolitik. Når det således anføres i 96. betragtning, at »Bayer Frankrig accepterede en variation på omkring 10% i behovet på det franske marked, som blev skønnet at være normal«, modsiger selve beslutningen

Kommissionens opfattelse om, at Bayer ikke handlede i overensstemmelse med det anførte. Den samme bemærkning kan anføres vedrørende den 159. betragtning, hvori det under henvisning til 78. og 79. betragtning udtales, at »Kommissionen [råder] over en række lister, der for hver måned angiver de bestilte mængder og stigningen i disse i forhold til statistikkerne for året før«.

102 Endelig kan Kommissionen ikke i den foreliggende sag med rette rejse den indsigelse over for sagsøgerens udsagn om, at mængden af de leverede produkter blev fastsat på forhånd på grundlag af den pågældendes sædvanlige efterspørgsel forhøjet med 10% — og uanset en eventuel eksport af produkterne — at denne politik ikke altid blev anvendt helt stringent eller automatisk. I så henseende bemærkes, som sagsøgeren har præciseret under den mundtlige forhandling, at da selskabets nye leveringspolitik blev gennemført med nogle måneders forsinkelse, er det muligt, at grossister, som modtog meget store mængder produkter, efter at denne politik var vedtaget, efterfølgende fik beskåret deres leveringer til det niveau, som svarede til deres sædvanlige efterspørgsel, fastlagt på grundlag af Bayer-koncernens interne statistikker. Dette angives bl.a. at være tilfældet med CERP Lorraine (som anført i beslutningens 87. betragtning), der i begyndelsen af 1991 modtog alle ordrer på mere end 60 000 pakker Adalat om måneden, og som senere kun fik tilsendt 9 000, hvilken mængde svarede til dennes ordrer, inden parallelimporten havde gennemgået den i sagen omhandlede udvikling. Desuden kan den omstændighed, at de grossister, som sagsøgeren ikke anså for eksportører, lettere kunne opnå supplerende mængde end de grossister, der var identificeret som eksportører — hvilken situation som sådan tilsyneladende ikke bestrides af sagsøgeren — ikke afkræfte ovennævnte analyse vedrørende mangelen på bevis for den påståede politik om, at der blev ført kontrol med de faktisk foretagne udførsler, og at eksportørerne blev pålagt sanktioner.

103 Hvad angår de påståede dokumentbeviser, som er beskrevet i detaljer i beslutningens 83., 84. og 85. betragtning samt i den 96.-103. betragtning hvad angår Frankrig, og i den 110.-131. betragtning hvad angår Spanien, hvortil der henvises i beslutningens 160. betragtning til støtte for Kommissionens opfattelse, behøver alene fastslås — i lighed med, hvad der gælder for de dokumenter, som

er nævnt i de ovenfor gennemgåede betragtninger — at de på ingen måde udgør bevis for, at Bayer førte en leveringspolitik, som var betinget af, at det påståede eksportforbud blev overholdt.

104 Under den mundtlige forhandling og som svar på et spørgsmål fra Retten har Kommissionen henvist til beslutningens 80., 110., 140. og 147. betragtning til støtte for sin opfattelse om, at leveringen var betinget af eksportforbuddets overholdelse.

105 Disse betragtninger i beslutningen gengiver korrespondancen mellem ansvarlige i de britiske og franske datterselskaber, mellem Bayer-koncernens spanske datterselskab og moderselskab, mellem det britiske datterselskab og moderselskabet, samt en intern note fra Bayer Frankrigs direktion. Alle disse dokumenter vedrører Bayer-koncernens iværksættelse af sin nye politik for levering og gennemførelse af et kontrolsystem med salget af Adalat med henblik på at imødegå udviklingen i parallelimporten. Dokumenterne godtgør, at Bayer-koncernen havde interesse i at identificere de grossister, som kunne tænkes at eksportere. Kommissionen kan imidlertid ikke støtte sin opfattelse på disse dokumenter, så længe der ikke heraf fremgår nogen hensigt til at kontrollere den enkelte grossists adfærd og til at pålægge denne sanktioner, såfremt det viste sig, at han eksporterede de leverede produkter.

106 Endelig ændrer de argumenter, som Kommissionen har fremført med støtte i grossisternes subjektive opfattelse af situationen, ikke ved de førnævnte konklusioner hvad angår den påståede hensigt hos sagsøgeren om at pålægge et eksportforbud og pålægge sanktioner for tilsidesættelsen heraf.

107 Kommissionen anfører, at grossisterne kendte sagsøgerens grunde og derfor anså de af denne pålagte restriktioner for at have forbindelse med udførslerne.

Grossisterne havde al mulig interesse i udtrykkeligt at overholde eksportforbuddet, og de accepterede dette for at sikre sig tilstrækkelige forsyninger med Adalat. De grossister, som ikke overholdt eksportforbuddet, udsatte sig for trusler og sanktioner fra Bayer's side.

108 Som fastslået i det foregående, har Kommissionen imidlertid ikke godtgjort, at sagsøgeren iværksatte en politik for kontrol med det endelige bestemmelsessted for de produkter, som blev leveret efter indførelsen af den nye politik, og for levering af produkterne, der var betinget af dette bestemmelsessted. Argumentet om, at grossisterne havde al mulig interesse i udtrykkeligt at respektere eksportforbuddet for at opnå tilstrækkelige forsyninger med Adalat, savner faktisk grundlag. Kommissionen har heller ikke godtgjort, at Bayer pålagde de grossister, som havde besluttet at eksportere Adalat-pakker, sanktioner og af samme grund fremsat trusler over for dem. Kommissionen har heller ikke fremlagt dokumentation endsige angivet indicier til godtgørelse af, at Bayer havde »krævet« af grossisterne, at de ikke eksporterede de leverede produkter, eller at en grossist havde givet Bayer »forsikringer« hvad angår udførsler. Tværtimod havde grossisterne ikke, så længe der ikke blev ført nogen kontrol med de leverede produkters endelige bestemmelsessted, nogen grund til at frygte sanktioner, således som anført af sagsøgeren, og frygtede dem heller ikke, således som det fremgår af den erklæring fra en grossist, som er citeret i beslutningens 185. betragtning: »Det vigtigste er, hvad vi opnår, ikke hvad vi bestiller.« Den omstændighed, at grossisterne havde kendskab til sagsøgerens ønske om at forhindre parallelimport, godtgør derfor ikke den påståede forbindelse mellem begrænsningen af leveringerne og grossisternes handlemåde hvad angår eksport.

109 Under hensyn til det anførte må det konkluderes, at Kommissionen ikke har godtgjort, hverken at Bayer Frankrig og Bayer Spanien pålagde deres respektive grossister et eksportforbud, eller at Bayer foretog en systematisk kontrol med det endelige bestemmelsessted for de pakker Adalat, som blev leveret efter vedtagelsen af selskabets nye leveringspolitik, eller at sagsøgeren anvendte en politik med trusler og sanktioner over for de eksporterende grossister, eller at selskabet gjorde leveringerne af dette produkt betinget af det påståede eksportforbuds overholdelse.

110 Det fremgår heller ikke af de dokumenter, som er gengivet i beslutningen, at sagsøgeren forsøgte at opnå noget som helst samtykke fra grossisterne til den praktiske gennemførelse af selskabets politik om begrænsning af parallelimporten.

2. Påstanden om grossisternes hensigt til at tilslutte sig sagsøgerens politik om begrænsning af parallelimporten

a) Indledende bemærkninger

111 Sagsøgeren har erkendt ensidigt at have vedtaget og gennemført en ny leveringspolitik med henblik på at gøre det vanskeligere for grossisterne at foretage paralleleksport. Som tidligere anført, kan en tilsyneladende ensidig adfærd fra en fabrikant, som denne følger inden for rammerne af sin forretningsforbindelse med sine sælgere, ifølge retspraksis i realiteten udgøre en aftale mellem virksomheder i traktatens artikel 85, stk. 1's forstand, hvis det er godtgjort, at de øvrige medkontrahenter udtrykkeligt eller stiltiende har samtykket i fabrikantens indstilling.

112 Kommissionen har gjort gældende, at sagsøgeren ved gennemførelsen af sin politik om begrænsning af leveringerne har regnet med grossisternes samtykke.

113 Det må derfor, henset til sagens omstændigheder, undersøges, om Kommissionen har godtgjort, at grossisterne udtrykkeligt eller stiltiende tilsluttede sig Bayer's ensidige politik til hindring af parallelimport.

b) Beviset for grossisternes »stiltiende samtykke«

114 Kommissionen anfører i beslutningens 176. betragtning, at grossisterne har udvist en »adfærd, som svarer til en [stiltiende] anerkendelse af eksportforbuddet«, hvilken adfærd er beskrevet mere detaljeret i den 181.-185. betragtning. Kommissionen er nået frem til denne konklusion på grundlag af en række faktiske omstændigheder, som den anser for godtgjort.

115 For det første anfører Kommissionen (180. betragtning) dels, at grossisterne var vidende om eksportforbuddet, hvilken omstændighed blev anset for »afgørende i Sandoz-sagen«, og om hvilken omstændighed Kommissionen bemærker, »at [den omstændighed, at] de ikke reagerede på eksportforbuddet, gav anledning til konkludere, at de accepterede det, og at betingelserne for at antage, at der forelå en aftale, dermed var opfyldt«, dels, at eksportforbuddet, ligesom i Sandoz-sagen, indgik i den faste forretningsforbindelse mellem Bayer Frankrig og Bayer Spanien og disses respektive grossister.

116 For det andet fremhæver Kommissionen (180. betragtning), at »selve den adfærd, grossisterne [anlagde]« i den foreliggende sag — hvilket ifølge Kommissionen udgør et nyt element ud over de elementer, der blev fundet relevante i Sandoz-sagen — viser, »at de ikke alene var klar over, at de leverede varer var underlagt eksportforbuddet, men også, at de tilpassede sig til dette forbud«.

117 Kommissionen anser det for godtgjort, at »grossisterne tilpasse[de] deres adfærd til Bayer Frankrigs og Bayer Spaniens krav« i kraft af det forhold, at grossisterne efter at have forstået Bayer Frankrigs og Bayer Spaniens virkelige hensigter, viste, at de underkastede sig — »i det mindste tilsyneladende — [...] det eksportforbud, leverandøren havde pålagt dem i sine handelsforbindelser med dem«

(181. betragtning). Ved deres ordreafgivelser tilpassede de sig nemlig efter Kommissionens opfattelse Bayer Frankrigs og Bayer Spaniens krav, hvilket godtgøres af de forskellige ordninger, som de anvendte for at skaffe sig de ønskede leveringer, navnlig ordningen for fordelingen af eksportordrerne på de forskellige afdelinger og ordrerne til små grossister (182. betragtning).

118 Ifølge beslutningen (183. og 184. betragtning) har grossisterne »overhold[t] de nationale 'kvoter', deres leverandører pålagde dem. De gjorde dog deres bedste for at få dem sat så højt som muligt ved samtidig at underkaste sig en streng overholdelse af de mængder, som Bayer Frankrig og Bayer Spanien anså for at være normale til forsyningen af det nationale marked«. Denne holdning viser ifølge beslutningen, at grossisterne »var vidende om Bayer Frankrigs og Bayer Spaniens egentlige motiver og de ordninger, disse havde indført for at forhindre paralleleksport: De tilpassede sig det system, leverandøren havde indført, og overholdt de af ham stillede krav«.

119 Herom skal det for det første bemærkes, som fastslået overfor, at Kommissionen hverken har godtgjort, at Bayer vedtog en systematisk politik til kontrol med det endelige bestemmelsessted for de leverede pakker Adalat, at selskabet anvendte en politik med trusler og sanktioner over for de grossister, som havde eksporteret pakkerne, at Bayer Frankrig og Bayer Spanien pålagde deres respektive grossister et eksportforbud, eller at leveringerne blev gjort betinget af det påståede eksportforbuds overholdelse.

120 For det andet fremgår det ikke af noget element i sagens akter, at Bayer Frankrig eller Bayer Spanien stillede noget krav til grossisternes adfærd hvad angår det endelige bestemmelsessted for de leverede pakker Adalat eller til, at ordreafgivelserne blev afgivet på en bestemt måde, da selskabets politik udelukkende

bestod i en ensidig begrænsning af leveringerne ved et forudfastsættelse af de mængder, der kunne leveres på grundlag af den sædvanlige efterspørgsel.

121 Endelig har Kommissionen ikke godtgjort, at sagsøgeren gjorde noget forsøg på at opnå en aftale med grossisterne eller at opnå disses samtykke til gennemførelsen af sin politik. Den har end ikke hævdet, at Bayer forsøgte at udvirke, at grossisterne ændrede deres metode for formuleringen af ordrerne.

122 De i beslutningens 181.-185. betragtning indeholdte udsagn, på grundlag af hvilke Kommissionen har antaget, at grossisterne rettede sig efter det påståede eksportforbud, savner derfor faktisk grundlag, da de beror på faktiske omstændigheder, som ikke er bevist.

123 Kommissionen er således ikke i den foreliggende sag i besiddelse af noget dokument, som udtrykkeligt omhandler en aftale vedrørende eksport mellem Bayer og dennes grossister, som godtgør, at der foreligger en samstemmende vilje, men hævder at have fulgt den opfattelse, som er lagt til grund i retspraksis, og hvorefter grossisternes faktiske adfærd skal undersøges for at afgøre, om de har givet samtykke. Kommissionen har herom anført følgende i beslutningens 180. betragtning: »I den foreliggende sag [...] [viser] selve den adfærd, grossisterne [anlagde], [...] at de ikke alene var klar over, at de leverede varer var underlagt eksportforbuddet, men også, at de tilpassede sig til dette forbud.« Heroverfor har sagsøgeren anført, at selve grossisternes adfærd netop udgør det bedste bevis for, at der ikke forelå en samstemmende vilje.

124 Det må derfor i betragtning af sagens omstændigheder undersøges, om Kommissionen på grundlag af den adfærd, som grossisterne udviste efter sagsøgerens vedtagelse af sin nye politik for begrænsning af leveringerne, kunne konkludere, at de samtykkede i denne politik.

i) De franske grossisters adfærd

125 Indledningsvis skal henvises til beslutningens 96. betragtning, hvori Kommissionen giver en generel beskrivelse af den måde, hvorpå tre franske grossister organiserede sig for at skaffe sig leveringer:

»De tre grossister fulgte samme fremgangsmåde: De ophørte med at afgive ordrer til eksport og indrettede sig internt sådan, at de kunne afgive større ordrer med det franske marked som officiel bestemmelse.

Bayer Frankrig accepterede en variation på omkring 10% i behovet på det franske marked, som blev skønnet at være normal. Grossisterne er organiseret på en sådan måde, at de har et vist antal lokale afdelinger fordelt overalt i landet, som under normale omstændigheder forsyner det lokale område.

De lokale afdelinger øger deres ordrer til det franske marked, men disse ordrer indeholder over for Bayer Frankrig ingen angivelse af det endelige bestemmelsessted. Formålet er at få Bayer Frankrig til at tro, at efterspørgslen på det franske marked er steget, ved at fordele ordrerne på de forskellige lokalafdelinger. De leverancer, der reelt er bestemt til eksport, omfordeles derefter internt i grossistvirksomheden.«

126 Beslutningens 97.-101. betragtning, som indeholder en fremstilling af den strategi, grossisten CERP Rouen anvendte for at omgå Bayer's politik for begrænsning af leveringerne, gengiver flere korrespondancer, som blev udvekslet i perioden fra oktober 1991 til januar 1992 mellem CERP Rouen's centrale indkøbsafdeling og direktørerne for koncernens lokale afdelinger for at udvirke,

at Boulogne-afdelingen, som inden for koncernen står for transporten til Det Forenede Kongerige, fik tilsendt de supplerende pakker Adalat, som det havde brug for. Passagerne i disse dokumenter godtgør dog ikke, som hævdet af Kommissionen, at denne grossist accepterede ikke at ville eksportere længere, at nedskære sine ordrer eller at begrænse sine udførsler, eller at grossisten forsøgte at give Bayer det indtryk, at han ville gøre det. Det eneste, disse passager illustrerer, er, at virksomheden reagerede på en måde, der viste, at den i videst muligt omfang ville fortsætte med udførslerne. Der er ikke direkte nævnt eller angivet noget indicium for, at grossisten havde til hensigt at tilslutte sig Bayer's politik til hindring af udførslerne, som denne var fuldt ud bekendt med, således som det er anført i beslutningens 94. betragtning.

127 Gennemgangen af de dokumenter vedrørende CERP Lorraine og OCP, der er omhandlet i beslutningens 102. og 103. betragtning, kan kun bekræfte denne analyse. I øvrigt bør det bemærkes, at det godtgøres af 102. betragtning, at det lykkedes CERP Lorraine trods de vanskeligheder, som opstod på grund af Bayer's holdning, at skaffe sig ikke ubetydelige mængder til eksport. Denne betragtning indeholder nemlig et uddrag af en intern rapport fra CERP Lorraine, hvori det hedder:

»Selv om jeg ikke på kort sigt kan se nogen løsning på problemet med forsyningerne fra Bayer (det lykkes os at få ganske små mængder via lokalafdelingerne), regner jeg med, at vore budgetmål vil blive nået ved årets udgang.«

128 De dokumenter, som er gengivet i 105., 106. og 107. betragtning, afsvækker den opfattelse, som Kommissionen har gjort gældende, da de viser, at grossisterne CERP Lorraine og CERP Rouen ikke tilpassede deres ordrer til Bayer's nye politik med begrænsning af leveringerne. Det anføres nemlig heri, at Bayer »blokere[de] for [de leveringer af] Adalat«, som CERP Lorraine havde anmodet om (105. betragtning), at CERP Rouen's ordrer i begyndelsen af 1992 udgjorde i

alt »op til 50 000 pakker om måneden«, men at denne »[kun opnåede] 7 000 pakker« (106. betragtning), og at OCP havde tilsendt Bayer en første forventelig ordre på ca. 50 000 pakninger pr. måned for februar og marts 1992, men kun fik leveret 15 000 pakninger i februar og 5 000 i marts (91. og 107. betragtning).

129 Følgelig støtter de passager, som er gengivet i beslutningens 96. og 107. betragtning, ikke opfattelsen om, at de franske grossister udtrykkeligt eller stiltiende samtykkede i den af Bayer iværksatte politik. Disse passager vidner ikke om nogen tilbøjelighed hos grossisterne til at tilslutte sig Bayer's politik til hindring af paralleleksport, men viser tværtimod en stærk og vedvarende modvilje hos dem mod en politik, som klart var i strid med deres interesser.

ii) De spanske grossisters adfærd

130 Hvad angår de spanske grossister indeholder heller ikke beslutningens 113.-130. betragtning nogen elementer til støtte for Kommissionens opfattelse om, at der forelå et stiltiende samtykke.

131 Tværtimod må det fremhæves, at 115., 118., 119. og 120. betragtning modsiger Kommissionens opfattelse. Det fremgår nemlig af disse betragtninger, dels at Bayer Spanien vedvarende fastholdt sin politik om at begrænse leveringerne til den sædvanlige efterspørgsel, dels at grossisterne var meget ærgerlige over de tab, som opstod, fordi det var umuligt at opnå de mængder, der var nødvendige for at imødekomme de britiske kunders efterspørgsel. Der skal navnlig henvises til 115. betragtning, som gengiver passager i korrespondancen mellem CERP Rouen og dennes spanske datterselskab Comercial Genové: »Jeg ønsker at få kopi af ordresedler samt leveringssedler for ordrerne hver uge for Adalate [...]. Jeg prøver at samle beviser mod leverandørerne (...). [...]. Under henvisning til Deres fax af dags dato angående leverandørerne (...) og Bayer kan jeg give Dem mit ord på, at

jeg gør alt, hvad der står i min magt, for at få leveret mere, end vi selv kan bruge. Disse leverandører afviser ethvert argument, vi kan fremføre. De ved godt, at de mængder, de leverer til os, er rigelige til dækning af behovet på det spanske marked.« Også de citater, som er gengivet i den 118. betragtning — »de leverer ikke så meget til os, som vi har brug for. Vi har kun varer nok til vores marked« — og i 119. betragtning — »[Bayer leverer ikke] de mængder til os, som vi har bestilt« — viser i modsætning til det af Kommissionen hævdede, at grossisterne ikke tilpassede deres ordrepolitik til den nye situation, men fortsat bestilte større mængder end den traditionelle efterspørgsel.

132 Herefter skal situationen for hver af de spanske grossister, som er berørt af beslutningen, undersøges.

133 Hvad angår Cofares, den vigtigste grossist i Spanien, udtaler beslutningens 121. betragtning, at beviset for dennes samtykke findes i den erklæring, som nogle af virksomhedens ledende arbejdere afgav under Kommissionens kontrolbesøg i virksomheden. Det anføres, at Cofares' leder udtalte, at »Cofares' eksportaktivitet [udgjorde] en forsvindende lille del af den samlede omsætning på grund af de hindringer, visse medicinalfirmaer (bl.a. Bayer) lægger i vejen for leverancer af produktet til eksport«, og at »da Bayer tildelte Cofares en kvote Adalat, der i begyndelsen var helt utilstrækkelig til at dække efterspørgslen på det nationale marked, gjorde vor salgsdirektør Bayer opmærksom på muligheden for, at der blev indgivet klage over sådanne salgsrestriktioner. Siden da har Bayer forsynet Cofares med en mængde, der er tilstrækkelig til at dække det nationale forbrug af produktet«.

134 Det kan ikke udledes af dette dokument, at »Cofares bøjede sig for Bayer Spaniens krav om at holde sig til det spanske marked«, således som Kommissionen har hævdet.

135 Den først citerede passage, hvorefter eksportaktivitetens ubetydelige omfang i forhold til omsætningen skyldtes de hindringer, visse medicinalfirmaer lagde i vejen for leverancer af produkter til eksport, udgør ikke i sig selv noget direkte bevis for, at der var indgået en aftale mellem denne grossist og Bayer Spanien om ikke at eksportere de modtagne pakker Adalat. Den omstændighed, at udførslerne var ubetydelige, giver ikke grundlag for at antage, at de ikke blev foretaget, eller at de var ophørt. Tværtimod kan dette udsagn, i hvert fald delvis, tages til indtægt for den opfattelse, at Cofares fortsat eksporterede. Den omstændighed, at det ikke — i modsætning til hvad der gælder for de øvrige grossister — fremgår af beslutningen, at Cofares anvendte en strategi for omgåelse af Bayer's politik, indebærer ikke nogen omvending af bevisbyrden for, at Cofares gav samtykke til Bayer's nye politik, som altid påhviler Kommissionen. Da der var tale om den vigtigste grossist i Spanien, som havde en markedsandel på 20,6% (ifølge beslutningens 112. betragtning), havde Kommissionen ikke grundlag for at antage, at det var godtgjort af den i 121. betragtning gengivne erklæring, at Cofares bøjede sig for Bayer Spaniens krav om at holde sig til det nationale marked, uden at efterprøve, om Cofares traditionelt havde en stor eksport, og uden at tage hensyn til muligheden for, at Cofares blot havde besluttet kun at foretage udførsler i et begrænset omfang. En beslutning herom kunne nemlig meget vel tænkes at være den fornuftigste løsning, efter at Cofares havde konstateret de vanskeligheder, der var forbundet med at opnå supplerende mængde af produkter i forhold til den normale efterspørgsel. Det gælder så meget mere, som beslutningen ikke angiver Adalat's relative andel i Cofares' samlede salg.

136 Den omhandlede erklæring fra Cofares' leder er ikke noget indicium for at denne, som hævdet, samtykkede i det påståede eksportforbud, men giver snarere grundlag for en konstatering af, at Bayer's politik for begrænsningen af leveringerne — i kombination med de hindringer, andre medicinalfirmaer havde skabt — havde fået denne grossist til at udskyde tanken om eksport, indtil det nationale marked var sikret tilstrækkelige forsyninger. Denne fortolkning forekommer mere plausibel end Kommissionens navnlig i betragtning af, at grossisterne er forpligtet til at sikre distributionen af produkterne på det nationale marked på passende og stabil måde, og at Cofares er den vigtigste nationale grossist.

137 Ifølge beslutningens 137. betragtning viser de tal for salg til eksport mellem 1989 og 1993, som Cofares fremlagde på Kommissionens anmodning, at eksportsalget »lå på et meget lavt niveau«, hvilket ifølge beslutningen godtgør, at »Cofares indordnede sig under Bayer Spanien og holdt sig strengt til det spanske marked«.

138 En gennemgang af disse tal viser snarere det modsatte, da Cofares' samlede salg ganske vist udgør en ringe procentdel, men den procentvise andel af udførsler af Adalat steg stadig i årenes løb i overensstemmelse med en usædvanlig, men konstant tendens, således som det godtgøres af den omstændighed, at den laveste procentvise andel af de fem pågældende år netop fandtes i det første år, dvs. 1989. Endelig skal det tilføjes, at Kommissionen vanskeligt kunne drage den førnævnte konklusion uden at kende de tilsvarende tal for årene inden 1989, dvs. i perioden umiddelbart før Bayer Spanien indførte sin politik med at begrænse leveringerne. Uden disse oplysninger er det umuligt at afgøre, om Cofares ændrede sin tendens til eksport af dette produkt på foranledning af den af Bayer indførte politik.

139 Hvad angår passagen vedrørende erklæringen om drøftelserne mellem Cofares' leder og Bayer Spanien må det, i mangel af nogen direkte eller indirekte omtale af friheden til at eksportere de modtagne mængder, undersøges, om den omstændighed, at parterne blev enige om at forhøje de mængder af leverede produkter, som Bayer oprindeligt havde tildelt denne grossist, for at sikre den nationale efterspørgsel, viser, at grossisten samtykkede i sagsøgerens politik, hvorved paralleleksporten blev gjort vanskeligere. Beslutningens 143. betragtning indeholder en passage fra et dokument, som der er grund til at fremdrage, selv om Kommissionen ikke direkte har påberåbt sig det i forbindelse med det her behandlede spørgsmål, da det er et internt memorandum fra Bayer Spanien, der også omtaler den kvote, sagsøgeren oprindeligt tildelte Cofares til dækning af efterspørgslen på det nationale marked.

140 Det fremgår af dette interne memorandum, at Bayer Spanien og Cofares drøftede de mindstemængder, der skulle leveres for, at denne grossist havde mulighed for at opfylde sit behov for vækst og indtrængning på det nationale marked, og at de blev enige om tallene for disse behov. Det synes at ligge fast, at Bayer Spanien garanterede Cofares, at leveringerne mindst ville svare til disse mængder. Det fremgår tillige klart, at Bayer Spanien, under hensyn til dennes lovlige og moralske forpligtelse til at sikre en passende distribution af disse produkter på det spanske marked, var villig til at overveje en revision af omfanget af de begrænsede leveringer, som oprindelig var vedtaget, såfremt der opstod forsyningsvanskeligheder på det nationale marked.

141 Dette interne memorandum indeholder imidlertid intet om, at der skulle være gjort det mindste indgreb i Cofares' frihed til at anvende de produkter, som blev modtaget efter drøftelserne om omfanget af den nationale efterspørgsel, til eksport. Kommissionen har derfor intet grundlag for at hævde, at Cofares først fik tilsendt leveringer efter at have forsikret sagsøgeren om, at de udelukkende ville blive anvendt til det nationale marked. Endelig skal det fremhæves, at Bayer Spanien under drøftelserne gjorde gældende, at de spanske apoteker, som ikke blev forsynet af grossisterne, blev forsynet direkte af fabrikanten. Denne omstændighed synes ikke at angive, at grossisterne fandt sig forhindret eller sanktioneret af Bayer Spanien, da de besluttede at eksportere disse produkter, selv om de herved gav afkald på en del af det nationale marked, men godtgør snarere, at de på dette punkt blev dækket af fabrikanten.

142 Det må derfor konkluderes, at hverken det i beslutningens 143. betragtning omtalte dokument eller den i 121. betragtning afgivne erklæring fra Cofares' leder kan anses for bevis for det påståede krav fra Bayer Spanien om at holde sig til det nationale marked eller for Cofares' accept af dette krav.

143 Endelig beskriver beslutningen (122. betragtning), hvorledes den spanske grossist Hefame havde indført et system til at skaffe sig forsyninger med pakker af Adalat til eksport. Beslutningen gengiver i detaljer en type kontrakt, benævnt »Aftale om samarbejde om eksportmarkeder«, som Hefame indgik med flere små grossister for at skaffe sig større mængder lægemidler, der var egnet til eksport, herunder Adalat. Intet i dette dokument godtgør imidlertid, at Hefame i sin handlemåde var gunstigt stemt over for at give samtykke til Bayer's nye politik.

144 Hvad angår CERP Rouen's spanske datterselskaber bekræfter beskrivelsen i beslutningens 125.-129. betragtning af Comercial Genové's, Hufasa's og Disdasa's adfærd, at der ikke er præsteret noget bevis for en samstemmende vilje eller for, at der blev givet samtykke til politikken til hindring af parallelimport.

145 Kommissionen fremhæver nemlig selv følgende i beslutningens 126. betragtning:

»Hos Comercial Genové er der fundet papirer, der viser, at CERP Rouen brugte sine spanske datterselskaber, Comercial Genové, Hufasa og Disdasa, til at imødekomme den britiske efterspørgsel. CERP Rouen optrådte således som en international koncern, som udnytter alle de forhåndenværende muligheder i såvel Frankrig som i Spanien for at få leveret de mængder, der er behov for til de britiske kunder. I den forbindelse blev de spanske datterselskaber brugt på samme måde som de franske lokalafdelinger: De blev anmodet om at øge deres ordrer til det spanske marked på en plausibel måde, og de mængder, der herigennem blev samlet sammen, blev leveret til de britiske kunder for CERP Rouen's regning.«

146 Beslutningen omtaler derpå grossisten Hufasa (127. betragtning) og gengiver et referat af et møde mellem Hufasa og Bayer Spanien, som ifølge beslutningen viste, at »Hufasa accepterede [...] Bayer's argument om, at man måtte koncentrere sig om hjemmemarkedet«. I denne forbindelse påberåber Kommissionen sig navnlig følgende citat derhen, at »[...] eftersom [...] vi var nået til enighed med Bayer om større leverancer af Adalat, måtte man undgå at nævne tal, som ikke ville blive accepteret [som værende mulige] for Hufasa, og som lod ane, at man var interesseret i at eksportere større mængder«.

147 Det fremgår af dette referat, at der havde fundet en samtale sted mellem en repræsentant for Hufasa og Bayer Spaniens ledere, hvorunder Bayer's ledere afslog at levere de bestilte mængder med den begrundelse, at de svarede til 50% af hjemmemarkedet, og at de var langt større end de mængder, andre virksomheder i samme område havde bestilt. Hufasa's repræsentant reagerede ved at understrege, at Hufasa havde behov for større mængder Adalat, bl.a. fordi vurderingen af efterspørgslen på hjemmemarkedet var blevet foretaget på grundlag af mængder, der var registreret inden for et atypisk år, hvor virksomheden havde haft en krise, som viste sig ved de meget ringe mængder Adalat, den indkøbte. Efter disse samtaler havde Bayer forpligtet sig til at revidere

tallene for de maksimale leveringer og at forhøje dem til samme niveau, som gjaldt for en anden grossist, der ikke var nævnt med navns nævnelse.

148 Dette referat viser klart, at de spanske datterselskaber i CERP Rouen-koncernen hvad angår deres virkelige hensigter og faktiske adfærd slet ikke udviste nogen vilje til at bøje sig for eller tilpasse sig til Bayer's politik til hindring af parallelimporten. Det er i så henseende tilstrækkeligt at citere passagen efter det afsnit i dokumentet, som er citeret ovenfor, og at læse det i sammenhæng med CERP Rouen-koncernens strategi: »Derfor fandt jeg det vigtigst at opnå en plausibel mængde Adalat til eksport frem for at køre videre med meget store ordrer, som siden ikke bliver leveret. Det vigtigste er, hvad vi opnår, ikke hvad vi bestiller. Det er sikkert også derfor, at (...) bestiller mindre end forventet.« Desuden skal det bemærkes, at det gengivne referat ganske vist viser, at Hufasa førte hårde forhandlinger med Bayer Spanien for at få dette selskab til at erkende, at den sædvanlige nationale efterspørgsel var højere og burde imødekommes, men at denne omstændighed ikke støtter Kommissionens udsagn om, at »Hufasa accepterede [...] Bayer's argumenter om, at man måtte koncentrere sig om hjemmemarkedet«.

149 Endelig gælder, at Hufasa's leder ganske vist ifølge dette referat taler om, at man »var nået til enighed med Bayer om større leverancer af Adalat« — altså enighed mellem den spanske grossist og Bayer Spanien — men at det fremgår klart af denne erklærings ordlyd og den sammenhæng, den indgår i, at parterne nøjedes med at forhandle om den nøjagtige fastlæggelse af de mængder, som grossisten normalt bestilte — på grundlag af hvilket kriterium sagsøgeren havde besluttet at ændre sin nye leveringspolitik — og om en revision, i opadgående retning, af tallene for efterspørgslen på hjemmemarkedet og dermed af de mængder, som Hufasa var berettiget til ifølge dette kriterium. Da udsagnet om, at »de [derfor måtte] antage, at en stor del af varerne var bestemt til eksport«, blot var udtryk for en subjektiv vurdering fra Hufasa's leder, kan det ikke betragtes som udtryk for Bayer's hensigt til at ville tage spørgsmålet om udførslerne eller de leverede produkters faktiske bestemmelse op. Under alle omstændigheder modsiger udsagnet ikke referatets hovedindhold, som alene afspejler de vanskeligheder, Bayer Spanien mødte ved gennemførelsen af sin nye politik til nedskæring af leveringerne, og hvori i øvrigt intet godtgør, at Bayer Spanien og Hufasa indgik

nogen form for aftale for at begrænse eller hindre paralleleksporten af de leverede pakker Adalat. Mangelen på samstemmende vilje hvad angår udførslerne bekræftes i øvrigt af selve ordlyden af ovennævnte betragtning i beslutningen, hvor Kommissionen anfører:

»Referatet taler dog sit tydelige sprog: Hufasa's forhandlinger med Bayer, hvor Hufasa slog på hjemmemarkedets behov, havde alene til formål at opnå større mængder til eksport.«

150 Beslutningens 128. og 129. betragtning gengiver indholdet af en skrivelse fra CERP Rouen til dettes datterselskaber og en skrivelse fra datterselskabet Comercial Genové til CERP Rouen, som ligeledes vedrørte det system, denne koncern anvendte i sit forsøg på at erhverve flere produkter i Spanien fra sagsøgeren, og som viser vanskelighederne ved at få leveret supplerende mængder Adalat. Kommissionen kan heller ikke støtte sig på disse dokumenter til godtgørelse af, at CERP Rouen's datterselskaber i Spanien ville tilslutte sig Bayer Spaniens nye politik med begrænsning af paralleleksporten af leverede produkter på den ene eller anden måde.

151 Det fremgår af en gennemgang af grossisternes holdning og faktiske adfærd, at Kommissionen ikke har grundlag for sin påstand om, at grossisterne tilsluttede sig sagsøgerens politik med begrænsning af parallelimporten.

152 Argumentet om, at de pågældende grossister havde begrænset deres ordrer til et bestemt niveau for at give Bayer indtryk af, at de handlede i overensstemmelse med selskabets erklærede ønske om herved kun at dække efterspørgslen på deres traditionelle markeder, og at de handlede på denne måde for at undgå sanktioner, må forkastes, da det stadig påhviler Kommissionen at bevise, at sagsøgeren over

for grossisterne rejste krav om eller forhandlede sig frem til, at disse fulgte en bestemt adfærd hvad angår eksport af leverede pakker Adalat, og at sagsøgeren pålagde de eksporterende grossister sanktioner eller truede hermed.

153 Af de samme grunde kan Kommissionen ikke med rette gøre gældende, at nedskæringen af ordrerne alene kunne forstås af Bayer som et tegn på, at grossisterne havde accepteret selskabets krav, eller fastholde, at fordi de opfyldte dette krav, måtte de skaffe sig de supplerende mængder til eksport hos grossister, som ikke var »suspekte« i selskabets øjne, og fra hvem de mere omfattende ordrer derfor skulle være blevet efterkommet uden vanskeligheder.

154 Det fremgår desuden klart af de betragtninger i beslutningen, som er gennemgået ovenfor, at grossisterne fortsat søgte at skaffe sig Adalat-pakker til eksport og fastholdt denne aktivitet, selv om de til dette formål fandt det mere hensigtsmæssigt at anvende forskellige systemer til at skaffe sig leveringer, nemlig dels et system til at fordele eksportordrerne på forskellige afdelinger, dels et system, hvorved ordrerne blev afgivet indirekte via små grossister. Under disse forhold kan den omstændighed, at grossisterne ændrede deres ordrepolitik og indførte forskellige systemer til fordeling eller diversificering af ordrerne ved at afgive dem indirekte, ikke fortolkes som et bevis på deres vilje til at imødekomme Bayer eller som et svar på en anmodning eller indtrængende henstilling fra denne. Tværtimod kan denne omstændighed anses for udtryk for grossisternes faste forsæt til at blive ved med at foretage paralleleksport af Adalat.

155 I mangel af bevis for, at sagsøgeren har stillet noget krav til grossisternes adfærd hvad angår udførslen af de leverede pakker Adalat, kan den omstændighed, at de traf foranstaltninger for at skaffe sig supplerende mængder, kun fortolkes som bevis på, at de ikke samtykkede, sådan som Kommissionen har påstået. Af samme grunde kan der ikke gives Kommissionen medhold i argumentet om, at det under de i sagen foreliggende omstændigheder var normalt, at visse grossister forsøgte

at skaffe sig supplerende mængder ad omveje, fordi de over for Bayer måtte forpligte sig til ikke at eksportere og følgelig nedskære deres ordrer til et kvantum produkter, som ikke kunne eksporteres.

156 Endelig må det konstateres, at Kommissionen ikke har godtgjort, at grossisterne havde til hensigt at forfølge de mål, som Bayer havde sat sig, eller at de ville give denne indtryk heraf. Tværtimod viser de ovenfor gennemgåede dokumenter, at grossisterne i deres adfærd omgik den nye politik, Bayer indførte for at begrænse leveringerne til omfanget af de traditionelle ordrer.

157 Kommissionen har derfor med urette antaget, at grossisternes faktiske adfærd godtgør, at de samtykkede i sagsøgerens politik til forhindring af parallelimport.

3. Den af Kommissionen påberåbte retspraksis

158 Kommissionen har gjort gældende, at beslutningen er i fuld overensstemmelse med dens egen administrative praksis og med Domstolens praksis vedrørende begrebet aftaler, og at der her i sagen som i visse forudgående sager må antages at være aftalt et eksportforbud, som indgår i en helhed af faste forretningsforbindelser mellem leverandøren og dennes kunder, således som det godtgøres af den omstændighed, at grossisterne afgav ordrer, modtog regelmæssige forsyninger og fik tilsendt fakturaer herfor, samt at der forelå et stiltiende samtykke fra grossisterne, hvilket nedskæringen af ordrerne godtgør.

159 Retten finder imidlertid ikke, at Kommissionen med støtte i hidtidig praksis kan anfægte den analyse, som Retten har foretaget i det foregående, og som fører den til den konklusion, at det ikke i den foreliggende sag er godtgjort, at grossisterne

samtykkede i Bayer's nye politik, hvorfor Kommissionen ikke har bevist, at der foreligger en aftale.

160 Kommissionen påberåber sig for det første Sandoz-dommen, hvori sælgerne, som i den foreliggende sag, dels stiltiende havde samtykket i eksportforbuddet for at kunne opretholde forretningsforbindelsen (dommens præmis 11), dels ikke havde nogen interesse i at opgive udførslerne, men havde accepteret fabrikantens eksportforbud for vedblivende at kunne skaffe sig varer.

161 I Sandoz-sagen havde Kommissionen pålagt et datterselskab til et multinationalt medicinalfirma, Sandoz, en bøde for at forsyne sine fakturaer til kunderne (grossister, apoteker og hospitaler) med den udtrykkelige påtegning »må ikke eksporteres«. Sandoz havde ikke bestridt, at fakturaerne indeholdt denne påtegning, men havde benægtet, at der forelå en aftale i traktatens artikel 85, stk. 1's forstand. Domstolen frifandt Kommissionen efter at have taget stilling til alle de af sagsøgeren fremførte argumenter. Domstolen fandt således, at det ikke var en ensidig handling at tilsende kunder fakturaer med den nævnte påtegning, men at dette skete som led i en helhed af virksomhedens faste forretningsforbindelse med kunderne. Domstolen nåede frem til denne konklusion på grundlag af en undersøgelse af den fremgangsmåde, virksomheden fulgte, før den godkendte, at en ny kunde solgte virksomhedens produkter og under hensyn til den faste, ensartede og systematiske praksis, der blev anvendt i forbindelse med hver enkelt salgsoperation (dommens præmis 10). Det var på dette stadium af sine betragtninger (præmis 11), at Domstolen behandlede spørgsmålet om medkontrahenternes samtykke i det eksportforbud, som var nævnt i fakturaen. Herom udtalte Domstolen:

»Det skal desuden bemærkes, at Sandoz PF's kunder fik tilsendt den samme type faktura efter afgivelse af hver enkelt ordre eller, efter omstændigheder, efter produkternes levering. De gentagne individuelle ordrer på produkter og den omstændighed, at kunderne efterfølgende uden protest betalte de priser, som var angivet på fakturaerne — der var forsynet med påtegningen 'må ikke eksporteres' — udgjorde et stiltiende samtykke fra dem til de i fakturaen fastsatte klausuler og til den type forretningsforbindelse, som bestod mellem Sandoz PF og

dets kundekreds. Når Sandoz PF optog en forretningsforbindelse med en kunde, forudsatte denne således, at kunden stiltiende accepterede den forretningspraksis, som Sandoz PF anvendte i forhold til kunderne.«

162 Det skal fremhæves, at Domstolen først efter disse konstateringer konkluderede, at Kommissionen var berettiget til at antage, at »den helhed af faste forretningsforbindelser mellem Sandoz PF og dets kunder, hvori klausulen 'må ikke eksporteres', udgjorde en integrerende bestanddel, var reguleret ved en på forhånd truffet generel aftale, som gjaldt for alle de individuelle ordrer på Sandoz' produkter. En sådan aftale er omfattet af bestemmelserne i traktatens artikel 85, stk. 1«.

163 Selv om de to sager ligner hinanden i den forstand, at de vedrører medicinalkoncerners handlemåde med henblik på at forhindre parallelimport af lægemidler, er der afgørende forskel på de konkrete omstændigheder i sagerne. For det første havde fabrikanten i Sandoz-sagen i modsætning til, hvad der er tilfældet i den foreliggende sag, udtrykkeligt forsynet alle sine fakturaer med en konkurrencebegrænsende klausul, som var gentaget i dokumenterne vedrørende samtlige transaktioner og derfor udgjorde en integrerende bestanddel i forretningsforbindelsen mellem selskabet og dets grossister. For det andet viste grossisternes faktiske handlemåde hvad angår klausulen — som de de facto havde respekteret uden diskussion — at de stiltiende samtykkede i klausulen og i den type forretningsforbindelse, der bestod mellem parterne. De to omstændigheder, som var afgørende i Sandoz-sagen, foreligger derimod ikke i denne sag. Her er hverken fastsat nogen udtrykkelig klausul om eksportforbud eller blevet fulgt en adfærd, der afspejlede føjelighed eller viste samtykke, det være sig formelt eller reelt.

164 For det andet har Kommissionen påberåbt sig dommen i sagen Tipp-Ex mod Kommissionen, hvori Domstolen stadfæstede Kommissionens beslutning om at pålægge bøde for en aftale, der havde til formål at hindre udførsler, og hvor der til forskel fra Sandoz-dommen ikke fandtes nogen skriftlig bestemmelse om et eksportforbud. Kommissionen anfører, at Tipp-Ex, i lighed med sagsøgeren i den foreliggende sag, havde argumenteret for Domstolen, at der forelå en ensidig foranstaltning, som ikke var omfattet af traktatens artikel 85, stk. 1, og at

forhandleren faktisk havde leveret til paralleleksportøren, hvorfor der ikke var nogen fælles interesse i, at paralleleksporten blev bragt til ophør.

165 Den nævnte sag vedrørte en eneforhandlingsaftale mellem Tipp-Ex og dennes franske forhandler, DMI, der havde efterkommet fabrikantens krav om at forhøje de priser, som var fastsat for en kunde, så meget, at denne mistede enhver økonomisk interesse i at foretage parallelimport. Desuden var det godtgjort, at fabrikanten foretog efterfølgende kontrol for at tilskynde eneforhandleren til at følge denne adfærd (58. betragtning til Kommissionens beslutning 87/406/EØF af 10.7.1987 om en procedure i henhold til EØF-traktatens artikel 85 (EFT L 222, s. 1). De betragtninger, Domstolen lagde til grund i denne dom, fremgår af præmis 18-21. Efter at have fastslået, at der var indgået en mundtlig eneforhandlingsaftale for Frankrig mellem Tipp-Ex og DMI, og efter at have nævnt de vigtigste faktiske omstændigheder, undersøgte Domstolen reaktionen — altså forhandlerens reaktion — over for den sanktionsvilje, fabrikanten havde vist. Domstolen konstaterede i så henseende, at forhandleren »reagerede ved at forhøje priserne med 10-20% udelukkende over for virksomheden ISA France. Efter at ISA France i hele 1980 havde afbrudt sine indkøb hos DMI, afslog sidstnævnte selskab i begyndelsen af 1981 selv at levere Tipp-Ex-produkter til ISA France«. Det var først efter disse konstateringer vedrørende fabrikantens og forhandlerens adfærd, at Domstolen nåede frem til den konklusion, at der forelå en aftale i traktatens artikel 85, stk. 1's forstand, idet den fastslog:

»Det er altså godtgjort, at DMI efterkom Tipp-Ex' krav om ikke at sælge til kunder, som videresælger Tipp-Ex-produkter i andre medlemsstater« (dommens præmis 21).

166 Følgelig var der ikke i dommen i sagen Tipp-Ex mod Kommissionen tvivl om — i modsætning til, hvad der gælder i den foreliggende sag — at politikken for at hindre paralleleksport blev iværksat af fabrikanten i samarbejde med forhandlerne. Som anført i dommen, fremgik denne hensigt allerede klart af de mundtlige og skriftlige aftaler mellem de to parter (jf. dommens præmis 19 og 20 hvad angår forhandleren DMI og præmis 22 og 23 hvad angår forhandleren Beiersdorf), og i

tilfælde af, at der stadig var nogen tvivl tilbage, viste analysen af adfærden hos de forhandlere, som blev presset af fabrikanten, meget klart, at de samtykkede i Tipp-Ex' ønske om at begrænse konkurrencen. Kommissionen havde ikke blot bevist, at forhandlerne havde reageret over for fabrikantens trusler og pression, men også, at i hvert fald en af dem havde tilsendt fabrikanten prøver på sit samarbejde. Endelig skal det tilføjes, at Kommissionen selv i den foreliggende sag har bemærket, at Domstolen i Tipp-Ex-dommen ved afgørelsen af, om der forelå en aftale, fulgte den fremgangsmåde at analysere forhandlernes reaktion over for fabrikantens handlemåde til afværgelse af paralleleksport, og at det var i betragtning af denne reaktion fra forhandlerens side, at Domstolen konkluderede, at der måtte antages at foreligge en aftale mellem denne og Tipp-Ex med det formål at hindre paralleleksport.

167 Følgelig kan denne dom, ligesom Sandoz-dommen, kun bekræfte den retspraksis, hvorefter det er en betingelse for, at en fabrikants tilsyneladende ensidige adfærd kan antages at udgøre en aftale mellem virksomheder i traktatens artikel 85, stk. 1's forstand, at grossisters eller kunders efterfølgende adfærd kan fortolkes som et samtykke de facto. Da denne betingelse ikke er opfyldt i den foreliggende sag, kan Kommissionen ikke påberåbe sig den påståede lighed mellem de to sager til støtte for sin opfattelse om, at der er givet samtykke i den foreliggende sag.

168 Af samme grunde kan hverken Kommissionen eller BAI med føje påberåbe sig den vurdering, Domstolen anlagde i sagerne BMW Belgium m.fl. mod Kommissionen, AEG mod Kommissionen og Ford og Ford Europe mod Kommissionen til støtte for deres opfattelse om, at grossisterne i den foreliggende sag har givet samtykke.

169 For at afgøre, om der i sagen BMW Belgium m.fl. mod Kommissionen forelå en aftale i traktatens artikel 85, stk. 1's forstand, undersøgte Domstolen således de foranstaltninger, som kunne tænkes at godtgøre forekomsten af en sådan aftale. Dette var tilfældet med de cirkulærer, der var udsendt til BMW's forhandlere, og det gjaldt såvel, »når cirkulærernes indhold [som når] den faktiske og retlige sammenhæng, hvori de forekommer, og parternes adfærd tages i betragtning«, og

Domstolen konkluderede, at de pågældende cirkulærer måtte »betragtes som udtryk for en hensigt til at ville bringe enhver eksport af nye BMW-vogne fra Belgien til ophør« (præmis 28). Den tilføjede, at BMW Belgium »ved at udsende cirkulærerne til alle de belgiske forhandlere tog [...] initiativet til, at der blev indgået en aftale med forhandlerne om fuldstændigt at bringe denne eksport til ophør« (præmis 29). Det fremgår af dommens præmis 30, at Domstolen hermed har villet uddybe, hvori forhandlernes samtykke bestod.

170 I dommen i sagen AEG mod Kommissionen, hvori fabrikantens og forhandlernes hensigter ikke fremgik umiddelbart, og hvor sagsøgeren udtrykkeligt påberåbte sig, at hans adfærd var ensidig, fandt Domstolen, at en praksis, hvorved en fabrikant som led i et selektivt distributionssystem i det øjemed at opretholde et højt prisniveau eller at udelukke bestemte moderne distributionsformer afslår at autorisere forhandlere, der opfylder de for systemet fastsatte kvalitative betingelser, »[ikke udgør] en sådan ensidig handling fra virksomhedens side, der — som hævdet af AEG — ikke er omfattet af forbudet i EØF-traktatens artikel 85, stk. 1. Holdningen indgår tværtimod i de kontraktmæssige forbindelser, som virksomheden opretholder med sine forhandlere« (præmis 38). Domstolen fastslog derpå, at der forelå et samtykke fra forhandlerne, idet den præciserede: »Når en forhandler optages i distributionssystemet, bygger autorisationen nemlig på medkontrahenternes udtrykkelige eller stiltiende accept af den af AEG fulgte politik, hvorefter bl.a. forhandlere, der opfylder betingelserne for at blive autoriseret, men ikke er indforstået med at følge denne politik, udelukkes fra forhandlerorganisationen« (præmis 38). Domstolen har bekræftet denne linje i sin retspraksis i de øvrige sager om selektiv distribution, som den har påkendt (se Ford og Ford Europe mod Kommissionen, præmis 21, Metro II, præmis 72 og 73, og Bayerische Motorenwerke, præmis 16 og 17).

171 Det fremgår af det anførte, at Kommissionen ikke kan påberåbe sig den retspraksis, som den har henvist til til støtte for sin opfattelse om, at der foreligger en aftale i denne sag.

4. Kommissionens opfattelse om, at det er tilstrækkeligt at fastslå, at parterne opretholder deres forretningsforbindelse for at bevise, at der foreligger en aftale

172 Det fremgår af Kommissionens betragtninger, at den gør gældende — ganske vist ikke utvetydigt — (jf. beslutningens opbygning, som den er resumeret i 155. og 156. betragtning og udviklet i 171.-188. betragtning), at den simple konstatering af, at grossisterne ikke afbrød deres forretningsforbindelse med Bayer, efter at denne havde iværksat sin nye politik til begrænsning af udførslerne, gør det berettiget at anse det for godtgjort, at der var indgået en aftale mellem virksomheder i traktatens artikel 85, stk. 1's forstand.

173 En sådan opfattelse kan ikke tiltrædes. Beviset for, at der foreligger en aftale mellem virksomheder i traktatens artikel 85, stk. 1's forstand, skal være baseret på en direkte eller indirekte konstatering af det subjektive element, som kendetegner selve begrebet aftale, nemlig at der foreligger en samstemmende vilje mellem erhvervsdrivende vedrørende iværksættelsen af en politik, tilstræbes et mål eller følges en bestemt adfærd på markedet, uanset hvorledes parternes vilje til at forholde sig på markedet er kommet til udtryk ifølge aftalens ordlyd (jf. i denne retning bl.a. dommen i sagen ACF Chemiefarma mod Kommissionen, præmis 112, og i sagen Van Landewyck m.fl. mod Kommissionen, præmis 86). Kommissionen tager ikke i tilstrækkelig grad hensyn til betingelsen om parternes samstemmende vilje, når den antager, at grossisternes fortsættelse af forretningsforbindelsen med fabrikanten i det tilfælde, hvor denne vedtager en ny politik, han iværksætter ensidigt, må betragtes som et samtykke fra disse til denne politik, selv om deres adfærd de facto klart er i modstrid med denne politik.

174 Desuden kan der ifølge traktatens system alene pålægges en virksomhed sanktioner i medfør af fællesskabsrettens konkurrenceregler, såfremt denne har tilsidesat forbuddene i traktatens artikel 85, stk. 1, eller artikel 86. Det må herved fastslås, at anvendelsen af artikel 85, stk. 1, forudsætter, at flere betingelser er opfyldt: a) Der skal foreligge en aftale mellem mindst to virksomheder eller en tilsvarende situation, såsom en vedtagelse inden for

sammenslutninger af virksomheder eller en samordnet praksis mellem virksomheder, b) disse skal påvirke handelen mellem medlemsstater, og c) de skal have til formål eller til følge at begrænse konkurrencen mærkbart. Følgelig kan virkningerne for konkurrencen på det fælles marked af en virksomheds adfærd alene undersøges efter denne traktatbestemmelse, hvis der er godtgjort at foreligge en aftale, en vedtagelse inden for sammenslutninger af virksomheder eller en samordnet praksis i traktatens artikel 85, stk. 1's forstand (jf. Domstolens dom af 30.6.1966, sag 56/65, Société technique minière, Sml. 1965-1968, s. 211, på s. 215 ff., org. ref.: Rec. s. 337, på s. 358 ff.). Følgelig er formålet med denne traktatbestemmelse ikke helt generelt at »fjerne« hindringer for samhandelen inden for Fællesskabet, men er mere begrænset, da det kun er de hindringer for konkurrencen, der er opstået som følge af en samstemmende vilje hos mindst to parter, som er forbudt efter denne bestemmelse.

175 Domstolen har fulgt denne fortolkning af traktatens artikel 85, stk. 1, i dommen af 24. oktober 1996 i sagen Viho mod Kommissionen (sag C-73/95 P, Sml. I, s. 5457, præmis 15, 16 og 17), idet den under stadfæstelse af en af Retten afsagt dom fastslog, at den omstændighed, at en af et moderselskab anvendt politik, som i det væsentlige består i at opdele de forskellige nationale markeder mellem dets datterselskaber, kan have virkninger uden for koncernens sfære, der kan påvirke tredjemands konkurrencestilling, ikke kan medføre, at traktatens artikel 85, stk. 1, finder anvendelse, selv om denne bestemmelse sammenholdes med EF-traktatens artikel 2 og artikel 3, litra c) og g). Derimod kan en sådan ensidig adfærd falde ind under traktatens artikel 86, hvis betingelserne for dennes anvendelse i øvrigt er opfyldt.

176 Under hensyn til det anførte er — i modsætning til det af Kommissionen og BAI hævdede — retten for en fabrikant, der som i det foreliggende tilfælde udsættes for en handlemåde, der er skadelig for hans interesser, til at finde den løsning, han anser for bedst, efter traktatens konkurrencebestemmelser alene betinget af, at han respekterer forbuddene i artikel 85 og 86. Følgelig kan en fabrikant, forudsat han ikke misbruger en dominerende stilling, i mangel af samstemmende vilje mellem ham og hans grossister, anvende den leveringspolitik, som han anser for nødvendig, selv om anvendelsen af en sådan politik, når den tilsigter at hindre

parallelimport, i kraft af selve sit formål kan medføre konkurrencebegrænsninger og påvirke samhandelen mellem medlemsstaterne.

177 Kommissionen har hvad angår dette spørgsmål påberåbt sig Domstolens dom af 5. december 1996 i sagen Merck og Beecham (forenede sager C-267/95 og C-268/95, Sml. I, s. 6285) til støtte for det synspunkt, at der under alle forhold består et behov for at beskytte parallelimport. Den anfører, at Domstolen i den nævnte dom gjorde en ende på spekulationerne vedrørende rækkevidden af den løsning, som den havde anvendt i dommen af 14. juli 1981 i Merck-sagen (præmis 36) ved at fastslå, at en priskontrol i visse medlemsstater ikke begrundede en fravigelse af princippet om frie varebevægelser, og at muligheden for at forhindre parallelimport ville medføre en uønsket afskærmning af de nationale markeder. Efter Kommissionens opfattelse må parallelimport således ikke hindres, selv ikke inden for lægemiddelsektoren, hverken af nationale foranstaltninger eller af aftaler mellem virksomheder.

178 Hvad angår denne opfattelse må det dog fastslås, at Domstolen i den nævnte dom begrænsede sig til at besvare spørgsmålet dels vedrørende datoen for udløbet af visse overgangsbestemmelser i tiltrædelsesakten for Kongeriget Spanien og Den Portugisiske Republik (tiltrædelsesaktens artikel 47 og 209), som indeholdt hjemmel til at forhindre parallelimport af farmaceutiske produkter fra disse lande til andre dele af Fællesskabet, dels vedrørende den retlige ordning for parallelimport efter udløbet af de fastsatte overgangsperioder samt vedrørende spørgsmålet om, hvorvidt rækkevidden af løsningen i Merck-dommen af 14. juli 1981 burde tages op til fornyet overvejelse. De betragtninger, Domstolen anlagde i dommen af 5. december 1996 i sagen Merck og Beecham, vedrørte ikke det spørgsmål, som foreligger i denne sag, der ikke angår de frie varebevægelser i henhold til EF-traktatens artikel 30, 34 og 36 (efter ændring nu henholdsvis artikel 28 EF, 29 EF og 30 EF), og forudsætter ingenlunde, som hævdet af Kommissionen, et generelt forbud mod hindring af paralleleksport, ikke blot for medlemsstater, men også, og under alle forhold, for virksomheder.

179 Denne dom støtter ikke Kommissionens opfattelse, men bekræfter kun, at Kommissionen ikke inden for rammerne af traktatens system må forsøge at opnå et resultat, såsom harmonisering af priserne på markedet for lægemidler, ved at udvide eller gøre vold på anvendelsesområdet for traktatens afsnit VI, kapitel 1, 1. afdeling (regler for virksomhederne), så meget mindre som traktaten giver Kommissionen særlige midler til at søge en sådan harmonisering, når det fremgår, at de store prisforskelle på lægemidler i medlemsstaterne skyldes de eksisterende forskelle i de statslige prisfastsættelsesmekanismer og bestemmelser for refusion, således som det er tilfældet i den foreliggende sag (jf. beslutningens 151. og 152. betragtning). Som Domstolen har fastslået i præmis 47 i Merck og Beecham-dommen, følger det af fast praksis, at fordrejninger som følge af, at en medlemsstat har en forskellig prisregulering, skal afhjælpes ved foranstaltninger truffet af fællesskabsmyndighederne (jf. Domstolens dom af 31.10.1974, sag 16/74, Centrafarm og de Peijper, Sml. s. 1183, præmis 17, i sagen Musik-Vertrieb membran og K-tel International, præmis 24, af 11.7.1996, forenede sager C-427/93, C-429/93 og C-436/93, Bristol-Myers Squibb m.fl., Sml. I, s. 3457, præmis 46, og i sagen Merck og Beecham, præmis 47).

180 En sådan udvidelse af anvendelsesområdet for traktatens artikel 85, stk. 1, som Kommissionen har foreslået, ville føre til den paradoksale situation, at en leveringsnægtelse straffes hårdere efter artikel 85, stk. 1, end efter artikel 86, da forbuddet i artikel 85, stk. 1, ville ramme den fabrikant, som beslutter at nægte eller begrænse sine fremtidige leveringer uden dog helt at bryde forretningsforbindelsen med sine kunder, hvorimod en leveringsnægtelse, selv om den er total, kun er forbudt efter artikel 86, såfremt den udgør et misbrug. Således har Domstolen i sin praksis indirekte anerkendt betydningen af, at virksomhederne bevarer deres handlefrihed ved anvendelsen af traktatens konkurrenceregler, ved sin udtrykkelige anerkendelse af, at selv en virksomhed, som har en dominerende stilling, under visse omstændigheder kan nægte at sælge eller kan ændre sin leverings- eller forsyningspolitik uden at blive omfattet af forbuddet i artikel 86 (jf. i denne retning Domstolens dom af 14.2.1978, sag 27/76, United Brands mod Kommissionen, Sml. s. 207, præmis 182-191).

181 Endelig kan Kommissionen ikke til støtte for sin opfattelse påberåbe sig, at den er af den overbevisning — som i øvrigt ikke er velfunderet — at parallelimporten på langt sigt vil medføre en harmonisering af priserne på lægemidler. Det samme gælder dens erklæring om, at »det er uacceptabelt, at parallelimporten hindres, således at medicinalfirmaer har mulighed for at anvende umådeholdne priser i lande, hvor der ikke findes nogen priskontrol, for at udligne deres mindre fortjeneste i de medlemsstater, som griber mere ind i prisfastsættelsen«.

182 Af det anførte følger, at Kommissionen ikke med føje kunne anse det for godtgjort, at der var indgået en aftale mellem grossister og fabrikanten alene ud fra den konstatering, at de fortsatte det mellem dem bestående forretningsforhold.

D. Konklusion

183 Det følger af samtlige foranstående betragtninger, at Kommissionen har foretaget en urigtig vurdering af de faktiske omstændigheder i sagen og begået en fejl i den retlige vurdering ved at anse det for godtgjort, at der forelå en samstemmende vilje hos Bayer og de grossister, som er nævnt i beslutningen, der gav grundlag for at slutte, at der var indgået en aftale i traktatens artikel 85, stk. 1's forstand, som havde til formål at forhindre eller begrænse udførslerne af Adalat fra Frankrig og Spanien til Det Forenede Kongerige.

184 Følgelig må der gives sagsøgeren medhold i det principale anbringende. Beslutningen må som følge heraf annulleres, uden at det er nødvendigt at afhøre de vidner, sagsøgeren har foreslået, eller at undersøge dennes subsidiære anbringender, som er, at traktatens artikel 85, stk. 1, er blevet urigtigt anvendt på en handlemåde, der var lovlig efter artikel 47 i akten vedrørende Spaniens tiltrædelse af De Europæiske Fællesskaber, og at artikel 15 i forordning nr. 17 er blevet urigtigt anvendt ved den bøde, som er pålagt sagsøgeren.

Sagens omkostninger

185 Ifølge procesreglementets artikel 87, stk. 2, pålægges det den tabende part at betale sagens omkostninger, hvis der er nedlagt påstand herom. Da Kommissionen har tabt sagen, og sagsøgeren har nedlagt påstand om, at den tilpligtes at betale sagens omkostninger, pålægges Kommissionen sine egne og sagsøgerens omkostninger, herunder sidstnævntes omkostninger i forbindelse med sagen om foreløbige forholdsregler.

186 Ifølge artikel 87, stk. 4, tredje afsnit, kan Retten træffe afgørelse om, at andre intervenienter end dem, der er nævnt i første afsnit af stk. 4, skal bære deres egne omkostninger. I den foreliggende sag bærer EFPIA, intervenient til støtte for sagsøgeren, og BAI, intervenient til støtte for sagsøgte, deres egne omkostninger.

På grundlag af disse præmisser

udtaler og bestemmer

RETTEN (Femte Udvidede Afdeling)

1) **Kommissionens beslutning 96/478/EF af 10. januar 1996 om en procedure i henhold til EF-traktatens artikel 85 (IV/34.279/F3 — Adalat) annulleres.**

2) **Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber betaler sine egne og sagsøgerens omkostninger, herunder sagsøgerens omkostninger i forbindelse med sagen om foreløbige forholdsregler.**

3) **European Federation of Pharmaceutical Industries' Associations og Bundesverband der Arzneimittel-Importeure eV bærer deres egne omkostninger.**

Cooke García-Valdecasas Lindh

Pirrung Vilaras

Afsagt i offentligt retsmøde i Luxembourg den 26. oktober 2000.

H. Jung

Justitssekretær

J.D. Cooke

Afdelingsformand

Indhold

Sagens faktiske omstændigheder II-3389
Retsforhandlinger og parternes påstande II-3392
Beslutningen II-3394
Realiteten II-3396
Det principale anbringende om, at betingelserne i traktatens artikel 85, stk. 1, ikke er opfyldt, hvorimod de af Kommissionen er fundet anvendelige i sagen II-3397
I — Parternes argumenter II-3397
II — Rettens bemærkninger II-3407
A. Indledende bemærkninger II-3407
B. Begrebet aftale i traktatens artikel 85, stk. 1's forstand II-3408
C. Anvendelse af begrebet aftale i den foreliggende sag II-3410
1. Sagsøgerens påståede hensigt til at pålægge et eksportforbud II-3411
a) Indledende bemærkninger II-3411
b) Rækkevidden af sagsøgerens kontrol med salget af Adalat II-3413
2. Påstanden om grossisternes hensigt til at tilslutte sig sagsøgerens politik om begrænsning af parallelimporten II-3423
a) Indledende bemærkninger II-3423
b) Beviset for grossisternes »stiltiende samtykke« II-3424
i) De franske grossisters adfærd II-3427
ii) De spanske grossisters adfærd II-3429
3. Den af Kommissionen påberåbte retspraksis II-3438
4. Kommissionens opfattelse om, at det er tilstrækkeligt at fastslå, at parterne opretholder deres forretningsforbindelse for at bevise, at der foreligger en aftale II-3444
D. Konklusion II-3448
Sagens omkostninger II-3449