YHTEISÖJEN ENSIMMÄISEN OIKEUSASTEEN TUOMIOISTUIMEN TUOMIO (laajennettu viides jaosto)

26 päivänä lokakuuta 2000 *

Asiassa T-41/96,

Bayer AG, kotipaikka Leverkusen (Saksa), edustajanaan asianajaja J. Sedemund, Köln, prosessiosoite Luxemburgissa asianajotoimisto A. May, 398 route d'Esch,

kantajana,

jota tukee

European Federation of Pharmaceutical Industries' Associations, kotipaikka Geneve (Sveitsi), edustajanaan aluksi solicitor C. Walker ja sittemmin solicitor T. Woodgate, prosessiosoite Luxemburgissa asianajotoimisto A. May 398, route d'Esch,

väliintulijana,

* Oikeudenkäyntikieli: saksa.

vastaan

Euroopan yhteisöjen komissio, asiamiehinään oikeudellisen yksikön virkamiehet W. Wils ja K. Wiedner, prosessiosoite Luxemburgissa c/o oikeudellisen yksikön virkamies C. Gómez de la Cruz, Centre Wagner, Kirchberg,

vastaajana,

jota tukee

Bundesverband der Arzneimittel-Importeure eV, kotipaikka Mülheim an der Ruhr (Saksa), edustajinaan asianajajat W. A. Rehmann ja U. Zinsmeister, Bryssel, prosessiosoite Luxemburgissa asianajotoimisto Bonn ja Schmitt, 7 Val Ste Croix,

väliintulijana,

jossa kantaja vaatii EY:n perustamissopimuksen 85 artiklan soveltamismenettelystä 10 päivänä tammikuuta 1996 tehdyn komission päätöksen 96/478/EY (IV/34.279/F3 — Adalat) (EYVL L 201, s. 1) kumoamista,

EUROOPAN YHTEISÖJEN ENSIMMÄISEN OIKEUSASTEEN TUOMIOISTUIN (laajennettu viides jaosto),

toimien kokoonpanossa: jaoston puheenjohtaja J. D. Cooke sekä tuomarit R. García-Valdecasas, P. Lindh, J. Pirrung ja M. Vilaras,

kirjaaja: hallintovirkamies J. Palacio González,

ottaen huomioon kirjallisessa käsittelyssä ja 28.10.1999 pidetyssä suullisessa käsittelyssä esitetyn,

on antanut seuraavan

tuomion

Kanteen perustana olevat tosiseikat

1 Kantajana oleva Bayer AG (jäljempänä joko kantaja, Bayer tai Bayer-yhtymä) on erään eurooppalaisen kemian- ja farmasiateollisuuden alalla toimivan johtavan yhtymän emoyhtiö, jonka kansalliset tytäryhtiöt toimivat kaikissa yhteisön jäsenvaltioissa. Se on jo useiden vuosien ajan tuottanut ja saattanut markkinoille Adalat- tai Adalate-merkillä sellaista lääkkeiden tuotevalikoimaa, jossa pääasiallisena vaikuttavana aineena on nifedipiini ja joka on tarkoitettu sydän- ja verisuonitautien hoitoon.

2 Useimmissa jäsenvaltioissa kansalliset terveysviranomaiset määräävät Adalatin hinnan joko suoraan tai välillisesti. Espanjan ja Ranskan terveysviranomaisten

vahvistamat hinnat olivat vuodesta 1989 vuoteen 1993 keskimäärin 40 prosenttia alhaisempia kuin Yhdistyneessä kuningaskunnassa noudatetut hinnat.

3 Näiden hintaerojen vuoksi Espanjassa olevat tukkumyyjät ryhtyivät vuodesta 1989 alkaen viemään Adalatia Yhdistyneeseen kuningaskuntaan. Vuodesta 1991 lähtien myös Ranskassa olevat tukkumyyjät ryhtyivät harjoittamaan samaa toimintaa. Kantajan mukaan rinnakkaistuonnin seurauksena Bayerin brittiläisen tytäryhtiön Bayer UK:n Adalatin myynti laski lähes puoleen vuodesta 1989 vuoteen 1993, minkä seurauksena brittiläisen tytäryhtiön liikevaihto laski 230 miljoonaa Saksan markkaa (DEM), mikä merkitsi Bayerille 100 miljoonan DEM:n suuruista tulojen menetystä.

4 Tässä tilanteessa Bayer-yhtymä muutti toimituspolitiikkaansa eikä enää toimittanut kaikkia niitä yhä merkittävämmiksi käyneitä tilauksia, joita Espanjaan ja Ranskaan sijoittautuneet tukkumyyjät olivat tehneet sen Espanjan ja Ranskan tytäryhtiöiltä. Tämä muutos tapahtui vuonna 1989 Bayer Espanjan saamien tilausten osalta ja vuoden 1991 kolmantena vuosineljänneksenä Bayer Ranskan saamien tilausten osalta.

5 Tietyt tukkukauppiaat, joita asia koski, kantelivat komissioon, ja sen johdosta komissio aloitti Bayer-yhtymän Ranskassa ja Espanjassa suorittamia väitettyjä EY:n perustamissopimuksen 85 artiklan 1 kohdan (josta on tullut EY 81 artiklan 1 kohta) rikkomisia koskevan hallinnollisen tutkintamenettelyn.

6 Komissio teki 10.1.1996 nyt kanteen kohteena olevan päätöksen 96/478/EY EY:n perustamissopimuksen 85 artiklan soveltamismenettelystä (IV/34.279/F3 — Adalat; jäljempänä riidanalainen päätös) (EYVL L 201, s. 1).

7 Riidanalaisen päätöksen 1 artiklan mukaan "Adalat- ja Adalate 20 mg LP -tuotteen vientikiellolla Ranskasta muihin jäsenvaltioihin ja Adalat- ja Adalate-Retard-tuotteen vientikiellolla Espanjasta muihin jäsenvaltioihin, jotka sisältyvät vuodesta 1991 Bayer Ranskan ja ainakin vuodesta 1989 Bayer Espanjan tukkuliikkeiden kanssa tekemiin sopimuksiin pitkäaikaisista liikesuhteista, Bayer AG on rikkonut perustamissopimuksen 85 artiklan 1 kohtaa".

8 Riidanalaisen päätöksen 2 artiklassa todetaan seuraavaa:

"Bayer AG:n on lopetettava 1 artiklassa tarkoitettu rikkominen ja erityisesti

— lähetettävä kahden kuukauden kuluessa tämän päätöksen tiedoksiantamisesta ranskalaisille ja espanjalaisille tukkuliikkeille kiertokirje, jossa ilmoitetaan selvästi, että vienti muihin jäsenvaltioihin on sallittua eikä siitä aiheudu seuraamuksia,

— ilmoitettava kahden kuukauden kuluessa tämän päätöksen tiedoksiantamisesta näistä seikoista selkeällä tavalla Ranskassa ja Espanjassa sovellettavissa yleisissä myyntiehdoissa."

9 Riidanalaisen päätöksen 3 artiklassa määrätään Bayerille 3 miljoonan ecun sakko.

10 Päätöksen 4 artiklassa asetetaan uhkasakko, jonka määrä on 1 000 ecua päivässä kultakin 2 artiklassa mainitut erityisvelvoitteet täyttävältä viivästymispäivältä.

Oikeudenkäynti ja asianosaisten vaatimukset

11 Kantaja on yhteisöjen ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen kirjaamoon 22.3.1996 jättämässään kanteessa vaatinut riidanalaisen päätöksen kumoamista.

12 Kantaja on samana päivänä ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen kirjaamoon jättämällään erillisellä asiakirjalla vaatinut, että riidanalaisen päätöksen 2 artiklan täytäntöönpanoa lykätään. Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen presidentti on 3.6.1996 antamallaan määräyksellä määrännyt, että riidanalaisen päätöksen 2 artiklan täytäntöönpanoa lykätään ja että oikeudenkäyntikuluista päätetään myöhemmin.

13 Bundesverband der Arzeinmittel-Importeure eV -niminen (jäljempänä BAI) saksalainen lääkkeiden tuojien yhteenliittymä on 1.8.1996 pyytänyt saada osallistua oikeudenkäyntiin tukeakseen komission vaatimuksia.

14 European Federation of Pharmaceutical Industries' Associations -niminen (jäljempänä EFPIA) eurooppalainen ammatillinen yhteenliittymä, joka edustaa 16:n farmasia-alalla toimivan kansallisen ammatillisen yhdistyksen intressejä, on 26.8.1996 pyytänyt saada osallistua oikeudenkäyntiin tukeakseen kantajan vaatimuksia.

15 Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen laajennetun viidennen jaoston puheenjohtaja on 8.11.1996 antamallaan määräyksellä hyväksynyt molemmat väliintulohakemukset. Väliintulijat ovat jättäneet väliintulokirjelmänsä 12.2.1997. Asianosaiset ovat jättäneet väliintulokirjelmiä koskevat huomautuksensa 11.4.1997.

16 Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin on esittelevän tuomarin kertomuksen perusteella päättänyt aloittaa suullisen käsittelyn ja on työjärjestyksen 64 artik-

lassa määrättynä prosessinjohtotoimena päättänyt esittää kirjallisia kysymyksiä kantajalle ja komissiolle ja kehottanut näitä vastaamaan niihin istunnossa.

17 Asianosaisten lausumat ja vastaukset ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen esittämiin kysymyksiin on kuultu 28.10.1996 pidetyssä istunnossa. Tukeakseen ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen esittämiin kysymyksiin antamiaan tiettyjä vastauksia komissio on istunnossa pyytänyt, että oikeudenkäyntiasiakirjoihin otettaisiin muutamia hallinnollisen menettelyn kuluessa kantajalle lähetetyn väitetiedoksiannon liitteitä. Koska kantaja ei ole tätä vastustanut ja koska se on todennut, ettei kyseisiin asiakirjoihin sisälly sitä koskevia luottamuksellisia tietoja, kaikki asianosaiset, väliintulijat mukaan lukien, ovat saaneet jäljennöksen kyseisistä liitteistä ja heillä on ollut istunnon aikana mahdollisuus esittää niitä koskevat huomautuksensa.

18 Kantaja vaatii, että ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin

— kumoaa riidanalaisen päätöksen

— toissijaisesti kumoaa sille määrätyn 3 000 000 ecun suuruisen sakon

— tai ainakin pienentää sakkoa

— velvoittaa komission korvaamaan oikeudenkäyntikulut.

19 Kantajan vaatimuksia tukeva väliintulija EFPIA vaatii, että ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin

— kumoaa riidanalaisen päätöksen

— velvoittaa komission korvaamaan sille väliintulosta aiheutuneet oikeudenkäyntikulut.

20 Komissio vaatii, että ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin

— hylkää kanteen

— velvoittaa kantajan korvaamaan oikeudenkäyntikulut.

21 Komission vaatimuksia tukeva väliintulija BAI vaatii, että ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin hylkää kanteen.

Riidanalainen päätös

22 Riidanalainen päätös koskee Adalatia, joka kuuluu lääkeryhmään, jota kutsutaan "kalsiuminestäjiksi" ja joka on tarkoitettu tiettyjen sydän- ja verisuonitautien (sepelvaltimotauti, verenpainetauti ja sydämen vajaatoiminta) hoitoon (kahdek-

sas perustelukappale). Riidanalaisen päätöksen soveltamisalaan kuuluu kuitenkin vain kaksi Adalat-tuotevalikoiman tuotetta, eli 10 mg:n kapseli (myynnissä Yhdistyneessä kuningaskunnassa ja Espanjassa Adalat-nimisenä, Ranskassa Adalate-nimisenä) sekä 20 mg:n pitkävaikutteinen (eli hitaasti imeytyvä) tabletti (myynnissä Yhdistyneessä kuningaskunnassa ja Espanjassa Adalat Retard -nimisenä, Ranskassa Adalate 20 mg LP -nimisenä) (neljäs perustelukappale).

23 Maantieteellisten markkinoiden osalta päätöksessä todetaan, että tässä tapauksessa on kyse kansallisista markkinoista (150—152 perustelukappale), koska rikkomisten tapahtuma-aikaan farmasiateollisuuden markkinat olivat pääasiassa kansallisia, sillä lääkkeen kaupanpitämisen hyväksyminen kuului jäsenvaltioiden yksinomaiseen toimivaltaan. Lisäksi lääkkeiden myyntiin vaikuttaa jäsenvaltioiden kansallisten terveysviranomaisten soveltama hallinto- ja erityisesti ostopolitiikka. Näin on muun muassa Ranskassa ja Espanjassa, missä toimivaltainen kansallinen viranomainen määrää hinnat suoraan. Lopuksi riidanalaisessa päätöksessä korostetaan, että erot hintojen määräämisjärjestelmissä ja korvaustavoissa aiheuttavat sen, että lääkkeiden hinnat eri jäsenvaltioissa eroavat suuresti toisistaan.

24 Riidanalaisessa päätöksessä todetaan (153 perustelukappale), että tuotteen markkinat on määritelty viittaamalla perusteisiin käyttää samaan hoitotarkoitukseen erilaisia kilpailevia tuotteita.

25 Riidanalaisessa päätöksessä tutkittujen merkityksellisten markkinoiden osalta 154 perustelukappaleessa todetaan lopuksi, että tällaisina markkinoina pidetään ensisijaisesti Yhdistynyttä kuningaskuntaa "siinä määrin kuin sopimusten vaikutus ulottuu suoraan näille markkinoille suojaten niitä rinnakkaistuonnilta" ja "toiseksi — — rinnakkaistuonnin alkuperäisiä markkina-alueita Ranskaa ja Espanjaa" "siinä määrin kuin nämä markkinat on keinotekoisesti suljettu rinnakkaisviennin kieltämisen perusteella".

26 Riidanalaisessa päätöksessä (23 perustelukappale) täsmennetään Bayerilla olevien Adalat-tuotteen markkinaosuuksien osalta, että nämä osuudet on esitetty suhteessa tuotteen pääasiallisiin hoidollisiin käyttötarkoituksiin. Komissio on katsonut, että Ranskassa sepelvaltimotaudin hoitoon tarkoitettujen lääkkeiden markkinoilla Adalatin markkinaosuus on 5,1 prosenttia ja verenpainetaudin hoitoon tarkoitettujen lääkkeiden markkinoilla 4,1 prosenttia. Espanjassa sepelvaltimotaudin hoitoon tarkoitettujen lääkkeiden markkinoilla Adalatin markkinaosuus on 7,4 prosenttia ja verenpainetaudin hoitoon tarkoitettujen lääkkeiden markkinoilla 8,7 prosenttia. Yhdistyneessä kuningaskunnassa sepelvaltimotaudin hoitoon tarkoitettujen lääkkeiden markkinoilla markkinaosuus on 19,6 prosenttia ja verenpainetaudin hoitoon tarkoitettujen lääkkeiden markkinoilla 16,6 prosenttia. Yhteisössä (kahdentoista jäsenvaltion muodostama yhteisö) sepelvaltimotaudin hoitoon tarkoitettujen lääkkeiden markkinoilla Adalatin markkinaosuus on 7,6 prosenttia ja verenpainetaudin hoitoon tarkoitettujen lääkkeiden markkinoilla 5,8 prosenttia (24—27 perustelukappale).

27 Riidanalaisessa päätöksessä kuvataan Bayer-yhtymän toimintaa tilanteessa, jossa oli Adalatin rinnakkaistuontia Espanjasta ja Ranskasta Yhdistyneeseen kuningaskuntaan, ja sitä, miten Bayer Espanjan ja Bayer Ranskan tukkuliikkeet ja asiakkaat reagoivat siihen.

28 Riidanalaisessa päätöksessä olevassa tätä toimintaa koskevassa oikeudellisessa arvioinnissa todetaan (155—199 perustelukappale), että Bayer Ranska ja Bayer Espanja ovat rikkoneet perustamissopimuksen 85 artiklan 1 kohtaa kieltämällä viennin kauppasuhteissaan vastaavien tukkuliikkeiden kanssa, että viimeksi mainitut tiesivät Bayer Ranskan ja Bayer Espanjan todellisen tarkoituksen ja että ne mukauttivat toimintansa Bayer Ranskan ja Bayer Espanjan vaatimuksiin. Riidanalaisessa päätöksessä katsotaan, että tällä sopimuksella rajoitetaan huomattavasti kilpailua ja vaikutetaan huomattavasti jäsenvaltioiden väliseen kauppaan.

Pääasia

29 Kantaja vetoaa varsinaisessa kanneperusteessaan perustamissopimuksen 85 artiklan 1 kohdan rikkomiseen todeten, että se oli yksipuolisesti suunnitellut

riidanalaisessa päätöksessä kuvatun toimintansa ja toteuttanut sen yksin, joten se ei kuulu mainitun määräyksen soveltamisalaan, koska kantajan ja sen tukkuliikkeiden välillä ei ollut tehty minkäänlaista sopimusta, joka olisi koskenut toimitettujen tuotteiden vientiä Yhdistyneeseen kuningaskuntaan. Toissijaisesti kantaja väittää, että komissio on tehnyt ilmeisen arviointivirheen soveltaessaan tätä määräystä sellaiseen toimintaan, joka Espanjan kuningaskunnan liittymisestä Euroopan yhteisöihin tehdyn asiakirjan patenttisuojaa koskevan 47 artiklan mukaan on laillista. Kantaja vetoaa lisäksi toissijaiseen kanneperusteeseen, jonka mukaan oikeusvarmuuden periaatetta ja suhteellisuusperiaatetta on loukattu, koska sakko on määrätty soveltamalla perustamissopimuksen 85 artiklaa aikaisemmasta poikkeavalla tavalla, ja jonka mukaan 6 päivänä helmikuuta 1962 annetun neuvoston asetuksen N:o 17 (perustamissopimuksen 85 ja 86 artiklan ensimmäinen täytäntöönpanoasetus) (EYVL 1962, 13, s. 204) 15 artiklan 2 kohtaa on rikottu.

Varsinainen kanneperuste, jonka mukaan perustamissopimuksen 85 artiklan 1 kohtaa on rikottu, koska komissio katsoo sitä voitavan soveltaa nyt esillä olevan asian tosiseikkoihin

I *Asianosaisten ja väliintulijoiden väitteet ja niiden perustelut*

30 Kantajan mukaan nyt esillä olevan asian kannalta merkitykselliset tosiseikat voidaan esittää lyhyesti seuraavalla tavalla: valmistaja, joka ei ole määräävässä asemassa markkinoilla, hyväksyy tukkuliikkeiden tilaukset jäsenvaltiossa, jossa kansalliset terveysviranomaiset ovat vahvistaneet hinnat huomattavasti muissa jäsenvaltioissa käytössä olevia hintoja alhaisemmiksi, ainoastaan niiden määrien osalta, jotka vastaavat niiden perinteisille toimitusalueille normaalisti toimitettuja määriä. Syynä siihen, että tuotteiden tilauksista osittain kieltäydytään, on se, että tukkuliikkeet lisäävät suhteettomasti normaalisti tilaamiaan määriä viedäkseen lisää tilatun määrän maasta hintaeroista näin hyötyäkseen. Kantaja katsoo, että tällainen menettelytapa on epäasianmukainen, sillä se aiheuttaa sen omille toisiin jäsenvaltioihin sijoittautuneille tytäryhtiöille merkittävää liikevaihdon vähentymistä, mikä vaarantaa niiden liiketaloudellisen olemassaolon. Välttääkseen rikkomasta perustamissopimuksen 85 artiklaa valmistaja antaa

myynnistä vastaavalle henkilökunnalleen tiukat ohjeet, joiden mukaan ongelma on ratkaistavissa yksinomaan siten, että tilatut määrät kiintiöidään yksipuolisesti ja että tukkuliikkeisiin nähden vedotaan vain "varastojen loppumiseen". Ajan mittaan tukkuliikkeet saavat kuitenkin selville valmistajan todelliset syyt. Koska tämä hyväksyy tilaukset vain, jos ne ovat yhtä suuria kuin aikaisemmin tilatut määrät, tukkuliikkeet sopeuttavat tilauksensa näennäisesti tämän mukaisesti hankkien kuitenkin samanaikaisesti vientiin tarkoitettuja suurempia määriä siten, että ne antavat toisten tukkuliikkeiden tehtäväksi ostaa niille tuotteita. Todellisuudessa rinnakkaistuonti jatkuu jopa laajentuen.

31 Kantaja huomauttaa, että useimmissa jäsenvaltioissa valtion terveysviranomaiset vahvistavat Adalatin hinnan joko suoraan tai välillisesti, mikä aiheuttaa sen, että jäsenvaltioiden väliset hintaerot ovat erittäin suuret, sillä käytetyt perusteet ovat hyvin erilaisia. Espanjan ja Ranskan valtion terveysviranomaiset olivat riidanalaisen ajanjakson 1989—1993 aikana vahvistaneet hinnat, jotka olivat keskimäärin 40 prosenttia alhaisemmat kuin hintataso Yhdistyneessä kuningaskunnassa, missä valtion harjoittama farmaseuttisten tuotteiden hintavalvonta on erilaista ja perustuu farmasia-alan yritysten voittoihin.

32 Nämä hintaerot aiheuttivat sen, että Espanjan tukkuliikkeet, jotka Espanjassa olevalla myyntialueellaan perinteisesti huolehtivat toimituksista apteekkareille ja jotka ostavat Adalatia kantajan Espanjassa sijaitsevalta tytäryhtiöltä, alkoivat vuonna 1989 viedä suuria määriä tätä tuotetta Yhdistyneeseen kuningaskuntaan saaden näin voittoja, jotka olivat hyvin paljon suurempia kuin ne voitot, joita ne olivat saaneet Espanjassa oleville perinteisille asiakkailleen suoritetuista toimituksista (esimerkiksi yksi ainoa tukkuliike oli yhtäkkiä tilannut määrän, joka vastasi lähes puolta Espanjan kokonaiskulutuksesta, ks. riidanalaisen päätöksen 114 perustelukappale). Kantaja lisää, että viennistä saadut erittäin suuret voitot aiheuttivat sen, että osa Espanjan tukkuliikkeistä kieltäytyi jopa kokonaan toimituksista Espanjassa oleville apteekkareille, joiden toimituksista ne normaalisti olivat huolehtineet, myydäkseen lähes kaiken Adalatin Yhdistyneeseen kuningaskuntaan. Tämä aiheutti tietyillä Espanjan alueilla vakavia puutteita apteekkarien toimituksissa ja pakotti Bayerin potilaiden suojelemiseksi suorittamaan suoria toimituksia niille apteekkareille, joiden toimitukset Espanjan tukkuliikkeet olivat jättäneet hoitamatta.

33 Kantaja toteaa, että tilanne Ranskassa oli samanlainen Ranskankin tukkuliikkeiden ryhdyttyä syys-lokakuussa vuonna 1991 viemään suuria Adalat-määriä Yhdistyneeseen kuningaskuntaan.

34 Kantaja toteaa, että tässä tilanteessa ja ottaen huomioon ne ongelmat, joita Bayer UK:lle olisi tullut pitkällä aikavälillä aiheutumaan, se halusi vastata tähän rinnakkaistuonti-ilmiöön, jota oli tutkittu kantajan ylimmällä päätöksenteko- ja vastuutasolla. Sen jälkeen kun asiasta oli keskusteltu perinpohjaisesti ja erilaisia mahdollisia toimenpiteitä oli tutkittu oikeudellisesti yksityiskohtaisesti ottaen huomioon komission päätöksentekokäytäntö ja yhteisöjen tuomioistuimen asiaa koskeva oikeuskäytäntö, päätettiin, että sen sijaan, että toimitukset tukkuliikkeille olisi lopetettu kokonaan ja että toimituksista olisi huolehdittu itse, oli valittava "lievempi" tapa vähentämällä ainoastaan toimitettuja määriä. Näin kantaja oli päättänyt hyväksyä tukkuliikkeiden tilaukset vain niiltä osin kuin ne vastasivat niiden edellisenä vuonna tekemiä tilauksia, mutta sallien kuitenkin niiden korottamisen noin 10 prosentilla kulutuksen lisääntymisen mukaisesti.

35 Kantaja myöntää, että sillä on sisäinen tietojärjestelmä, jolla pyritään rinnakkaistuonnin toteamiseen, mutta se kiistää riidanalaisessa päätöksessä esitetyn väitteen sen laajuudesta ja siitä, että sitä sovellettaisiin tosiasiallisesti Ranskan ja Espanjan tukkuliikkeisiin, minkä perusteella komissio virheellisesti päättelee "vientikiellon" olevan olemassa. Kantaja toteaa, että järjestelmällä pyritään ainoastaan toteamaan kullekin tukkuliikkeelle aikaisempina vuosina toimitetut määrät ja vahvistamaan etukäteen näiden "viitemäärien" perusteella, joita oli myös inflaation ja yleisten hintaindeksien nousun perusteella kohtuullisesti korotettu 10 prosentilla vuodessa, vuosittain ja kuukausittain toimitettavat määrät.

36 Kantaja kiistää lisäksi komission väitteen, jonka mukaan se olisi harjoittanut sellaista toimituspolitiikkaa, jossa edellytykseksi olisi asetettu väitetyn vientikiellon noudattaminen, ja täsmentää, ettei käyttöön otettuun järjestelmään liittynyt jälkikäteen toimitettuja tarkastuksia sen tarkistamiseksi, oliko toimitetut määrät viety maasta.

37 Lopuksi kantaja korostaa, että tukkuliikkeet olivat vapaita viemään toimitetut tuotteet maasta ja että tämä johtui siitä, että ne tiesivät, ettei kantaja millään tavoin tarkistaisi toimitettujen tavaroiden lopullista määränpäätä eikä niiden siis tarvinnut pelätä "seuraamuksia", vaikka mainittujen tuotteiden lopullinen määränpää olisi Yhdistynyt kuningaskunta. Tukkuliikkeet ovat de facto käyttäneet tätä vapautta viemällä laajamittaisesti maasta sekä niille että muille tukkuliikkeille tai paikallisille edustajille toimitettuja tuotteita.

38 Kantaja väittää, että komissio ei ole osoittanut, että Bayerin ja sen tukkuliikkeiden välillä olisi sopimus, ja toteaa, ettei se tahtonut tehdä sopimusta, koska se katsoi, että rajoitetun yksipuolisen toimituspolitiikan käyttöönottaminen rinnakkaistuonnin vaikeuttamiseksi oli laillista, ja että tämä koskee myös tukkuliikkeitä, jotka ovat menettelyllään osoittaneet täysin vastustavansa tällaista politiikkaa. Kantajan mukaan komission omaksuma näkemys tarkoittaa toisin sanoen sitä, että perustamissopimuksen 85 artiklassa tarkoitetun yritysten välisen sopimuksen olemassaoloa koskeva edellytys täyttyy, vaikka tilaaja muuttaisi toimintaansa vain näennäisesti ja vaikka sen tosiasiallinen toiminta osoittaisi täysin selvästi, että se nimenomaan ei halua tehdä väitettyä sopimusta. Tämä näkemys on vastoin 85 artiklan sanamuotoa ja tarkoitusta, sillä sopimuspuolten yhteinen tahto, joka on sopimuksen käsitteen keskeinen tunnusmerkki, ei enää olisi tarpeen tällaisessa sopimuksen käsitteessä.

39 Kantaja väittää lisäksi, että tätä uutta näkemystä perustellakseen komissio ei voinut vedota aikaisemmin tehtyihin päätöksiin eikä aikaisemmin annettuihin ennakkoratkaisuihin, sillä nyt esillä olevan asian tosiseikat eroavat rinnakkaisviennin esteisiin liittyvien aikaisemmin tehtyjen päätösten tosiseikoista.

40 Kantaja väittää, että tähän saakka on ollut kiistatonta, että osittainen tai täydellinen kieltäytyminen toimituksista on yksipuolinen toimenpide, joka ei voi kuulua perustamissopimuksen 85 artiklan soveltamisalaan. Koska perustamissopimuksen 85 artiklan 1 kohdassa tarkoitettua sopimusta ei ole, tätä määräystä ei voida soveltaa nyt esillä olevassa asiassa. Kantajan mukaan komission esittämällä näkemyksellä laajennetaan perustamissopimuksen 85 artiklan soveltamisalaa siten, että siihen kuuluu myös sellainen yksipuolinen

toimituksista kieltäytyminen, joka voi kuulua vain perustamissopimuksen 86 artiklan soveltamisalaan, ja että sillä näin poistetaan se johdonmukainen rajanveto, joka 85 artiklan ja 86 artiklan soveltamisalojen välillä on tehty.

41 Kantajan mukaan komissio on riidanalaisella päätöksellä suorittanut uuden kokeilun testatakseen oikeudelliseen erityisjärjestelmään perustuvan sellaisen poliittisen näkemyksen elinkelpoisuutta, joka on uusi rinnakkaistuonnin ja siitä kilpailulle aiheutuvien ongelmien kannalta. Tällä politiikalla mennään pitemmälle kuin nykyisen perustamissopimuksen mukaan on mahdollista, sillä vaikka tällä perustamissopimuksella pyritäänkin luomaan sisämarkkinat, sen kilpailusäännöillä ei kielletä yksipuolista toimintaa, jos määräävää markkina-asemaa ei ole, vain siitä syystä, että tällä toiminnalla pyritään estämään rinnakkaisvienti.

42 Lisäksi riidanalaisen päätöksen sisältämän periaatteellisen päätöksen soveltamisala ulottuu kantajan mukaan huomattavasti nyt esillä olevaa asiaa laajemmalle ja aiheuttaa sen, että yrityksillä, jotka eivät ole määräävässä markkina-asemassa, on laaja velvollisuus tehdä sopimuksia, koska valmistaja ei voi edellä esitetyistä syistä kieltäytyä toimittamasta tilauksia rikkomatta perustamissopimuksen 85 artiklaa. Tämä lopputulos on täysin ristiriidassa perustamissopimuksen 85 ja 86 artiklan sanamuodon ja yleisen rakenteen kanssa.

43 Sitten kantaja moittii komissiota siitä, ettei se ole ottanut huomioon sitä, että hintasääntelyt, jotka ovat erilaisia eri jäsenvaltioissa, vaikuttavat voimakkaasti farmaseuttisten tuotteiden alalla käytävään kilpailuun. Kantaja katsoo, että nämä sääntelyt eivät sovi yhteen EY:n perustamissopimuksen 30 artiklan (josta on tullut EY 28 artikla) kanssa. Se väittää myös, että kansalliset järjestelmät, joissa farmaseuttisten tuotteiden hinnat vahvistetaan suoraan tai välillisesti, ovat hyvin erilaisia, vääristävät huomattavasti kilpailua ja että niillä tästä syystä rikotaan EY:n perustamissopimuksen 3 artiklan g kohtaa (josta on muutettuna tullut EY 3 artiklan g kohta).

44 Lisäksi kantaja toteaa, että farmasia-alalla yhteisö on vielä kaukana yhteismarkkinoiden toteutumisesta ja arvostelee sitä, että yrityksiä kohdellaan aivan

kuin nämä markkinat olisivat jo olemassa, vaikka yhteisö ei ole kilpailuolosuhteiden vääristymisen estämiseksi ryhtynyt minkäänlaisiin tosiasiallisiin toimenpiteisiin yhdenmukaistaakseen kansalliset hintojen määräämisjärjestelmät.

45 Kantaja kiistää myös komission näkemyksen, jonka mukaan yhteisön säännöksiä ei ole tarpeen antaa, sillä rinnakkaistuonti aiheuttaa pitkällä aikavälillä sen, että lääkkeiden hinnat yhdenmukaistuvat.

46 Kantaja ehdottaa, että asiassa kuultaisiin eräitä todistajia, näyttääkseen toteen ensinnäkin, että tiettyjen Espanjassa olevien, kaikki Adalatinsa maasta vieneiden tukkuliikkeiden toiminnalla oli vaarannettu useiden Espanjassa olevien apteekkareiden toimitukset, ja toiseksi, että ennen kuin oli tehty päätös olla enää toimittamatta kaikkia tilauksia, sen yhteensopivuus yhteisön oikeuden kanssa oli tutkittu yksityiskohtaisesti, sekä kolmanneksi, että komissio oli päättänyt olla jatkamatta tutkimusta, joka oli aloitettu ennen kanteen perustana olevaa tutkimusta ja joka kantajan mukaan oli koskenut Bayerin toimintaa rinnakkaistuojien suhteen.

47 Kantajan vaatimuksia tukeva väliintulija EFPIA yhtyy kantajan esittämiin väitteisiin.

48 Komissio katsoo, että rikkominen on tehty kantajan ja Espanjan ja Ranskan tukkuliikkeiden välisellä sopimuksella, jossa Adalat-tuotetta kielletään viemästä muihin jäsenvaltioihin.

49 Komissio väittää, että Bayer Ranska ja Bayer Espanja ovat suunnitelleet vientikiellon ja määränneet siitä ja että Bayer-ryhmä on sen toteuttamiseksi ottanut käyttöön rinnakkaistuonnin valvontajärjestelmän yksilöidäkseen viejinä toimivat tukkuliikkeet, vähentääkseen merkittävästi toimituksia, tarkistaakseen toimi-

tettujen määrien lopullisen määränpään ja määrätäkseen niitä vieneille tukkuliikkeille seuraamuksia vähentämällä myöhempiä toimituksia. Se pitää toteen näytettynä, että Bayer on ottanut käyttöön tämän järjestelmän, että tukkuliikkeet tunsivat kantajan vaikuttimet ja että ne suostuivat vientikieltoon, koska ne tiesivät, että muussa tapauksessa oli odotettavissa, että niiden tilaukset toimitettaisiin vain sen suuruisina, että ne riittäisivät kattamaan kansallisten markkinoiden tarpeet, tai jopa kantajan määrääminä vieläkin alhaisempina määrinä.

50 Komission mukaan näkemys, jonka mukaan Bayer oli yleisesti päättänyt toimittaa kaikille tukkuliikkeille vähintään viitemäärän suuruiset määrät eli edellisen vuoden määrän korotettuna 10 prosentilla, on virheellinen. Toimituksia ei nimittäin ollut kaikkien tukkuliikkeiden osalta vähennetty suhteessa tilauksiin väitetyn yhden ainoan viitetason mukaisesti (ks. riidanalaisen päätöksen 96 perustelukappale). Joidenkin tukkuliikkeiden tilauksia vähennettiin edellisvuoden tasolle soveltamatta 10 prosentin korotusta (näin CERP Lorrainen tapauksessa, ks. riidanalaisen päätöksen 87 ja 165 perustelukappale, ja Hefamen kohdalla, ks. riidanalaisen päätöksen 122—124 ja 168 perustelukappale), kun taas muissa tapauksissa vähentäminen oli niin laajaa, että sillä saatettiin jopa vahingoittaa kyseisten tukkuliikkeiden kykyä suorittaa riittävät toimitukset perinteisille markkinoilleen (näin Hufasan tapauksessa, ks. riidanalaisen päätöksen 114, 127 ja 166 perustelukappale, ja Cofaresin tapauksessa, ks. riidanalaisen päätöksen 121 ja 169 perustelukappale).

51 Komission mukaan tästä seuraa, että tukkuliikkeet katsoivat suoritettujen vähentämisten olleen sidoksissa vientiin ja että mahdolliset vastatoimet huomioon ottaen niillä oli täysi intressi tarkoin noudattaa vientikieltoa, minkä ne tekivätkin. Tukkuliikkeet olivat sopineet kantajan kanssa siitä, ettei Adalatea vietäisi, saadakseen vastikkeeksi riittävät toimitukset.

52 Komissio väittää, että tätä vientikieltoa käyttöön ottaessaan kantaja luotti siihen, että tukkuliikkeet suostuisivat siihen, ja toteaa, että se seikka, että kahden sopimuspuolen intressit sopimuksen tekemiseen eivät ole samat, ei tarkoita sitä, ettei niillä voisi olla yhteistä tahtoa. Perustamissopimuksen 85 artiklan 1 kohdassa tarkoitettu sopimus edellyttää ainoastaan, että kahdella sopimuspuolella on intressi sen tekemiseen, mutta tämän intressin ei tarvitse olla sama. Koska tukkuliikkeillä oli intressi välttää toimitusrajoitukset ja kantajalla oli intressi estää

rinnakkaisvienti tai ainakin rajoittaa sitä, sopimuspuolilla oli yhteinen tahto estää rinnakkaisvienti tai ainakin rajoittaa sitä.

53 Komissio katsoo, että sillä seikalla, että tukkuliikkeet eivät olleet kokonaan lopettaneet vientiä, ei voida asettaa kyseenalaiseksi sitä, että tukkuliikkeet ovat nyt esillä olevassa asiassa tehneet vientikieltoa koskevan sopimuksen tai suostuneet siihen. Vaikka komissio myöntääkin, että Espanjan ja Ranskan tukkuliikkeet olisivat mieluummin jatkaneet vientiä Yhdistyneeseen kuningaskuntaan, se vetoaa siihen, että nämä olivat vähentäneet tilattuja määriä sellaiselle tasolle, että Bayerille täytyi syntyä sellainen vaikutelma, että ne noudattivat sen ilmaisemaa tahtoa, jonka mukaan tukkuliikkeiden oli keskityttävä ainoastaan perinteisten markkinoidensa tarpeisiin.

54 Komissio toteaa, että riidanalainen päätös on täysin komission päätöksentekokäytännön ja yhteisöjen tuomioistuimen oikeuskäytännön mukainen, sillä yhteisöjen tuomioistuin on tulkinnut sopimuksen käsitettä tällä tavoin muun muassa asiassa C-277/87, Sandoz prodotti farmaceutici vastaan komissio, 11.1.1990 antamassaan tuomiossa (Kok. 1990, s. I-45, julkaistu lyhennelmänä) ja asiassa C-279/87, Tipp-Ex vastaan komissio, 8.2.1990 antamassaan tuomiossa (Kok. 1990, s. I-261, julkaistu lyhennelmänä).

55 Komissio kiistää kyseenalaistaneensa perustamissopimuksen 85 ja 86 artiklan soveltamisalojen välistä rajanvetoa täsmentäen, että nyt esillä olevan asian tosiseikat kuuluvat sopimuksiin sovellettavan 85 artiklan soveltamisalaan, sillä tukkuliikkeet ovat itse päättäneet taipua kantajan tahtoon ja varmistaa riittävät toimitukset suostumalla viennin rajoittamiseen. Tästä seuraa komission mukaan, että kantajan esittämät oikeudellista politiikkaa koskevat seikat perustuvat sinänsä virheellisiin lähtöoletuksiin, minkä vuoksi niitä ei ole tarpeen tutkia sen enempää.

56 Komissio ei yhdy kantajan esittämään väitteeseen, jonka mukaan farmasia-ala muodostaa erityiset markkinat, joihin kilpailusääntöjä pitäisi soveltaa vain

rajoitetusti. Se myöntää, että useat jäsenvaltiot puuttuvat edelleenkin farmaseuttisten tuotteiden markkinoiden toimintaan ja että koska lähestymistavat ovat erilaisia, keskimääräiset hinnat ja kulutustottumukset eroavat toisistaan eri jäsenvaltioissa. Komissio muistuttaa kuitenkin, että on katsottu, ettei komissio voi tavaroiden vapaata liikkuvuutta koskevien sääntöjen nojalla puuttua hintavalvontajärjestelmiin sellaisinaan, vaan se voi perustamissopimuksen 30 artiklan nojalla ainoastaan taistella mahdollisia syrjiviä vaikutuksia vastaan. Tästä syystä komissio on tämän jälkeen riitauttanut vain sellaiset valtion toimenpiteet, joilla selvästi suositaan teollisuutta tai kansallista lääketutkimusta.

57 Komissio toteaa, että vaikka hintojen säätely jäsenvaltioissa perustuu erilaisiin järjestelmiin, tämä ei merkitse sitä, ettei sisämarkkinoita pyrittäisi toteuttamaan farmasia-alalla. Se väittää, että koska hintasäätelyjärjestelmät joka tapauksessa jättävät yrityksille riittävän toimimisvaran, rinnakkaistuontia ei pidä estää valtion toimenpitein eikä yritysten kilpailua rajoittavalla toiminnalla. Lisäksi koska sellaiset valtion toimenpiteet, joilla rinnakkaisvienti estetään, ovat kiellettyjä, tämän pitäisi koskea myös sellaisia yritysten toteuttamia toimenpiteitä, joilla, kuten nyt esillä olevassa asiassa, pyritään samaan päämäärään. Tästä seuraa komission mukaan, että perustamissopimuksen 85 artiklaa rikotaan juuri estämällä lääkkeiden rinnakkaistuonti, kuten muun muassa asiassa Sandoz annetusta tuomiosta ilmenee.

58 Komissio lisää, että yhteisöjen tuomioistuin on asiassa 15/74, Centrafarm ja de Peijper, 31.10.1974 antamassaan tuomiossa (Kok. 1974, s. 1147; Kok. Ep. II, s. 373) ja yhdistetyissä asioissa 55/80 ja 57/80, Musik-Vertrieb membran ja K-tel International, 20.1.1981 antamassaan tuomiossa (Kok. 1981, s. 147; Kok. Ep. VI, s. 1) jo todennut, että tavaroiden vapaata liikkuvuutta koskevia yhteisön sääntöjä voidaan soveltaa tietyllä alalla siitä riippumatta, onko kyseiset kansalliset säännökset yhdenmukaistettu. Komissio katsoo näin ollen, että myös farmasia-alan vientikieltoja vastaan voidaan taistella, kuten yhteisöjen tuomioistuimen oikeuskäytännöstä selkeästi ilmenee. Erityisesti perustamissopimuksen 30 artiklan osalta se viittaa yhteisöjen tuomioistuimen asiassa 104/75, de Peijper, tuomio 20.5.1976 (Kok. 1976, s. 613; Kok. Ep. III, s. 97), asiassa 102/77, Hoffmann-La Roche, tuomio 23.5.1978 (Kok. 1978, s. 1139; Kok. Ep. IV, s. 107) ja asiassa 187/80, Merck, tuomio 14.7.1981 (Kok. 1981,

s. 2063; Kok. Ep. VI, s. 197) annettuihin tuomioihin sekä perustamissopimuksen 85 artiklan 1 kohdan osalta asiassa Sandoz annettuun tuomioon.

59 Tämän jälkeen komissio toteaa lähtökohtanaan olevan, että rinnakkaistuonti aiheuttaa pitkällä aikavälillä lääkkeiden hintojen yhdenmukaistumisen, eikä pidä hyväksyttävänä sitä, että rinnakkaistuontia estetään, jotta farmasia-alan yritykset voisivat vaatia ylihintoja sellaisissa maissa, joissa ei ole minkäänlaista hintavalvontaa, korvatakseen hintoja valvovissa jäsenvaltioissa saatavia pienempiä voittoja.

60 BAI toteaa, että yhtäältä apteekkareiden on lääkemarkkinoilla sekä taloudellisesti että kuljetusteknisesti mahdotonta pitää varastossa riittäviä määriä kysytyimpien lääkkeiden täydellisiä valikoimia, ja että toisaalta kun otetaan huomioon tukkuliikkeiden asema ja tehtävä markkinoilla, niiden on pakko pitää varastossa tällaisia valikoimia, jotta ne kykenisivät nopeasti toimittamaan apteekkarille kaikki ne lääkkeet, jotka tämä on tilannut, sillä muussa tapauksessa viimeksi mainittu tekee hankintansa sellaisesta tukkuliikkeestä, jolla on tarvittavat varastot. Näin ollen ja ottaen huomioon lääkemarkkinoiden rakenne sekä Bayerin käyttöön ottama jakelua koskeva valvontajärjestelmä, BAI katsoo, että tukkuliikkeillä ei ollut muuta vaihtoehtoa kuin suostua tähän valvontaan ja vähentää huomattavasti tilauksia sekä siis vientiä ilman, että valmistajan tarvitsi uhata niitä nimenomaisesti.

61 Vientikieltoa koskevan näytön osalta BAI toteaa, ettei voida kiistää, että vientiä harjoittaneille tukkuliikkeille aiheutui seuraamuksia, sillä Bayer valvoi kaiken aikaa tuotteidensa jakelua ja sopeutui aina markkinakehitykseen. Tätä väitettä tukeakseen BAI toteaa, että riidanalaisen päätöksen 87 perustelukappaleessa oleva "Adalat 20 mg LP:n" tilauksia kuvaava taulukko osoittaa selvästi, että jos tukkuliike harjoitti vientiä, odotettavissa oli, että sille toimitettuja määriä vähennettiin tämän jälkeen, ja että Bayer reagoi joka kerta tukkuliikkeiden tilausmääriin ja määräsi seuraamuksia vientiä harjoittaneille tukkuliikkeille vähentämällä huomattavasti toimituksia.

II *Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen arviointi asiasta*

A *Alustavia havaintoja*

62 Vakiintuneesta oikeuskäytännöstä ilmenee, että kun ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin käsittelee perustamissopimuksen 85 artiklan 1 kohdan nojalla tehtyä päätöstä koskevaa kumoamiskannetta, sen tehtävänä on yleisesti harjoittaa kokonaisvaltaista valvontaa ja tutkia, täyttyvätkö perustamissopimuksen 85 artiklan 1 kohdan soveltamisedellytykset (ks. tämän suuntaisesti asia 42/84, Remia ym. v. komissio, tuomio 11.7.1985, Kok. 1985, s. 2545, 34 kohta ja yhdistetyt asiat C-142/84 ja C-156/84 BAT ja Reynolds v. komissio, tuomio 17.11.1987, Kok. 1987, s. 4487, 62 kohta).

63 Perustamissopimuksen 85 artiklan 1 kohdassa määrätään seuraavaa:

"Yhteismarkkinoille soveltumattomia ja kiellettyjä ovat sellaiset yritysten väliset sopimukset, yritysten yhteenliittymien päätökset sekä yritysten yhdenmukaistetut menettelytavat, jotka ovat omiaan vaikuttamaan jäsenvaltioiden väliseen kauppaan ja joiden tarkoituksena on estää, rajoittaa tai vääristää kilpailua yhteismarkkinoilla tai joista seuraa, että kilpailu estyy, rajoittuu tai vääristyy yhteismarkkinoilla — — ."

64 Tämän määräyksen sanamuodosta ilmenee, että näin määrätty kielto koskee yksinomaan yritysten välisten sopimusten, yritysten yhteenliittymien päätösten tai yritysten yhdenmukaistettujen menettelytapojen muodossa toteutettuja kahden- tai monenvälisiä yhdenmukaistettuja menettelytapoja.

65 Nyt esillä olevassa asiassa riidanalaisessa päätöksessä todetaan tässä määräyksessä tarkoitetun "yritysten välisen sopimuksen" olevan olemassa. Kantaja

väittää kuitenkin, että riidanalaisessa päätöksessä määrätään sille seuraamus sellaisesta sen yksipuolisesta toiminnasta, joka ei kuulu tämän määräyksen soveltamisalaan. Se väittää, että komissio on tulkinnut perustamissopimuksen 85 artiklan 1 kohdassa tarkoitettua sopimusta aikaisemmasta oikeuskäytännöstä poikkeavalla tavalla ja että se on rikkonut kyseistä perustamissopimuksen määräystä soveltamalla tätä tulkintaa nyt esillä olevassa asiassa. Komissio katsoo, että se on tätä käsitettä koskevassa arvioinnissaan täysin noudattanut oikeuskäytäntöä ja että kyseistä käsitettä on täysin asianmukaisesti sovellettu tämän yksittäistapauksen tosiseikkoihin. On siis syytä päättää, voiko komissio perustellusti pitää riidanalaisessa päätöksessä kuvattuja menettelytapoja perustamissopimuksen 85 artiklan 1 kohdassa tarkoitettuna yritysten välisenä sopimuksena tälle käsitteelle oikeuskäytännössä annettu tulkinta huomioon ottaen.

B *Perustamissopimuksen 85 artiklan 1 kohdassa tarkoitetun sopimuksen käsite*

66 Oikeuskäytännöstä ilmenee, että jos valmistajan tekemä päätös on yrityksen yksipuolista toimintaa, perustamissopimuksen 85 artiklan 1 kohdassa määrätty kielto ei koske tätä päätöstä (ks. tämän suuntaisesti asia 107/82, AEG v. komissio, tuomio 25.10.1983, Kok. 1983, s. 3151, 38 kohta; yhdistetyt asiat 25/84 ja 26/84, Ford ja Ford Europe v. komissio, tuomio 17.9.1985, Kok. 1985, s. 2725, 21 kohta ja asia T-43/92, Dunlop Slazenger v. komissio, tuomio 7.7.1994, Kok. 1994, s. II-441, 56 kohta).

67 Vakiintuneesta oikeuskäytännöstä ilmenee myös, että perustamissopimuksen 85 artiklan 1 kohdassa tarkoitetun sopimuksen olemassaolon edellytykseksi riittää se, että kyseiset yritykset ovat ilmaisseet yhteisen tahtonsa toimia markkinoilla määrätyllä tavalla (asia 41/69, ACF Chemiefarma v. komissio, tuomio 15.7.1970, Kok. 1970, s. 661, 112 kohta; Kok. Ep. I, s. 445; yhdistetyt asiat 209/78—215/78 ja 218/78, Van Landewyck ym. v. komissio, tuomio 29.10.1980, Kok. 1980, s. 3125, 86 kohta; Kok. Ep. V, s. 355 ja asia T-7/89, Hercules Chemicals v. komissio, tuomio 17.12.1991, Kok. 1991, s. II-1711, 256 kohta).

68 Kyseisen yhteisen tahdon ilmaisumuodon osalta riittää, että sopimusehdoissa ilmaistaan sopimuspuolten tahto toimia sopimuksen määräysten mukaisesti (ks. muun muassa em. asia ACF Chemiefarma v. komissio, tuomion 112 kohta ja em. asia Van Landewyck v. komissio, tuomion 86 kohta), eikä tällöin ole tarpeen, että ilmaisu olisi kansallisen oikeuden mukainen pakottava ja pätevä sopimus (asiassa Sandoz annettu tuomio, tuomion 13 kohta).

69 Tästä seuraa, että perustamissopimuksen 85 artiklan 1 kohdassa tarkoitetun sopimuksen käsitteessä, sellaisena kuin sitä on tulkittu oikeuskäytännössä, on keskeistä vähintään kahden sopimuspuolen yhteinen tahto eikä merkitystä ole sillä, missä muodossa tämä tahdonilmaisu on annettu, kunhan ilmaisu tarkoin vastaa tätä tahtoa.

70 Joissakin olosuhteissa sellaisia toimenpiteitä, joihin valmistaja on ilmeisen yksipuolisesti ryhtynyt tai joista se on ilmeisen yksipuolisesti määrännyt pitkäaikaisissa liikesuhteissaan jälleenmyyjiensä kanssa, on pidetty perustamissopimuksen 85 artiklan 1 kohdassa tarkoitettuina sopimuksina (yhdistetyt asiat 32/78 ja 36/78—82/78, BMW Belgium ym. v. komissio, tuomio 12.7.1979, Kok. 1979, s. 2435, 28—30 kohta; em. asia AEG v. komissio, tuomion 38 kohta; em. asia Ford ja Ford Europe v. komissio, tuomion 21 kohta; asia 75/84, Metro v. komissio, ns. Metro II -tapaus, tuomio 22.10.1986, Kok. 1986, s. 3021, 72 ja 73 kohta; em. asia Sandoz, tuomion 7—12 kohta ja asia C-70/93, Bayerische Motorenwerke, tuomio 24.10.1995, Kok. 1995, s. I-3439, 16 ja 17 kohta).

71 Tästä oikeuskäytännöstä ilmenee, että tilanne, jossa yritys on ryhtynyt tosiasiallisesti yksipuoliseen toimenpiteeseen ilman toisen yrityksen nimenomaista tai hiljaista osallistumista, on erotettava tilanteista, jotka vain vaikuttavat yksipuolisilta. Vaikka ensin mainitut eivät kuulukaan perustamissopimuksen 85 artiklan 1 kohdan soveltamisalaan, toiseksi mainittuja on pidettävä yritysten välisenä sopimuksena ja ne voivat tästä syystä kuulua tämän määräyksen soveltamisalaan. Tämä koskee muun muassa menettelytapoja ja toimia, joilla kilpailua rajoitetaan ja — vaikka valmistaja onkin määrännyt niistä näennäisen yksipuolisesti sopimussuhteissaan jälleenmyyjiensä kanssa — joihin viimeksi mainitut ainakin hiljaisesti suostuvat.

72 Tästä oikeuskäytännöstä ilmenee myös, että komissio ei voi katsoa, että valmistajan ilmeisesti yksipuolinen toiminta, johon se on ryhtynyt sopimussuhteissaan jälleenmyyjiensä kanssa, on todellisuudessa lähtökohtana perustamissopimuksen 85 artiklan 1 kohdassa tarkoitetulle yritysten väliselle sopimukselle, jollei se näytä toteen, että muut sopimuskumppanit ovat nimenomaisesti tai hiljaisesti suostuneet valmistajan omaksumaan toimintatapaan (ks. tämän suuntaisesti em. asia BMW Belgium ym. v. komissio, tuomion 28—30 kohta; em. asia AEG v. komissio, tuomion 38 kohta; em. asia Ford ja Ford Europe v. komissio, tuomion 21 kohta; em asia Metro II, tuomion 72 ja 73 kohta ja em. asia Bayerische Motorenwerke, tuomion 16 ja 17 kohta).

C *Sopimuksen käsitteen soveltaminen nyt esillä olevassa asiassa*

73 Komissio on nyt esillä olevassa asiassa katsonut, että vaikka osapuolten välillä tehdyn viennin rajoittamista tai vähentämistä koskevan sopimuksen olemassaolosta ei ole välitöntä asiakirjanäyttöä, kyseisen sopimuksen edellytyksenä oleva yhteinen tahto ilmenee niin kantajan kuin riidanalaisessa päätöksessä mainittujen tukkuliikkeidenkin toiminnasta.

74 Komissio toteaa riidanalaisessa päätöksessä (155 perustelukappale), että "Bayer Ranska ja Bayer Espanja ovat rikkoneet [perustamissopimuksen] 85 artiklan 1 kohtaa" ja että tämän määräyksen soveltamisedellytykset täyttyivät, koska nämä tytäryhtiöt olivat "kieltä[neet] viennin pitkäaikaisissa liikesuhteissa olevilta asiakkailtaan". Tämän jälkeen se toteaa (156 perustelukappale), että "kun tarkastellaan Bayer Ranskan ja Bayer Espanjan omaksumia menettelytapoja vastaavia tukkuliikkeitä kohtaan, havaitaan eräänlaisen vientikiellon olemassaolo, jonka Bayer Ranska ja Bayer Espanja ovat asettaneet kauppasuhteisiinsa tukkuliikkeitten kanssa" ja katsoo toteen näytetyksi (176 perustelukappale), että tukkuliikkeet ovat hiljaisesti hyväksyneet vientikiellon.

75 Kun komissio viittaa riidanalaisessa päätöksessä "vientikieltoon", se tarkoittaa sillä yksipuolista vaatimusta, josta kantaja ja tukkuliikkeet ovat sopineet. Komissio on katsonut perustamissopimuksen 85 artiklan 1 kohdassa kielletyn sopimuksen olevan olemassa siitä syystä, että se on pitänyt toteen näytettynä, että kantaja oli pyrkinyt tekemään ja tehnyt Espanjassa ja Ranskassa olevien tukkuliikkeidensä kanssa sellaisen sopimuksen, jolla pyrittiin estämään rinnakkaistuonti tai rajoittamaan sitä.

76 Kantaja myöntää ottaneensa käyttöön yksipuolisen politiikan, jolla pyrittiin rajoittamaan rinnakkaistuontia. Se kuitenkin kiistää määränneensä vientikiellosta tai edellyttäneensä sitä. Se väittää tältä osin, ettei se ole koskaan neuvotellut saati tehnyt tukkuliikkeiden kanssa sopimusta estääkseen niitä harjoittamasta vientiä tai rajoittaakseen toimitettujen määrien vientiä. Lisäksi se toteaa, että tukkuliikkeet eivät ole millään tavoin suostuneet sen yksipuoliseen politiikkaan eivätkä myöskään ole tahtoneet näin menetellä.

77 Näin ollen sen selvittämiseksi, onko komission esittämä näyttö oikeudellisesti riittävä osoittamaan, että osapuolilla on ollut yhteinen tahto rajoittaa rinnakkaisvientiä, on syytä tutkia, onko komissio kantajan väittämin tavoin arvioinut virheellisesti Bayerin ja tukkuliikkeiden tahtoja.

1. Kantajan tahto määrätä vientikiellosta

a) Alustavia havaintoja

78 Riidanalaisessa päätöksessä katsotaan selvitetyksi, että kantajan Ranskassa ja Espanjassa olevat tytäryhtiöt olivat määränneet Ranskassa ja Espanjassa oleville

tukkuliikkeille vientikiellon, joka otettiin käyttöön yksilöimällä vientiä harjoittaneet tukkuliikkeet ja vähentämällä vähittäin niille toimitettavia määriä, jos ilmeni, että ne veivät kaikki nämä tuotteet tai osan niistä. Riidanalaisen päätöksen 156 perustelukappaleen toisen alakohdan mukaan vientikielto "koostuu seuraavista täydentävistä osista: vientiä harjoittavien tukkuliikkeiden tunnistamisjärjestelmä (a), Bayer Ranskan ja Bayer Espanjan toimitusten määrän vähittäinen vähentäminen tukkuliikkeille, jotka vievät kaikki tai osan näistä tuotteista (b)".

79 Komissio esittää riidanalaisessa päätöksessä (160—170 perustelukappale) ne syyt, joiden perusteella se katsoo selvitetyksi, että "kun tukkuliikkeet v[eivä]t osan toimitetuista tuotteista, Bayer Ranska tai Bayer Espanja vähen[sivät] niiden seuraavien tilausten toimituksia" ja että toimitusten edellytyksenä oli vientikiellon noudattaminen. Komissio toteaa erityisesti (160 perustelukappaleen ensimmäinen alakohta), että "kun tukkuliikkeet vievät osan toimitetuista tuotteista, Bayer Ranska ja Bayer Espanja vähentävät myöhemmin tilattuja toimituksia". Se lisää (163 perustelukappale) näin:

" — — komission hallussa olevat asiakirjat osoittavat, että ne toimitusmäärät, joihin Bayer Ranska ja Bayer Espanja ovat suostuneet, noudattavat asetettua vientikieltoa. Bayer Espanja ja Bayer Ranska ovat suunnitelleet toimittamiensa määrien vähentämisen sen perusteella, miten tukkuliikkeet suhtautuvat tähän vientikieltoon. Jos tukkuliikkeet rikkovat vientikieltoa, se aiheuttaa niille ilman eri toimenpiteitä uuden vähennyksen toimituksista."

80 Komissio päättelee tästä (170 perustelukappale), että

"kaikkien näiden Bayer Ranskan ja Bayer Espanjan toimintatapojen perusteella voidaan osoittaa, että ne ovat asettaneet tukkuliikkeilleen jatkuvan uhkan toi-

mitettavien määrien vähentämisestä, ja uhkaus toteutettiin toistuvasti, jos ne eivät noudattaneet vientikieltoa".

b) Kantajan käyttöön ottaman Adalatin jakelua koskevan valvontajärjestelmän laajuus

81 Kantaja myöntää, että sen käytössä oli Adalatin jakelua koskeva yleinen valvontajärjestelmä, jotta se olisi voinut soveltaa politiikkaansa, jonka mukaan ainoastaan tukkuliikkeiden perinteisten tarpeiden suuruiset tilaukset toimitettiin. Se myöntää myös, että voidakseen asianmukaisesti soveltaa tätä politiikkaansa, sillä oli ollut intressi tietää, mitkä tukkuliikkeet pyrkivät harjoittamaan vientiä. Mutta se väittää, ettei tämän tietojärjestelmän perusteella ollut mahdollista suorittaa sellaista toimitusten jälkeen tapahtuvaa valvontaa, jonka nojalla olisi voitu todeta, oliko toimitetut tuotteet todellisuudessa viety maasta. Tämän järjestelmän perusteella voitiin ainoastaan todeta tukkuliikkeille aikaisempina vuosina toimitetut määrät ja tällä perusteella etukäteen vahvistaa ne määrät, jotka kantaja halusi toimittaa kullekin tukkuliikkeelle. Kantaja toteaa, että komission väite, jonka mukaan Bayer oli ennen toimitusten suorittamista kullekin tukkuliikkeelle tarkistanut, ettei sen uuden politiikan mukaisesti toimitettuja määriä ollut viety Yhdistyneeseen kuningaskuntaan ja jonka mukaan se oli ottanut käyttöön sellaisia tukkuliikkeitä koskevan seuraamusjärjestelmän, jotka jatkoivat vientiä tämän politiikan käyttöönoton jälkeen, ei perustu tosiasioihin.

82 Kuvatakseen kantajan käyttöön ottamaa Adalatin jakelua koskevaa valvontajärjestelmää komissio tukeutuu Bayer Espanjalta peräisin olevaan asiakirjaan, jonka komission yksiköt olivat löytäneet Bayer Ranskan toimitiloista ja jonka teksti ilmenee riidanalaisen päätöksen 109 perustelukappaleesta. Tämä asiakirja sisältää sarjan konferenssin piirtoheitinkalvoja, joita eräs Espanjassa sijaitsevan tytäryhtiön johtajista oli käyttänyt Bayer Ranskan toimipisteessä pidetyssä kokouksessa esitelmöidessään Espanjassa käyttöön otetusta Adalatin toimitusten valvontajärjestelmästä. Komission mukaan tässä asiakirjassa kuvataan täydellisesti sitä järjestelmää, jota kantaja käytti yksilöidäkseen ne asiakkaansa, jotka harjoittavat vientiä.

83 Kantaja on istunnossa myöntänyt, että näissä piirtoheitinkalvoissa kuvataan asianmukaisesti sen soveltamaa järjestelmää. Erästä asiakirjaa, joka luonteensa vuoksi oli tarkoitettu yksinomaan Bayer-yhtymän sisäiseen käyttöön, voidaan pitää hyvänä esimerkkinä siitä tavasta, jolla Bayer päätti vastata rinnakkaistuontiin.

84 Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin toteaa, että ensimmäisillä piirtoheitinkalvoilla esitetään ongelma ja todetaan, että Adalatin tilausten määrät olivat kasvaneet 300 prosentilla muutamassa viikossa, että tämä kasvu oli aiheuttanut varastojen loppumisen, että yhdenmukaista jakelua koko maahan ei voitu taata ja että sekä tukkuliikkeet että "koti- ja ulkomaanmyyntiin suuntautuneet yhteisöt" ja apteekkarit olivat tyytymättömiä, ja lopuksi, että Adalatin kiireellisestä tarpeesta aiheutui häiriöitä tuotantotahtiin.

85 Tämän jälkeen niistä ilmenee kantajan katsoneen, että sopivin tapa vastata Adalatin tilausten äkillisestä ja suhteettoman suuresta tilausten kasvusta aiheutuneisiin ongelmiin oli määritellä tietyt seikat, muun muassa "mahdollisten viejien yksilöiminen", huomioon ottaen etukäteen toimitusrajat kullekin tukkuliikkeelle. Tästä asiakirjasta ilmenee lisäksi, että ottaessaan Espanjassa käyttöön tämän valvontajärjestelmän Bayer-yhtymä oli valmis keskustelemaan asianomaisten tukkuliikkeiden kanssa niille osoitetuista rajoituksista. Tämän vuoksi yhtymä oli määrännyt, että alhaisen tason toimitusyksikköjen oli esitettävä aina sama perustelu eli "varastojen loppuminen", ja että tukkuliikkeiden suoria yhteydenottoja varten oli määritettävä vastuuhenkilö, sillä odotettavissa oli, että tukkuliikkeet aikoivat vaatia asetettujen rajoitusten tarkistamista.

86 Piirtoheitinkalvot osoittavat, että jotta kullekin asiakkaalle asetettua rajoitusta olisi voitu soveltaa, järjestelmä pysäytti automaattisesti asiakkaan tilauksen, jos se oli asetettua rajoitusta suurempi, ja salli "manuaalisen" tilauksen valvonnan. Lisäksi on täsmennetty, että tällä järjestelmällä oli muun muassa se etu, että sen avulla voitiin "tunnistaa epäilyksenalaiset tukkuliikkeet". Piirtoheitinkalvoista

ilmenee lopuksi manuaalisesti valvottujen tilausten käsittelyn osalta, että järjestelmän mukaan oli mieluummin vähennettävä määrää kuin peruutettava tilaus.

87 Riidanalaisen päätöksen 109 perustelukappaleen lopussa olevasta piirtoheitinkalvoihin sisältyneestä kaaviosta, jonka otsikko on "lopputulos", ilmenee, miten valvontajärjestelmä toimi käytännössä. Tästä kaaviosta ilmenee, että Bayer Espanja asetti kunkin tukkuliikkeen tilauksille kuukausi- ja vuosikohtaiset rajoitukset ja tarkisti jokaisesta toimituslähetteestä, oliko tukkuliike ylittänyt mainitut rajat.

88 Näistä piirtoheitinkalvoista ei sitä vastoin millään tavoin ilmene, että Bayer olisi halunnut kieltää viennin tai valvoa kunkin tutkitun tukkuliikkeen todellisuudessa viemiä määriä ja reagoida niiden johdosta.

89 Näin ollen ja toisin kuin komissio esittämässään tulkinnassa väittää, tämän sisäisen asiakirjan sisällön ei voida katsoa osoittavan, että kantaja oli perustanut strategiansa toimitettujen tuotteiden lopullisen määränpään valvontaan ja vientiä harjoittaneille tukkuliikkeille määrättäviin seuraamuksiin.

90 Tämän jälkeen on syytä tutkia ne Ranskassa ja Espanjassa olevia tukkuliikkeitä koskevat erilaiset esimerkit, joihin komissio viittaa todistaakseen, ettei toimitusten vähentämisestä ollut päätetty yksipuolisesti, vaan että tällä vähentämisellä vastattiin tukkuliikkeiden tilauskäyttäytymiseen, millä komission mukaan näytetään toteen se, että johdonmukainen viennin valvontapolitiikka oli olemassa ja että niille tukkuliikkeille, jotka olivat vieneet toimitetut määrät, määrättiin tästä syystä seuraamuksia.

91 CERP Lorrainen osalta komissio viittaa tämän Ranskassa olevan tukkuliikkeen tilauksista laadittuun taulukkoon, joka on esitetty riidanalaisen päätöksen

87 perustelukappaleessa. Tästä taulukosta ilmenee komission mukaan, että vaikka tämä tukkuliike oli kesäkuun 1991 ja helmikuun 1992 välisenä aikana tilannut Adalatia keskimäärin 50 000 — 70 000 rasiaa kuukaudessa ja saanut Bayer Ranskalta 69 000 rasiaa heinäkuussa 1991, se oli syyskuussa 1991 saanut ainoastaan 35 000 rasiaa, sitten kolmena seuraavana kuukautena 15 000 rasiaa kuukaudessa ja helmikuussa 1992 ainoastaan 7 500 rasiaa. Komissio väittää, että nämä toimitusten vähentämiset todistavat, että Bayer ei aina soveltanut samaa perustetta eli viitemääriä, jotka oli vahvistettu suhteessa edellisen vuoden tilauksiin.

92 Riidanalaisen päätöksen 87 perustelukappaleesta ilmenee, että syyskuusta 1991 alkaen Bayer vähensi huomattavasti toimituksiaan tälle tukkuliikkeelle aikaisempiin kuukausiin verrattuna ja että se vetosi varastojen loppumiseen Ranskan markkinoilla. Siinä ei kuitenkaan millään tavoin viitata toimitettujen määrien mahdolliseen vientiin. Komissio ei näin ollen voi vedota tähän taulukkoon tukeakseen väitettään ehdollisista toimituksista. Tässä riidanalaisen päätöksen perustelukappaleessa on sitä vastoin ote Bayer Ranskan CERP Lorrainelle lähettämästä kirjeestä, jossa Bayer Ranska komission mukaan muistuttaa, että "CERP Lorrainen (keskimääräinen) tarve oli 9 000 rasiaa kuukaudessa. Tästä syystä Bayer Ranskan oli seuraavana vuonna mahdotonta tyydyttää äkillisesti kasvanutta kysyntää". Tätä toteamusta on tulkittava siten, että sillä vahvistetaan kantajan väite siitä, että sen uusi toimituspolitiikka perustui kunkin tukkuliikkeen perinteisiin tarpeisiin, jotka CERP Lorrainen tapauksessa olivat seitsemän tai kahdeksan kertaa suuremmat kuin uuden politiikan käyttöön ottamista edeltävän kuukauden aikana tilatut määrät. Kantajan väitteet vahvistetaan riidanalaisen päätöksen 165 perustelukappaleessa, jossa esitetään, että Bayer Ranska valvoi tiukasti CERP Lorrainen tilauksia ja suostui toimittamaan vain tarkalleen saman määrän kuin edellisvuotena.

93 Asiaa voidaan arvioida samalla tavalla Ranskassa olevan tukkuliike OCP:n osalta. Riidanalaisen päätöksen 91 perustelukappaleessa kuvataan, missä tilanteessa tukkuliike oli esitettyään Bayer Ranskalle tilaussuunnitelman, jossa se ennakoi sille maalis-, huhti- ja toukokuussa 1992 tehtävien toimitusten määräksi 50 000 rasiaa Adalatia. Perustelukappaleessa mainitaan tukkuliikkeen Bayer Ranskalle lähettämä telexsanoma, jossa viimeksi mainittua moititaan siitä, että tukkuliikkeelle oli helmikuussa toimitettu ainoastaan 15 000 rasiaa ja maaliskuussa 5 000 rasiaa. Koska telexsanomassa ei millään tavoin mainita vienti-

kieltoa tai viitata siihen, komissio ei voi vedota siihen tukeakseen väitettään ehdollisista toimituksista.

94 Komissio väittää, että Espanjassa olevan tukkuliike Hefamen oli myös havaittu harjoittavan rinnakkaisvientiä. Riidanalaisen päätöksen 120 kohdassa, jossa kerrataan ne selvitykset, joita Hefame oli antanut Yhdistyneessä kuningaskunnassa oleville tyytymättömille asiakkailleen, komissio toteaa muun muassa, että havainto, jonka mukaan "rinnakkaisviennin määrä [oli] kasvanut ja joutunut monikansalliseen valvontaan" (viittauksella tarkoitetaan komission mukaan Bayeria), todistaa, että tilanne oli kaikin puolin kantajan valvonnassa, että se tiesi, mitkä tukkuliikkeet harjoittivat rinnakkaisvientiä ja että se määräsi niille tästä syystä seuraamuksia. On syytä todeta, että vaikka tämä asiakirja osoittaakin Bayerin rajoittaneen Hefamen toimituksia, mistä aiheutui ongelmia tämän asiakkaille, se ei kuitenkaan tue komission väitettä, jonka mukaan toimitukset olivat ehdollisia siten, että ne riippuivat toimitettujen tuotteiden lopullisesta määränpäästä, koska näiden seikkojen ei voida tulkita todistavan Bayerin yrittäneen kieltää toimitettujen tuotteiden viennin ja määränneen seuraamuksia tällaisesta menettelystä. Se seikka, että Bayer otti ainoastaan käyttöön kansallisia tarpeita vastaavan rajoitetun toimituspolitiikan, saa sitä vastoin tukea riidanalaisen päätöksen 120 perustelukappaleessa olevista seuraavista virkkeistä:

"Ymmärrän, että ette ole tyytyväisiä näihin uutisiin, mutta tilanne on muuttunut vuodessa ja rinnakkaisviennin määrä on kasvanut ja joutunut monikansalliseen valvontaan — — . Meillä on ollut jo jonkin aikaa todellisia vaikeuksia saada riittäviä määriä [Adalatia], — — ja — — valmisteita Espanjasta. — — Näyttää jälleen kerran siltä, että Bayer ja — — tekevät kaikkensa, jotta tuotteita ei olisi saatavilla Espanjassa kuin maan oletetun tarpeen verran, ja näin ollen ne estävät EU:n sisäistä vapaakauppaa. Onko mitään keinoa, jota voisi käyttää näitä yhtiöitä vastaan?"

95 Edelleen Hefamen osalta riidanalaisen päätöksen 122—124 perustelukappaleessa esitetään ne sopimukset, jotka tämä tukkuliike oli tehnyt eräiden pienten tukkuliikkeiden kanssa. Komission asiakirjoihin sisältyvän erään tällaisen

sopimuksen mukaan eräs pieni tukkuliike sitoutui "auttamaan täydentämällä Hefamen tuotevalikoimaa ja määrää hallussaan olevilla tuotteilla tai tuotemäärillä niin, että Hefame voi hoitaa tavanomaiset toimitukset ulkomaisille asiakkaille". Komissio väittää, että Hefame teki nämä sopimukset vain siitä syystä, että se tiesi kantajan tietävän sen harjoittamasta rinnakkaisviennistä ja ettei sille tästä syystä toimitettaisi uusia Adalat-eriä. Komission mukaan tämä osoittaa, että toimitukset eivät tapahtuneet edeltäkäsin vahvistettujen arvojen tai kynnysten perusteella, sillä tietyt sellaiset tukkuliikkeet, joita ei epäilty viennistä, olivat vaikeuksitta saaneet suurempia määriä, ja että kantaja selvästi erotteli ne tukkuliikkeet, joiden epäiltiin harjoittavan rinnakkaisvientiä, tukkuliikkeistä, joiden ei ollut havaittu harjoittavan tällaista vientiä. Lopuksi riidanalaisessa päätöksessä (124 perustelukappale) todetaan, että kantaja esti nopeasti tukkuliikkeiden tällaisen erottelun, sillä se alkoi pitää myös pieniä tukkuliikkeitä rinnakkaisviejinä ja vähensi tästä syystä myös niille tarkoitettuja toimituksia.

96 Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin toteaa näiden asiakirjaotteiden osoittavan, että tämä tukkuliike teki sopimuksia toisten paikallisten tukkuliikkeiden kanssa yrittäen saada lisää Adalatia kantajan suoraan toimittamien määrien lisäksi. Niillä ei kuitenkaan näytetä toteen väitettä, jonka mukaan kantajan toimitukset kullekin tukkuliikkeelle riippuivat siitä, mikä oli tukkuliikkeelle toimitettujen tuotteiden tosiasiallinen määränpää. Toisin kuin komissio väittää, näistä riidanalaisen päätöksen 122 perustelukappaleessa esitetyistä asiakirjoista ei ilmene, että uuden politiikan mukaiset toimitukset eivät tapahtuneet edeltäkäsin vahvistettujen perinteisten tarpeiden mukaan määräytyneiden arvojen tai kynnysten perusteella. Lisäksi komissio on itsekin todennut riidanalaisen päätöksen 124 ja 168 perustelukappaleessa, että Bayer, toteuttaessaan perinteisiin tarpeisiin pidättyvää uutta politiikkaansa ja havaitessaan, että pienille tukkuliikkeille toimitettiin epätavanomaisen suuria määriä siihen nähden, mikä oli niiden "normaali" tarve paikallisilla markkinoilla, päätti toimittaa niille ainoastaan niiden perinteisiä tarpeita vastaavat määrät.

97 Cofaresin osalta komissio siteeraa riidanalaisen päätöksen 121 perustelukappaleessa selontekoa, jonka tämä tukkuliike oli antanut komission sen toimitiloissa tekemän tutkimuksen kuluessa.

98 Tässä selonteossa viitataan yhtäältä yleisesti siihen, että useat lääketehtaat aiheuttivat vientiin tarkoitettujen tuotteiden toimitusvaikeuksia ja toisaalta erityisesti siihen, että Cofares ja Bayer Espanja olivat käyneet kansallisten markkinoiden tarpeiden laajuutta koskevia keskusteluja. Vaikka tässä selonteossa viitataan toimitusvaikeuksiin, siinä ei kuitenkaan mainita mitään Bayerin määräämästä vientikiellosta eikä sen pyrkimyksestä valvoa Espanjassa toimitettujen tuotteiden todellista määränpäätä voidakseen tämän jälkeen reagoida niiden vientiin. Komissio ei näin ollen voi vedota myöskään tähän selontekoon tukeakseen väitettään ehdollisista toimituksista.

99 Hufasan osalta riidanalaisen päätöksen 127 perustelukappaleessa esitetään yhteenveto, jonka tämä tukkuliike laati Bayer Espanjan johtajien kanssa pidetystä kokouksesta, jossa pyrittiin saamaan suurempia toimituksia, ja jolle komissio antaa suuren painoarvon (ks. riidanalaisen päätöksen 166 ja 167 perustelukappale) yrittäessään osoittaa vientikiellon olevan olemassa.

100 On kuitenkin todettava, että tässä Hufasaa koskevassa asiakirjassa ei viitata kantajan määräämään vientikieltoon eikä siihen, että se olisi ottanut käyttöön politiikan, jolla se olisi pyrkinyt jälkikäteen johdonmukaisesti valvomaan, mikä oli toimitettujen tuotteiden tosiasiallinen määränpää. Toisin kuin komissio väittää, tämä asiakirja ei millään tavoin osoita, että Hufasalla olisi ollut tarve saada Bayer ymmärtämään, ettei Hufasa harjoittaisi vientiä.

101 Lisäksi on todettava, että itse riidanalaisessa päätöksessä esitetään ne tosiseikat (96 ja 159 perustelukappale), jotka vahvistavat kantajan esittämät käyttöön otettua toimituspolitiikkaa koskevat väitteet. Riidanalaisen päätöksen 96 perustelukappaleessa oleva toteamus, jonka mukaan "Bayer Ranska hyväksyy tavallisena pidetyt Ranskan markkinoiden tarpeiden 10 prosentin vaihtelut

suuntaan tai toiseen", osoittaa jo sellaisenaan vääräksi komission väitteen, jonka mukaan Bayer ei ollut soveltanut mainittua menettelyä. Sama havainto voidaan tehdä 159 perustelukappaleen osalta, jossa 78 ja 79 perustelukappaleisiin viitaten todetaan, että "komissiolla on hallussaan listoja, jotka osoittavat joka kuukausi tilatut määrät ja niiden kasvun ja joissa korostetaan niiden määrää suhteessa edellisestä vuodesta laadittuihin tilastoihin".

102 Komissio ei myöskään nyt esillä olevassa asiassa voi kiistää kantajan väitettä, jonka mukaan toimitettavien tuotteiden määrät vahvistettiin etukäteen asianomaisen perinteisten tarpeiden mukaan korottamalla niitä 10 prosentilla ja ottamatta huomioon tuotteiden mahdollista vientiä, vetoamalla siihen, ettei tätä politiikkaa voitu aina täsmällisesti tai automaattisesti soveltaa. Tältä osin on syytä todeta, että, kuten kantaja on istunnossa tarkentanut, koska uuden toimituspolitiikan käyttöönottaminen oli myöhästynyt muutamalla kuukaudella, on mahdollista, että sellaisten tukkuliikkeiden toimituksia, jotka olivat saaneet merkittäviä määriä tuotteita tämän käyttöönottamisen jälkeen, oli jatkossa jouduttu vähentämään tasolle, joka vastasi niiden Bayerin sisäisissä tilastoissa vahvistettuja perinteisiä tarpeita. Näin oli tapahtunut muun muassa CERP Lorrainelle (esitetty riidanalaisen päätöksen 87 perustelukappaleessa), joka vuoden 1991 alussa sai yli 60 000 Adalat-rasian suuruiset kuukausitoimitukset kokonaisuudessaan mutta joka jatkossa sai ainoastaan 9 000 rasiaa, mikä vastaa sen ennen rinnakkaistuonnin ilmenemistä tekemiä tilauksia. Lisäksi sillä seikalla, että ne tukkuliikkeet, joita kantaja ei pitänyt viejinä, saivat lisämääriä helpommin kuin viejiksi osoittautuneet tukkuliikkeet — ja kantaja ei ole kiistänyt väitettä sellaisenaan — ei voida osoittaa vääräksi edellä esitettyä analyysia, jonka mukaan todellisuudessa harjoitettuun vientiin liittyvän valvontapolitiikan ja viejille määrättyjen seuraamusten olemassaoloa ei ole näytetty toteen.

103 Sen asiakirjanäytön osalta, joka esitetään yksityiskohtaisesti Ranskan osalta riidanalaisen päätöksen 83—85 ja 96—103 perustelukappaleessa ja Espanjan osalta 110—131 perustelukappaleessa ja johon riidanalaisen päätöksen 160 perustelukappaleessa viitataan komission väitteen tueksi, riittää kun tode-

taan, että juuri tutkituissa perustelukappaleissa mainittujen asiakirjojen tavoin nämäkään eivät osoita, että Bayer olisi ottanut käyttöön toimituspolitiikan, jonka edellytyksenä olisi ollut tosiasiallinen vientikiellon noudattaminen.

104 Komissio on istunnossa ja ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen esittämään kysymykseen antamassaan vastauksessa viitannut riidanalaisen päätöksen 80, 110, 140 ja 147 perustelukappaleeseen tukeakseen väitettään siitä, että toimitusten edellytyksenä oli vientikiellon noudattaminen.

105 Näissä riidanalaisen päätöksen perustelukappaleissa lainataan Englannissa ja Ranskassa olevien tytäryhtiöiden johtajien, Espanjassa olevan tytäryhtiön ja Bayer-yhtymän emoyhtiön sekä Englannissa olevan tytäryhtiön ja emoyhtiön välillä käytyä kirjeenvaihtoa sekä Bayer Ranskan johtokunnan laatimaa yhteenvetoa. Kaikissa näissä asiakirjoissa käsitellään Bayer-yhtymän uuden toimituspolitiikan toteuttamista ja rinnakkaistuonti-ilmiön vastapainoksi toteutettavan Adalatin jakelua koskevan valvontajärjestelmän käyttöönottoa. Nämä asiakirjat todistavat, että Bayer-yhtymällä on ollut intressiä yksilöidä vientiä harjoittavat tukkuliikkeet. Koska mainituissa asiakirjoissa ei kuitenkaan millään tavoin viitata tahtoon valvoa tukkuliikkeiden toimintaa tai määrätä niille seuraamuksia siinä tapauksessa, että niiden havaittaisiin vieneen toimitetut tuotteet, komissio ei voi tukea niillä väitteitään.

106 Niillä komission esittämillä perusteluilla, jotka tukeutuvat tukkuliikkeiden subjektiiviseen käsitykseen tilanteesta, ei myöskään voida muuttaa niitä päätelmiä, joita edellä on esitetty kantajan tahdosta määrätä vientikielto ja määrätä seuraamuksia sen noudattamatta jättämisestä.

107 Komissio väittää, että tukkuliikkeet tunsivat kantajan vaikuttimet ja että ne näin ollen katsoivat Bayerin määräämien rajoitusten liittyvän vientiin. Se lisää, että

tukkuliikkeiden etujen mukaista oli noudattaa tarkoin vientikieltoa ja että ne siis hyväksyivät tämän kiellon varmistaakseen riittävät Adalatin toimitukset. Lopuksi se väittää, että ne tukkuliikkeet, jotka eivät noudattaneet vientikieltoa, joutuivat alttiiksi Bayerin uhkauksille ja sen määräämille seuraamuksille.

108 Kuten edellä on katsottu, komissio ei kuitenkaan ole näyttänyt toteen, että kantaja olisi ottanut käyttöön politiikan, jolla se olisi pyrkinyt valvomaan, mikä oli tämän uuden politiikan voimassa ollessa toimitettujen tuotteiden lopullinen määränpää, ja jonka mukaan toimitukset olisivat riippuneet tästä määränpäästä. Näin ollen väite, jonka mukaan tukkuliikkeiden etujen mukaista oli tarkoin noudattaa vientikieltoa varmistaakseen Adalatin riittävät toimitukset, ei perustu tosiasioihin. Komissio ei myöskään ole oikeudellisesti riittävällä tavalla näyttänyt toteen, että tukkuliikkeille, jotka olivat päättäneet viedä Adalatia, olisi määrätty seuraamuksia tai että Bayer olisi uhkaillut niitä tässä suhteessa. Komissio ei myöskään ole esittänyt näyttöä osoittaakseen, vaikka vain viitteellisesti, että Bayer olisi "vaatinut" tukkuliikkeiltä, etteivät ne vie maasta toimitettuja tuotteita, tai että tukkuliike olisi antanut Bayerille vientiä koskevia "vakuutuksia". Päinvastoin, kuten kantaja väittää, koska toimitettujen tuotteiden lopullista määränpäätä ei millään tavoin tarkistettu, tukkuliikkeiden ei tarvinnut pelätä seuraamuksia, eivätkä ne niitä pelänneetkään, kuten riidanalaisen päätöksen 185 perustelukappaleesta ilmenevä tukkuliikkeen toteamus "tärkeää on se, mitä toimitetaan, eikä se, mitä tilataan" osoittaa. Näin ollen sillä seikalla, että tukkuliikkeet tiesivät kantajan tahtovan estää rinnakkaistuonnin, ei näytetä toteen, että toimitusrajoitukset ja tukkuliikkeiden vientikäyttäytyminen olivat yhteydessä toisiinsa.

109 Edellä esitetyn perusteella on syytä katsoa, että komissio ei ole oikeudellisesti riittävällä tavalla näyttänyt toteen, että Bayer Ranska ja Bayer Espanja olisivat määränneet tukkuliikkeensä vientikieltoon, että Bayer olisi johdonmukaisesti valvonut, mikä oli sen uuden toimituspolitiikan käyttöönottamisen jälkeen toimitetun Adalatin tosiasiallinen lopullinen määränpää, että kantaja olisi uhkaillut vientiä harjoittaneita tukkuliikkeitä tai määrännyt niille seuraamuksia tai että se olisi asettanut tämän tuotteen toimitusehdoksi väitetyn vientikiellon noudattamisen.

110 Riidanalaisessa päätöksessä esitetyistä asiakirjoista ei niistäkään ilmene, että kantaja olisi pyrkinyt pääsemään jonkinlaiseen sopimukseen tukkuliikkeiden kanssa rinnakkaistuonnin rajoittamiseen tähtäävän politiikkansa toteuttamisesta.

2. Tukkuliikkeiden tahto noudattaa kantajan politiikkaa, jolla se pyrki rajoittamaan rinnakkaistuontia

a) Alustavia havaintoja

111 Kantaja myöntää, että se on nyt esillä olevassa asiassa yksipuolisesti suunnitellut ja ottanut käyttöön uuden toimituspolitiikan, jolla pyrittiin vaikeuttamaan tukkuliikkeiden harjoittamaa rinnakkaisvientiä. Kuten on jo todettu, oikeuskäytännön mukaan valmistajan ilmeisesti yksipuolinen toiminta, johon se on ryhtynyt sopimussuhteissaan jälleenmyyjiensä kanssa, voi todellisuudessa olla lähtökohtana perustamissopimuksen 85 artiklan 1 kohdassa tarkoitetulle yritysten väliselle sopimukselle, jos on näytetty toteen, että muut sopimuskumppanit ovat nimenomaisesti tai hiljaisesti suostuneet valmistajan omaksumaan toimintatapaan.

112 Komissio väittää, että ottaessaan käyttöön toimitusten vähentämiseen tähtäävää politiikkaansa kantaja luotti siihen, että tukkuliikkeet suostuisivat siihen.

113 Asiassa esille tulleet seikat huomioon ottaen on näin ollen tutkittava, onko komissio oikeudellisesti riittävällä tavalla näyttänyt toteen, että tukkuliikkeet olivat nimenomaisesti tai hiljaisesti suostuneet Bayerin yksipuolisesti käyttöönottamaan politiikkaan, jolla se pyrki rinnakkaistuonnin estämiseen.

b) Tukkuliikkeiden "hiljaista suostumista" koskeva näyttö

114 Komissio toteaa riidanalaisen päätöksen 176 perustelukappaleessa, että tukkuliikkeet olivat "hiljaisesti suostuneet vientikieltoon", ja kuvaa tätä menettelyä yksityiskohtaisemmin 181—185 perustelukappaleessa. Se on päätynyt tähän johtopäätökseen tiettyjen näytettyinä pitämiensä tosiseikkojen perusteella.

115 Ensiksi komissio toteaa (180 perustelukappale), että tukkuliikkeet tiesivät vientikiellosta, mikä seikka oli "ollut ratkaiseva Sandozin tapauksessa", ja että tämän nojalla pelkästään sillä perusteella, että tukkuliikkeet eivät reagoineet tähän vientikieltoon, voitiin katsoa niiden hyväksyneen sen ja sopimuksen syntyedellytysten näin täyttyneen, ja että, kuten edellä mainitussa asiassa, vientikielto oli osa Bayer Ranskan tai Bayer Espanjan ja niiden tukkuliikkeiden välisiä pitkäaikaisia liikesuhteita.

116 Toiseksi komissio toteaa (180 perustelukappale), että nyt esillä olevassa asiassa on asiassa Sandoz merkityksellisinä pidettyihin seikkoihin nähden eräs toinenkin seikka, nimittäin se, että "itse tukkuliikkeiden toiminta osoittaa, että ne eivät ainoastaan ymmärtäneet, että vientikieltoa sovelletaan toimitettuihin tavaroihin, vaan [mukauttivat] toimintansa tähän kieltoon".

117 Komissio katsoo näytetyksi, että tukkuliikkeet ovat mukauttaneet toimintansa Bayer Ranskan ja Bayer Espanjan asettamiin vaatimuksiin todeten, että ymmärrettyään Bayer Ranskan ja Bayer Espanjan todellisen tarkoituksen, tukkuliikkeet mukauttivat toimintansa osoittaen ainakin näennäisesti hyväksyvänsä vientikieltoa koskevan edellytyksen, jonka heidän toimittajansa oli ottanut käyttöön

liikesuhteissaan (181 perustelukappale). Ne olivat näet alkaneet esittää tilauksensa Bayer Ranskan ja Bayer Espanjan esittämien vaatimusten mukaisesti, kuten niiden tilausten saamiseksi käyttöön ottamat erilaiset keinot todistavat. Näihin keinoihin kuului erityisesti vientiin tarkoitettujen tilausten jakaminen eri toimipisteiden kesken ja pienten tukkuliikkeiden tekemät tilaukset (182 perustelukappale).

118 Riidanalaisen päätöksen mukaan (183 ja 184 perustelukappale) tukkuliikkeet "ovat ryhtyneet noudattamaan niiden kumppanin asettamia kansallisia 'kiintiöitä' neuvotellen mieluummin niiden kasvattamisesta mahdollisimman suuriksi siinä määrin kuin Bayer Ranskan ja Bayer Espanjan kotimaanmarkkinoiden tavanomaiseksi toimitusmääräksi katsomien lukujen tarkka noudattaminen antoi myöten". Tämä asenne osoittaa komission mukaan, että ne "tunsivat Bayer Ranskan ja Bayer Espanjan todelliset syyt ja näiden yritysten käyttämät menetelmät rinnakkaisviennin vastustamiseksi: ne sopeuttivat toimintansa sopimusosapuolensa käyttämiin menetelmiin kunnioittaakseen tämän vaatimuksia".

119 Ensiksi on kuitenkin muistutettava, että kuten jo on todettu, komissio ei ole oikeudellisesti riittävällä tavalla näyttänyt toteen, että Bayer olisi ottanut käyttöön toimitetun Adalatin lopullista määränpäätä koskevan järjestelmällisen valvontapolitiikan, että kantaja olisi uhkaillut vientiä harjoittaneita tukkuliikkeitä tai määrännyt niille seuraamuksia, että Bayer Ranska ja Bayer Espanja olisivat määränneet tukkuliikkeensä vientikieltoon, eikä sitä, että toimitusehtona olisi ollut vientikiellon noudattaminen.

120 Toiseksi asiakirjoista ei millään tavoin ilmene, että Bayer Ranska tai Bayer Espanja olisivat vaatineet tukkuliikkeitä toimimaan jollakin tietyllä tavalla toimitettujen Adalatien lopullisen määränpään osalta tai noudattamaan tiettyä tilausten tekotapaa, sillä niiden politiikalla vain rajoitettiin toimitukset yksi-

puolisesti siten, että toimitettavat määrät vahvistettiin etukäteen perinteisten tarpeiden perusteella.

121 Komissio ei myöskään ole näyttänyt toteen, että kantaja olisi yrittänyt tehdä politiikkansa toteuttamista koskevan sopimuksen tukkuliikkeiden kanssa tai saada siihen näiden suostumuksen. Komissio ei ole edes väittänyt, että Bayer olisi yrittänyt saada tukkuliikkeet muuttamaan tilausten esittämistapaa.

122 Tästä seuraa, että riidanalaisen päätöksen 181—185 perustelukappaleessa esitetyiltä toteamuksilta, joiden perusteella komissio katsoo, että tukkuliikkeet ovat suostuneet väitettyyn vientikieltoon, puuttuu tosiasiapohja, sillä ne perustuvat toteen näyttämättä jääneisiin seikkoihin.

123 Koska komission hallussa ei nyt esillä olevassa asiassa ole yhtään sellaista asiakirjaa, jossa nimenomaisesti viitattaisiin Bayerin ja sen tukkuliikkeiden välillä tehtyyn vientiä koskevaan sopimukseen ja jolla näin näytettäisiin toteen yhteinen tahto, se väittää noudattaneensa oikeuskäytännössä omaksuttua tapaa tutkia tukkuliikkeiden tosiasiallista toimintaa määrittääkseen, olivatko ne antaneet suostumuksensa. Kuten riidanalaisen päätöksen 180 perustelukappaleessa todetaan, "tässä tapauksessa — — itse tukkuliikkeiden toiminta osoittaa, että ne eivät ainoastaan ymmärtäneet, että vientikieltoa sovelletaan toimitettuihin tavaroihin, vaan [mukauttivat] toimintansa tähän kieltoon". Sitä vastoin kantajan mukaan juuri tukkuliikkeiden toiminta on paras todiste siitä, ettei yhteistä tahtoa ollut.

124 Tämän vuoksi nyt esillä olevassa asiassa on syytä tutkia, voiko komissio, kun otetaan huomioon tukkuliikkeiden tosiasiallinen menettely sen jälkeen kun kantaja oli ottanut käyttöön uuden toimitusten rajoittamispolitiikkansa, päätellä tukkuliikkeiden suostuneen tähän politiikkaan.

i) Ranskassa olevien tukkuliikkeiden toiminta

125 Aluksi on syytä palauttaa mieliin seuraava riidanalaisen päätöksen 96 perustelukappale, jossa komissio kuvaa yleisesti sitä tapaa, jolla Ranskassa olevat tukkuliikkeet olivat järjestäytyneet saadakseen toimituksia:

"Kolme tukkuliikettä käytti samaa keinoa: ne lopettivat vientitilausten tekemisen ja tekivät keskinäisen sopimuksen lisätä virallisesti Ranskan markkinoille tarkoitettuja tilauksia.

Bayer Ranska hyväksyy tavallisena pidetyt Ranskan markkinoiden tarpeiden 10 prosentin vaihtelut suuntaan tai toiseen. Tukkuliikkeet järjestäytyivät eräiden eri puolella maata sijaitsevien paikallisten toimipisteiden kanssa, jotka tavallisesti hoitavat toimituksia paikallistasolla.

Ranskassa kaikkien näiden toimipisteiden tilaukset suurenivat, eivätkä ne sisältäneet mitään mainintaa Bayer Ranskalle tuotteiden määränpäästä. Jakamalla tilaukset eri toimipisteisiin niiden tarkoituksena oli antaa Bayer Ranskan luulla, että kysyntä Ranskassa oli kasvanut. Todellisuudessa vientiin tarkoitetut määrät kuljetettiin edelleen tukkuliikkeen sisäisesti vientiä varten."

126 Riidanalaisen päätöksen 97—101 perustelukappaleessa, joissa kuvataan CERP Rouen -nimisen tukkuliikkeen käyttöön ottamaa strategiaa, jolla se pyrki kiertämään Bayerin toimitusrajoituksia, esitetään useita kirjeitä CERP Rouenin keskusostoyksikön ja yhtymän paikallisten toimipisteiden johtajien välillä lokakuun 1991 ja tammikuun 1992 välisenä aikana käydystä kirjeenvaihdosta, jolla

pyrittiin saamaan lisää yhtymän sisällä Yhdistyneen kuningaskunnan vientiin erikoistuneen Boulognen toimipisteen tarvitsemaa Adalatia. Toisin kuin komissio väittää, näillä asiakirjoilla ei kuitenkaan näytetä toteen, että tämä tukkuliike olisi suostunut olemaan harjoittamatta vientiä, vähentämään tilauksiaan tai rajoittamaan vientiään, eikä sitä, että se yritti antaa Bayerille sellaisen vaikutelman, että se aikoi näin menetellä. Niistä selviää ainoastaan, kuinka eräs yritys menetteli yrittäessään mahdollisuuksien mukaan jatkaa vientitoimintaansa. Näissä asiakirjoissa ei mainita suoraan eikä niistä millään tavoin ilmene, että tukkuliike olisi tahtonut noudattaa Bayerin viennin estämiseen liittyvää politiikkaa, josta se oli täysin tietoinen, kuten riidanalaisen päätöksen 94 perustelukappaleessa todetaan.

127 Tämä käsitys vain vahvistuu tutkittaessa riidanalaisen päätöksen 102 ja 103 perustelukappaleessa tarkoitettuja asiakirjoja, jotka koskevat CERP Lorrainen ja OCP:n tapauksia. Lisäksi on syytä huomauttaa, että 102 perustelukappale osoittaa, että CERP Lorraine onnistui Bayerin asenteesta aiheutuneista vaikeuksista huolimatta saamaan vähäistä suurempia määriä vientiin. Tässä kohdassa on näet ote CERP Lorrainen sisäisestä selonteosta, jossa sen laatija toteaa seuraavaa:

"Vaikka en näekään lyhyellä aikavälillä suotuisaa ratkaisua Bayerin toimitusongelmille (onnistumme saamaan tuotteiden vähimmäismäärät toimipisteiden avulla), uskon, että pystymme toteuttamaan talousarviomme liiketoimikauden lopulla."

128 Riidanalaisen päätöksen 105, 106 ja 107 perustelukappaleessa esitetyt asiakirjat tukevat komission väitteelle vastakkaista näkemystä, sillä ne osoittavat, että tukkuliikkeet CERP Lorraine ja CERP Rouen eivät todella sopeuttaneet tilauksiaan Bayerin käyttöön ottaman tilausten rajoittamista koskevan uuden politiikan mukaisiksi. Niistä näet ilmenee, että Bayer esti CERP Lorrainen tilaamat Adalatin toimitukset (105 perustelukappale), että CERP Rouenin tilaukset olivat vuoden 1992 alussa kokonaisuudessaan 50 000 rasiaa kuukaudessa, mutta että sen onnistui täyttää tästä tilauskannasta vain 7 000 rasiaa (106 perus-

telukappale), ja että OPC oli lähettänyt Bayerille alustavan tilausarvion, jonka mukaan tarve oli 50 000 rasiaa kuukaudessa helmi-maaliskuussa 1992, mutta että sille oli toimitettu ainoastaan 15 000 rasiaa helmikuussa ja 5 000 rasiaa maaliskuussa (91 ja 107 perustelukappale).

129 Tästä seuraa, että riidanalaisen päätöksen 96—107 perustelukappaleessa esitetyt otteet eivät tue väitettä, jonka mukaan Ranskassa olevat tukkuliikkeet olisivat nimenomaisesti tai hiljaisesti suostuneet Bayerin käyttöön ottamaan politiikkaan. Näistä otteista ei millään tavoin ilmene, että tukkuliikkeet olisivat olleet taipuvaisia liittymään Bayerin käyttöön ottamaan politiikkaan, jolla se pyrki rinnakkaisviennin estämiseen. Päinvastoin niistä ilmenee, että nämä tukkuliikkeet ryhtyivät sellaiseen toimintaan, joka osoittaa niiden vakaasti ja pysyvästi tahtoneen reagoida tähän politiikkaan, joka oli perustavalla tavalla niiden intressien vastainen.

ii) Espanjassa olevien tukkuliikkeiden toiminta

130 Riidanalaisen päätöksen 113—130 perustelukappaleessa esitetyt seikat eivät nekään tue komission väitettä, jonka mukaan Espanjassa olevat tukkuliikkeet olisivat antaneet hiljaisen suostumuksen.

131 Päinvastoin on syytä todeta, että 115, 118, 119 ja 120 perustelukappaleet tukevat tälle väitteelle vastakkaista näkemystä. Perustelukappaleista nimittäin ilmenee, että Bayer Espanja piti toimitusten rajoittamista koskevan politiikkansa jatkuvasti perinteisten tarpeiden tasolla ja että tukkuliikkeet olivat hyvin harmissaan niistä tappioista, joita niille aiheutui siitä, että niiden Yhdistyneessä kuningaskunnassa olevien asiakkaiden kysyntää vastaavia määriä oli mahdotonta saada. Erityisesti on korostettava 115 perustelukappaletta, jossa esitetään otteita CERP Rouenin ja sen Espanjassa olevan tytäryhtiö Commercial Genovén välisestä kirjeenvaihdosta seuraavasti: "Haluan saada joka viikko Adalaten ja — — lääketehtaille tehtyjen tilausasiakirjojen kopiot sekä näitä tilauksia vas-

taavat toimitusasiakirjat. Yritän saada aikaan pitävät asiakirjat keskustellakseni lääketehtaiden kanssa — — . Viitaten tämänpäiväiseen lääketehtaita — — ja Bayeria koskevaan telekopioonne, annan teille sanani siitä, että pidän mahdottomana saada tarpeitamme suurempia toimituksia. Nämä lääketehtaat kieltäytyvät kuuntelemasta minkäänlaisia perusteluja. Niissä tiedetään, että niiden meille toimittamat määrät riittävät reilusti kattamaan Espanjan markkinoiden kysynnän." Myös 118 perustelukappale — "ne eivät toimita meille — — tarvitsemiamme määriä. Varastomme riittävät vain kotimaan myyntiin" — ja 119 perustelukappale — "[Bayer] ei toimita meille tilaamiamme määriä" — osoittavat, että toisin kuin komissio väittää, tukkuliikkeet eivät sopeuttaneet tilauspolitiikkaansa uuteen tilanteeseen, vaan kysyivät edelleen määriä, jotka ylittivät niiden perinteiset tarpeet.

132 Seuraavaksi on syytä tutkia niiden tukkuliikkeiden tilanne, joita riidanalainen päätös koskee.

133 Riidanalaisen päätöksen 121 perustelukappaleessa todetaan Espanjan merkittävimmän tukkuliikkeen Cofaresin osalta, että sen suostumus on näytetty toteen ilmoituksella, jonka yrityksen johtajat antoivat, kun komissio toimitti tarkastuksen sen toimitiloissa. Cofaresin johtaja oli todennut, että "vientitoiminta [muodosti] erittäin pienen osan yrityksen liikevaihdosta, ottaen huomioon, että tietyiltä lääketehtailta (muun muassa Bayer) on hyvin vaikeaa saada tuotteita vientiin" ja että kun Bayer määräsi Cofaresille Adalat-kiintiön, joka jo alun perin oli täysin riittämätön kotimaanmarkkinoiden tarpeisiin nähden, [Cofaresin johtaja] toimiessaan hankintajohtajana, ilmoitti niille ryhtyvänsä mahdollisiin oikeustoimiin kyseisten myyntirajoitusten vuoksi. Tällöin Bayer toimitti Cofaresille määrät, jotka riittivät kattamaan tuotteen kotimaan kulutuksen.

134 Toisin kuin komissio väittää, tästä asiakirjasta ei voida päätellä, "että Cofares suostui Bayerin vaatimukseen pysyä kansallisilla markkinoillaan".

135 Ensimmäinen virke, jonka mukaan se, että vientitoiminta muodosti erittäin pienen osan yrityksen liikevaihdosta, johtui siitä, että tietyiltä lääketehtailta oli hyvin vaikeaa saada tuotteita vientiin, ei sinänsä suoranaisesti näytä toteen, että tukkuliikkeet ja Bayer Espanja olisivat sopineet siitä, ettei saatua Adalatia vietäisi maasta. Sen seikan perusteella, että vienti oli erittäin vähäistä, ei voida katsoa, ettei sitä ollut ollenkaan tai että se oli keskeytynyt. Tämä virke voi sitä vastoin osoittaa sen, että Cofares oli ainakin osittain jatkanut vientiä. Se seikka, että — toisin kuin muiden tukkuliikkeiden osalta — riidanalaisesta päätöksestä ei ilmene Cofarin ottaneen käyttöön strategiaa, jolla se olisi pyrkinyt Bayerin politiikan kiertämiseen, ei käännä todistustaakkaa siltä osin kuin kyse on Cofaresin suostumisesta Bayerin uuteen politiikkaan, minkä toteen näyttäminen kuuluu edelleenkin komissiolle. Komissio ei voinut katsoa Espanjan merkittävimmän tukkuliikkeen osalta, jonka markkinaosuus (riidanalaisen päätöksen 112 perustelukappaleen mukaan) on 20,6 prosenttia, että riidanalaisen päätöksen 121 perustelukappaleessa esitetty ilmoitus todistaa, että Cofares suostui Bayer Espanjan vaatimukseen pysyä kansallisilla markkinoillaan, tarkistamatta, oliko Cofaresin vientihistoria merkittävä, tai harkitsematta sitä mahdollisuutta, että Cofares oli aivan yksinkertaisesti päättänyt harjoittaa vientiä vain toissijaisesti; tällainen päätös olisi näet ollut järkevin sen jälkeen, kun oli todettu, että tuotteiden tavanomaiset tarpeet ylittäviä määriä oli vaikea saada. Näin on sitäkin suuremmalla syyllä sen vuoksi, että riidanalaisessa päätöksessä ei selvitetä, mikä oli Adalatin suhteellinen osuus Cofaresin kokonaismyynnistä.

136 Tämä Cofaresin johtajan lausunto tarkoittaa pikemminkin sitä, että Bayerin toimitusrajoituksia koskeva politiikka yhdessä muiden lääketehtaiden aiheuttamien vaikeuksien kanssa oli aiheuttanut sen, että tämä tukkuliike aikoi harjoittaa vientiä vasta varmistettuaan kansallisten markkinoiden asianmukaiset toimitukset, kuin sitä, että se olisi suostunut väitettyyn vientikieltoon. Tämä tulkinta vaikuttaa todennäköisemmältä kuin komission tulkinta, kun otetaan erityisesti huomioon se, että tukkuliikkeillä on velvollisuus varmistaa tuotteiden asianmukainen ja vakaa jakelu kansallisilla markkinoilla ja että kyse on merkittävimmästä kansallisesta tukkuliikkeestä.

137 Riidanalaisen päätöksen 137 perustelukappaleen mukaan Cofaresin komission pyynnöstä laatimasta yhteenvedosta ilmenevät vuosia 1989 ja 1993 koskevat viennin myyntiluvut osoittavat, että myynti vientiin "pysytteli vähimmäistasolla", ja tämä todistaa, että "Cofares [oli hyväksynyt] Bayer Espanjan ehdottaman ohjelman ja pysyi pelkästään Espanjan kotimaanmarkkinoilla".

138 Näiden lukujen tarkastelu osoittaa kuitenkin, että asia oli pikemminkin päinvastoin, sillä vaikka kyse on Cofaresin koko myyntiä koskevasta vähimmäisprosenttiosuudesta, Adalatin viennin prosenttiosuus lisääntyi näiden vuosien aikana epäsäännöllisesti mutta vakaasti, minkä osoittaa myös se, että tarkasteltavina olleina viitenä vuotena prosenttiosuus oli pienin juuri ensimmäisenä vuotena eli vuonna 1989. Lopuksi on syytä lisätä, että komission oli vaikea päätyä edellä mainittuun johtopäätökseen tuntematta niitä tietoja, jotka koskivat vuotta 1989 edeltäneitä vuosia, toisin sanoen ajanjaksoa, joka välittömästi edelsi toimitusrajoituksia koskevan Bayer Espanjan politiikan käyttöönottamista. Ilman näitä tietoja on mahdotonta määrittää, oliko Cofares muuttanut vientikäyttäytymistään tämän tuotteen osalta sen jälkeen, kun Bayer oli ottanut kyseisen politiikan käyttöön.

139 Ilmoituksen sen osan osalta, joka koskee Cofaresin johtajan ja Bayer Espanjan välillä käytyjä keskusteluja ja jossa ei suorasti eikä epäsuorasti viitata oikeuteen viedä saadut määrät, on syytä tutkia, osoittaako se seikka, että osapuolet olivat kansallisten tarpeiden varmistamiseksi sopineet Bayerin alun perin tälle tukkuliikkeelle toimittamien määrien korottamisesta, sen, että tukkuliike suostui kantajan politiikkaan, jolla se pyrki vaikeuttamaan rinnakkaisvientiä. Riidanalaisen päätöksen 143 perustelukappaleessa on ote asiakirjasta, joka — vaikka komissio ei olekaan suoraan vedonnut siihen tämän kysymyksen yhteydessä — on otettava esille, sillä kyse on Bayer Espanjan sisäisestä muistiosta, jossa viitataan myös siihen kiintiöön, jonka kantaja alun perin myönsi Cofaresille kattaakseen sen tarpeet kansallisilla markkinoilla.

140 Tästä sisäisestä muistiosta ilmenee, että Bayer Espanja ja Cofares keskustelivat niistä määristä, jotka oli vähintään toimitettava, jotta tukkuliike voisi vastata niihin tarpeisiin, joita sillä oli kotimaan markkinoiden kasvun ja niille pääsyn suhteen, ja että ne pääsivät sopimukseen näitä tarpeita vastaavista luvuista. Vaikuttaa kiistattomalta, että Bayer Espanja vakuutti Corfaresille, että toimitukset vastaisivat vähintäänkin näitä määriä. Muistiosta ilmenee myös selkeästi, että Bayer Espanja oli valmis tarkistamaan alun perin vahvistettuja vähennettyjä toimituksia, jos kotimaan markkinoilla olisi ilmennyt toimitusongelmia, ottaen huomioon sen lakiin perustuvan ja eettisen velvollisuuden varmistaa näiden tuotteiden asianmukainen jakelu Espanjan markkinoilla.

141 Tässä sisäisessä muistiossa ei kuitenkaan millään tavoin viitata siihen, että Cofaresin vapaus viedä sille kansallisten tarpeiden määrää koskevien keskustelujen jälkeen toimitettuja tuotteita olisi jollakin tavalla ollut uhattuna. Komission väite, jonka mukaan Cofaresille olisi toimitettu tuotteita vasta sen jälkeen, kun se oli vakuuttanut kantajalle, että toimitukset oli tarkoitettu yksinomaan kotimaan markkinoille, on siis perusteeton. Lopuksi on todettava Bayer Espanjan todenneen neuvottelujen kuluessa, että ne Espanjan apteekkarit, joille tukkuliikkeet eivät toimittaneet, saivat toimitukset suoraan valmistajalta. Sen sijaan, että tämä seikka osoittaisi, että Bayer Espanja esti tukkuliikkeitä tai määräsi niille seuraamuksia, jos ne päättivät viedä nämä tuotteet siitäkin huolimatta, että osa kotimaan markkinoista jäi ilman tuotteita, se osoittaa pikemminkin, että valmistaja toimitti tältä osin puuttuvat toimitukset.

142 Näin ollen on syytä katsoa, ettei riidanalaisen päätöksen 143 perustelukappaleessa mainitun asiakirjan eikä riidanalaisen päätöksen 121 perustelukappaleessa siteeratun Cofaresin johtajan ilmoituksen voida tulkita osoittavan, että Bayer Espanja olisi "vaatinut" Cofaresia pysyttäytymään kotimaan markkinoilla tai että Cofares olisi suostunut tähän vaatimukseen.

143 Tämän jälkeen riidanalaisessa päätöksessä (122 perustelukappale) esitetään, kuinka Espanjassa oleva tukkuliike Hefame oli ottanut käyttöön järjestelmän, jolla se onnistui saamaan vientiin tarkoitettua Adalatia. Siinä esitetään yksityiskohtaisesti "ulkomaanmarkkinoita koskeva yhteistyöpöytäkirja" -niminen vakiosopimus, jonka Hefame oli tehnyt useiden pienten tukkuliikkeiden kanssa saadakseen suurempia määriä viennin kannalta kiinnostavia lääkkeitä, joihin myös Adalat kuului. Tämä asiakirja ei kuitenkaan millään tavoin osoita, että Hefame olisi toiminut Bayerin uuden politiikan mukaisesti.

144 Riidanalaisen päätöksen 125—129 perustelukappaleessa oleva CERP Rouenin Espanjassa olevien tytäryhtiöiden Commercial Genovén, Hufasan ja Disdasan toiminnan kuvaus vahvistaa sen, että asiassa ei ole esitetty minkäänlaista näyttöä siitä, että niillä olisi ollut yhteinen tahto rinnakkaistuonnin estämistä koskevan politiikan osalta, tai siitä, että ne olisivat siihen suostuneet.

145 Komissio itsekin näet toteaa riidanalaisen päätöksen 126 perustelukappaleessa seuraavaa:

"Commercial Genovén tiloista on löytynyt asiakirjoja, jotka osoittavat, että CERP Rouen käytti espanjalaisia yksikköjään, Comercial Genovéa, Hufasaa ja Disdasaa, vastatakseen Yhdistyneen kuningaskunnan kysyntään. CERP Rouen toimi siis kuten kansainvälinen yhtymä, joka käytti kaikkia mahdollisuuksiaan niin Ranskassa kuin Espanjassakin saadakseen Yhdistyneen kuningaskunnan asiakkailleen tarpeeksi suuria toimituksia. Tässä toimintatavassa espanjalaisia tytäryhtiöitä käytettiin samalla tavalla kuin ranskalaisia alueellisia toimipisteitä: niitä pyydettiin lisäämään Espanjan markkinoille suunnattuja tilauksiaan uskottavalla tavalla ja näin kootut määrät toimitettiin Yhdistyneen kuningaskunnan asiakkaille CERP Rouenin puolesta."

146 Tämän jälkeen riidanalaisessa päätöksessä (127 perustelukappale) viitataan Hufasaan ja esitetään tämän tukkuliikkeen ja Bayer Espanjan välisestä kokouksesta laadittu yhteenveto, joka komission mukaan osoittaa, että "Hufasa hyväksyi täysin Bayer Espanjan perustelut: sen tulee keskittyä kotimaan myyntiin". Tältä osin komissio viittaa muun muassa seuraavaan otteeseen: " — — me olimme tehneet Bayerin kanssa sopimuksen säilyttääksemme suuremmat Adalatin toimitusmäärät, [eikä ollut sopivaa] osoittaa lukuja, joita ei olisi mahdollista hyväksyä Hufasalle sopivina ja jotka ilmaisisivat kiinnostuksen viedä suuri osa tuotteista."

147 Tästä yhteenvedosta ilmenee, että Hufasan edustajan ja Bayer Espanjan johtajien välillä käytiin keskustelu, jonka kuluessa Bayerin johtajat kieltäytyivät toimittamasta tilattuja määriä, perustellen tätä sillä, että ne muodostivat 50 prosenttia kotimaan markkinoista ja että ne olivat huomattavasti suurempia kuin muiden saman alueen yritysten tilaukset, että Hufasan edustaja vastasi tähän korostaen yrityksen tarvitsevan suurempia määriä Adalatia siitä syystä, että kotimaan markkinoiden tarpeita koskeva arvio oli laadittu ei-edustavana vuotena rekisteröityjen tarpeiden perusteella ja että tämän vuoden aikana yhtiö oli ollut vaikeuksissa, mikä oli heijastunut siten, että Adalatia oli ostettu epätavallisen pieniä määriä, ja että Bayer oli näiden keskustelujen päätteeksi sitoutunut tar-

kistamaan toimitusmääriä ja nostamaan ne erään toisen yksilöimättä jääneen tukkuliikkeen tasolle.

148 Tästä yhteenvedosta ilmenee selvästi, että CERP Rouen-yhtymän Espanjassa olevien tytäryhtiöiden todellinen tarkoitus ja tosiasiallinen toiminta osoittavat täysin sen, etteivät ne tahtoneet suostua tai mukautua Bayerin rinnakkaistuonnin estämistä koskevaan politiikkaan. Tältä osin on riittävää esittää lainaus kyseisen asiakirjan edellä mainittua kappaletta seuraavasta osasta ja lukea sitä pitäen mielessä CERP Rouenin omaksuma ryhmästrategia; kyseinen kohta kuuluu seuraavasti:" — — olen sitä mieltä, että olisi tärkeämpää saada toimitus Adalatin vientiä varten erittäin luotettaviin lukuihin perustuen kuin ylläpitää suurta tilausmäärää, jota ei kuitenkaan toimiteta. Tärkeää on se, mitä toimitetaan, eikä se, mitä tilataan. Tässä on epäilemättä selitys sille, miksi — — tilaa vähemmän kuin oli ennakoitu." Vaikka olisikin totta, että esitetty yhteenveto todistaa, että tämä yhtiö oli neuvotellut tiukasti Bayer Espanjan kanssa saadakseen tämän myöntämään, että sen perinteiset kotimaiset tarpeet olivat suuremmat ja että ne piti tyydyttää, tämä seikka ei tue komission seuraavaa väitettä:"Hufasa hyväksyy — — täysin Bayer Espanjan väitteet: on keskityttävä kotimaan myyntiin."

149 Lopuksi vaikka Hufasan johtaja viittaakin tässä yhteenvedossa siihen, että "[olemme tehneet] Bayerin kanssa sopimuksen säilyttääksemme suuremmat Adalatin toimitusmäärät," eli sopimukseen, jonka Espanjassa oleva tukkuliike oli tehnyt Bayerin Espanjan kanssa, tämän toteamuksen sanamuodosta ja sen lauseyhteydestä ilmenee selkeästi, että osapuolet neuvottelivat ainoastaan päättääkseen niistä tarkoista määristä, jotka tämä tukkuliike perinteisesti tarvitsi, eli perusteesta, jonka mukaan kantaja oli päättänyt muuttaa uutta toimituspolitiikkaansa ja korottaa kotimaan tarpeisiin toimitettavia määriä sekä, näin ollen, niitä määriä, joihin Hufasalla piti olla oikeus tämän perusteen nojalla. Koska virke, jonka mukaan "tämä antoi aihetta epäillä, että merkittävä osa tuotteista on tarkoitettu vientiin", ilmentää vain Hufasan johtajan henkilökohtaista käsitystä, sen ei voida katsoa osoittavan, että Bayer aikoi käsitellä vientiä tai toimitettujen tuotteiden tosiasiallista määränpäätä koskevaa kysymystä. Tämä virke ei myöskään ole ristiriidassa yhteenvedon yleisen tarkoituksen kanssa, sillä yhteenveto heijastaa vain niitä vaikeuksia, joita Bayer Espanjalle aiheutui sen ottaessa käyttöön uutta toimitusten rajoittamispolitiikkaansa

eivätkä siinä olevat seikat osoita, että Bayer Espanja ja Hufasa olisivat tehneet sopimuksen jollain tavoin rajoittaakseen tai estääkseen toimitettujen Adalat-rasioiden rinnakkaisvientiä. Sitä, ettei yhteistä tahtoa viennin osalta ollut, tukee riidanalaisen päätöksen kyseisen perustelukappaleen tekstikin, sillä siinä todetaan, että "yhteenveto on kuitenkin selväsanainen:

tämä Bayer Espanjan luona käyty neuvottelu perusteina kotimaan markkinoiden kysyntä ei ole Hufasalle kuin yksi keino saada vientiin tarvittavat määrät".

150 Riidanalaisen päätöksen 128 ja 129 perustelukappaleessa esitetään kirje, jonka CERP Rouen lähetti tytäryhtiöilleen ja kirje, jonka se sai Comercial Genovélta ja jossa myös käsiteltiin sitä toimintatapaa, jonka tämä yhtymä oli ottanut käyttöön yrittäessään saada Espanjassa lisää tuotteita kantajalta, sekä korostettiin, että Adalatia oli vaikea saada lisää. Komissio ei voi vedota näihinkään asiakirjoihin näyttääkseen toteen, että CERP Rouenin Espanjassa olevat tytäryhtiöt olivat halunneet noudattaa Bayer Espanjan uutta politiikkaa rajoittaakseen jollain tavoin toimitettujen tuotteiden rinnakkaisvientiä.

151 Tutkittaessa tukkuliikkeiden asennetta ja tosiasiallista toimintaa voidaan havaita, että komission väite, jonka mukaan nämä noudattivat kantajan politiikkaa, jolla tämä pyrki rinnakkaistuonnin rajoittamiseen, on perusteeton.

152 Väite, joka perustuu siihen, että kyseiset tukkuliikkeet olivat vähentäneet tilauksiaan tietylle tasolle antaakseen Bayerille vaikutelman, että ne noudattivat sen ilmaisemaa tahtoa kattaa näin ainoastaan niiden perinteisten markkinoiden tarpeet ja että ne toimivat tällä tavoin välttääkseen seuraamuksen, on hylättävä, koska komissio ei ole näyttänyt toteen, että kantaja olisi vaatinut tukkuliikkeitä

toimimaan jollakin tietyllä tavalla toimitetun Adalatin viennin osalta tai neuvotellut tästä niiden kanssa, tai että kantaja olisi määrännyt vientiä harjoittaneille tukkuliikkeille seuraamuksia tai uhannut niitä sellaisilla.

153 Samoista syistä komissio ei myöskään voi väittää, että Bayer saattoi ymmärtää tilausten vähentymisen vain siten, että tukkuliikkeet olivat hyväksyneet sen vaatimukset, eikä se voi myöskään väittää, että koska tukkuliikkeet suostuivat kantajan vaatimuksiin, niiden piti hankkia vientiin tarkoitetut lisämäärät sellaisilta tukkuliikkeiltä, joita kantaja ei "epäillyt" ja joiden suuremmat tilaukset toimitettiin vaikeuksitta.

154 Lisäksi edellä tarkastelluista riidanalaisen päätöksen perustelukappaleista ilmenee selvästi, että tukkuliikkeet yrittivät edelleen saada Adalatia vientiin ja että ne jatkoivat tällä toimintalinjalla, vaikka ne katsoivat, että toimitusten saamiseksi oli tarkoituksenmukaisempaa käyttää erilaisia keinoja eli toimia siten, että vientiin tarkoitetut tilaukset jaettiin eri toimipisteiden kesken ja siten, että tilaukset toimitettiin epäsuorasti pienten tukkuliikkeiden kautta. Näin ollen sen seikan, että tukkuliikkeet olivat muuttaneet tilauspolitiikkaa ja ottaneet käyttöön erilaisia tilausten jakamis- ja eriyttämisjärjestelmiä toimittamalla ne epäsuorasti, ei voida tulkita todistavan niiden tahtoneen toimia Bayerin vaatimin tavoin tai olevan vastaus johonkin tämän esittämään vaatimukseen. Tämän seikan voidaan sitä vastoin katsoa osoittavan, että tukkuliikkeillä oli vakaa aikomus jatkaa Adalatin rinnakkaisvientiä.

155 Koska ei ole näytetty toteen, että kantaja olisi vaatinut tukkuliikkeitä menettelemään jollakin tietyllä tavalla toimitetun Adalatin viennin osalta, sitä, että nämä ryhtyivät toimenpiteisiin saadakseen lisämääriä, voidaan tulkita ainoastaan siten, että ne olivat peruuttaneet väitetyn suostumisensa. Näistä samoista syistä on hylättävä komission väite, jonka mukaan nyt esillä olevan asian olosuhteissa on

tavanomaista, että tietyt tukkuliikkeet yrittivät saada kiertoteitse lisätoimituksia, sillä niiden piti sitoutua Bayeriin nähden siihen, etteivät ne harjoittaisi vientiä ja että ne tästä syystä tilaisivat rajoitettuja määriä, joita ei ollut määrä viedä.

156 Lopuksi on syytä todeta, että komissio ei ole näyttänyt toteen, että tukkuliikkeet olisivat halunneet pyrkiä Bayerin tavoitteisiin tai uskotella sille, että näin on. Edellä tutkitut asiakirjat osoittavat sitä vastoin, että tukkuliikkeet ovat pyrkineet toiminnallaan kiertämään Bayerin uuden politiikan, jolla se pyrki rajoittamaan toimitukset perinteisten tilausten tasolle.

157 Näin ollen komissio on virheellisesti katsonut, että tukkuliikkeiden tosiasiallinen toiminta todistaa oikeudellisesti riittävällä tavalla niiden suostuneen kantajan politiikkaan, jolla se pyrki estämään rinnakkaistuonnin.

3. Ennakkoratkaisut, joihin komissio vetoaa

158 Komissio katsoo, että riidanalainen päätös vastaa täysin sen päätöksentekokäytäntöä ja sopimuksen käsitteeseen liittyvää yhteisöjen tuomioistuimen oikeuskäytäntöä ja toteaa, että nyt esillä olevassa asiassa, kuten tietyissä aikaisemmin käsitellyissä asioissakin, on olemassa toimittajan ja sen asiakkaiden välisiin pitkäaikaisiin liikesuhteisiin liittyvä vientikielto, minkä osoittaa se, että tukkuliikkeet tekivät tilauksia, saivat toimitukset säännöllisesti ja vastaanottivat toimituksia vastaavat laskut, ja että tukkuliikkeet olivat antaneet hiljaisen suostumuksen, minkä todistaa tilausten vähentyminen.

159 Komissio ei kuitenkaan voi tehokkaasti vedota mainitsemiinsa ennakkoratkaisuihin riitauttaakseen edellä esitetyn erittelyn, jonka perusteella ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin on nyt esillä olevassa asiassa katsonut jääneen näyt-

tämättä, että tukkuliikkeet olisivat suostuneet Bayerin uuteen politiikkaan, ja tästä seuraa, että komissio ei ole näyttänyt toteen sopimuksen olemassaoloa.

160 Komissio vetoaa ensiksi asiassa Sandoz annettuun tuomioon, jossa sen mukaan, kuten nyt esillä olevassa asiassakin, jakelijat olivat hiljaisesti suostuneet vientikieltoon pitääkseen yllä liikesuhteensa (ko. tuomion 11 kohta), ja jossa ne, vaikka niillä ei ollut intressiä luopua viennistä, olivat hyväksyneet valmistajan asettaman vientikiellon, sillä ne halusivat edelleen saada tavaroita.

161 Tuossa asiassa oli kyse seuraamuksesta, jonka komissio määräsi eräälle monikansallisen farmasia-alan yrityksen tytäryhtiölle, Sandozille, joka oli syyllistynyt siihen, että se oli merkinnyt asiakkaille (tukkuliikkeille, apteekkareille ja sairaaloille) lähettämiinsä laskuihin nimenomaisesti maininnan "vienti kielletty". Sandoz ei kiistänyt tämän maininnan esiintymistä laskuissa, mutta riitautti perustamissopimuksen 85 artiklan 1 kohdassa tarkoitetun sopimuksen olemassaolon. Yhteisöjen tuomioistuin hylkäsi kanteen vastattuaan ensin kaikkiin kantajan esittämiin väitteisiin. Yhteisöjen tuomioistuin katsoi, että kyseisen maininnan sisältävien laskujen lähettäminen ei ollut yksipuolista toimintaa, vaan että sitä vastoin se oli yleinen osa niitä liikesuhteita, jotka yrityksellä oli asiakkaisiinsa. Se päätyi tähän johtopäätökseen tutkittuaan ensin, millä tavoin yritys menetteli ennen kuin se antoi uudelle asiakkaalle luvan saattaa markkinoille sen tuotteita, ja ottaen huomioon sellaiset toistuvat menettelytavat, joita sovellettiin yhdenmukaisesti ja johdonmukaisesti kaikissa myyntitoiminnoissa (tuomion 10 kohta). Päästyään tarkastelunsa tähän vaiheeseen (11 kohta) yhteisöjen tuomioistuin käsitteli kysymystä siitä, olivatko liikekumppanit suostuneet laskussa mainittuun vientikieltoon, todeten seuraavaa:

"Lisäksi on syytä todeta, että Sandoz PF:n asiakkaat ovat saaneet samanlaisen laskun jokaisen yksittäisen tilauksen jälkeen, tai, tilanteen mukaan, tuotteiden toimituksen jälkeen. Koska asiakas on toistuvasti tilannut tuotteita ja suorittanut tämän jälkeen maksut reklamoimatta maininnan 'vienti kielletty' sisältäviin laskuihin merkityistä hinnoista, se on hiljaisesti suostunut laskussa mainittuihin sopimusehtoihin ja sen tyyppisiin liikesuhteisiin, joita Sandoz PF ylläpitää

asiakkaidensa kanssa. Sandoz PF:n alun perin antama suostumus perustui siis siihen, että sen asiakkaat hyväksyivät hiljaisesti Sandoz PF:n niiden suhteen omaksuman menettelytavan."

162 On todettava, että vasta näiden toteamusten jälkeen yhteisöjen tuomioistuin katsoi, että komissio oli ollut oikeassa todetessaan seuraavaa: " — — Sandoz PF:n ja sen asiakkaiden välisiä jatkuvia liikesuhteita, joihin sopimusehto 'vienti kielletty' kuului olennaisena osana, sääteli edeltäkäsin laadittu yleinen sopimus, jota sovellettiin Sandozin tuotteita koskeviin lukemattomiin yksittäisiin tilauksiin. Tällaiseen sopimukseen sovelletaan perustamissopimuksen 85 artiklan 1 kohtaa."

163 Vaikka nämä kaksi asiaa muistuttavatkin toisiaan siinä, että niissä on kyse farmasia-alan yhtymien toiminnasta, jolla pyritään estämään lääkkeiden rinnakkaisvienti, niissä käsitellyt tosiasialliset tilanteet poikkeavat suuresti toisistaan. Ensiksikin ja toisin kuin nyt esillä olevassa asiassa, asiassa Sandoz valmistaja oli nimenomaisesti ottanut käyttöön kaikissa laskuissaan kilpailua rajoittavan sopimusehdon, joka oli olennainen osa sen ja tukkuliikkeiden välisiä liikesuhteita, koska se mainittiin toistuvasti kaikkiin liiketoimiin liittyvissä asiakirjoissa. Toiseksi tukkuliikkeiden tosiasiallinen toiminta tämän sopimusehdon suhteen eli se, että ne olivat tosiasiallisesti ja siitä keskustelematta noudattaneet sitä, osoitti, että ne olivat hiljaisesti suostuneet tähän sopimusehtoon ja tämän tyyppisiin liikesuhteisiin. Nyt esillä olevan asian tosiseikat eivät täytä kumpaakaan asiassa Sandoz esille tulleista pääasiallisista edellytyksistä, sillä nyt esillä olevassa asiassa ei ole vientikieltoa koskevaa nimenomaista sopimusehtoa eikä siinä ole muodollisesti tai tosiasiallisesti menetelty siten, että reklamoinnista olisi luovuttu tai suostumus olisi annettu.

164 Toiseksi komissio vetoaa edellä mainitussa asiassa Tipp-Ex vastaan komissio annettuun tuomioon, jossa yhteisöjen tuomioistuin vahvisti päätöksen, jolla komissio oli määrännyt seuraamuksia sellaisesta sopimuksesta, jolla pyrittiin viennin estämiseen ja jossa, toisin kuin asiassa Sandoz, ei ollut vientikieltoa koskevaa kirjallista sopimusehtoa. Se väittää, että Tipp-Ex oli nyt esillä olevan asian kantajan tavoin esittänyt yhteisöjen tuomioistuimessa, että kyse oli yksipuolisesta toimenpiteestä, joka ei kuulunut perustamissopimuksen 85 artiklan 1 kohdan soveltamisalaan, ja että näin ollen yleinen etu ei vaatinut rinnakkais-

viennin lopettamista, koska jälleenmyyjän toimitukset rinnakkaisvientiä harjoittavalle toimijalle oli tosiasiallisesti suoritettu.

165 Tuossa asiassa oli kyse Tipp-Exin ja sen Ranskassa olevan jälleenmyyjän DMI:n välisestä yksinmyyntisopimuksesta ja siitä, että DMI oli noudattanut valmistajan vaatimusta, jonka mukaan asiakkailta pyydettyjä hintoja oli korotettava niin paljon kuin mahdollista, jotta niillä ei enää olisi taloudellista intressiä rinnakkaistuontiin. Lisäksi oli näytetty toteen, että valmistaja suoritti jälkikäteen tarkastuksia painostaakseen jälleenmyyjää tosiasiallisesti toimimaan tällä tavoin (ETY:n perustamissopimuksen 85 artiklan soveltamismenettelystä 10 päivänä heinäkuuta 1987 tehdyn komission päätöksen 87/406/ETY 58 perustelukappale (EYVL L 222, s. 1)). Yhteisöjen tuomioistuimen esittämät päätelmät ilmenevät tuomion 18—21 kohdasta, joissa se, todettuaan ensin, että Tipp-Exin ja DMI:n välillä oli ollut suullinen yksinmyyntisopimus ja kerrattuaan pääasialliset tosiseikat, tutki jälleenmyyjän reaktioita ja sen toimintaa valmistajan alettua määrätä seuraamuksia. Yhteisöjen tuomioistuin totesi tällöin jälleenmyyjästä näin: " — — on reagoinut korottamalla 10—20 prosentilla yksinomaan ISA France -yrityksen kanssa sovittuja hintoja. Sen jälkeen kun ISA Francen ostot DMI:ltä olivat olleet keskeytyneinä koko vuoden 1980 ajan, viimeksi mainittu yhtiö kieltäytyi vuoden 1981 alussa itse toimittamasta Tipp-Ex-tuotteita ISA Francelle". Vasta näiden valmistajan ja jälleenmyyjän toimintaa koskevien havaintojen jälkeen yhteisöjen tuomioistuin teki päätelmän, jonka mukaan perustamissopimuksen 85 artiklan 1 kohdassa tarkoitettu sopimus oli olemassa, todeten seuraavasti:

"on siis näytetty toteen, että DMI on suostunut Tipp-Ex:in vaatimukseen olla myymättä sellaisille asiakkaille, jotka myyvät Tipp-Ex-tuotteita toisissa jäsenvaltioissa" (tuomion 21 kohta).

166 Näin ollen, toisin kuin nyt esillä olevassa asiassa, edellä mainitussa asiassa Tipp-Ex vastaan komissio ei ollut epäilystä siitä, että valmistaja oli ottanut käyttöön rinnakkaisviennin estämistä koskevan politiikkansa yhteistoiminnassa jälleenmyyjien kanssa. Kuten tuossa tuomiossa todetaan, tämä tahto ilmeni selvästi sopimusosapuolten välisistä suullisista ja kirjallisista sopimuksista (ks. DMI:n osalta tuomion 19 ja 20 kohta ja jälleenmyyjä Beiersdorfin osalta tuomion 22 ja

23 kohta) ja, vaikka joitakin epäilyjä saattoi edelleen ollakin, valmistajan painostamien jälleenmyyjien toimintaa koskeva analyysi osoitti erittäin selvästi niiden suostuneen Tipp-Exin aikomuksiin rajoittaa kilpailua. Sen lisäksi, että komissio oli näyttänyt toteen, että jälleenmyyjät olivat reagoineet valmistajan uhkauksiin ja painostukseen, se oli näyttänyt toteen myös sen, että ainakin yksi näistä oli lähettänyt valmistajalle yhteistoimintaansa koskevat todisteet. Lopuksi on syytä lisätä, että komissio itsekin huomauttaa nyt esillä olevassa asiassa, että kun yhteisöjen tuomioistuin asiassa Tipp-Ex pyrki selvittämään, oliko sopimus olemassa, se lähestyi asiaa analysoimalla, miten jälleenmyyjät reagoivat valmistajan toimintaan sen pyrkiessä estämään rinnakkaisviennin, ja että yhteisöjen tuomioistuin päätteli tämän reaktion perusteella, että sen ja Tipp-Exin välillä täytyi olla olemassa sopimus, jolla pyrittiin rinnakkaisviennin estämiseen.

167 Tästä seuraa, että tuossa asiassa, kuten asiassa Sandozkin, annetulla tuomiolla vain vahvistetaan oikeuskäytäntö, jonka mukaan valmistajan yksipuoliselta vaikuttava toiminta voi olla perustamissopimuksen 85 artiklan 1 kohdassa tarkoitetun yritysten välisen sopimuksen perusta, jos edellytys, jonka mukaan tukkuliikkeiden tai asiakkaiden myöhemmän toiminnan voidaan tulkita osoittavan tosiasiallisen suostumisen, täyttyy. Koska tämä edellytys ei täyty nyt esillä olevassa asiassa, komissio ei voi vedota näiden kahden asian väitettyyn samankaltaisuuteen tukeakseen väitettään, jonka mukaan nyt esillä olevassa asiassa on annettu suostumus.

168 Näistä samoista syistä komissio ja BAI eivät menestyksellisesti voi vedota yhteisöjen tuomioistuimen edellä mainituissa asioissa BMW Belgium ym. vastaan komissio, AEG vastaan komissio ja Ford ja Ford Europe vastaan komissio annetuissa tuomioissa esitettyihin arviointeihin tukeakseen väitettään siitä, että tukkuliikkeet ovat nyt esillä olevassa asiassa antaneet suostumuksensa.

169 Selvittääkseen edellä mainitussa asiassa BMW Belgium ym. vastaan komissio, oliko BMW Belgiumin ja sen jälleenmyyjien välillä tehty perustamissopimuksen 85 artiklan 1 kohdassa tarkoitettu sopimus, yhteisöjen tuomioistuin tutki ne toimenpiteet, joiden saatettiin katsoa osoittavan sopimuksen olemassaolon, eli tuossa tapauksessa BMW:n jälleenmyyjille osoitetut kiertokirjeet, "niin niiden sisällön osalta kuin suhteessa siihen aineelliseen ja oikeudelliseen tilanteeseen,

johon ne [liittyivät] sekä suhteessa asianosaisten käyttäytymiseen" ja päätteli, että kyseiset kiertokirjeet "ilmensivät tahtoa lopettaa kokonaisuudessaan uusien BMW -ajoneuvojen vienti Belgiasta" (28 kohta). Se lisäsi, että "osoittaessaan nämä kiertokirjeet kaikille Belgiassa oleville jälleenmyyjille, BMW Belgiumista [oli] tullut jälleenmyyjien kanssa tehtävän sellaisen sopimuksen alkuunpanija, jolla pyrittiin tämän viennin täydelliseen lopettamiseen" (29 kohta). Tämän tuomion 30 kohdasta ilmenee, että yhteisöjen tuomioistuin halusi korostaa jälleenmyyjien antaneen suostumuksensa.

170 Edellä mainitussa asiassa AEG vastaan komissio, jossa valmistajan ja jälleenmyyjien tahto ei täysin selvästi ilmennyt ja jossa kantaja vetosi nimenomaan toimintansa yksipuolisuuteen, yhteisöjen tuomioistuin katsoi, että kun kyse on valikoivasta jakelujärjestelmästä, menettelytapa, jonka mukaan valmistaja kieltäytyy hyväksymästä sellaisia jälleenmyyjiä, jotka vastaavat järjestelmän laatuperusteita, pitääkseen yllä korkean hintatason tai sulkeakseen pois tietyt nykyaikaiset markkinointikeinot, "ei ole sellaista yrityksen yksipuolista toimintaa, jota AEG:n väittämin tavoin perustamissopimuksen 85 artiklan 1 kohdassa määrätty kielto ei koske. Se kuuluu päinvastoin yrityksen ja jälleenmyyjien sopimussuhteisiin" (38 kohta). Tämän jälkeen yhteisöjen tuomioistuin totesi, että jälleenmyyjät olivat antaneet suostumuksensa, täsmentäen, että "kun jälleenmyyjä hyväksytään, hyväksyntä perustuu siihen, että sopimuspuolet hyväksyvät nimenomaisesti tai hiljaisesti AEG:n noudattamat toimintaperiaatteet, joiden mukaan sellaisia jälleenmyyjiä ei hyväksytä, jotka tosin täyttävät hyväksymisen edellytykset mutta jotka eivät ole valmiit hyväksymään kyseisiä periaatteita" (38 kohta). Yhteisöjen tuomioistuin on vahvistanut tämän lähestymistavan valikoivaa jakelujärjestelmää koskevissa muissa tuomioissaan (ks. em. asia Ford ja Ford Europe v. komissio, tuomion 21 kohta, em. asia Metro II, tuomion 72 ja 73 kohta, ja em. asia Bayerische Motorenwerke, tuomion 16 ja 17 kohta).

171 Edellä esitetystä seuraa, että komissio ei voi vedota esittämiinsä ennakkotapauksiin näyttääkseen nyt esillä olevassa asiassa toteen sopimuksen olemassaolon.

4. Komission väite, jonka mukaan riittävä näyttö sopimuksen olemassaolosta on se, että osapuolten todetaan pitävän yllä liikesuhteitaan

172 Komission esittämistä päätelmistä ilmenee, tosin epäselvästi (ks. 155 ja 156 perustelukappaleessa olevan riidanalaisen päätöksen tiivistelmän rakenne, ja sitä koskevat perustelut 171—188 perustelukappaleessa), sen väittävän, että komissio voi katsoa perustamissopimuksen 85 artiklan 1 kohdassa tarkoitetun yritysten välisen sopimuksen olemassaolon tulleen toteen näytetyksi jo sillä, että on todettu, etteivät tukkuliikkeet ole lopettaneet liikesuhteitaan Bayerin kanssa sen jälkeen kun tämä otti käyttöön uuden viennin rajoittamiseen tähtäävän politiikan.

173 Tätä väitettä ei voida hyväksyä. Näytön perustamissopimuksen 85 artiklan 1 kohdassa tarkoitetun yritysten välisen sopimuksen olemassaolosta tulee perustua siihen, että itse sopimuksen käsitteelle ominainen subjektiivinen seikka, nimittäin se, että taloudellisilla toimijoilla on ollut yhteinen tahto ottaa käyttöön tietty politiikka, pyrkiä tiettyyn tavoitteeseen tai omaksua määrätynlainen toimintatapa markkinoilla, voidaan todeta suoraan tai epäsuorasti, eikä huomioon oteta sitä, millä tavoin osapuolet ovat ilmaisseet tahtonsa toimia markkinoilla kyseisen sopimuksen mukaisesti (ks. tämän suuntaisesti muun muassa em. asia ACF Chemiefarma v. komissio, tuomion 112 kohta ja em. asia Van Landewyck ym. v. komissio, tuomion 86 kohta). Komissio jättää ottamatta huomioon kyseisen yhteisen tahdon käsitteen katsoessaan, että liikesuhteiden ylläpito valmistajan kanssa, kun tämä ottaa yksipuolisesti käyttöön uuden politiikan, tarkoittaa sitä, että tukkuliikkeet ovat suostuneet siihen, vaikka niiden tosiasiallinen toiminta on selvästi kyseisen politiikan vastaista.

174 Lisäksi perustamissopimuksen sisäisen rakenteen mukaan yritykselle voidaan määrätä yhteisön kilpailuoikeuteen perustuvia seuraamuksia vain silloin, kun se on rikkonut perustamissopimuksen 85 artiklan 1 kohdassa ja 86 artiklassa määrättyjä kieltoja. On syytä todeta, että perustamissopimuksen 85 artiklan 1 kohdan soveltamisella on useita edellytyksiä, nimittäin a) että vähintään kahden yrityksen välillä on sopimus tai että niiden välillä on tehty yritysten

yhteenliittymän päätökseen tai yritysten väliseen yhdenmukaistettuun menettelytapaan verrattavissa oleva sopimus, b) että ne ovat omiaan vaikuttamaan yhteisön sisäiseen kauppaan ja c) että niiden tarkoituksena tai seurauksena on kilpailun huomattava rajoittaminen. Tästä seuraa, että tätä artiklaa koskevissa asioissa yrityksen menettelyn vaikutukset yhteisön sisäiseen kilpailuun voidaan tutkia ainoastaan, jos perustamissopimuksen 85 artiklan 1 kohdassa tarkoitetun sopimuksen, yritysten yhteenliittymän päätöksen tai yhdenmukaistetun menettelytavan on jo näytetty olevan olemassa (asia 56/65, Société technique minière, tuomio 30.6.1966, Kok. 1966, s. 337 ja s. 358 sekä sitä seuraavat sivut; Kok. Ep. I, s. 251). Tästä seuraa, että tällä määräyksellä ei pyritä yleisesti "poistamaan" yhteisön sisäisen kaupan esteitä; tavoite on rajoitetumpi, sillä tällä määräyksellä kielletään ainoastaan sellaiset kilpailun esteet, joiden käyttöönottaminen perustuu vähintään kahden osapuolen yhteiseen tahtoon.

175 Yhteisöjen tuomioistuin on tulkinnut perustamissopimuksen 85 artiklan 1 kohtaa tällä tavoin asiassa C-73/95 P, Viho vastaan komissio, 24.10.1996 antamassaan tuomiossa (Kok. 1996, s. I-5457, 15—17 kohta), kun se ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen tuomion vahvistaen on katsonut, että vaikka erään emoyhtiön menettelystä, jossa se pääasiallisesti jakoi eri kansalliset markkinat tytäryhtiöidensä kesken, voi aiheutua yhtymän ulkopuolella kolmansien kilpailuasemaan kohdistuvia vaikutuksia, tämä ei tarkoita sitä, että 85 artiklan 1 kohtaa voitaisiin soveltaa, vaikka sitä luettaisiin yhdessä EY:n perustamissopimuksen 2 artiklan sekä 3 artiklan c ja g kohdan kanssa. Sitä vastoin tällainen yksipuolinen menettely voi kuulua perustamissopimuksen 86 artiklan soveltamisalaan, mikäli siinä asetetut soveltamisedellytykset täyttyivät.

176 Edellä esitetyn perusteella, päinvastoin kuin komissio ja BAI väittävät, kun valmistaja on tilanteessa, jossa sen edut ovat nyt esillä olevan asian kantajan etujen tavoin vaarantuneet, perustamissopimuksen kilpailusäännöt säätelevät sen oikeutta ratkaista tilanne parhaaksi katsomallaan tavalla vain, jos tilanne kuuluu 85 ja 86 artiklassa määrättyjen kieltojen soveltamisalaan. Valmistaja voi näin ollen ottaa käyttöön tarpeelliseksi katsomansa toimituspolitiikan, edellyttäen, että se ei näin menetellessään käytä väärin määräävää asemaansa ja että sen ja tukkuliikkeiden väliltä puuttuu yhteinen tahto, vaikka se, että tämän politiikan

käyttöönotolla pyritään rinnakkaisviennin estämisen kaltaiseen tavoitteeseen, saattaa rajoittaa kilpailua ja vaikuttaa jäsenvaltioiden väliseen kauppaan.

177 Komissio viittaa tältä osin yhteisöjen tuomioistuimen yhdistetyissä asioissa C-267/95 ja 268/95, Merck ja Beecham, 5.12.1996 antamaan tuomioon tukeakseen väitettään siitä, että rinnakkaisvientiä on kaikissa olosuhteissa suojattava. Se väittää, että yhteisöjen tuomioistuin on tässä tuomiossa ratkaissut lopullisesti edellä mainitussa asiassa Merck 14.7.1981 annetun tuomion (36 kohta) soveltamisalaa koskevat arvailut todeten, että tietyissä jäsenvaltioissa säädetyllä hintavalvonnalla ei voida perustella poikkeusta tavaroiden vapaan liikkuvuuden periaatteesta ja että rinnakkaistuonnin estämismahdollisuus aiheuttaisi kansallisten markkinoiden epätoivottavan eristämisen. Tästä syystä komission mukaan rinnakkaistuontia ei myöskään farmasia-alalla voida estää kansallisin toimenpitein eikä yritysten välisin sopimuksin.

178 On kuitenkin todettava, että yhteisöjen tuomioistuin rajoittui tuossa tuomiossa vastaamaan kysymykseen, joka koski yhtäältä Espanjan kuningaskunnan ja Portugalin tasavallan liittymisasiakirjassa olevien tiettyjen sellaisten siirtymäsäännösten voimassaolon päättymispäivää (liittymisasiakirjan 47 ja 209 artikla), joissa sallittiin näistä maista peräisin olevien farmaseuttisten tuotteiden rinnakkaistuonnin estäminen muualla yhteisössä, ja joka koski toisaalta rinnakkaistuontiin sovellettavaa oikeusjärjestelmää sen kannalta merkityksellisten siirtymäkausien päätyttyä sekä sitä, oliko edellä mainitussa asiassa Merck 14.7.1981 tehdyn ratkaisun ulottuvuutta harkittava uudelleen. Yhteisöjen tuomioistuimen edellä mainitussa asiassa Merck ja Beecham 5.12.1996 antamassa tuomiossa esittämät päätelmät eivät koske nyt esillä olevassa asiassa käsiteltävää kysymystä, joka ei kuulu EY:n perustamissopimuksen 30, 34 ja 36 artiklassa (joista on muutettuina tullut EY 28, EY 29 ja EY 30 artikla) määrätyn tavaroiden vapaata liikkuvuutta koskevan oikeuden soveltamisalaan, eikä niissä, toisin kuin komissio väittää, millään tavoin määrätä sellaisesta rinnakkaistuonnin estämistä koskevasta yleisestä kiellosta, jota jäsenvaltioiden lisäksi sovellettaisiin kaikissa tapauksissa myös yrityksiin.

179 Sen sijaan, että tällä tuomiolla tuettaisiin komission väitteitä, sillä todellisuudessa ainoastaan vahvistetaan, että perustamissopimuksen järjestelmässä viimeksi mainittu ei voi yrittää päästä tiettyyn tavoitteeseen, kuten lääkkeiden markkinahintojen yhdenmukaistamiseen, laajentamalla tai liioittelemalla perustamissopimuksen VI osaston 1 luvun 1 jakson (yrityksiin sovellettavat säännöt) soveltamisalaa, varsinkaan, kun mainittu perustamissopimus antaa sille erityisiä keinoja pyrkiä tällaiseen yhdenmukaistamiseen, jos on kiistatonta, että jäsenvaltioiden väliset huomattavat lääkkeiden hintaerot — kuten nyt esillä olevassa asiassa — johtuvat hintojen määräämistä koskevien valtion järjestelmien ja korvausedellytysten eroavuuksista (ks. riidanalaisen päätöksen 151 ja 152 perustelukappale). Kuten yhteisöjen tuomioistuin on edellä mainitussa asiassa Merck ja Beecham annetun tuomion 47 kohdassa todennut, vakiintuneesta oikeuskäytännöstä ilmenee, että hintoja koskevan yhden jäsenvaltion poikkeavan lainsäädännön aiheuttamien vääristymien korjaaminen on yhteisön tehtävä (ks. asia 16/74, Centrafarm ja de Peijper, tuomio 31.10.1974, Kok. 1974, s. 1183, 17 kohta; Kok. Ep. II, s. 373; em. asia Musik-Vertrieb membran ja K-tel International, tuomion 24 kohta; yhdistetyt asiat C-427/93, C-429/93 ja C-436/93, Bristol-Myers Squibb ym., tuomio 11.7.1996, Kok. 1996, s. I-3457, 46 kohta ja em. asia Merck ja Beecham, tuomion 47 kohta).

180 Perustamissopimuksen 85 artiklan 1 kohdan soveltamisalan laajentaminen komission ehdottamin tavoin johtaisi ristiriitaiseen tilanteeseen, jossa myynnistä kieltäytymistä rangaistaisiin ankarammin 85 artiklan 1 kohtaan liittyvissä kuin 86 artiklaan liittyvissä asioissa, sillä 85 artiklan 1 kohdassa määrätty kielto koskisi valmistajaa, joka päättää kieltäytyä tulevista toimituksista tai rajoittaa niitä ilman, että se kuitenkaan kokonaan purkaisi liikesuhteitaan asiakkaidensa kanssa, kun taas 86 artiklaan liittyvissä asioissa toimituksista kieltäytyminen, silloinkin kun se koskee kaikkia toimituksia, olisi kiellettyä vain, jos sillä käytetään väärin määräävää asemaa. Yhteisöjen tuomioistuimen oikeuskäytännössä on epäsuorasti myönnetty, että yrittämisvapauden suojaaminen on tärkeää perustamissopimuksen kilpailusääntöjä sovellettaessa, sillä siinä todetaan nimenomaisesti, että myös määräävässä asemassa oleva yritys voi tietyissä tapauksissa kieltäytyä myymästä tai muuttaa toimitus- tai hankintapolitiikkaansa joutumatta 86 artiklassa määrätyn kiellon alaisuuteen (ks. tämän suuntaisesti asia 27/76, United Brands v. komissio, tuomio 14.2.1978, Kok. 1978, s. I-207, 182—191 kohta; Kok. Ep. III, s. 9).

181 Komissio ei myöskään voi väitteidensä tueksi vedota lisäksi täysin perusteettomaan käsitykseensä, jonka mukaan rinnakkaistuonti aiheuttaa pitkällä aikavälillä lääkkeiden hintojen yhdenmukaistumisen. Tämä koskee myös komission väitettä, jonka mukaan "ei voida hyväksyä, että rinnakkaistuontia estetään, jotta farmasia-alan yritykset voisivat vaatia ylihintoja sellaisissa maissa, joissa ei ole minkäänlaista hintavalvontaa, korvatakseen hintoja valvovissa jäsenvaltioissa saatavia pienempiä voittoja".

182 Edellä esitetystä seuraa, että komissio ei ole voinut laillisesti katsoa, että tukkuliikkeiden ja valmistajan välinen sopimus on näytetty toteen pelkästään sillä perusteella, että niiden todettiin jatkavan jo olemassa olevia liikesuhteitaan.

D *Johtopäätös*

183 Kaikesta edellä esitetystä seuraa, että komissio on arvioinut virheellisesti nyt esillä olevan asian tosiseikkoja ja tehnyt virheen niiden oikeudellisessa arvioinnissa, kun se on katsonut toteen näytetyksi, että Bayerilla ja riidanalaisessa päätöksessä tarkoitetuilla tukkuliikkeillä oli sellainen yhteinen tahto, jonka perusteella voitiin päätellä, että niiden välillä oli perustamissopimuksen 85 artiklan 1 kohdassa tarkoitettu sopimus, jolla pyrittiin estämään tai rajoittamaan Adalatin vientiä Ranskasta ja Espanjasta Yhdistyneeseen kuningaskuntaan.

184 Tästä seuraa, että tässä asiassa esitetty pääasiallinen kanneperuste on perusteltu. Tämän vuoksi riidanalainen päätös on kumottava ilman, että on tarpeen kuulla kantajan nimeämiä todistajia tai että on tarpeen tutkia kantajan esittämiä toissijaisia kanneperusteita, jotka nojautuvat perustamissopimuksen 85 artiklan 1 kohdan virheelliseen soveltamiseen, Espanjan kuningaskunnan liittymisasiakirjan 47 artiklan mukaisiin laillisiin toimintoihin ja asetuksen N:o 17 15 artiklan virheelliseen soveltamiseen määrättäessä kantajalle sakkoa.

Oikeudenkäyntikulut

185 Ensimmäisen oikeusasteen työjärjestyksen 87 artiklan 2 kohdan mukaan asianosainen, joka häviää asian, velvoitetaan korvaamaan oikeudenkäyntikulut, jos vastapuoli on sitä vaatinut. Koska vastaaja on hävinnyt asian ja koska kantaja on vaatinut sen velvoittamista korvaamaan oikeudenkäyntikulut, viimeksi mainittu on velvoitettava vastaamaan omista oikeudenkäyntikuluistaan ja korvaamaan kantajan oikeudenkäyntikulut, mukaan lukien viimeksi mainitulle välitoimimenettelystä aiheutuneet oikeudenkäyntikulut.

186 Työjärjestyksen 87 artiklan 4 kohdan kolmannen alakohdan mukaan ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin voi määrätä, että muun kuin edellisessä alakohdassa mainitun väliintulijan on vastattava omista oikeudenkäyntikuluistaan. Nyt esillä olevassa asiassa kantajan vaatimuksia tukevan väliintulija EFPIA:n ja vastaajan vaatimuksia tukevan väliintulija BAI:n on vastattava omista oikeudenkäyntikuluistaan.

Näillä perusteilla

YHTEISÖJEN ENSIMMÄISEN OIKEUSASTEEN TUOMIOISTUIN
(laajennettu viides jaosto)

on antanut seuraavan tuomiolauselman:

1) **Kumotaan EY:n perustamissopimuksen 85 artiklan soveltamismenettelystä (IV/34.279/F3 — Adalat) 10 päivänä tammikuuta 1996 tehty komission päätös 96/478/EY.**

2) **Komissio velvoitetaan vastaamaan omista oikeudenkäyntikuluistaan ja korvaamaan kantajan oikeudenkäyntikulut, mukaan lukien viimeksi mainitulle välitoimimenettelystä aiheutuneet oikeudenkäyntikulut.**

3) **European Federation of Pharmaceutical Industries' Associations ja Bundesverband der Arzneimittel-Importeure eV vastaavat kumpikin omista oikeudenkäyntikuluistaan.**

Cooke García-Valdecasas Lindh

Pirrung Vilaras

Julistettiin Luxemburgissa 26 päivänä lokakuuta 2000.

H. Jung

kirjaaja

J. D. Cooke

jaoston puheenjohtaja

Sisällys

Kanteen perustana olevat tosiseikat ..... II - 3389
Oikeudenkäynti ja asianosaisten vaatimukset ..... II - 3392
Riidanalainen päätös ..... II - 3394
Pääasia ..... II - 3396
Varsinainen kanneperuste, jonka mukaan perustamissopimuksen 85 artiklan 1 kohtaa on rikottu, koska komissio katsoo sitä voitavan soveltaa nyt esillä olevan asian tosiseikkoihin ..... II - 3397
I Asianosaisten ja väliintulijoiden väitteet ja niiden perustelut ..... II - 3397
II Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen arviointi asiasta ..... II - 3407
A Alustavia havaintoja ..... II - 3407
B Perustamissopimuksen 85 artiklan 1 kohdassa tarkoitetun sopimuksen käsite .. II - 3408
C Sopimuksen käsitteen soveltaminen nyt esillä olevassa asiassa ..... II - 3410
1. Kantajan tahto määrätä vientikiellosta ..... II - 3411
a) Alustavia havaintoja ..... II - 3411
b) Kantajan käyttöön ottaman Adalatin jakelua koskevan valvontajärjestelmän laajuus ..... II - 3413
2. Tukkuliikkeiden tahto noudattaa kantajan politiikkaa, jolla se pyrki rajoittamaan rinnakkaistuontia ..... II - 3423
a) Alustavia havaintoja ..... II - 3423
b) Tukkuliikkeiden "hiljaista suostumista" koskeva näyttö ..... II - 3424
i) Ranskassa olevien tukkuliikkeiden toiminta ..... II - 3427
ii) Espanjassa olevien tukkuliikkeiden toiminta ..... II - 3429
3. Ennakkoratkaisut, joihin komissio vetoaa ..... II - 3438
4. Komission väite, jonka mukaan riittävä näyttö sopimuksen olemassaolosta on se, että osapuolten todetaan pitävän yllä liikesuhteitaan ..... II - 3444
D Johtopäätös ..... II - 3448
Oikeudenkäyntikulut ..... II - 3449