FÖRSTAINSTANSRÄTTENS DOM
(femte avdelningen i utökad sammansättning)
den 26 oktober 2000 *

I mål T-41/96,

Bayer AG, Leverkusen (Tyskland), företrätt av advokaten J. Sedemund, Köln, delgivningsadress: advokatbyrån A. May, 398, route d'Esch, Luxemburg,

sökande,

med stöd av

European Federation of Pharmaceutical Industries' Associations, med säte i Genève (Schweiz), inledningsvis företrädd av C. Walker, solicitor, därefter av T. Woodgate, solicitor, delgivningsadress: advokatbyrån A. May, 398, Route d'Esch, Luxemburg,

intervenient,

* Rättegångsspråk: tyska.

mot

Europeiska gemenskapernas kommission, företrädd av W. Wils och K. Wiedner, båda vid rättstjänsten, i egenskap av ombud, delgivningsadress: rättstjänsten, C. Gómez de la Cruz, Centre Wagner, Kirchberg, Luxemburg,

svarande,

med stöd av

Bundesverband der Arzneimittel-Importeure e.V., Mülheim an der Ruhr (Tyskland), företrädd av advokaterna W.A. Rehmann och U. Zinsmeister, Bryssel, delgivningsadress: advokatbyrån Bonn och Schmitt, 7, Val Ste Croix, Luxemburg,

intervenient,

angående en talan om ogiltigförklaring av kommissionens beslut 96/478/EG av den 10 januari 1996 i ett förfarande enligt artikel 85 i Romfördraget — Ärende (IV/34.279/F3 — Adalat) (EGT L 201, s. 1),

meddelar

FÖRSTAINSTANSRÄTTEN
(femte avdelningen i utökad sammansättning)

sammansatt av ordföranden J.D. Cooke samt domarna R. García-Valdecasas, P. Lindh, J. Pirrung och M. Vilaras,

justitiesekreterare: byrådirektören J. Palacio González,

med hänsyn till det skriftliga förfarandet och efter det muntliga förfarandet den 28 oktober 1999,

följande

Dom

Bakgrund till tvisten

1 Sökanden, Bayer AG (nedan kallat Bayer eller Bayerkoncernen), är moderbolag i en av de ledande kemi- och läkemedelkoncernerna i Europa och är etablerad genom dotterbolag i alla gemenskapens medlemsstater. Sökanden producerar och säljer sedan många år, under benämningen Adalat eller Adalate, en serie läkemedel i vilka den aktiva beståndsdelen är nifedipin, läkemedel som är avsedda för behandling av hjärt- och kärlsjukdomar.

2 I flertalet medlemsstater fastställs priset på Adalat direkt eller indirekt av de nationella hälso- och sjukvårdsmyndigheterna. Mellan åren 1989 och 1993 var

de priser som de spanska och franska hälso- och sjukvårdsmyndigheterna hade fastställt i genomsnitt ungefär 40 procent lägre än de som gällde i Förenade kungariket.

3 På grund av dessa prisskillnader började grossister i Spanien redan år 1989 att exportera Adalat till Förenade kungariket. Från och med år 1991 började även grossister i Frankrike att göra detta. Enligt sökanden nästan halverades försäljningen av Adalat genom dess brittiska dotterbolag Bayer UK från år 1989 till år 1993 på grund av parallellimport. Detta medförde att det brittiska dotterbolagets omsättning minskade med 230 miljoner DEM, vilket för Bayer motsvarade förlorade intäkter på 100 miljoner DEM.

4 På grund härav förändrade Bayerkoncernen sin leveranspolicy och började underlåta att fullt ut tillgodose de allt större beställningar som placerades av grossister i Spanien och Frankrike hos dess spanska och franska dotterbolag. Denna förändring ägde rum år 1989 vad gäller beställningar som mottogs av Bayer Spanien och fjärde kvartalet år 1991 vad gäller de beställningar som mottogs av Bayer Frankrike.

5 Till följd av vissa berörda grossisters klagomål inledde kommissionen ett administrativt förfarande för att undersöka de överträdelser av artikel 85.1 i EG-fördraget (nu artikel 81.1 EG) som Bayerkoncernen påstods ha gjort sig skyldig till i Frankrike och Spanien.

6 Den 10 januari 1996 antog kommissionen beslut 96/478/EG i ett förfarande enligt artikel 85 i Romfördraget — Ärende (IV/34.279/F3 — Adalat) (EGT L 201, s. 1, nedan kallat beslutet), mot vilket talan väckts i detta mål.

7 I artikel 1 i beslutet anges att "Bayer AG har brutit mot artikel 85.1 i Romfördraget genom det förbud mot export av produkterna [Adalate] och [Adalate] 20 mg LP från Frankrike och produkterna [Adalat] och [Adalat-Retard] från Spanien till andra medlemsstater som sedan 1991 ingått i Bayer Frankrikes grossistavtal och åtminstone sedan 1989 i Bayer Spaniens grossistavtal inom ramen för löpande affärsförbindelser".

8 Av artikel 2 i beslutet framgår följande:

"Bayer AG skall upphöra med den överträdelse som konstateras i artikel 1 och skall därvid särskilt

— inom två månader från delgivningen av detta beslut skicka ett cirkulärbrev till sina grossister i Frankrike och Spanien som klargör att export till andra medlemsstater i gemenskapen är tillåten och inte får leda till några sanktioner,

— ta in detta klarläggande inom två månader från delgivningen av detta beslut i de allmänna försäljningsvillkoren för Frankrike och Spanien."

9 Enligt artikel 3 i beslutet skall Bayer AG betala böter på 3 miljoner ecu.

10 I artikel 4 fastställs ett vite om 1 000 ecu för varje dags dröjsmål med att verkställa de specifika skyldigheter som anges i artikel 2.

Förfarandet och parternas yrkanden

11 Sökanden har genom ansökan, som inkom till förstainstansrättens kansli den 22 mars 1996, väckt talan om ogiltigförklaring av beslutet.

12 Genom en särskild handling, som registrerades vid förstainstansrättens kansli samma dag, ansökte sökanden om uppskov med verkställigheten av artikel 2 i beslutet. Genom beslut meddelat av förstainstansrättens ordförande den 3 juni 1996 beviljades uppskov med verkställigheten av artikel 2 i beslutet och förordnades att beslut om rättegångskostnader skulle meddelas senare.

13 Den 1 augusti 1996 ansökte Bundesverband der Arzneimittel-Importeure e.V., en tysk förening för läkemedelsimportörer, (nedan kallad BAI) om att få intervenera till stöd för kommissionens yrkanden.

14 Den 26 augusti 1996 ansökte European Federation of Pharmaceutical Industries' Associations, en europeisk yrkesorganisation som företräder intressena för 16 nationella branschorganisationer inom läkemedelssektorn, (nedan kallad EFPIA) om att få intervenera till stöd för sökandens yrkanden.

15 Genom beslut av den 8 november 1996 tillät ordföranden på förstainstansrättens femte avdelning i utökad sammansättning de två intervenienterna att intervenera. De ingav sina interventionsyttranden den 12 februari 1997. Parterna i målet ingav sina yttranden över interventionsyttrandena den 11 april 1997.

16 På grundval av referentens rapport beslutade förstainstansrätten att inleda det muntliga förfarandet och att såsom en processledande åtgärd i enlighet med

artikel 64 i rättegångsreglerna ställa en rad skriftliga frågor till sökanden och till kommissionen och anmoda dem att besvara frågorna vid förhandlingen.

17 Vid förhandlingen den 28 oktober 1999 avgav parterna muntliga yttranden och besvarade förstainstansrättens skriftliga och muntliga frågor. Vid förhandlingen begärde kommissionen att, till stöd för vissa svar på förstainstansrättens frågor, få ge in vissa bilagor till det meddelande om anmärkningar som hade sänts till sökanden under det administrativa förfarandet. Eftersom sökanden inte invände mot detta och uppgav att de ifrågavarande handlingarna inte innehöll några konfidentiella upplysningar rörande sökanden, erhöll alla parter, även intervenienterna, en kopia av dessa bilagor och fick tillfälle att yttra sig över dem under förhandlingens gång.

18 Sökanden har yrkat att förstainstansrätten skall

— ogiltigförklara beslutet,

— i andra hand, upphäva de böter om 3 miljoner ecu som sökanden har ålagts,

— i tredje hand, nedsätta bötesbeloppet,

— förplikta kommissionen att ersätta rättegångskostnaderna.

19 EFPIA, intervenient till stöd för sökanden, har yrkat att förstainstansrätten skall

— ogiltigförklara beslutet,

— förplikta kommissionen att ersätta kostnaderna för EFPIA:s intervention.

20 Kommissionen har yrkat att förstainstansrätten skall

— ogilla talan,

— förplikta sökanden att ersätta rättegångskostnaderna.

21 BAI, intervenient till stöd för kommissionen, har yrkat att förstainstansrätten skall ogilla talan.

Beslutet

22 Beslutet avser Adalat, en produkt som tillhör en kategori läkemedel som kallas "kalciumantagonister" och som används för att behandla vissa hjärt- och kärlsjukdomar (koronarinsufficiens, hypertoni och angina pectoris) (övervä-

gande 8). Beslutet avser emellertid endast två produkter i Adalatserien, nämligen kapseln på 10 mg (i Förenade kungariket och Spanien saluförd under namnet Adalat, i Frankrike under namnet Adalate) och tabletten med fördröjd effekt (eller depåeffekt) på 20 mg (i Förenade kungariket och i Spanien saluförd under namnet Adalat Retard och i Frankrike under namnet Adalate 20 mg LP) (övervägande 4).

23 Vad gäller den geografiska marknaden fastställdes i beslutet att det i förevarande fall rörde sig om nationella marknader (övervägandena 150—152), detta mot bakgrund av att läkemedelsindustrin, vid den tid då de åtgärder utfördes mot vilka sanktioner har vidtagits, bedrev sin verksamhet i en huvudsakligen nationell omgivning och medlemsstaterna hade exklusiv behörighet att bevilja tillstånd till försäljning av ett läkemedel. Försäljningen av läkemedel var dessutom, särskilt vad gäller inköp, påverkad av administrativa riktlinjer som antagits i medlemsstaterna, särskilt i Frankrike och i Spanien där priserna fastställdes direkt av den behöriga nationella myndigheten. I beslutet anges slutligen att dessa skillnader i fråga om fastställande av priser och i fråga om bestämmelser om ersättning åstadkommer väsentliga skillnader i läkemedelspriser mellan medlemsstaterna.

24 Vad gäller produktmarknaden anges i beslutet (övervägande 153) att den definieras med tillämpning av kriteriet identisk terapeutisk användning av olika konkurrerande produkter.

25 Vad slutligen gäller den relevanta marknaden framgår det, vad gäller det förfarande som har undersökts i beslutet, av övervägande 154 att i första hand Förenade kungariket skall anses vara den relevanta marknaden "eftersom effekten av avtalen direkt påverkar denna marknad genom att skydda den från parallellimport" och "[i] andra hand... de marknader varifrån parallellimporten sker, Frankrike och Spanien", "eftersom dessa marknader på konstlad väg stängts genom hinder för parallellexport".

26 Vad gäller Bayers marknadsandelar för försäljningen av produkten Adalat, preciseras i beslutet (övervägande 23) att de anges i förhållande till produktens främsta terapeutiska indikationer. Kommissionen ansåg beträffande Frankrike att Adalate har en marknadsandel på 5,1 procent på marknaden för koronarinsufficiens och 4,1 procent på marknaden för hypertoni. Vad gäller Spanien har Adalat en marknadsandel på 7,4 procent på marknaden för koronarinsufficiens och 8,7 procent på marknaden för hypertoni. I Förenade kungariket uppgår marknadsandelarna till 19,6 procent på marknaden för koronarinsufficiens och 16,6 procent på marknaden för hypertoni. Adalat har slutligen inom Europeiska gemenskapen (tolv medlemsstater) en marknadsandel på 7,6 procent på marknaden för koronarinsufficiens och 5,8 procent på marknaden för hypertoni (övervägandena 24—27).

27 I beslutet beskrivs Bayerkoncernens agerande för att ingripa mot parallellexporten av Adalat från Spanien och Frankrike till Förenade kungariket samt de reaktioner detta föranledde hos Bayer Spaniens och Bayer Frankrikes grossister och kunder.

28 Vad gäller den juridiska bedömningen av detta agerande anges i beslutet (övervägandena 155—199) att Bayer Frankrike och Bayer Spanien har begått en överträdelse mot artikel 85.1 i fördraget genom att genomdriva ett exportförbud som införlivats i deras affärsförbindelser med deras respektive grossister. Vidare anges att de sistnämnda hade kännedom om Bayer Frankrikes och Bayer Spaniens verkliga skäl och att de anpassade sitt agerande till Bayer Frankrikes och Bayer Spaniens krav. I beslutet anges att detta utgör ett avtal som i väsentlig omfattning begränsar konkurrensen och märkbart påverkar handeln mellan medlemsstaterna.

Prövning i sak

29 Sökanden har i första hand åberopat att artikel 85.1 i fördraget har överträtts, eftersom dess agerande, såsom det har beskrivits i beslutet, ensidigt planerades

och genomfördes av sökanden och inte omfattas av tillämpningsområdet för denna bestämmelse då det inte fanns något avtal mellan sökanden och dess grossister beträffande export av levererade produkter till Förenade kungariket. I andra hand har sökanden gjort gällande att kommissionen har gjort en uppenbart oriktig bedömning då den har tillämpat denna bestämmelse på ett agerande som är tillåtet enligt artikel 47, om skydd för patenträttigheter, i akten om Spaniens anslutning till Europeiska gemenskaperna. I tredje hand har sökanden åberopat att principen om rättssäkerhet och proportionalitetsprincipen har åsidosatts genom att böter har ålagts till följd av att artikel 85 i fördraget har tillämpats på ett nyskapande sätt samt att artikel 15.2 i rådets förordning nr 17 av den 6 februari 1962, första förordningen om tillämpning av fördragets artiklar 85 och 86 (EGT 13, 1962, s. 204; svensk specialutgåva, område 8, volym 1, s. 8), har överträtts.

Förstahandsgrunden: Kommissionen har överträtt artikel 85.1 i fördraget genom att anse att den är tillämplig på omständigheterna i förevarande fall

I — *Parternas argument*

30 Enligt sökanden kan de relevanta faktiska omständigheterna i målet sammanfattas enligt följande: en tillverkare som inte dominerar marknaden godtog, i en medlemsstat där priserna hade fastställts av nationella hälsovårdsmyndigheter till belopp som kraftigt understeg de priser som tillämpades i de andra medlemsstaterna, endast beställningar från grossister upp till en volym som motsvarade de kvantiteter som det normalt fanns avsättning för inom de traditionella leveransområdena. Skälet till att beställningar av produkter delvis nekades var att grossisterna på ett oproportionerligt sätt ökade de kvantiteter som normalt beställdes i syfte att exportera överskottet och utnyttja prisskillnaderna. Sökanden ansåg att en sådan praxis var olämplig eftersom den medförde väsentliga förluster i omsättning för sökandens egna dotterbolag i andra medlemsstater och därmed hotade deras existens. För att inte begå en överträdelse mot artikel 85 i fördraget gav sökanden sin försäljningspersonal noggranna instruktioner om att lösa problemet genom en ensidig kvotering av

beställda kvantiteter och genom att gentemot grossisterna endast åberopa "lagerbrist". Med tiden upptäckte grossisterna trots allt tillverkarens verkliga skäl. Med anledning av att tillverkaren endast accepterade beställningar om de motsvarade samma kvantiteter som tidigare hade beställts, anpassade grossisterna skenbart sina beställningar till detta samtidigt som de försåg sig med större leveranser avsedda för export genom att ge andra grossister i uppdrag att köpa produkterna för deras räkning. Parallellexporten fortsatte således och tilltog till och med i omfattning.

31 Sökanden har anmärkt att priset för Adalat i flertalet medlemsstater fastställs direkt eller indirekt av de statliga hälsovårdsmyndigheterna, vilket på grund av att det används mycket skilda kriterier leder till stora skillnader i pris från en medlemsstat till en annan. De statliga hälsovårdsmyndigheterna i Spanien och Frankrike fastställde under den omtvistade perioden från år 1989 till år 1993 priserna till en nivå som i genomsnitt låg 40 procent under prisnivån i Förenade kungariket, där priserna på läkemedelsprodukter är föremål för en annan typ av statlig kontroll som grundar sig på läkemedelsföretagens vinster.

32 Enligt sökanden var det på grund av sådana prisskillnader som spanska grossister, vilka traditionellt levererade till apotek inom deras spanska försäljningsområde och köpte Adalat från sökandens spanska dotterbolag, år 1989 började exportera stora kvantiteter av denna produkt till Förenade kungariket och därmed erhöll betydligt större vinster än när de levererade till sina traditionella kunder i Spanien (till exempel beställde en enda grossist plötsligt en kvantitet som motsvarade nästan hälften av den totala konsumtionen i Spanien, se övervägande 114 i beslutet). Sökanden har tillagt att en del av de spanska grossisterna, på grund av de oerhörda vinster som uppnåddes vid export, till och med helt avstod från att leverera till de spanska apotek de vanligen levererade till för att i stället sälja nästan all sin Adalat till Förenade kungariket. Denna situation ledde i vissa regioner i Spanien till stor brist på leveranser till apoteken och Bayer tvingades, för att skydda patienterna, att leverera direkt till de apotek som försummades av de spanska grossisterna.

33 Liknande händelser inträffade, enligt sökanden, i Frankrike från och med september/oktober år 1991, när de franska grossisterna i sin tur började exportera stora kvantiteter Adalat till Förenade kungariket.

34 Sökanden har påpekat att det är på grund av denna situation, och mot bakgrund av de problem som skulle uppkomma på lång sikt för Bayer UK, som sökanden beslutade att vidta åtgärder mot denna parallellimport. Beslutet fattades på högsta besluts- och ansvarsnivå. Efter fördjupade diskussioner och en noggrann juridisk granskning av olika möjliga åtgärder, där kommissionens beslutspraxis och gemenskapsrättlig praxis på området beaktades, beslutades det att det var lämpligt att, i stället för att helt upphöra med att leverera till grossisterna och att själv ta hand om distributionen, välja en "mildare" metod och nöja sig med att minska de levererade kvantiteterna. Sökanden beslutade således att endast godta beställningar från grossister på grundval av deras beställningar från föregående år, men godtog emellertid en ökning på omkring 10 procent per år, vilket motsvarade ökningen av konsumtionen.

35 Sökanden har medgett att den har ett internt informationssystem för att försöka upptäcka parallellimport, men har bestritt såväl att detta har en sådan omfattning som anges i beslutet som att det faktiskt skulle ha tillämpats gentemot franska och spanska grossister, omständigheter som kommissionen felaktigt har ansett utvisa att det finns ett "exportförbud". Sökanden har klargjort att systemet endast bestod i att det gjordes anteckningar om de kvantiteter som levererats till varje grossist under de föregående åren och att det på grundval av dessa "referenskvantiteter", vilka skäligen ökades med omkring 10 procent per år och där hänsyn även togs till inflationen och ökningen av de allmänna prisindexen, på förhand fastställdes vilka kvantiteter som skulle levereras per år och per månad.

36 Sökanden har dessutom bestritt att den, vilket kommissionen har anfört, har tillämpat en leveranspolicy enligt vilken en förutsättning för leverans var att ett påstått exportförbud följdes, och sökanden har preciserat att det system som tillämpades inte omfattade en kontroll i efterhand av huruvida de levererade kvantiteterna hade exporterats.

37 Sökanden har slutligen framhävt att grossisterna var fria att exportera de levererade produkterna. Detta följer av att grossisterna, eftersom de hade kännedom om att sökanden inte kontrollerade de levererade produkternas slutliga destination, inte behövde frukta "sanktioner" för det fall att de levererade dessa produkter till Förenade kungariket. Grossisterna utnyttjade *de facto* denna frihet genom att i stor utsträckning exportera de produkter som levererats till dem liksom de som levererats till andra grossister eller lokala ombud.

38 Sökanden har anfört att kommissionen inte har styrkt att det finns ett avtal mellan Bayer och dess grossister och gjort gällande att det inte har funnits någon vilja att ingå ett avtal vare sig från dess sida, eftersom det enligt Bayers mening är tillåtet att tillämpa en ensidigt begränsande leveranspolicy i syfte att försvåra parallellexport, eller från grossisternas sida, vilka genom sitt agerande har visat att de helt motsätter sig tillämpningen av en sådan policy. Sökanden anser att kommissionens påstående är detsamma som att säga att villkoret att det skall föreligga ett avtal mellan företag i den mening som avses i artikel 85 i fördraget är uppfyllt även om beställaren endast skenbart förändrar sitt beteende och även om dennes faktiska beteende helt klart bevisar just att denne inte vill ingå det påstådda avtalet. Ett sådant synsätt strider mot ordalydelsen i och ändamålet med artikel 85, eftersom den gemensamma viljan, det vill säga kärnan i avtalsbegreppet, inte längre skulle utgöra en nödvändig förutsättning i ett sådant avtalsbegrepp.

39 Sökanden har dessutom åberopat att kommissionen, mot bakgrund av de skillnader som finns mellan de faktiska omständigheterna i förevarande mål och omständigheterna i tidigare beslut angående hinder för parallellexport, inte med framgång kan åberopa tidigare beslut eller prejudikat för att rättfärdiga detta nya synsätt.

40 Sökanden har gjort gällande att det fram till i dag har varit ostridigt att en delvis eller fullständig vägran att leverera utgör en ensidig handling som inte kan omfattas av artikel 85 i fördraget. När det inte finns ett avtal i den mening som avses i artikel 85.1 i fördraget kan denna bestämmelse inte tillämpas i förevarande fall. Enligt sökanden innebär kommissionens påstående att tillämpningsområdet för artikel 85 i fördraget utsträcks till att gälla en ensidig

leveransvägran som endast kan omfattas av artikel 86 i fördraget, vilket medför att den systematiska avgränsningen som finns mellan tillämpningsområdena för artikel 85 och artikel 86 suddas ut.

41 Enligt sökanden använde sig kommissionen, när den antog beslutet, av ett nytt tillvägagångssätt för att pröva huruvida det var möjligt att genomföra en policy baserad på en särskild rättslig ordning som inte tidigare tillämpats med avseende på parallellimport och den konkurrensrättsliga problematik som är förenad med sådan import. Denna policy går utöver vad som föreskrivs i det nuvarande fördraget, vilket, även om det har som mål att upprätta en inre marknad, inte sträcker sig till att genom bestämmelser avseende konkurrens förbjuda ett ensidigt agerande, när det inte är fråga om en dominerande ställning, endast på grund av att ändamålet med detta agerande är att förhindra parallellexport.

42 Det principbeslut som beslutet innehåller har dessutom en räckvidd som går långt utöver förevarande mål och medför, för de företag som inte dominerar marknaden, en mycket vidsträckt skyldighet att ingå avtal, eftersom en tillverkare, av ovanstående skäl, inte kan vägra att utföra beställningar utan att bryta mot artikel 85 i fördraget. Detta resultat står i diametral motsättning till ordalydelsen och systematiken i artiklarna 85 och 86 i fördraget.

43 Sökanden har därefter framfört kritik mot att kommissionen avsiktligt har förbisett att konkurrensen i fråga om läkemedelsprodukter är kraftigt förvanskad genom medlemsstaternas olika prislagstiftningar. Sökanden anser att det är svårt att förena dessa lagstiftningar med artikel 30 i EG-fördraget (nu artikel 28 EG). Sökanden har vidare gjort gällande att de mycket skilda nationella systemen för att direkt eller indirekt fastställa priser för läkemedelsprodukter i stor utsträckning snedvrider konkurrensen och därmed strider mot artikel 3 g i EG-fördraget (nu artikel 3 g EG i ändrad lydelse).

44 Sökanden har därutöver konstaterat att kommissionen ännu har långt kvar innan den har genomfört en inre marknad inom läkemedelsområdet och framfört kritik

mot att företagen behandlas som om denna redan har genomförts trots att gemenskapen inte har vidtagit någon effektiv åtgärd för att harmonisera de nationella systemen avseende prisfastställelse för att konkurrensvillkoren inte skall snedvridas.

45 Sökanden har även bestritt kommissionens påstående att en gemenskapsrättslig lagstiftning inte är nödvändig, eftersom parallellimport på lång sikt medför en harmonisering av läkemedelspriserna.

46 Sökanden har åberopat vittnesförhör med vissa personer som skall höras för att bevisa, i första hand, att vissa spanska grossister, vilka exporterade alla sina förpackningar med Adalat, genom sitt agerande äventyrade leveranserna därav till ett stort antal spanska apotek och, i andra hand, att beslutet att inte längre tillgodose alla beställningar hade föregåtts av en noggrann rättslig granskning avseende detta besluts förenlighet med gemenskapsrätten samt, i tredje hand, att kommissionen hade avstått från att fullfölja en undersökning som hade påbörjats före den som ligger till grund för denna talan, i vilken Bayers agerande i förhållande till parallellimportörerna redan hade undersökts.

47 EFPIA, intervenient till stöd för sökanden, har anslutit sig till sökandens argument.

48 Kommissionen anser att överträdelsen utgörs av avtalet mellan sökanden och de spanska och franska grossisterna angående förbudet att exportera produkten Adalate till andra medlemsstater.

49 Kommissionen har gjort gällande att Bayer Frankrike och Bayer Spanien har föreskrivit ett exportförbud och att Bayerkoncernen för att genomföra förbudet har infört ett system för kontroll av parallellimport, som består i att identifiera de grossister som exporterar, att drastiskt minska deras leveranser, att kontrollera

den slutliga destinationen för de levererade kvantiteterna och att, genom en efterföljande leveransminskning, bestraffa de grossister som har exporterat erhållna förpackningar. Kommissionen anser att det är styrkt att Bayer har genomfört detta system, att grossisterna hade kännedom om sökandens skäl och att de böjde sig för exportförbudet, eftersom de visste att de i annat fall kunde räkna med att deras beställningar endast skulle tillgodoses till den del de motsvarade behovet på den nationella marknaden, eller till och med i lägre grad enligt vad sökanden hade fastställt.

50 Enligt kommissionen är det felaktigt att säga att Bayer beslutade att generellt leverera kvantiteter som minst motsvarade referenskvantiteten, nämligen föregående års kvantitet ökad med 10 procent, till alla grossister. Minskningarna av leveranser i förhållande till beställningar tillämpades inte för alla grossister enligt den påstådda enhetliga referensnivån (se övervägande 96 i beslutet). För vissa grossister minskades leveranserna till föregående års omfattning utan tillämpning av ökningen om 10 procent (detta var fallet för CERP Lorraine, som behandlats i övervägandena 87 och 165 i beslutet, och för Hefame, som behandlats i övervägandena 122—124 och 168 i beslutet), medan minskningens omfattning i andra fall till och med kunde äventyra de berörda grossisternas möjlighet att leverera i tillräcklig kvantitet till deras traditionella marknad (detta var fallet för Hufasa, som behandlats i övervägandena 114, 127 och 166 i beslutet, samt för Cofares, som behandlats i övervägandena 121 och 169 i beslutet).

51 Härav följer, enligt kommissionen, att grossisterna ansåg att de föreskrivna begränsningarna hade samband med exporterna och att de, med tanke på möjliga motåtgärder, gjorde klokt i att formellt följa exportförbudet, vilket de också gjorde. Grossisterna gjorde en överenskommelse med sökanden om att inte exportera Adalat för att i gengäld erhålla tillräckliga leveranser.

52 Kommissionen har gjort gällande att sökanden, för att genomföra detta exportförbud, räknade med grossisternas samtycke och har åberopat att deras gemensamma vilja inte motsägs av att de två parterna inte hade samma intresse av att ingå avtalet. Ett avtal i den mening som avses i artikel 85.1 i fördraget förutsätter endast att de två parterna har ett intresse av att ingå det, utan att det är nödvändigt att detta intresse är identiskt. Då grossisterna hade intresse av att undvika leveransbegränsningar och sökanden hade intresse av att förhindra eller

åtminstone begränsa parallellexport fanns det en gemensam vilja att förhindra eller åtminstone minska parallellexporten.

53 Kommissionen anser att man inte med anledning av att grossisterna inte helt avstod från att exportera kan betvivla att det i förevarande fall fanns ett avtal eller ett samtycke av grossisterna avseende exportförbudet. Kommissionen har visserligen medgett att de spanska och franska grossisterna skulle ha föredragit att fortsätta med sin export till Förenade kungariket, men har gjort gällande att dessa minskade de beställda kvantiteterna till en sådan nivå att Bayer fick intryck av att de besvarade Bayers uttryckta vilja att de på detta sätt skulle begränsa sig till deras traditionella marknaders behov.

54 Kommissionen har gjort gällande att beslutet helt och hållet överensstämmer med dess beslutspraxis och med domstolens rättspraxis, eftersom begreppet avtal har varit föremål för en liknande tolkning, särskilt i domstolens domar av den 11 januari 1990 i mål C-277/87, Sandoz prodotti farmaceutici mot kommissionen (REG 1990, s. I-45, publicerat i sammandrag, nedan kallad domen i målet Sandoz) och den 8 februari 1990 i mål C-279/87, Tipp-Ex mot kommissionen (REG 1990, s. I-261, publicerat i sammandrag).

55 Kommissionen har bestritt att den har ändrat gränserna mellan tillämpningsområdena för artiklarna 85 och 86 i EG-fördraget och har framhållit att omständigheterna i förevarande fall omfattas av artikel 85, som gäller avtal, eftersom grossisterna själva beslutade att foga sig efter sökandens vilja och försäkra sig om tillräckliga leveranser genom att samtycka till att begränsa exporterna. De rättspolitiska synpunkter som har framförts av sökanden är följaktligen, enligt kommissionen, grundade på premisser som är felaktiga i sig. Av detta skäl är det inte nödvändigt att undersöka dem ytterligare.

56 Kommissionen delar inte sökandens uppfattning att läkemedelssektorn utgör en särskild marknad på vilken konkurrensreglerna är tillämpliga endast i begränsad

omfattning. Den har medgett att flera medlemsstater fortsätter att ingripa på marknaden för läkemedelsprodukter och att medelpriserna och konsumtionsvanorna, mot bakgrund av de olika förekommande förhållningssätten, är olika i medlemsstaterna. Kommissionen har emellertid erinrat om att det i dom har fastställts att den inte med hjälp av bestämmelserna om fri rörlighet för varor kan invända mot system för priskontroll som sådana, utan endast ingripa mot eventuella diskriminerande följdverkningar enligt artikel 30 i fördraget. Det är av denna anledning som kommissionen därefter endast har väckt talan mot statliga åtgärder som klart gynnade den nationella läkemedelsindustrin eller forskningen.

57 Kommissionen har åberopat att det förhållandet att medlemsstaterna har olika system för prisreglering inte innebär att ändamålet att upprätta en inre marknad inte omfattar läkemedelssektorn. Den har gjort gällande att eftersom prisregleringssystemen ger företagen ett tillräckligt handlingsutrymme bör inte parallellimport förhindras, vare sig genom statliga åtgärder eller genom företagens konkurrensbegränsande agerande. Om statliga åtgärder som hindrar parallellexport är förbjudna borde åtgärder som vidtas av företag i samma syfte, såsom är fallet här, också vara förbjudna. Själva förhållandet att parallellimport av läkemedel förhindras strider följaktligen, enligt kommissionen, mot artikel 85 i fördraget, vilket särskilt framgår av domen i målet Sandoz.

58 Kommissionen har tillagt att domstolen i dom av den 31 oktober 1974 i mål 15/74, Centrafarm och de Peijper (REG 1974, s. 1147; svensk specialutgåva, volym 2, s. 367) och av den 20 januari 1981 i de förenade målen 55/80 och 57/80, Musik-Vertrieb membran och K-tel International (REG 1981, s. 147; svensk specialutgåva, volym 6, s. 1) redan har klargjort att bestämmelserna om genomförande av fri rörlighet för varor är tillämpliga på en sektor oberoende av om berörda nationella bestämmelser har varit föremål för en harmonisering eller ej. Kommissionen har därför funnit att exportförbud kan bekämpas även inom läkemedelssektorn, vilket också tydligt framgår av domstolens rättspraxis. Kommissionen har, särskilt vad gäller artikel 30 i fördraget, hänvisat till domstolens dom av den 20 maj 1976 i mål 104/75, de Peijper (REG 1976, s. 613; svensk specialutgåva, volym 3, s. 103), av den 23 maj 1978 i mål 102/77, Hoffman-La Roche (REG 1978, s. 1139; svensk specialutgåva, volym 4, s. 107), av den 14 juli 1981 i mål 187/80, Merck (REG 1981, s. 2063; svensk

specialutgåva, volym 6, s. 187) och, vad gäller artikel 85.1 i fördraget, till domen i målet Sandoz.

59 Kommissionen har därefter anmärkt att den har utgått från principen att parallellimport på lång sikt medför en harmonisering av läkemedelspriserna och att den inte anser det godtagbart att parallellimport förhindras för att läkemedelsföretag skall kunna ta ut orimligt höga priser i länder där det inte tillämpas någon priskontroll för att kompensera de lägre vinsterna i de medlemsstater som i högre grad påverkar prisnivån.

60 BAI har för det första påpekat att det, på läkemedelsmarknaden, varken är ekonomiskt eller organisationsmässigt möjligt för apoteken att lagerhålla ett helt sortiment av de vanligaste läkemedlen i tillräckliga kvantiteter, och för det andra att grossisterna på grund av sin ställning och funktion på denna marknad är tvungna att ha ett sådant sortiment i lager, så att de snabbt kan leverera alla läkemedel som ett apotek har beställt, annars vänder sig detta apotek till en grossist som förfogar över nödvändiga lager. Under dessa förhållanden och med hänsyn till läkemedelsmarknadens struktur och det system för distributionskontroll som Bayer har infört, är BAI av den uppfattningen att grossisterna inte hade något annat val än att anpassa sig till denna kontroll genom att avsevärt minska beställningarna och därmed exporten, utan att tillverkaren uttryckligen behövde hota dem.

61 Vad gäller beviset för att det förelåg ett exportförbud kan förekomsten av sanktioner mot exporterande grossister enligt BAI inte bestridas, eftersom Bayer fortlöpande kontrollerade distributionen av sina produkter och alltid anpassade sig till utvecklingen på marknaden. Till stöd för detta påstående har BAI anfört att tabellen över beställningar av Adalat 20 mg LP, som återges i övervägande 87 i beslutet, på ett uppenbart sätt bevisar att en grossist som exporterade kunde räkna med en efterföljande minskning av levererade volymer och att Bayer alltid reagerade på grossisternas beställningsvolymer och sanktionerade de exporterande grossisterna genom att i stor omfattning minska leveranserna.

II — Förstainstansrättens bedömning

A — *Inledande anmärkningar*

62 Enligt fast rättspraxis skall förstainstansrätten, när en talan om ogiltigförklaring av ett beslut som fattats med stöd av artikel 85.1 i fördraget väckts inför rätten, generellt göra en fullständig prövning av huruvida förutsättningarna för tillämpning av artikel 85.1 är uppfyllda (se i detta avseende domstolens dom av den 11 juli 1985 i mål 42/84, Remia m.fl. mot kommissionen, REG 1985, s. 2545, punkt 34, svensk specialutgåva, volym 8, s. 277, och av den 17 november 1987 i de förenade målen 142/84 och 156/84, BAT och Reynolds mot kommissionen, REG 1987, s. 4487, punkt 62, svensk specialutgåva, volym 9, s. 247).

63 Artikel 85.1 första stycket i fördraget har följande lydelse: "Följande är oförenligt med den gemensamma marknaden och förbjudet: alla avtal mellan företag, beslut av företagssammanslutningar och samordnade förfaranden som kan påverka handeln mellan medlemsstater och som har till syfte eller resultat att hindra, begränsa eller snedvrida konkurrensen inom den gemensamma marknaden..."

64 Det framgår av denna artikels ordalydelse att förbudet uteslutande avser samordnade uppträdanden mellan två eller flera företag i form av avtal mellan företag, beslut av företagssammanslutningar eller samordnade förfaranden.

65 I förevarande fall har det i beslutet fastställts att det föreligger ett "avtal mellan företag" i den mening som avses i denna artikel. Sökanden har emellertid

åberopat att det som har beivrats genom beslutet är ett ensidigt agerande av sökanden som inte omfattas av denna artikels tillämpningsområde. Sökanden har anfört att kommissionen har givit begreppet avtal i den mening som avses i artikel 85.1 i fördraget en tolkning som går längre än tidigare rättspraxis och att dess tillämpning i förevarande fall strider mot nämnda bestämmelse i fördraget. Kommissionen anser att den fullt ut har följt rättspraxis vid bedömningen av detta begrepp och anser att detta begrepp har tillämpats på ett fullt adekvat sätt med hänsyn till omständigheterna i målet. Det bör därför avgöras om kommissionen, med hänsyn till detta begrepps definition enligt rättspraxis, med avseende på de beteenden som anges i dess beslut rätteligen kunde finna att rekvisiten för ett avtal mellan företag i den mening som avses i artikel 85.1 i fördraget var uppfyllda.

B — *Begreppet avtal i den mening som avses i artikel 85.1 i fördraget*

66 Det framgår av rättspraxis att när en tillverkares beslut utgör ett ensidigt agerande från företagets sida omfattas detta beslut inte av förbudet i artikel 85.1 i fördraget (se i detta avseende domstolens dom av den 25 oktober 1983 i mål 107/82, AEG mot kommissionen, REG 1983, s. 3151, punkt 38, svensk specialutgåva, volym 7, s. 287, och av den 17 september 1985 i de förenade målen 25/84 och 26/84, Ford och Ford Europe mot kommissionen, REG 1985, s. 2725, punkt 21, och förstainstansrättens dom av den 7 juli 1994 i mål T-43/92, Dunlop Slazenger mot kommissionen, REG 1994, s. II-441, punkt 56).

67 Det framgår även av fast rättspraxis att det är fråga om avtal i den mening som avses i artikel 85.1 i fördraget så snart de aktuella företagen har gett uttryck för sin gemensamma vilja att agera på marknaden på ett bestämt sätt (se domstolens dom av den 15 juli 1970 i mål 41/69, ACF Chemiefarma mot kommissionen, REG 1970, s. 661, punkt 112, svensk specialutgåva, volym 1, s. 457, och av den 29 oktober 1980 i de förenade målen 209/78—215/78 och 218/78, Van Landewyck m.fl mot kommissionen, REG 1980, s. 3125, punkt 86, svensk specialutgåva, volym 5, s. 345, och förstainstansrättens dom av den 17 december 1991 i mål T-7/89, Hercules Chemicals mot kommissionen, REG 1991, s. II-1711, punkt 256, svensk specialutgåva, volym 11-II, s. 83).

68 Vad gäller formen för att uttrycka denna gemensamma vilja räcker det att en bestämmelse ger uttryck för parternas vilja att agera på marknaden i enlighet med dess ordalydelse (se bland annat domarna i de ovannämnda målen ACF Chemiefarma mot kommissionen, punkt 112, och Van Landewyck mot kommissionen, punkt 86) utan att det för den skull är nödvändigt att den utgör ett tvingande och giltigt avtal enligt nationell rätt (domen i målet Sandoz, punkt 13).

69 Härav följer att begreppet avtal, i den mening som avses i artikel 85.1 i fördraget, sådant det tolkats i rättspraxis, bygger på att det föreligger en gemensam vilja mellan minst två parter, där uttrycksformen inte har någon betydelse så länge den utgör ett troget uttryck för parternas vilja.

70 Under vissa förhållanden har åtgärder som vidtagits eller föreskrivits på ett av allt att döma ensidigt sätt från tillverkarens sida inom ramen för de pågående relationer som denna upprätthåller med sina distributörer ansetts utgöra ett avtal i den mening som avses i artikel 85.1 i fördraget (domstolens dom av den 12 juli 1979 i de förenade målen 32/78 och 36/78—82/78, BMW Belgium m.fl. mot kommissionen, REG 1979, s. 2435, punkterna 28—30, i de ovannämnda målen AEG mot kommissionen, punkt 38, Ford och Ford Europe mot kommissionen, punkt 21, dom av den 22 oktober 1986 i mål 75/84, Metro mot kommissionen, kallad Metro II, REG 1986, s. 3021, punkterna 72 och 73, i det ovannämnda målet Sandoz, punkterna 7—12, och av den 24 oktober 1995 i mål C-70/93, Bayerische Motorenwerke, REG 1995, s. I-3439, punkterna 16 och 17).

71 Av denna rättspraxis framgår att man bör skilja mellan de fall där ett företag har vidtagit en verkligt ensidig åtgärd, således utan att det föreligger något uttryckligt eller underförstått deltagande av ett annat företag, och de fall där åtgärden endast är skenbart ensidig. Även om de förstnämnda inte omfattas av artikel 85.1 i fördraget skall de sistnämnda anses utgöra ett avtal mellan företag och kan därmed omfattas av tillämpningsområdet för denna artikel. Detta är särskilt fallet när det till förfaranden och åtgärder som begränsar konkurrensen, vilka skenbart vidtagits på ett ensidigt sätt av tillverkaren inom ramen för dennes kontraktsförhållanden med sina återförsäljare, föreligger samtycke från dessa återförsäljare, åtminstone underförstått.

72 Det framgår emellertid även av denna rättspraxis att kommissionen inte rätteligen kan konstatera att ett agerande från en tillverkares sida som är skenbart ensidigt och som vidtagits inom ramen för tillverkarens kontraktsförhållanden med sina återförsäljare, i själva verket utgör grunden för ett avtal mellan företag i den mening som avses i artikel 85.1 i fördraget, om den inte styrker att det finns ett uttryckligt eller underförstått samtycke från övriga parter till tillverkarens förhållningssätt (se i detta avseende domarna i de ovannämnda målen BMW Belgium m.fl. mot kommissionen, punkterna 28—30, AEG mot kommissionen, punkt 38, Ford och Ford Europe mot kommissionen, punkt 21, Metro II, punkterna 72 och 73, Sandoz, punkterna 7—12 och Bayerische Motorenwerke, punkterna 16 och 17).

C — *Tillämpning av begreppet avtal i förevarande fall*

73 I förevarande fall har kommissionen i avsaknad av ett klart dokumenterat bevis på att det har ingåtts ett avtal mellan parterna om begränsning eller minskning av exporten ansett att den gemensamma vilja som utgör grund för avtalet framgår av sökandens respektive de i beslutet angivna grossisternas agerande.

74 Kommissionen angav således i beslutet (övervägande 155) att "Bayer Frankrike och Bayer Spanien har begått en överträdelse mot artikel 85.1" i fördraget och att förutsättningarna för att tillämpa denna artikel var uppfyllda eftersom dessa dotterbolag hade föreskrivit "ett exportförbud... som införlivats i deras fortlöpande affärsförbindelser med kunderna". Kommissionen angav därefter (övervägande 156) att "[e]n analys av Bayer Frankrikes och Bayer Spaniens agerande mot sina respektive grossister [gjorde] det möjligt att karakterisera fallet som ett exportförbud som genomförts av Bayer Frankrike och Bayer Spanien inom ramen för de fortlöpande affärsförbindelserna med deras grossister" och fastställde (övervägande 176) att grossisterna hade intagit "ett förhållningssätt som [kunde] betecknas som ett konkludent samtycke till exportförbudet".

75 När kommissionen i beslutet hänvisade till "exportförbudet" såg den det följaktligen som ett ensidigt krav som hade blivit föremål för ett avtal mellan sökanden och grossisterna. Kommissionen konstaterade att det förelåg ett avtal i strid mot artikel 85.1 i fördraget, eftersom den ansåg att det var styrkt att sökanden hade försökt få till stånd och även utverkat ett avtal med sina grossister i Spanien och Frankrike, vars föremål var att förhindra eller begränsa parallellimporten.

76 Sökanden har medgett att den har infört en ensidig policy avsedd att minska parallellimporten. Sökanden har emellertid bestritt att den föreskrivit ett exportförbud. Sökanden har i detta hänseende påstått att den aldrig har diskuterat, och än mindre ingått ett avtal, med grossisterna för att förhindra dem att exportera eller begränsa deras export av levererade kvantiteter. Sökanden har dessutom hävdat att grossisterna inte på något sätt har anslutit sig till dess ensidiga policy och inte har haft någon vilja att göra det.

77 Under dessa förhållanden måste det, för att avgöra om kommissionen i tillräcklig grad har styrkt att parterna hade en gemensam vilja vad gäller begränsningen av parallellexporten, undersökas huruvida kommissionen, såsom sökanden har gjort gällande, har gjort en felaktig bedömning av Bayers respektive grossisternas vilja.

1. Sökandens påstådda vilja att ålägga ett exportförbud

a) Inledande anmärkningar

78 I beslutet framställs det som styrkt att sökandens franska och spanska dotterbolag har ålagt de franska respektive de spanska grossisterna ett

exportförbud, vilket genomfördes på så sätt att de exporterande grossisterna identifierades och deras levererade volymer successivt minskades om det visade sig att de exporterade samtliga eller en del av dessa produkter. Enligt övervägande 156 andra stycket i beslutet framgår nämligen exportförbudet "av följande varandra kompletterande fakta: ett system för att upptäcka vilka grossister som exporterar (a), en successiv minskning av de kvantiteter som Bayer Frankrike och Bayer Spanien levererar till grossister som exporterar samtliga eller en del av produkterna (b)."

79 I beslutet redogjorde kommissionen (övervägandena 160—170) för varför den ansåg det styrkt att sökanden företog "en successiv minskning av de kvantiteter som Bayer Frankrike och Bayer Spanien [levererade] till grossister som [exporterade] samtliga eller en del av produkterna" och att "[leveranserna omfattades] av ett exportförbud". Kommissionen gjorde särskilt gällande (övervägande 160 första stycket) följande: "Om grossisterna exporterar en del av de levererade produkterna utsätter de sig från Bayer Frankrikes och Bayer Spaniens sida för en minskning av leveranserna vid efterföljande beställningar." Kommissionen tillade (övervägande 163) följande: "Av de fakta som kommissionen förfogar över framgår att de kvantiteter som Bayer Frankrike och Bayer Spanien levererar omfattas av ett exportförbud. Minskningen av de kvantiteter som Bayer Frankrike och Bayer Spanien levererar anpassas av dessa i förhållande till grossisternas reaktion på exportförbudet. Om grossisterna bryter mot exportförbudet medför detta en förnyad automatisk minskning av leveranserna."

80 Kommissionen drog följande slutsats (övervägande 170): "Samtliga dessa fakta i fråga om Bayer Frankrikes och Bayer Spaniens agerande visar att dessa har utsatt sina grossister för ett ständigt hot om att minska de kvantiteter som levereras, ett

hot som genomförts upprepade gånger om grossisterna inte iakttog exportförbudet."

b) Omfattningen av det system för kontroll av distributionen av Adalat som sökanden genomfört

81 Sökanden har medgett att den, för att kunna tillämpa sin policy att endast tillgodose beställningar när dessa svarar mot grossisternas traditionella behov, har infört ett generellt system för kontroll av distributionen av Adalat. Sökanden har även medgett att den haft intresse av att få kännedom om de grossister som kunde tänkas exportera för att kunna tillämpa denna policy korrekt. Sökanden har emellertid gjort gällande att detta informationssystem inte möjliggjorde några kontroller efter leverans för att få reda på huruvida de levererade produkterna faktiskt hade exporterats eller ej. Detta system bestod endast i att anteckna de kvantiteter som levererats till grossisterna under tidigare år och att, på grundval av detta, på förhand fastställa de kvantiteter sökanden skulle leverera till varje grossist. Sökanden har följaktligen anfört att kommissionens påstående, att Bayer kontrollerade leveranserna till varje grossist för att undersöka huruvida de kvantiteter som levererades enligt den nya policyn inte i slutändan exporterades till Förenade kungariket och införde ett system för att sanktionera de grossister som fortsatte att exportera efter att denna policy hade börjat tillämpas, inte stöds av några faktiska omständigheter.

82 Kommissionen har grundat sin beskrivning av sökandens system för kontroll av distributionen av Adalat på den handling från Bayer Spanien som kommissionens tjänstemän funnit i Bayer Frankrikes lokaler och som återges i övervägande 109 i beslutet. Denna handling består i ett antal overheadbilder till ett föredrag som använts av en chef från det spanska dotterbolaget för att vid ett sammanträde i Bayer Frankrikes lokaler redogöra för det system för kontroll av distribution av Adalat som genomförts i Spanien. Enligt kommissionen innehåller denna handling en fullständig beskrivning av det system sökanden har använt sig av för att bland sina kunder identifiera dem som exporterar.

83 Sökanden har vid sammanträdet inför förstainstansrätten medgett att dessa overheadbilder på ett korrekt sätt beskriver det system den tillämpade. Eftersom det rör sig om en handling som till sin natur endast var avsedd att användas inom Bayerkoncernen, bör den betraktas som ett exempel på det sätt på vilket Bayer hade beslutat att ingripa mot parallellimporten.

84 Förstainstansrätten konstaterar att dessa overheadbilder börjar med en redogörelse för problemet, varvid anges att ordervolymen för Adalat ökade med 300 procent på några veckor, att denna ökning gav upphov till tömda lager, att den äventyrade en enhetlig distribution i hela landet och att den föranledde ett generellt missnöje såväl hos grossisterna som inom den "intern[a] och extern[a] försäljningsorganisation[en]" och hos apoteken samt slutligen att den störde produktionsrytmen på grund av stor efterfrågan på Adalat.

85 Därefter visar overheadbilderna att sökanden ansåg att den lämpligaste lösningen för att ingripa mot de problem som den plötsliga och orimliga ökningen av beställningar av Adalat gav upphov till var att mot bakgrund av flera aspekter, bland annat "[identifieringen] av tänkbara exportörer", på förhand fastställa begränsningar av de kvantiteter som skulle levereras till varje grossist. Av denna handling framgår dessutom att Bayerkoncernen, för att genomföra detta kontrollsystem i Spanien, hade förberett sig på diskussioner om begränsningarna av de kvantiteter som skulle levereras till varje grossist. För detta ändamål hade koncernen planerat dels att använda ett enhetligt argument som kunde framföras på lägre nivå i distributionskedjan, nämligen "varubrist", dels att utse en person med ansvar för direktkontakt med grossister, vilka förväntades insistera på att få de fastställda maximikvantiteterna omprövade.

86 Overheadbilderna visar att det system som användes gjorde det möjligt att, i syfte att tillämpa den maximikvantitet som fastställts för varje kund, automatiskt stoppa en kunds beställning när den översteg den tilldelade kvantiteten och ge tillfälle till en "manuell" granskning av denna beställning. Det preciseras dessutom att en fördel bland andra med detta system var att det ledde till "[k]ännedom om misstänkta" exportörer. Vad gäller behandlingen av de manuellt granskade beställningarna framgår slutligen av dessa overheadbilder

att det enligt systemet ansågs "[bättre] att minska kvantiteten... än att annullera beställningen".

87 Den praktiska tillämpningen av detta kontrollsystem har illustrerats på ett överskådligt sätt genom en tabell med rubriken "Resultatet" i dessa overheadbilder, vilken återges i slutet av övervägande 109 i beslutet. Av denna tabell framgår att Bayer Spanien på förhand hade fastställt månatliga och årliga gränser för beställningar från varje grossist och att bolaget för varje leveranssedel kontrollerade om grossisten hade överskridit dessa gränser.

88 Dessa overheadbilder innehåller emellertid inget tecken på en vilja från Bayers sida att förbjuda exporter eller att kontrollera de kvantiteter som faktiskt exporterades av varje granskad grossist och att agera till följd av detta.

89 Innehållet i denna interna handling kan följaktligen, tvärtemot kommissionens tolkning, inte anses visa att sökanden hade grundat sin strategi på att kontrollera de slutliga destinationerna för de levererade produkterna och att bestraffa de exporterande grossisterna.

90 Det är härefter nödvändigt att undersöka de olika exemplen på franska och spanska grossister som kommissionen har hänvisat till för att finna stöd för sitt påstående att minskningarna av leveranserna inte på förhand hade fastställts på ett enhetligt sätt, utan utgjorde en reaktion på grossisternas agerande när de placerade sina beställningar, vilket enligt kommissionen bevisar att det förelåg en policy bestående av en systematisk kontroll av exporten och bestraffningsåtgärder mot de grossister som hade exporterat de levererade produkterna.

91 Vad gäller CERP Lorraine har kommissionen hänvisat till tabellen över beställningar som placerats av denna franska grossist, en tabell som återges i

övervägande 87 i beslutet. Denna tabell visar enligt kommissionen att denna grossist, trots att den mellan juni 1991 och februari 1992 hade placerat månatliga beställningar om i medeltal 50 000—70 000 förpackningar Adalat och trots att den från Bayer Frankrike hade erhållit 69 000 förpackningar i juli 1991, inte hade erhållit mer än 35 000 i september 1991 och därefter 15 000 per månad under de följande tre månaderna och endast 7 500 i februari 1992. Kommissionen har gjort gällande att dessa minskningar av leveranserna bevisar att Bayer inte alltid tillämpade samma kriterium, nämligen de referenskvantiteter som fastställts med hänsyn till föregående års beställningar.

92 Det framgår av ordalydelsen i övervägande 87 i beslutet att Bayer från och med september 1991 drastiskt minskade sina leveranser till denna grossist i förhållande till tidigare månader och att Bayer åberopade problem med varubrist på den franska marknaden. Där nämns emellertid inte något om en eventuell export av levererade kvantiteter. Kommissionen kan följaktligen inte med framgång åberopa denna beställningstabell till stöd för sitt påstående om villkorade leveranser. Tvärtom innehåller detta övervägande i beslutet även ett brev från Bayer Frankrike till CERP Lorraine i vilket Bayer Frankrike, enligt kommissionen, erinrar om att "månadsbehovet (i genomsnitt) för CERP Lorraine är 9 000 förpackningar per månad. Därför kunde Bayer Frankrike omöjligt [tillgodose] den ökade efterfrågan följande år." Detta påstående bör tolkas som en bekräftelse på att sökandens nya leveranspolicy, såsom sökanden har gjort gällande, grundade sig på varje grossists traditionella behov, vilket i CERP Lorraines fall var sju till åtta gånger lägre än de kvantiteter som beställdes månaderna innan den nya policyn infördes. Sökandens påstående bekräftas genom övervägande 165 i beslutet, där det anges att Bayer Frankrike strikt kontrollerade beställningarna från CERP Lorraine och inte gick med på att öka leveranserna jämfört med föregående år.

93 Samma bedömning kan göras vad gäller den franska grossisten OCP. I övervägande 91 i beslutet redogörs för situationen för denna grossist som hade meddelat Bayer Frankrike att den önskade en leverans på 50 000 förpackningar Adalat i mars, april och maj 1992. I övervägandet nämns ett telex från denna grossist till Bayer Frankrike vari det framställs klagomål till Bayer Frankrike med anledning av att detta bolag endast hade levererat 15 000 förpackningar i februari och 5 000 förpackningar i mars till OCP. Kommissionen kan emellertid i brist på varje omnämnande eller hänvisning till ett exportförbud inte med

framgång åberopa detta telex till stöd för sitt påstående att leveranserna var villkorade.

94 Kommissionen har gjort gällande att även den spanska grossisten Hefame har identifierats som parallellexportör. I övervägande 120 i beslutet, vari de förklaringar som Hefame lämnade till missnöjda kunder i Förenade kungariket återges, har kommissionen bland annat framhävt att särskilt påpekandet att "parallellexporten [hade blivit] för stor liksom den multinationella kontrollen" (med hänvisning till Bayer enligt kommissionen) bevisar att sökanden helt och hållet kontrollerade situationen, att sökanden med säkerhet visste vilka grossister som parallellexporterade och att sökanden vidtog åtgärder mot dessa grossister. Förstainstansrätten konstaterar att även om denna handling visserligen visar att Bayer har tillämpat leveransrestriktioner mot Hefame, som medförde problem för Hefames kunder, är den inte av sådan art att den utgör stöd för kommissionens påstående att leveranserna var villkorade av de levererade produkternas slutliga destination, eftersom inget av detta kan tolkas som bevis för ett försök från Bayers sida att förbjuda exporten av de levererade produkterna eller att beivra en sådan praxis. Att Bayer har nöjt sig med att införa en policy som går ut på att begränsa leveranserna i enlighet med nationella behov tycks tvärtom bekräftas av de följande meningarna i denna handling som återges i övervägande 120 i beslutet:

"Jag förstår att Ni inte blir glad åt dessa nyheter men på ett år har allt förändrats och parallellexporten är för stor liksom den multinationella kontrollen", "Vi har under en tid haft stora svårigheter att få tillräckliga kvantiteter [Adalat],... och... från Spanien.... Det förefaller än en gång som om Bayer och... gör sitt yttersta för att hålla tillgången till deras produkter strikt enligt deras förmodade behov för Spanien och att de därför hindrar frihandeln inom EG. Har ni någon möjlighet att vidta åtgärder mot dessa bolag?".

95 I övervägandena 122—124 i beslutet redogörs för avtal som Hefame har slutit med andra små grossister. Enligt ett av dessa avtal, som ingår i kommissionens handlingar, förband sig en liten grossist "att ge sitt stöd genom att skaffa fram de

produkter eller produktkvantiteter som [denne] [förfogade] över för att tillsammans med de produkter som [Hefame] bidragit med möjliggöra en normal och sedvanlig leverans i nödvändiga kvantiteter till [Hefames] kunder i utlandet". Kommissionen har gjort gällande att Hefame har slutit dessa avtal, eftersom Hefame visste att företaget, såsom en av sökanden identifierad parallellexportör, inte skulle erhålla nya leveranser av Adalat. Detta visade, enligt kommissionen, att leveranserna inte ägde rum enligt på förhand fastställda värden eller nivåer, eftersom vissa icke misstänkta grossister utan svårigheter hade mottagit större leveranser, och att sökanden gjorde en tydlig åtskillnad mellan de grossister som misstänktes för att parallellexportera och dem som inte var kända som parallellexportörer. I beslutet anges slutligen (övervägande 124) att sökanden snabbt förhindrade en sådan omfördelning mellan grossisterna, eftersom sökanden även identifierade de små grossisterna som parallellexportörer och till följd härav minskade även deras leveranser.

96 Förstainstansrätten påpekar att dessa utdrag faktiskt visar att denna grossist har slutit avtal med andra lokala grossister för att försöka erhålla fler förpackningar Adalat än dem som levererades direkt av sökanden. De innehåller emellertid inget bevis till stöd för påståendet att sökandens leveranspolicy gentemot varje grossist var beroende av dennes faktiska agerande vad gäller de levererade produkternas slutliga destination. I motsats till vad kommissionen har anfört framgår det inte av de handlingar som återgivits i övervägande 122 i beslutet att leveranserna enligt den nya policyn inte ägde rum enligt de förutbestämda värdena eller nivåerna på grundval av tidigare behov. Kommissionen har dessutom själv i övervägandena 124 och 168 i beslutet påpekat att när Bayer fastställde att de små grossisterna beställde leveranser i en kvantitet som var onormalt hög i förhållande till deras "normala" behov på den lokala marknaden, beslutade Bayer, i enlighet med sin nya policy att hålla sig till tidigare behov, att inte leverera större kvantiteter till dessa än vad som motsvarade deras traditionella behov.

97 Vad gäller Cofares har kommissionen i övervägande 121 i beslutet citerat en förklaring som denna grossist, enligt kommissionen, gav vid kommissionens kontroll i företagets lokaler.

98 Denna förklaring hänvisar, för det första, generellt till de hinder som flera laboratorier rest för leveranser av produkter för export och, för det andra, särskilt till diskussionerna mellan Cofares och Bayer Spanien angående omfattningen av leveransbehovet på Cofares inhemska marknad. Men även om det i förklaringen hänvisas till hinder för leveranser, nämns där ingenting om ett av Bayer föreskrivet exportförbud eller om ett försök från Bayers sida att kontrollera den faktiska destinationen för produkter som levererats till Spanien i syfte att vidta åtgärder för det fall produkterna exporterades. Kommissionen kan följaktligen inte heller med stöd av denna förklaring styrka sitt påstående om villkorade leveranser.

99 Vad gäller Hufasa återges i övervägande 127 i beslutet den rapport som denna grossist hade upprättat vid ett möte med cheferna för Bayer Spanien för att försöka öka leveranserna, en handling som kommissionen fäster särskild vikt vid (se övervägandena 166 och 167 i beslutet), när det gäller att styrka att det fanns ett exportförbud.

100 Det kan emellertid konstateras att denna handling från Hufasa inte innehåller någon hänvisning till ett av sökanden föreskrivet exportförbud och inte heller till sökandens påstådda tillämpning av en policy som innebär en systematisk kontroll i efterhand av de levererade produkternas faktiska destination. I motsats till vad kommissionen har gjort gällande innehåller denna handling ingenting som motiverar Hufasas påstådda behov av att få Bayer att förstå att Hufasa inte avsåg att exportera.

101 Det skall dessutom påpekas att det i själva beslutet anges faktiska omständigheter (övervägandena 96 och 159) som bekräftar sökandens påstående angående den införda leveranspolicyn. När det i övervägande 96 framhålls att "Bayer Frankrike [normalt sett godtar] en variation på plus minus 10 procent av efterfrågan i Frankrike" står själva beslutet i motsättning till kommissionens påstående att

Bayer inte tillämpade detta tillvägagångssätt. Samma iakttagande kan göras vad gäller övervägande 159, vari det med hänvisning till övervägandena 78 och 79 anges att "kommissionen [förfogar] över dokument i form av förteckningar som per månad anger beställda kvantiteter och ökningen av beloppen för dessa i förhållande till den statistik som sammanställts för föregående år".

102 Vad slutligen gäller sökandens påstående, att de kvantiteter som skulle levereras hade fastställts på förhand på grundval av grossisternas beställningar under föregående år ökade med 10 procent och oberoende av huruvida produkterna kunde komma att exporteras, kan kommissionen inte med framgång invända att denna policy inte alltid tillämpades till punkt och pricka eller automatiskt. I detta avseende kan det, såsom sökanden klargjorde vid det muntliga sammanträdet, påpekas att det till följd av att sökandens nya leveranspolicy infördes med några månaders försening är möjligt att de grossister som redan hade erhållit mycket stora produktkvantiteter efter det att denna policy antagits därefter fick leveranser som minskats till en nivå som motsvarade deras traditionella behov enligt den interna statistik som fastställts av Bayerkoncernen. Detta var, enligt sökanden, bland annat fallet vad gäller CERP Lorraine (övervägande 87 i beslutet), som i början av år 1991 erhöll leverans av beställningar avseende mer än 60 000 förpackningar Adalat per månad och som därefter inte erhöll mer än 9 000, en kvantitet som motsvarade dess beställningar innan parallellimport började förekomma. Den omständigheten att de grossister som sökanden inte uppfattade som exportörer lättare kunde erhålla extra kvantiteter än de grossister som identifierats som exportörer, ett antagande som sökanden inte tycks bestrida i sig, kan inte kullkasta ovanstående bedömning angående bristen på bevis för den påstådda policyn att kontrollera faktiskt genomförda exporter och att bestraffa exportörerna.

103 Vad beträffar den skriftliga bevisning som beskrivits i detalj i övervägandena 83—85 och 96—103 i beslutet vad gäller Frankrike och i övervägandena 110—131 vad gäller Spanien, till vilka det hänvisas i övervägande 160 i beslutet till stöd för kommissionens påstående, räcker det att konstatera att de, liksom de

handlingar som behandlas i de överväganden som granskats ovan, inte på något sätt bevisar att Bayer har infört en policy som innebär att leveranser utförs endast under förutsättning att ett påstått exportförbud faktiskt följs.

104 Kommissionen har vid det muntliga sammanträdet och som svar på en fråga som ställts av förstainstansrätten hänvisat till övervägandena 80, 110, 140 och 147 i beslutet till stöd för sitt påstående att det för att erhålla leveranser krävs att exportförbudet följs.

105 I dessa överväganden i beslutet återges skriftväxling mellan chefer i de brittiska och franska dotterbolagen, mellan det spanska dotterbolaget och Bayerkoncernens moderbolag, mellan det brittiska dotterbolaget och moderbolaget samt innehållet i en intern handling, upprättad av Bayer Frankrikes direktion. Alla dessa handlingar rör Bayerkoncernens genomförande av sin nya leveranspolicy och systemet för kontroll av distributionen av Adalat för att kunna ingripa mot parallellimport. Dessa handlingar bevisar att Bayerkoncernen har haft intresse av att identifiera de grossister som kunde tänkas exportera. I brist på varje hänvisning i dessa handlingar till någon som helst vilja att kontrollera varje grossists agerande och att bestraffa en grossist om det skulle visa sig att denne har exporterat produkterna, kan kommissionen emellertid inte med framgång åberopa dessa till stöd för sitt påstående.

106 De argument som har åberopats av kommissionen och som grundar sig på grossisternas subjektiva uppfattning av situationen är slutligen inte av sådan art att de kan kullkasta ovanstående slutsatser vad gäller sökandens påstådda vilja att ålägga ett exportförbud och att beivra överträdelser av detta.

107 Kommissionen har anfört att grossisterna kände till sökandens skäl och att de därför förstod att de begränsningar som Bayer införde hade samband med

exporten. Kommissionen har tillagt att det låg i grossisternas intresse att formellt följa exportförbudet och att de således fann sig i detta förbud för att tillförsäkra sig tillräckliga leveranser av Adalat. Kommissionen har slutligen gjort gällande att de grossister som inte följde exportförbudet riskerade att utsättas för hotelser och sanktioner från Bayers sida.

108 Såsom förstainstansrätten just har fastslagit har kommissionen emellertid inte styrkt att sökanden har genomfört en policy som innebär att den slutliga destinationen för produkter som har levererats enligt den nya policyn kontrolleras och att denna destination är avgörande för om leveranser skall utföras. Det argument enligt vilket det låg i grossisternas intresse att formellt följa exportförbudet för att tillförsäkra sig tillräckliga leveranser av Adalat saknar följaktligen stöd vad gäller de faktiska omständigheterna. Kommissionen har dessutom inte i tillräcklig grad kunnat styrka att det vidtagits sanktioner gentemot de grossister som beslutat att exportera Adalatförpackningar eller att Bayer hotat att göra detta. Kommissionen har inte heller företett något bevis för, eller ens ett indicium på, att Bayer har "krävt" att grossisterna inte skulle exportera de levererade produkterna eller att en grossist har lämnat "garantier" till Bayer angående exporten. I brist på varje kontroll av den slutliga destinationen för de levererade produkterna borde grossisterna tvärtom, och i enlighet med vad sökanden har gjort gällande, inte frukta sanktioner. Det förefaller inte heller, enligt vad som framgår av följande förklaring av en grossist som har citerats i övervägande 185 i beslutet, som om de fruktade dem: "Det viktiga är vad man får, inte vad man beställer." Under sådana förhållanden är grossisternas kännedom om sökandens vilja att förhindra parallellimport inte av sådan art att det påstådda sambandet mellan leveransbegränsningen och grossisternas agerande i exporthänseende därigenom kan anses styrkt.

109 Mot bakgrund av ovanstående finner förstainstansrätten att kommissionen inte i tillräcklig grad har styrkt vare sig att Bayer Frankrike och Bayer Spanien har ålagt flera av sina respektive grossister ett exportförbud, att Bayer har genomfört en systematisk kontroll av den faktiska slutliga destination för de Adalat-förpackningar som levererades efter det att dess nya leveranspolicy hade genomförts, att sökanden har tillämpat en policy bestående av hotelser och sanktioner gentemot de exporterande grossisterna eller att sökanden som förutsättning för leverans av denna produkt har uppställt ett krav på att detta påstådda exportförbud följdes.

110 Av de handlingar som återgivits i beslutet framgår slutligen inte heller att sökanden har försökt få grossisterna att godta dess policy att minska parallellimporten.

2. Grossisternas påstådda vilja att ansluta sig till sökandens policy att minska parallellimporten

a) Inledande anmärkningar

111 Sökanden har i förevarande fall medgett att den ensidigt beslutat och börjat tillämpa en ny leveranspolicy med syfte att försvåra för grossisterna att parallellexportera. Såsom har angivits ovan kan enligt rättspraxis ett agerande från en tillverkares sida som är skenbart ensidigt och som vidtagits inom ramen för tillverkarens avtalsförhållanden med sina återförsäljare, faktiskt utgöra grunden för ett avtal mellan företag i den mening som avses i artikel 85.1 i fördraget, om det styrks att det finns ett uttryckligt eller underförstått samtycke från övriga avtalsparter till tillverkarens förhållningssätt.

112 Kommissionen har gjort gällande att sökanden, när den genomförde sin policy att begränsa leveranserna, erhöll grossisternas samtycke.

113 Följaktligen måste det i förevarande fall utredas huruvida kommissionen i tillräcklig grad har styrkt att grossisterna uttryckligen eller underförstått anslutit sig till den ensidiga policy med syfte att förhindra parallellimport, som beslutats av Bayer.

b) Beviset för grossisternas "förhållningssätt som kan betecknas som ett konkludent handlande"

114 Kommissionen har i övervägande 176 i beslutet framfört påståendet att grossisterna hade intagit ett "förhållningssätt som [kunde] betecknas som ett konkludent samtycke till exportförbudet", ett förhållningssätt som har beskrivits mer i detalj i övervägandena 181—185. Kommissionen drog denna slutsats på grundval av flera faktiska omständigheter, som den ansåg styrkta.

115 Kommissionen har, i första hand, erinrat (övervägande 180) dels om att grossisterna hade kännedom om exportförbudet, en omständighet som enligt kommissionen "var avgörande i Sandozfallet" och i vilket det angavs att "[e]nbart den omständigheten att de inte reagerade på detta exportförbud ledde till slutsatsen att de godtog förbudet och att nödvändiga grundläggande delar i ett avtal var för handen", dels om att exportförbudet, såsom i nämnda fall, utgjorde en del i de fortlöpande affärsförbindelserna mellan Bayer Frankrike och Bayer Spanien och deras respektive grossister.

116 Kommissionen har, i andra hand, påpekat (övervägande 180) att "grossisternas agerande" i förevarande mål utgör ytterligare en omständighet, utöver de omständigheter som var relevanta i målet Sandoz, som visar "inte bara att de förstått att ett exportförbud [gällde] på levererade varor utan att de också [anpassade] sitt förhållningssätt till förbudet".

117 Kommissionen har ansett att denna "[anpassning av deras] förhållningssätt till kraven från Bayer Frankrike och Bayer Spanien" var styrkt genom iakttagelsen att grossisterna, när de väl förstod Bayer Frankrikes och Bayer Spaniens verkliga avsikter, visade sitt samtycke "genom att, åtminstone skenbart, visa att de [iakttog] det exportförbud som leverantören infört i deras handelsvillkor"

(övervägande 181). De anpassade sig nämligen när de placerade sina beställningar till Bayer Frankrikes och Bayer Spaniens krav, vilket framgår av att de utnyttjade olika system för att få leveranser, särskilt ett system med fördelning av beställningar avsedda för export på olika agenturer och beställningar genom mindre grossister (övervägande 182).

118 Enligt beslutet (övervägandena 183 och 184) iakttog grossisterna "de nationella 'kvoter' som deras motpart infört. Genom förhandlingar försökte de dock öka dessa 'kvoter' maximalt och fann sig därvid i de kvantiteter som tilldelades dem av Bayer Frankrike och Bayer Spanien och höll sig strikt till siffror som ansågs normala för att försörja den nationella marknaden." Denna inställning visade, enligt kommissionen, att grossisterna "kände till Bayer Frankrikes och Bayer Spaniens verkliga skäl och de mekanismer som dessa vidtog för att motverka parallellexport: De anpassade sig till det system som deras affärspartner införde för att respektera kraven från dessa."

119 Förstainstansrätten erinrar emellertid, för det första, om att den har fastslagit att kommissionen inte i tillräcklig grad har styrkt vare sig att Bayer har antagit en policy som innebär en systematisk kontroll av den slutliga destinationen för levererade Adalatförpackningar eller att en policy bestående av hotelser och sanktioner gentemot de exporterande grossisterna har tillämpats eller följaktligen att Bayer Frankrike och Bayer Spanien har ålagt flera av sina respektive grossister ett exportförbud eller slutligen att det som en förutsättning för leverans uppställdes krav på att det påstådda exportförbudet skulle följas.

120 Det framgår, för det andra, inte av någon handling i akten att Bayer Frankrike eller Bayer Spanien har krävt att grossisterna skulle agera på ett visst sätt vad gäller de levererade Adalatförpackningarnas slutliga destination eller iaktta ett visst tillvägagångssätt när de placerade beställningar, eftersom dess policy endast

gick ut på att ensidigt begränsa leveranserna genom att på förhand fastställa de kvantiteter som skulle levereras mot bakgrund av de traditionella behoven.

121 Kommissionen har slutligen inte styrkt att sökanden försökte få grossisternas tillstånd eller samtycke till att genomföra sin politik. Kommissionen har inte ens påstått att Bayer försökte få grossisterna att ändra beställningsmetod.

122 Härav följer att de påståenden som görs i övervägandena 181—185 i beslutet, på grundval av vilka kommissionen anser att grossisterna anpassade sig till det påstådda exportförbudet, är oriktiga eftersom de grundar sig på faktiska omständigheter som inte har styrkts.

123 Eftersom kommissionen i förevarande fall inte förfogar över någon handling vari uttryckligen nämns en överenskommelse mellan Bayer och dennes grossister vad gäller export, en överenskommelse som skulle kunna styrka att det fanns en gemensam vilja, har kommissionen påstått att den gjort en bedömning i enlighet med rättspraxis och därvid undersökt grossisternas faktiska agerande för att fastställa förekomsten av deras samtycke. Kommissionen har i enlighet härmed i övervägande 180 i beslutet angett följande: "I det aktuella fallet... [visar grossisternas agerande] inte bara att de förstått att ett exportförbud [gällde] på levererade varor utan att de också [anpassade] sitt förhållningssätt till förbudet." Enligt sökanden är det tvärtom just deras agerande som är det bästa beviset för att det inte fanns någon gemensam vilja.

124 Det är följaktligen nödvändigt i förevarande mål att utröna huruvida kommissionen, med tanke på grossisternas faktiska agerande efter det att sökanden antagit sin nya policy om leveransbegränsningar, rätteligen kunde dra slutsatsen att de samtyckte till denna policy.

i) De franska grossisternas agerande

125 Förstainstansrätten erinrar inledningsvis om övervägande 96 i beslutet, i vilket kommissionen ger följande allmänna beskrivning av hur de tre franska grossisterna organiserat sig för att få leveranser:

"De tre grossisterna använde samma metod. De slutade placera beställningar avsedda för export och gick internt samman om att öka beställningarna som officiellt var avsedda för den franska marknaden.

Normalt sett godtar Bayer Frankrike en variation på plus minus 10 procent av efterfrågan i Frankrike. Grossisterna är organiserade på så sätt att de har ett visst antal lokala agenturer som är fördelade över hela landet och som normalt tillgodoser den lokala efterfrågan.

Beställningarna avsedda för Frankrike från alla dessa lokalagenturer ökade och innehöll ingen som helst angivelse till Bayer Frankrike om destinationen. Det gällde att få Bayer Frankrike att tro att efterfrågan i Frankrike hade ökat genom att fördela leveranserna på olika agenturer. De kvantiteter som i själva verket var avsedda för export omfördelades internt hos grossisten i syfte att exporteras."

126 I övervägandena 97—101 i beslutet, som innehåller en redogörelse för grossisten CERP Rouens tillvägagångssätt för att kringgå Bayers leveransbegränsande policy, återges flera brev som, mellan oktober 1991 och januari 1992, utväxlats mellan CERP Rouens centrala inköpsavdelning och de lokala agenturernas chefer i syfte att erhålla de ytterligare förpackningar Adalat som agenturen i Boulogne,

vilken inom koncernen var ansvarig för export till Förenade kungariket, hade behov av. Tvärtemot vad kommissionen har påstått kan utdragen ur dessa handlingar inte utgöra bevis för att denna grossist har samtyckt till att inte längre exportera, att begränsa sina beställningar eller att begränsa sin export, och inte heller att grossisten har försökt ge Bayer intryck av att detta skulle ske. Det enda de utvisar är ett företags reaktion för att i möjligaste mån försöka fortsätta med sin export. Där anges inte direkt eller antyds något om en vilja att ansluta sig till Bayers policy att förhindra export, vilken grossisten i enlighet med vad som angetts i övervägande 94 i beslutet väl kände till.

127 En undersökning av de handlingar som avses i övervägandena 102 och 103 i beslutet vad gäller CERP Lorraine och OCP bekräftar endast denna bedömning. Det kan för övrigt observeras att övervägande 102 visar att CERP Lorraine, trots de svårigheter som uppstått till följd av Bayers förhållningssätt, lyckades erhålla inte oväsentliga kvantiteter för export. Detta övervägande innehåller ett utdrag ur en intern rapport från CERP Lorraine i vilken följande anges:

"Även om jag inte ser någon gynnsam lösning på kort sikt i fråga om leveranserna från Bayer (vi lyckades få några minimala kvantiteter av produkten genom agenturerna) tror jag att budgeten kan hållas till utgången av budgetåret."

128 De handlingar som har återgivits i övervägandena 105—107 motsäger den uppfattning som kommissionen har gjort gällande, eftersom de visar att grossisterna CERP Lorraine och CERP Rouen rent faktiskt inte anpassade sina beställningar till Bayers nya leveransbegränsande policy. I dessa överväganden framhålls nämligen att Bayer "motsätter sig leveranser av [Adalat]" som CERP Lorraine beställt (övervägande 105), att CERP Rouens efterfrågan i början av 1992 uppgick till totalt "50 000 förpackningar per månad" men att CERP Rouen

inte kunde erhålla "mer än 7 000 förpackningar" (övervägande 106) och att OCP hade skickat en preliminär beställning på 50 000 förpackningar per månad för februari och mars 1992 men att OCP inte hade fått mer än 15 000 förpackningar i februari och 5 000 förpackningar i mars (övervägandena 91 och 107).

129 Härav följer att de utdrag som har återgivits i övervägandena 96—107 inte kan åberopas till stöd för påståendet om de franska grossisternas uttryckliga eller underförstådda samtycke till Bayers policy. Dessa utdrag ger inget uttryck för någon som helst benägenhet att ansluta sig till Bayers policy att förhindra parallellexport. De vittnar tvärtom om att dessa grossister antagit ett förhållningssätt som utvisar en fast och ihållande vilja att reagera mot en policy som fullständigt strider mot deras intressen.

ii) De spanska grossisternas agerande

130 Vad gäller de spanska grossisterna, innehåller inte heller övervägandena 113—130 i beslutet någon omständighet som kan styrka kommissionens påstående om ett underförstått samtycke.

131 Däremot kan det påpekas att övervägandena 115, 118, 119 och 120 motbevisar ett sådant påstående. Det framgår nämligen av dessa överväganden dels att Bayer Spanien fortlöpande har upprätthållit sin policy att begränsa leveranserna till de traditionella behoven, dels att grossisterna var mycket missnöjda med de förluster som blev följden av att de inte kunde erhålla nödvändiga kvantiteter för att tillgodose sina brittiska kunders efterfrågan. Särskilt kan övervägande 115 uppmärksammas, i vilket återges utdrag ur handlingar som skickats mellan CERP Rouen och dess spanska dotterbolag Comercial Genové enligt följande: "Jag vill ha kopior av beställningar på [Adalat] och (...) till de producerande laboratorierna och motsvarande leveranssedlar varje vecka. Jag försöker få ihop starka argument för att bemöta laboratorierna (...). [...] Med hänvisning till Ert fax av i

dag om laboratorierna (...) och Bayer ger jag mitt ord på att jag gör mitt yttersta för att få leveranser som överskrider våra behov. Laboratorierna vägrar att godta några argument. De vet att de kvantiteter som de levererar till oss är tillräckliga för att täcka efterfrågan på den spanska marknaden gott och väl (...)." De citat som anges i övervägande 118 — "de levererar inte lika mycket som vi behöver. Vi har bara lager för vår marknad" — och i övervägande 119 — "(Bayer) [levererar inte] de kvantiteter vi önskar" — visar att grossisterna, tvärtemot vad kommissionen har gjort gällande, inte har anpassat sina beställningar till den nya situationen utan har fortsatt att beställa kvantiteter som överstiger deras traditionella behov.

132 Det är nödvändigt att bedöma varje spansk grossist som berörs av beslutet för sig.

133 Vad gäller Cofares, den största grossisten i Spanien, anges i övervägande 121 i beslutet att beviset för dess samtycke finns i den förklaring som gavs av företagets chefer vid en kontroll utförd av kommissionen i företagets lokaler. Företagsledaren uppgav, enligt kommissionen, att "[Cofares] exportverksamhet [knappast märks] i den totala faktureringen på grund av de hinder som vissa laboratorier (bland dem [Bayer]) reser för leveranser av produkter för export" och att "han i sin egenskap av inköpsdirektör varnade dem, när [Bayer] fastställde en kvot av [Adalat] till [Cofares] som var klart otillräcklig för att täcka behovet enbart på dess inhemska marknad, för en eventuell anmälan på grund av sådana försäljningsrestriktioner. Från och med detta ögonblick förser Bayer [Cofares] med en tillräcklig kvantitet för den nationella förbrukningen av nämnda produkt."

134 Tvärtemot vad kommissionen har gjort gällande utvisar inte denna handling "att [Cofares] böjt sig för Bayer Spaniens krav att hålla sig till den inhemska marknaden".

135 Den första meningen, enligt vilken den omständigheten att exportens omfattning knappt märktes i förhållande till den totala faktureringen berodde på hinder som vissa laboratorier reste för leveranser av produkter för export, utgör inte i sig ett direkt bevis för att det fanns ett avtal mellan denna grossist och Bayer Spanien om att inte exportera mottagna förpackningar med Adalat. Det förhållandet att exporten var försumbar innebär inte att det kan anses att den inte förekom eller att den hade avslutats. Detta påstående kan tvärtemot visa att Cofares, åtminstone delvis, hade fortsatt att exportera. Det förhållandet att det, i motsats till vad som gäller för övriga grossister, inte framgår av beslutet att Cofares hade infört en metod för att kringgå Bayers policy förändrar inte det faktum att kommissionen fortfarande har bevisbördan för Cofares samtycke till Bayers nya policy. Kommissionen hade emellertid inte stöd för att, när det rörde sig om Spaniens största grossist med 20,6 procent av marknaden (enligt övervägande 112 i beslutet), finna att den förklaring som återgivits i övervägande 121 utgjorde bevis för att Cofares böjt sig för Bayer Spaniens krav att hålla sig på den inhemska marknaden, utan att kontrollera huruvida Cofares brukade exportera i stor omfattning och utan att beakta möjligheten att Cofares helt enkelt hade beslutat att endast se export som något mycket sekundärt. Ett sådant beslut kunde faktiskt vara det mest rimliga sedan svårigheten att erhålla ytterligare kvantiteter av produkterna i förhållande till de vanliga behoven hade konstaterats. Detta gäller i än högre grad eftersom det i beslutet inte tas hänsyn till Adalats betydelse i förhållande till Cofares totala försäljning.

136 Cofares företagsledares påstående tyder dessutom, i stället för att utgöra ett indicium på en påstådd anslutning till ett påstått exportförbud, snarare på att Bayers policy att begränsa leveranserna, tillsammans med de hinder som rests av övriga laboratorier, hade föranlett denna grossist att överväga export först efter det att leveranser till den inhemska marknaden garanterats. Denna tolkning verkar mer trovärdig än kommissionens, särskilt med tanke på att grossisterna är tvungna att säkerställa att produkterna distribueras på den inhemska marknaden på ett lämpligt och regelbundet sätt och att det här rör sig om den största nationella grossisten.

137 Enligt övervägande 137 i beslutet visar siffrorna över exportförsäljningen mellan åren 1989 och 1993, som lämnats av Cofares på begäran av kommissionen, att exportförsäljningen "[låg] på en miniminivå", vilket bevisade att "[Cofares] [hade godtagit] den ordning som Bayer Spanien [hade infört] och höll sig strikt till den inhemska spanska marknaden".

138 En granskning av dessa siffror leder emellertid snarare till en motsatt slutsats, för även om det visserligen rör sig om en minimal procentandel av Cofares totala försäljning, så ökar den procentandel som motsvarar export av Adalat under årens lopp, i en oregelbunden men stadig utveckling, vilket framgår av att den lägsta procentandelen för de fem år som beaktats just är den för det första året, nämligen år 1989. Det kan slutligen tilläggas att kommissionen svårligen kunde dra ovannämnda slutsats utan att känna till motsvarande uppgifter för åren före 1989, det vill säga för perioden omedelbart innan Bayer Spanien införde sin policy att begränsa leveranserna. Utan dessa uppgifter är det omöjligt att avgöra om Cofares benägenhet att exportera denna produkt har ändrats till följd av att Bayer införde nämnda policy.

139 Vad gäller utdraget ur förklaringen avseende diskussionerna mellan Cofares företagsledare och Bayer Spanien, är det nödvändigt att, i avsaknad av varje direkt eller indirekt hänvisning till friheten att exportera mottagna kvantiteter, bedöma huruvida det förhållandet att parterna enades om att öka de kvantiteter som Bayer ursprungligen hade anvisat denne grossist för att säkerställa den nationella efterfrågan bevisar att grossisterna samtyckte till sökandens policy att försvåra parallellexport. Övervägande 143 i beslutet innehåller ett utdrag ur en handling som bör beaktas trots att den inte har åberopats direkt av kommissionen inom ramen för denna fråga, eftersom det rör sig om ett internt PM från Bayer Spanien, ett PM som också hänvisar till den kvot som sökanden ursprungligen beviljade Cofares för att täcka denna grossists behov på den inhemska marknaden.

140 Av detta interna PM framgår att Bayer Spanien och Cofares diskuterade leverans av minimikvantiteter för att möjliggöra för denna grossist att täcka sitt behov av tillväxt och insteg på den nationella marknaden och att de kommit överens om siffror som motsvarade dessa behov. Det tycks vara ostridigt att Bayer Spanien har försäkrat Cofares om att leveranserna minst skulle motsvara dessa kvantiteter. Det framgår också tydligt att Bayer Spanien, med tanke på dess lagliga och moraliska förpliktelse att säkerställa en tillräcklig distribution av sina produkter på den spanska marknaden, var berett att ompröva de minskade leveranskvantiteter som ursprungligen fastställts om det skulle uppstå problem med att tillgodose efterfrågan på den inhemska marknaden.

141 Det finns emellertid inget i detta interna PM som hänför sig till något som helst angrepp mot Cofares frihet att avsätta produkter, som mottagits efter samtalen angående storleken på den nationella efterfrågan, för export. Det är således utan grund som kommissionen har gjort gällande att Cofares endast mottog leveranser efter det att företaget försäkrat sökanden om att leveranserna var avsedda uteslutande för den inhemska marknaden. Det skall slutligen påpekas att Bayer Spanien, under förhandlingarna, gjorde gällande att de spanska apotek som inte fått leveranser från grossisterna fick leveranser direkt från tillverkaren. I stället för att påvisa att grossisterna ansåg sig förhindrade eller bestraffade av Bayer Spanien när de beslutade att exportera dessa produkter trots att de därmed försummade delar av den nationella marknaden, tycks denna omständighet snarare bevisa att grossisternas försummelse i detta hänseende täcktes av tillverkaren.

142 Under dessa förhållanden finner förstainstansrätten att varken den handling som anges i övervägande 143 i beslutet eller den förklaring från Cofares företagsledning som har återgivits i övervägande 121 i beslutet kan tolkas som ett bevis för Bayer Spaniens påstådda "krav" att grossisterna skulle hålla sig till den inhemska marknaden eller som ett godtagande av detta krav från Cofares sida.

143 I beslutet anges därefter (övervägande 122) hur den spanska grossisten Hefame organiserade ett system för att få leveranser av Adalatförpackningar avsedda för export. I beslutet återges i detalj ett typavtal med rubriken "[protokoll avseende samarbete för de utländska marknaderna]" som Hefame ingick med flera små grossister i syfte att erhålla större kvantiteter läkemedel som kunde lämpa sig för export, däribland Adalat. Inget i denna handling visar emellertid att Hefame genom sitt förhållningssätt avsåg att samtycka till Bayers nya policy.

144 Vad beträffar de spanska dotterbolagen till CERP Rouen bekräftar beskrivningen av Comercial Genovés, Hufasas och Disdasas agerande i övervägandena 125—129 i beslutet bristen på bevis för en gemensam vilja eller ett samtycke till policyn att förhindra parallellimport.

145 Kommissionen har nämligen själv i övervägande 126 i beslutet påpekat följande:

"Hos Comercial Genové påträffades dokument som visar att CERP Rouen har utnyttjat sina spanska filialer, Comercial Genové, [Hufasa] och [Disdasa], för att tillgodose den brittiska efterfrågan. CERP Rouen har därmed agerat som en internationell koncern som utnyttjat alla möjligheter i Frankrike och Spanien för att få leveranser av nödvändiga kvantiteter till sina brittiska kunder. I detta system har de spanska filialerna använts på samma sätt som de lokala franska agenturerna: De har ombetts att på ett trovärdigt sätt öka sina beställningar för den spanska marknaden och de sammantagna kvantiteterna har levererats till brittiska kunder för CERP Rouens räkning."

146 Beslutet hänför sig därefter till grossisten Hufasa (övervägande 127) och innehåller en redogörelse avseende en rapport från ett möte mellan denna grossist och Bayer Spanien, vilken enligt kommissionen visar följande: "[Hufasa] godtar således fullständigt Bayer Spaniens argument att de måste koncentrera sig på nationell försäljning." I detta hänseende har kommissionen särskilt åberopat följande citat: "... vi hade överenskommit med Bayer att bibehålla stora leveranser [av Adalat], och därför var det lämpligt att inte visa siffror som inte skulle godtas som möjliga för Hufasa och som avslöjade ett intresse att exportera stora kvantiteter".

147 Av denna rapport framgår att ett samtal mellan en representant från Hufasa och chefer vid Bayer Spanien har ägt rum, under vilket Bayers chefer vägrade att leverera beställda kvantiteter på grund av att de utgjorde 50 procent av den nationella marknaden och att de i stor omfattning överskred kvantiteterna för andra företag i samma område, att Hufasas representant reagerade och uppgav att detta företag hade behov av större kvantiteter Adalat, särskilt på grund av att uppskattningen av efterfrågan på den nationella marknaden hade gjorts på grundval av den efterfrågan som noterats under ett onormalt år då detta företag hade en kris som föranledde den onormalt låga mängden inköp av Adalat och att Bayer, till följd av dessa samtal, hade förbundit sig att ompröva de maximala

leveranskvantiteterna och att öka dem till samma nivå som den som gällde för en icke identifierad grossist.

148 Denna rapport visar emellertid tydligt att CERP-koncernens spanska dotterbolags verkliga skäl och faktiska agerande inte alls är förenliga med en vilja att böja sig för eller att anpassa sig till Bayers policy att begränsa parallellimport. Det är i detta avseende tillräckligt att citera den del som följer på det ovannämnda utdraget ur denna handling och att läsa den mot bakgrund av den av CERP Rouen beslutade koncernstrategin: "Av detta skäl ansåg jag det vara viktigare att få en viss kvantitet [Adalat] för export med trovärdiga siffror än att upprätthålla en hög siffra men att inte alls få leveranser. Det viktiga är vad man får, inte vad man beställer. Det är säkert skälet till att (...) beställer mindre än planerat." Även om den återgivna rapporten visar att detta företag har haft hårda förhandlingar med Bayer Spanien för att få Bayer Spanien att erkänna att företagets traditionella behov var högre och att de måste tillgodoses, utgör denna omständighet inte stöd för kommissionens följande påstående: "[Hufasa] godtar således fullständigt Bayer Spaniens argument att de måste koncentrera sig på nationell försäljning."

149 Slutligen framgår det, även om Hufasas chef i denna rapport hänvisar till en "[överenskommelse] med Bayer att bibehålla stora leveranser [Adalat]", en överenskommelse som den spanska grossisten, enligt kommissionen, ingick med Bayer Spanien, tydligt av detta påståendes ordalydelse och av det sammanhang i vilket det ingår att parterna endast förhandlade om den exakta storleken av de kvantiteter som grossisten traditionellt hade beställt, vilket var det kriterium som sökanden hade beslutat att forma sin nya leveranspolicy efter, och om en ökning av de kvantiteter som ansågs motsvara det nationella behovet samt, följaktligen, om de kvantiteter som Hufasa skulle ha rätt till vid tillämpning av detta kriterium. Följande mening: "Detta gjorde att de antog att en väsentlig del av produkterna [var] avsedda för export" utgör inte annat än en subjektiv bedömning från Hufasas chefs sida och kan inte anses övertygande visa att Bayer hade för avsikt att ta upp frågor om export eller om de levererade produkternas faktiska destination. Den kan i vart fall inte motbevisa den allmänna betydelsen av rapporten, vilken endast återspeglar de problem Bayer Spanien upplevde vid genomförandet av sin nya policy att minska leveranserna

och vilken inte i övrigt innehåller något som kan styrka att Bayer Spanien och Hufasa hade träffat en överenskommelse för att på något sätt begränsa eller förhindra parallellexport av levererade Adalatförpackningar. Att det saknades en gemensam vilja vad gäller exporten bekräftas för övrigt av själva texten i detta övervägande i beslutet, där kommissionen påpekade följande:

"Rapporten är därmed tydlig, eftersom denna förhandling hos Bayer Spanien på grundval av skäl som hänför sig till den inhemska marknaden inte är annat än ett sätt för [Hufasa] att få de kvantiteter som är avsedda för export."

150 I övervägandena 128 och 129 i beslutet redogörs för innehållet i ett brev från CERP Rouen till dess dotterbolag och ett brev adresserat till CERP Rouen från dess dotterbolag Comercial Genové, brev som även dessa rörde den metod som hade införts av denna koncern för att försöka få fler produkter från sökanden i Spanien genom att framhäva svårigheten att erhålla ytterligare Adalatförpackningar. Kommissionen kan inte heller med stöd av dessa handlingar styrka att CERP Rouens dotterbolag i Spanien har velat ansluta sig till Bayer Spaniens nya policy för att på något sätt begränsa parallellexport av levererade produkter.

151 Av denna bedömning av grossisternas förhållningssätt och faktiska agerande framgår att det inte finns stöd för kommissionens påstående att grossisterna anpassat sig till sökandens policy att minska parallellimporten.

152 Talan, till den del den grundar sig på argumentet att de berörda grossisterna minskade sina beställningar till en bestämd nivå för att ge Bayer intryck av att de böjde sig för dess uttryckliga vilja att på detta sätt inte täcka mer än deras traditionella marknad och att de agerade på detta sätt för att undvika att drabbas av sanktioner, skall ogillas, eftersom kommissionen inte har lyckats visa att

sökanden krävde eller diskuterade ett agerande från grossisternas sida med avseende på exporten av levererade Adalatförpackningar eller att sökanden bestraffade eller hotade att bestraffa exporterande grossister.

153 Av samma anledning kan kommissionen inte med framgång göra gällande att minskningen av de beställda kvantiteterna inte kunde förstås av Bayer på ett annat sätt än som ett tecken på att grossisterna hade godtagit Bayers krav, och den kan inte heller påstå att det var på grund av att de tillgodosåg sökandens krav som de var tvungna att skaffa sig ytterligare kvantiteter avsedda för export genom grossister som inte var "misstänkta" i sökandens ögon och vars större beställningar således tillgodosågs utan svårigheter.

154 Det framgår dessutom tydligt av de överväganden i beslutet som granskats ovan att grossisterna har fortsatt att försöka få förpackningar Adalat för export och har framhärdat med denna verksamhet även om de, för detta syfte, har ansett det lämpligt att använda sig av olika system för att erhålla leveranser, nämligen dels systemet att fördela de beställningar som är avsedda för export på olika agenturer, dels systemet att indirekt placera beställningar genom små grossister. Under dessa förhållanden kan den omständigheten att grossisterna har ändrat policy vad avser beställningarna och infört olika fördelnings- och spridningssystem för beställningarna inte tolkas som ett bevis på deras vilja att tillmötesgå Bayer eller som ett svar på en förfrågan eller begäran från detta företag. Denna omständighet kan tvärtom anses utvisa grossisternas fasta avsikt att fortsätta att parallellexportera Adalat.

155 I brist på bevis på något krav från sökandens sida vad avser grossisternas export av levererade Adalatförpackningar kan det förhållandet att de vidtagit åtgärder för att få ytterligare kvantiteter endast tolkas som en dementi av deras påstådda samtycke. Av samma anledning skall kommissionens argument att det, vid de förhållanden som råder i det aktuella målet, är normalt att vissa grossister genom

kringgående har försökt få ytterligare leveranser, eftersom de måste förbinda sig gentemot Bayer att inte exportera och att följaktligen beställa mindre kvantiteter som inte skulle exporteras, underkännas.

156 Det kan slutligen konstateras att kommissionen inte har bevisat att grossisterna ville rätta sig efter Bayers önskemål eller låta Bayer tro detta. Tvärtom visar de handlingar som granskats ovan att grossisterna försökte kringgå Bayers nya policy att begränsa leveranserna till storleken av de traditionella beställningarna.

157 Kommissionens bedömning att grossisternas faktiska agerande i tillräcklig grad bevisade deras samtycke till sökandens policy med syfte att förhindra parallellimport var således felaktig.

3. Rättspraxis som har åberopats av kommissionen

158 Kommissionen anser att beslutet helt och hållet följer dess beslutspraxis och domstolens rättspraxis vad gäller begreppet avtal och har påpekat att det i förevarande fall, liksom i viss tidigare praxis, är fråga om ett exportförbud som införts i de fortlöpande affärsförbindelserna mellan leverantören och dennes kunder. Detta framgår av att grossisterna placerade beställningar, fick regelbundna leveranser och mottog dithörande fakturor samt att det fanns ett underförstått samtycke från grossisternas sida, vilket styrktes av att beställningarna minskade.

159 Kommissionen kan emellertid inte med framgång göra gällande den praxis som åberopats för att ifrågasätta ovanstående bedömning, med stöd av vilken förstainstansrätten har funnit att grossisternas samtycke till Bayers nya policy i

förevarande fall inte har styrkts och att kommissionen följaktligen inte har lyckats bevisa att det förelåg ett avtal.

160 Kommissionen har i första hand åberopat målet Sandoz, i vilket distributörerna, liksom i förevarande fall, dels underförstått hade samtyckt till exportförbudet för att bibehålla sina affärsförbindelser (punkt 11 i nämnda dom), dels, trots att de inte hade något intresse av att sluta exportera, hade godtagit tillverkarens exportförbud, eftersom de även i fortsättningen ville erhålla varor.

161 Detta mål rörde kommissionens sanktion mot ett dotterbolag till ett multinationellt läkemedelsföretag, Sandoz, vilket uttryckligen angav "export förbjuden" i de fakturor som det sände till kunderna (grossister, apotek och sjukhus). Sandoz hade inte bestritt att denna anteckning fanns i dess fakturor, men hade ifrågasatt att det förelåg ett avtal i den mening som avses i artikel 85.1 i fördraget. Domstolen ogillade talan efter det att den hade bemött alla de argument som sökanden hade åberopat. Domstolen ansåg således att det inte kunde anses vara en ensidig handling att skicka fakturor med denna anteckning, utan att detta tvärtom utgjorde ett led i de affärsförbindelser som företaget hade med sina kunder. Domstolen drog denna slutsats efter det att den hade undersökt hur företaget gick till väga innan det tillät en ny kund att marknadsföra dess produkter och med beaktande av det tillvägagångssätt som upprepats och tillämpats på ett enhetligt och systematiskt sätt vid varje försäljning (punkt 10 i domen). Det är i detta skede av sitt resonemang (punkt 11) som domstolen behandlade frågan om handelsparternas samtycke till det exportförbud som angavs i fakturan enligt följande:

"Det skall dessutom påpekas att Sandoz PF:s kunder erhöll samma typfaktura efter varje individuell beställning eller, i förekommande fall, efter leverans av produkterna. De upprepade beställningarna av produkter och de på varandra följande betalningarna utgjorde, utan att kunden invände mot de belopp som angavs på fakturorna som innehöll anteckningen 'export förbjuden', från kundens sida ett underförstått samtycke till de bestämmelser som fakturan innehöll och till den typ av affärsförbindelser som låg bakom affärsförhållandet

mellan Sandoz PF och dess kundkrets. Sandoz PF:s ursprungliga godkännande av kunden grundade sig således på kundernas underförstådda godtagande av Sandoz PF:s förhållningssätt gentemot dem."

162 Det skall påpekas att domstolen först efter dessa anmärkningar fann att kommissionen rätteligen hade ansett att "de fortlöpande affärsförbindelserna mellan Sandoz PF och dess kunder, som bestämmelsen om 'export förbjuden' utgjorde en del av, reglerades av ett på förhand fastställt allmänt avtal som var tillämpligt på oräkneliga individuella beställningar av Sandoz produkter. Ett sådant avtal omfattas av bestämmelsen i artikel 85.1 i fördraget."

163 Även om de två målen liknar varandra genom att de rör läkemedelskoncerners tillvägagångssätt för att förhindra parallellimport av läkemedel är de konkreta omständigheterna som utmärker målen mycket olika. För det första hade tillverkaren i målet Sandoz, i motsats till i förevarande mål, uttryckligen i alla sina fakturor infört en konkurrensbegränsande bestämmelse, som, eftersom den upprepades i alla transaktionshandlingar, ingick som en del i avtalsförhållandet mellan tillverkaren och dennes grossister. För det andra visade grossisternas faktiska agerande i förhållande till bestämmelsen, som de *de facto* och utan att diskutera bestämmelsen hade följt, deras underförstådda samtycke till nämnda bestämmelse och till de bakomliggande affärsförbindelserna. Däremot är ingen av de två huvudsakliga omständigheterna i målet Sandoz för handen i förevarande mål. Det finns varken en formell bestämmelse om exportförbud eller ett agerande som består i att grossisterna har samtyckt eller underlåtit att invända, varken formellt sett eller i verkligheten.

164 Kommissionen har i andra hand åberopat domen i det ovannämnda målet Tipp-Ex mot kommissionen, i vilket domstolen fastställde kommissionens beslut att sanktionera ett avtal som hade till syfte att förhindra export och där det, till skillnad från i målet Sandoz, inte fanns någon skriftlig bestämmelse om exportförbud. Kommissionen har gjort gällande att Tipp-Ex, liksom sökanden i förevarande mål, inför domstolen hade anfört att det rörde sig om en ensidig åtgärd som inte omfattades av tillämpningsområdet för artikel 85.1 i fördraget, och att det således, eftersom leveranser från distributören till parallellexportören

faktiskt hade ägt rum, inte var av gemenskapsrättsligt intresse att denna parallellexport upphörde.

165 Det målet rörde ett ensamåterförsäljaravtal mellan Tipp-Ex och dennes franska distributör, DMI, vilken hade rättat sig efter tillverkarens krav att öka de priser som begärdes av kunden så mycket som det var nödvändigt för att kunden skulle tappa allt ekonomiskt intresse för parallellimport. Det hade dessutom styrkts att tillverkaren utförde kontroller i efterhand för att påverka ensamåterförsäljaren att faktiskt iaktta detta beteende (övervägande 58 i kommissionens beslut 87/406/EEG av den 10 juli 1987 i ett förfarande enligt artikel 85 i Romfördraget, EGT L 222, s. 1). I punkterna 18—21 i domen återges domstolens resonemang. Efter att domstolen hade konstaterat att det förelåg ett muntligt ensamåterförsäljaravtal för Frankrike mellan Tipp-Ex och DMI och den hade erinrat om de relevanta omständigheterna, undersökte den reaktionen, det vill säga distributörens agerande till följd av tillverkarens bestraffningsattityd. Domstolen konstaterade då att distributören "har reagerat genom att med 10—20 procent öka de priser som endast beviljats företaget ISA Frankrike. Efter uppehåll under hela året 1980 i ISA Frankrikes inköp från DMI, vägrade sistnämnda företag, i början av år 1981, att själv leverera Tipp-Ex-produkter till ISA Frankrike." Det är först efter dessa anmärkningar angående tillverkarens och distributörens agerande som domstolen kom fram till att det förelåg ett avtal i den mening som avses i artikel 85.1 i fördraget enligt följande: "Det är således styrkt att DMI har efterkommit Tipp-Ex begäran att inte sälja till kunder som återförsäljer Tipp-Ex-produkter i andra medlemsstater" (punkt 21 i domen).

166 I det ovannämnda målet Tipp-Ex mot kommissionen förelåg följaktligen, i motsats till vad som är fallet i förevarande mål, inget tvivel om att den policy som bestod i att förhindra parallellimport hade genomförts av tillverkaren med distributörernas medverkan. Såsom anges i domen i detta mål framgick denna vilja tydligt redan i de muntliga och skriftliga avtalen mellan de två parterna (se punkterna 19 och 20 i domen vad avser distributören DMI och punkterna 22 och

23 vad avser distributören Beiersdorf), och, för det fall det skulle kvarstå tvivel, utvisade bedömningen av distributörernas agerande på uppmaning av tillverkaren mycket tydligt att de samtyckt till Tipp-Ex avsikter att begränsa konkurrensen. Kommissionen hade bevisat inte endast att distributörerna hade reagerat på tillverkarens hot och påtryckningar, utan även att åtminstone en av dem hade sänt bevis på sitt samarbete till tillverkaren. Det skall slutligen tilläggas att kommissionen själv i förevarande mål har anmärkt att domstolen i domen i målet Tipp-Ex gick till väga på så sätt att den, för att avgöra om det förelåg ett avtal, bedömde distributörernas reaktioner på tillverkarens agerande för att förhindra parallellexport och att det var mot bakgrund av denna reaktion från distributörens sida som domstolen fann att det förelåg ett avtal mellan distributören och Tipp-Ex med syfte att förhindra parallellexport.

167 Härav följer att denna dom, liksom domen i målet Sandoz, endast bekräftar den rättspraxis, enligt vilken ett skenbart ensidigt agerande från tillverkarens sida kan utgöra grund för ett avtal mellan företag i den mening som avses i artikel 85.1 i fördraget, under förutsättning att grossisternas eller kundernas senare agerande kan tolkas som ett samtycke *de facto*. Eftersom detta villkor inte är uppfyllt i förevarande fall kan kommissionen inte med framgång göra gällande den påstådda likheten med dessa två mål till stöd för sitt påstående att det föreligger ett samtycke i förevarande mål.

168 Av samma anledning kan varken kommissionen eller BAI med framgång åberopa domstolens bedömningar i domarna i de ovannämnda målen BMW Belgium m.fl. mot kommissionen, AEG mot kommissionen och Ford och Ford Europa mot kommissionen till stöd för deras påstående att det föreligger ett samtycke från grossisterna i förevarande mål.

169 I domen i det ovannämnda målet BMW Belgium m.fl. mot kommissionen undersökte domstolen, för att kunna avgöra om det förelåg ett avtal i den mening som avses i artikel 85.1 i fördraget mellan BMW Belgium och dess belgiska återförsäljare, de handlingar som kunde bevisa att det förelåg ett avtal, i detta fall cirkulär adresserade till BMW:s återförsäljare, ”såväl till deras innehåll som utifrån det faktiska och rättsliga sammanhang de ingick i och utifrån parternas

agerande" och fann att de aktuella cirkulären "utgjorde ett uttryck för en vilja att sätta stopp för all export av nya BMW-bilar från Belgien" (punkt 28). Domstolen tillade att "BMW Belgium, genom att skicka ut cirkulären till alla de belgiska återförsäljarna, hade tagit initiativ till att avtal ingicks med dessa återförsäljare om att helt upphöra med denna export" (punkt 29). Det framgår av punkt 30 i denna dom att domstolen önskade få bekräftelse på att det förelåg ett samtycke från återförsäljarnas sida.

170 I domen i det ovannämnda målet AEG mot kommissionen, i vilken tillverkarens respektive distributörernas vilja inte klart framgick och där sökanden uttryckligen åberopade att dess agerande var ensidigt, ansåg domstolen att ett förhållningssätt, inom ramen för ett system för selektiv distribution, enligt vilket tillverkaren för att bibehålla en hög prisnivå eller för att utesluta vissa moderna distributionskanaler vägrar att auktorisera distributörer som uppfyller systemets kvalitativa kriterier "[inte utgör] ett ensidigt beteende från företagets sida som, vilket AEG har hävdat, skall undantas från förbudet i artikel 85.1 i fördraget. Tvärtom är förhållningssättet en del av de avtalsförhållanden som företaget upprätthåller med återförsäljarna" (punkt 38). Domstolen fastställde därefter att det förelåg ett samtycke från distributörernas sida och klargjorde följande: "Faktum är att när en distributör tas upp i systemet grundar sig auktorisationen på de avtalsslutande parternas uttryckliga eller tysta godkännande av den politik som AEG för, som bl.a. innebär att alla distributörer som uppfyller kriterierna för auktorisation men som inte är beredda att ansluta sig till den politiken utestängs från nätverket" (punkt 38). Detta synsätt har bekräftats i andra fall av selektiv distribution som avgjorts av domstolen (se de ovannämnda domarna i målen Ford och Ford Europa mot kommissionen, punkt 21, Metro II, punkterna 72 och 73 och Bayerische Motorenwerke, punkterna 16 och 17).

171 Av vad anförts framgår att kommissionen inte med framgång kan åberopa denna rättspraxis för att styrka att det föreligger ett avtal i förevarande fall.

4. Kommissionens påstående att det är tillräckligt att fastställa att parterna har bibehållit sina affärsförbindelser för att det skall vara styrkt att det föreligger ett avtal

172 Av kommissionens resonemang framgår att den, förvisso på ett tvetydigt sätt, har gjort gällande (se beslutets uppbyggnad, som sammanfattats i övervägandena 155 och 156 och utvecklats i övervägandena 171—188), att redan det förhållandet att grossisterna inte har avbrutit sina affärsförbindelser med Bayer efter det att dennes nya policy med syfte att begränsa exporten införts, leder till att det kan anses styrkt att det föreligger ett avtal mellan företag i den mening som avses i artikel 85.1 i fördraget.

173 Ett sådant påstående kan inte godtas. Beviset för ett avtal mellan företag i den mening som avses i artikel 85.1 i fördraget måste bygga på att det direkt eller indirekt fastställs att det subjektiva rekvisit som utmärker själva avtalsbegreppet är uppfyllt, det vill säga att de ekonomiska aktörerna har en gemensam vilja att genomföra policyn, sträva efter ett mål eller agera på marknaden på ett bestämt sätt, oavsett det sätt på vilket parternas vilja att agera på marknaden i enlighet med detta avtal har uttryckts (se i detta avseende särskilt domarna i de ovannämnda målen ACF Chemiefarma mot kommissionen, punkt 112, och Van Landewyck m.fl. mot kommissionen, punkt 86). Kommissionen har missförstått begreppet gemensam vilja när den anser att fortsatta affärsförbindelser med tillverkaren, efter det att denne har fattat beslut om och ensidigt genomfört en ny policy, är liktydigt med att grossisterna har samtyckt härtill trots att deras agerande *de facto* tydligt strider mot denna policy.

174 Enligt fördragets systematik kan ett företag dessutom endast åläggas sanktioner enligt de gemenskapsrättsliga konkurrensreglerna om företaget har brutit mot förbuden i artiklarna 85.1 eller 86 i fördraget. Det kan emellertid anmärkas att flera förutsättningar måste vara uppfyllda för att artikel 85.1 skall vara tillämplig, nämligen a) att det föreligger ett avtal mellan minst två företag eller något liknande, exempelsvis ett beslut av företagssammanslutningar eller

samordnade förfaranden mellan företag, b) att detta kan påverka handeln mellan medlemsstater och c) att detta har till syfte eller resultat att påtagligt begränsa konkurrensen. Härav följer att påverkan av ett företags agerande på konkurrensen inom den gemensamma marknaden, inom ramen för denna artikel, kan bedömas först efter det att det har fastställts att det föreligger ett avtal, ett beslut av företagssammanslutningar eller ett samordnat förfarande i den mening som avses i artikel 85.1 i fördraget (domstolens dom av den 30 juni 1966 i mål 56/65, Société technique minière, REG 1966, s. 337, s. 358 och följande sidor; svensk specialutgåva, volym 1, s. 251). Härav följer att denna bestämmelses syfte inte är att generellt "undanröja" hindren för handeln inom gemenskapen. Syftet är mer begränsat, eftersom endast de hinder mot konkurrens som har genomförts som ett uttryck för minst två parters gemensamma vilja förbjuds genom denna bestämmelse.

175 Domstolen följde denna tolkning av artikel 85.1 i fördraget i domen av den 24 oktober 1996 i mål C-73/95 P, Viho mot kommissionen (REG 1996, s. I-5457), punkterna 15—17, när den fastställde förstainstansrättens dom och fastslog att det förhållandet att ett moderbolags policy, med det huvudsakliga syftet att dela upp olika nationella marknader mellan sina dotterbolag, kunde medföra verkningar utanför koncernen, vilka skulle kunna påverka tredje mans ställning i konkurrenshänseende, inte var av sådant slag att artikel 85.1 blev tillämplig, ens i förening med artiklarna 2, 3c och 3g i EG-fördraget. Ett sådant ensidigt agerande kunde däremot falla under artikel 86 i fördraget, om förutsättningarna för tillämpning av denna bestämmelse var uppfyllda.

176 Av vad anförts framgår att en tillverkares rätt att finna bästa möjliga lösning när denne, såsom i förevarande fall, ställs inför en företeelse som skadar dennes intressen, tvärtemot vad kommissionen och BAI synes ha gjort gällande, inskränks av bestämmelserna i fördraget avseende konkurrens endast på så sätt att förbuden i artiklarna 85 och 86 måste iakttas. En tillverkare kan följaktligen, under förutsättning att denne inte missbrukar en dominerande ställning och att denne och grossisterna inte har en gemensam vilja, anta den leveranspolicy som bedöms nödvändig, även om denna policys genomförande, redan på grund av

syftet, nämligen att förhindra parallellimport, kan medföra begränsningar av konkurrensen och påverka handeln mellan medlemsstaterna.

177 Kommissionen har i detta avseende med hänvisning till domstolens dom av den 5 december 1996 i de förenade målen C-267/95 och C-268/95, Merck och Beecham (REG 1996, s. I-6285) gjort gällande att det är nödvändigt att under alla omständigheter skydda parallellimport. Kommissionen har anfört att domstolen i denna dom gjorde slut på spekulationerna om tillämpningsområdet för de principer som slagits fast i domen av den 14 juli 1981 i det ovannämnda målet Merck, (punkt 36), genom att ange att ett system för priskontroll i vissa medlemsstater inte berättigade till något undantag från den fria rörligheten för varor och att möjligheten att förhindra parallellimport skulle leda till en icke önskvärd avskärmning av de nationella marknaderna. Parallellimport kan följaktligen inte, enligt kommissionen, förhindras vare sig genom nationella åtgärder eller genom avtal mellan företag, inte ens inom läkemedelssektorn.

178 Förstainstansrätten anmärker emellertid att domstolen i detta mål begränsade sig till att besvara frågan om när vissa övergångsbestämmelser i anslutningsakten för Konungariket Spanien och Republiken Portugal, enligt vilka parallellimport av läkemedelsprodukter från dessa länder till andra delar av gemenskapen kunde förhindras, skulle upphöra att gälla (artiklarna 47 och 209 i anslutningsakten), frågan om vilken rättsordning som var tillämplig på parallellimport efter utgången av de relevanta övergångsperioderna samt frågan huruvida tillämpningsområdet för de principer som slagits fast i domen av den 14 juli 1981 i det ovannämnda målet Merck borde omprövas. Domstolens resonemang i domen av den 5 december 1996 i det ovannämnda målet Merch och Beecham rörde emellertid inte samma sak som förevarande mål, vilket inte rör rätten till fri rörlighet för varor enligt artiklarna 30, 34 och 36 i EG-fördraget (nu artiklarna 28 EG, 29 EG och 30 EG i ändrad lydelse), och har, tvärtemot vad kommissionen har gjort gällande, inte på något sätt som utgångspunkt att det skulle finnas ett allmänt förbud mot att förhindra parallellexport, ett förbud som skulle gälla inte bara för medlemsstaterna utan också för företagen.

179 I stället för att utgöra stöd för kommissionens påstående bekräftar denna dom att kommissionen, i enlighet med fördragets systematik, inte kan försöka uppnå ett resultat, såsom harmonisering av priserna på läkemedelsmarknaden, genom att utvidga eller förvanska tillämpningsområdet för avsnitt 1 (regler tillämpliga på företag) i kapitel 1 under avdelning VI i fördraget, särskilt som det i detta fördrag finns speciella tillvägagångssätt för att genomföra en sådan harmonisering när det är ostridigt att de stora skillnaderna mellan priserna för läkemedel i medlemsstaterna, såsom i förevarande fall, beror på skillnader mellan de statliga prisregleringssystemen och sätten för ersättning (se övervägandena 151 och 152 i beslutet). Domstolen påpekade nämligen i punkt 47 i domen i det ovannämnda målet Merck och Beecham att det av fast rättspraxis framgår att den snedvridning som orsakas av att bestämmelserna om prissättning är annorlunda i en medlemsstat måste avhjälpas genom åtgärder som vidtas av gemenskapens organ (se domstolens dom av den 31 oktober 1974 i mål 15/74, Centrafarm och de Peijper, REG 1974, s. 1183, punkt 17, svensk specialutgåva, volym 2, s. 367, domen i de ovannämnda målen Musik-Vertrieb membran och K-tel International, punkt 24, dom av den 11 juli 1996 i de förenade målen C-427/93, C-429/93 och C-436/93, Bristol-Myers Squibb m.fl., REG 1996, s. I-3457, punkt 46, samt domen i det ovannämnda målet Merck och Beecham, punkt 47).

180 En utvidgning av tillämpningsområdet för artikel 85.1 i fördraget skulle, i enlighet med vad kommissionen har anfört, leda till en paradoxal situation där en vägran att sälja skulle straffas strängare inom ramen för artikel 85.1 än inom ramen för artikel 86, eftersom förbudet i artikel 85.1 då skulle gälla för en tillverkare som beslutade att vägra leverera eller att begränsa sina framtida leveranser, utan att för den skull helt säga upp affärsförbindelserna med sina kunder, medan en leveransvägran inom ramen för artikel 86, även när den är total, endast är förbjuden om den innebär ett missbruk. I domstolens rättspraxis erkänns indirekt betydelsen av att skydda företagens frihet vid tillämpningen av fördragets konkurrensregler, i och med att domstolen uttryckligen har förklarat att även ett företag med en dominerande ställning i vissa fall kan vägra att sälja eller ändra sin leveranspolicy utan att omfattas av förbudet i artikel 86 (se, för ett motsvarande synsätt, domstolens dom av den 14 februari 1978 i mål 27/76, United Brands mot kommissionen, REG 1978, s. I-207, punkterna 182—191; svensk specialutgåva, volym 4, s. 9).

181 Kommissionen kan slutligen inte till stöd för sin uppfattning med framgång åberopa sin övertygelse, vilken för övrigt inte är underbyggd med fakta, att parallellimport, på lång sikt, medför en harmonisering av priserna för läkemedel. Detsamma gäller beträffande kommissionens påstående att "det inte är godtagbart att parallellimport förhindras för att läkemedelsföretag, i de länder där det inte förekommer någon priskontroll, skall kunna tillämpa överdrivet höga priser för att kompensera de lägre vinsterna i de medlemsstater som i större omfattning ingriper i prissättningen".

182 Av vad anförts framgår att kommissionen inte hade lagligt stöd när det gällde att fastställa att det förelåg ett avtal mellan grossisterna och tillverkaren endast på grund av att de tidigare affärsförbindelserna upprätthölls.

D — *Sammanfattning*

183 Av vad anförts följer att kommissionen har gjort en uppenbart oriktig bedömning av de faktiska omständigheterna i förevarande mål och gjort en felaktig rättslig bedömning när den ansåg det styrkt att Bayer och de i beslutet angivna grossisterna hade en gemensam vilja och när den mot bakgrund härav drog slutsatsen att det förelåg ett avtal i den mening som avses i artikel 85.1 i fördraget, med syfte att förhindra eller begränsa export av Adalat från Frankrike och Spanien till Förenade kungariket.

184 Talan skall följaktligen bifallas på den grund som har åberopats i första hand. Beslutet skall därmed ogiltigförklaras, utan att det för den skull är nödvändigt att höra de vittnen som har åberopats av sökanden eller att pröva de grunder som har åberopats i andra hand, avseende en felaktig tillämpning av artikel 85.1 i fördraget, ett tillåtet agerande i enlighet med artikel 47 i akten om Spaniens anslutning till Europeiska gemenskaperna och en felaktig tillämpning av artikel 15 i förordning nr 17 på grund av att sökanden ålagts böter.

Rättegångskostnader

185 Enligt artikel 87.2 i rättegångsreglerna skall tappande part förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna, om detta har yrkats. Sökanden har yrkat att svaranden skall förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna. Eftersom svaranden har tappat målet, skall sökandens yrkande bifallas och svaranden förpliktas betala sina egna och sökandens kostnader, inklusive sökandens kostnader för det interimistiska förfarandet.

186 Enligt artikel 87.4 tredje stycket i rättegångsreglerna kan rätten besluta att andra intervenienter än de i föregående stycke nämnda skall bära sina rättegångskostnader. I förevarande mål skall EFPIA, intervenient till stöd för sökanden, och BAI, intervenient till stöd för motparten, bära sina rättegångskostnader.

På dessa grunder beslutar

FÖRSTAINSTANSRÄTTEN
(femte avdelningen i utökad sammansättning)

följande dom:

1) **Kommissionens beslut 96/478/EG av den 10 januari 1996 i ett förfarande enligt artikel 85 i Romfördraget — Ärende (IV/34.279/F3 — Adalat) ogiltigförklaras.**

2) **Kommissionen skall bära sin egen rättegångskostnad samt ersätta sökandens rättegångskostnad, inklusive sökandens kostnader med anledning av det interimistiska förfarandet.**

3) **European Federation of Pharmaceutical Industries' Associations och Bundesverband der Arzneimittel-Importeure e.V. skall vardera bära sin rättegångskostnad.**

Cooke García-Valdecasas Lindh

Pirrung Vilaras

Avkunnad vid offentligt sammanträde i Luxemburg den 26 oktober 2000.

H. Jung
Justitiesekreterare

J.D. Cooke
Ordförande

Innehåll

Bakgrund till tvisten ..... II - 3389

Förfarandet och parternas yrkanden ..... II - 3392

Beslutet ..... II - 3394

Prövning i sak ..... II - 3396

Förstahandsgrunden: Kommissionen har överträtt artikel 85.1 i fördraget genom att anse att den är tillämplig på omständigheterna i förevarande fall ..... II - 3397

I — Parternas argument ..... II - 3397

II — Förstainstansrättens bedömning ..... II - 3407

A — Inledande anmärkningar ..... II - 3407

B — Begreppet avtal i den mening som avses i artikel 85.1 i fördraget ..... II - 3408

C — Tillämpning av begreppet avtal i förevarande fall ..... II - 3410

1. Sökandens påstådda vilja att ålägga ett exportförbud ..... II - 3411

a) Inledande anmärkningar ..... II - 3411

b) Omfattningen av det system för kontroll av distributionen av Adalat som sökanden genomfört ..... II - 3413

2. Grossisternas påstådda vilja att ansluta sig till sökandens policy att minska parallellimporten ..... II - 3423

a) Inledande anmärkningar ..... II - 3423

b) Beviset för grossisternas "förhållningssätt som kan betecknas som ett konkludent handlande" ..... II - 3424

i) De franska grossisternas agerande ..... II - 3427

ii) De spanska grossisternas agerande ..... II - 3429

3. Rättspraxis som har åberopats av kommissionen ..... II - 3438

4. Kommissionens påstående att det är tillräckligt att fastställa att parterna har bibehållit sina affärsförbindelser för att det skall vara styrkt att det föreligger ett avtal ..... II - 3444

D — Sammanfattning ..... II - 3448

Rättegångskostnader ..... II - 3449