

YHTEISÖJEN TUOMIOISTUIMEN TUOMIO
6 päivänä tammikuuta 2004 *

Yhdistetyissä asioissa C-2/01 P ja C-3/01 P,

Bundesverband der Arzneimittel-Importeure eV, kotipaikka Mülheim an der Ruhr (Saksa), edustajinaan Rechtsanwalt U. Zinsmeister ja Rechtsanwalt W. A. Rehmann, prosessiosoite Luxemburgissa,

valittajana,

jota tukee

European Association of Euro Pharmaceutical Companies (EAEPIC), kotipaikka Bryssel (Belgia), edustajinaan Rechtsanwalt M. Epping ja Rechtsanwalt M. Lienemeyer, prosessiosoite Luxemburgissa,

väliintulijana,

* Oikeudenkäyntikieli: saksa.

Euroopan yhteisöjen komissio, asiamiehinään K. Wiedner ja W. Wils, avustajanaan Rechtsanwalt H.-J. Freund, prosessiosoite Luxemburgissa,

valittajana,

jota tukevat

Ruotsin kuningaskunta, asiamiehenään A. Kruse, prosessiosoite Luxemburgissa,

ja

European Association of Euro Pharmaceutical Companies (EAEPIC),

väliintulijoina,

joissa valittajat vaativat muutoksenhaussa Euroopan yhteisöjen ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen (laajennettu viides jaosto) asiassa T-41/96, Bayer vastaan komissio, 26.10.2000 antaman tuomion (Kok. 2000, s. II-3383) kumoamista,

ja joissa vastapuolina ja muina asianosaisina ovat

Bayer AG, kotipaikka Leverkusen (Saksa), edustajanaan Rechtsanwalt J. Sedemund, prosessiosoite Luxemburgissa,

kantajana ensimmäisessä oikeusasteessa,

ja

European Federation of Pharmaceutical Industries' Associations, kotipaikka Geneve (Sveitsi), edustajanaan solicitor A. Woodgate, prosessiosoite Luxemburgissa,

väliintulijana ensimmäisessä oikeusasteessa,

YHTEISÖJEN TUOMIOISTUIN,

toimien kokoonpanossa: presidentti V. Skouris, jaostojen puheenjohtajat P. Jann, C. W. A. Timmermans ja J. N. Cunha Rodrigues sekä tuomarit D. A. O. Edward (esittelevä tuomari), A. La Pergola, J.-P. Puissochet, R. Schintgen, F. Macken, N. Colneric ja S. von Bahr,

julkisasiamies: A. Tizzano,

kirjaaja: johtava hallintovirkkamies H. A. Rühl,

ottaen huomioon suullista käsittelyä varten laaditun kertomuksen,

kuultuaan asianosaisten esittämät suulliset huomautukset 12.11.2002 pidetyssä istunnossa, jossa Bundesverband der Arzneimittel-Importeure eV:tä on edustanut W. A. Rehmann, komissiota K. Wiedner, avustajanaan H.-J. Freund, European Association of Euro Pharmaceutical Companies (EAEP) Rechtsanwalt A. Martin-Ehlers, Bayer AG:tä J. Sedemund, ja European Federation of Pharmaceutical Industries' Associationsia A. Woodgate,

kuultuaan julkisasiamiehen 22.5.2003 pidetyssä istunnossa esittämän ratkaisuehdotuksen,

on antanut seuraavan

tuomion

- 1 Bundesverband der Arzneimittel-Importeure eV (jäljempänä BAI) ja Euroopan yhteisöjen komissio ovat yhteisöjen tuomioistuimeen 5.1.2001 jättämillään kahdella valituksella hakeneet muutosta EY:n tuomioistuimen perussäännön 49 artiklan nojalla ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen asiassa T-41/96, Bayer vastaan komissio, 26.10.2000 antamaan tuomioon (Kok. 2000, s. II-3383; jäljempänä valituksenalainen tuomio), jolla tämä kumosi EY:n perustamissopimuksen 85 artiklan soveltamismenettelystä (asia IV/34.279/F3 — Adalat) 10 päivänä tammikuuta 1996 tehdyn komission päätöksen 96/478/EY (EYVL L 201, s. 1; jäljempänä riidanalainen päätös).

Riidan taustaa

Tosiseikat

2 Valituksenalaisessa tuomiossa esitetään tosiseikat seuraavasti:

- ”1 Kantajana oleva Bayer AG (jäljempänä joko kantaja, Bayer tai Bayer-yhtymä) on erään eurooppalaisen kemian- ja farmasiateollisuuden alalla toimivan johtavan yhtymän emoyhtiö, jonka kansalliset tytäryhtiöt toimivat kaikissa yhteisön jäsenvaltioissa. Se on jo useiden vuosien ajan tuottanut ja saattanut markkinoille Adalat- tai Adalate-merkillä sellaista lääkkeiden tuotevalikoimaa, jossa pääasiallisena vaikuttavana aineena on nifedipiini ja joka on tarkoitettu sydän- ja verisuonitautien hoitoon.
- 2 Useimmissa jäsenvaltioissa kansalliset terveysviranomaiset määräävät Adalatin hinnan joko suoraan tai välillisesti. Espanjan ja Ranskan terveysviranomaisten vahvistamat hinnat olivat vuodesta 1989 vuoteen 1993 keskimäärin 40 prosenttia alhaisempia kuin Yhdistyneessä kuningaskunnassa noudatetut hinnat.
- 3 Näiden hintaerojen vuoksi Espanjassa olevat tukkumyyjät ryhtyivät vuodesta 1989 alkaen viemään Adalattia Yhdistyneeseen kuningaskuntaan. Vuodesta 1991 lähtien myös Ranskassa olevat tukkumyyjät ryhtyivät harjoittamaan samaa toimintaa. Kantajan mukaan rinnakkaistuonnin seurauksena Bayerin brittiläisen tytäryhtiön Bayer UK:n Adalatin myynti laski lähes puoleen vuodesta 1989 vuoteen 1993, minkä seurauksena brittiläisen tytäryhtiön liikevaihto laski 230 miljoonaa Saksan markkaa (DEM), mikä merkitsi Bayerille 100 miljoonan DEM:n suuruisia tulojen menetystä.

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

Riidanalainen päätös

3 Koska tietyt tukkukauppiat, joita asia koski, kantelivat komissioon, komissio aloitti Bayerin Ranskaan (jäljempänä Bayer Ranska) ja Espanjaan (Bayer Espanja) sijoittautuneiden tytäryhtiöiden tekemiksi väitettyjä EY:n perustamissopimuksen 85 artiklan 1 kohdan (josta on tullut EY 81 artiklan 1 kohta) rikkomisia koskevan hallinnollisen tutkintamenettelyn. Komissio teki 10.1.1996 riidanalaisen päätöksen.

4 Komission mukaan Bayer Ranska ja Bayer Espanja ovat rikkoneet perustamissopimuksen 85 artiklan 1 kohtaa kieltämällä viennin näiden kahden tytäryhtiönsä pitkäaikaisissa kauppasuhteissa olevien asiakkaidensa kanssa. Se väittää, että tällä sopimuksella rajoitetaan huomattavasti kilpailua ja vaikutetaan huomattavasti jäsenvaltioiden väliseen kauppaan (riidanalaisen päätöksen 155–199 kohta).

5 Tarkemmin ottaen komissio on päätellyt tämän vientikiellon olemassaolon analysoidessaan Bayerin omaksumaa menettelytapaa ja muun muassa siitä syystä, että olemassa oli vientiä harjoittavien tukkuliikkeiden tunnistamisjärjestelmä ja että Bayer Ranskan ja Bayer Espanjan sellaisille tukkuliikkeille tekemien toimitusten määrää vähennettiin vähittäin, jotka vievät kaikki tai osan niille toimitetuista lääkkeistä.

- 6 Komission analyysin mukaan Bayer Ranskan ja Bayer Espanjan sallimien määrien toimitusedellytykseksi oli asetettu vientikiellon noudattaminen. Bayer Espanja ja Bayer Ranska olivat sen mukaan suunnitelleet toimittamiensa määrien vähentämisen sen perusteella, miten tukkuliikkeet suhtautuvat tähän vientikieltoon. Jos tukkuliikkeet rikkoivat vientikieltoa, se aiheutti niille ilman eri toimenpiteitä lääkkeiden toimitusten uuden vähentymisen.
- 7 Komissio päätteli näiden seikkojen nojalla riidanalaisen päätöksen 170 kohdassa, että Bayer Ranska ja Bayer Espanja ovat asettaneet tukkuliikkeilleen jatkuvan uhan toimitettavien määrien vähentämisestä, ja että uhkaus toteutettiin toistuvasti, jos viimeksi mainitut eivät noudattaneet vientikieltoa.
- 8 Komissio katsoi itse tukkuliikkeiden toiminnan osoittavan, että ne eivät ainoastaan ymmärtäneet, että vientikieltoa sovellettiin toimitettuihin tavaroihin, vaan myös mukauttivat toimintansa tähän kieltoon. Ne olivat näin ainakin näennäisesti osoittaneet Bayer Ranskalle ja Bayer Espanjalle hyväksyvänsä vientikieltoa koskevan edellytyksen, jonka heidän toimittajansa oli ottanut käyttöön pitkäaikaisissa liikesuhteissaan näiden tukkuliikkeiden kanssa. Komissio toteaa tältä osin riidanalaisen päätöksen 182 ja 182 kohdassa seuraavaa:

”182 Tukkuliikkeet, jotka käyttivät eri menetelmiä saadakseen toimituksia, erityisesti vientiin suunnattujen tilausten jakamista eri toimipisteille — sekä pienten ’ei-valvottujen’ tukkuliikkeiden tekemiä tilauksia — sopeuttivat tilaustensa esittämisen Bayer Ranskalle ja Bayer Espanjalle niiden vaatimuksiin, joiden mukaan tuotteen vieminen oli kiellettyä.

183 Tukkuliikkeet tilasivat vain kansallisten tarpeiden kattamiseksi toimittajaltaan Bayer Ranskalta tai Bayer Espanjalta. Ne ovat jopa, sen jälkeen kun nämä yritykset ymmärsivät tämän ensimmäisen menettelytavan, ryhtyneet noudattamaan niiden kumppanin asettamia kansallisia 'kiintiöitä' neuvotellen mieluummin niiden kasvattamisesta mahdollisimman suuriksi siinä määrin kuin Bayer Ranskan ja Bayer Espanjan kotimaanmarkkinoiden tavanomaiseksi toimitusmääräksi katsomien lukujen tarkka noudattaminen antoi myöten."

9 Komissio päätteli riidanalaisen päätöksen 184 kohdassa tämän toiminnan todistavan tukkukauppojen liittyneen Bayer Ranskan ja Bayer Espanjan sekä niiden tukkuliikkeiden välisiin pitkäaikaisiin liikesuhteisiin sisältyneeseen vientikieltoon. Se katsoi näin ollen perustamissopimuksen 85 artiklan 1 kohdassa tarkoitetun sopimuksen olevan olemassa.

10 Tästä syystä komissio totesi riidanalaisen päätöksen 1 artiklassa, että "Adalat- ja Adalate 20 mg LP -tuotteen vientikiellolla Ranskasta muihin jäsenvaltioihin ja Adalat- ja Adalate-Retard-tuotteen vientikiellolla Espanjasta muihin jäsenvaltioihin, jotka sisältyvät vuodesta 1991 Bayer Ranskan ja ainakin vuodesta 1989 Bayer Espanjan tukkuliikkeiden kanssa tekemiin sopimuksiin pitkäaikaisista liikesuhteista, Bayer AG on rikkonut perustamissopimuksen 85 artiklan 1 kohdtaa".

11 Riidanalaisen päätöksen 2 artiklan mukaan Bayerin oli toimittava seuraavasti:

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

- lähetettävä kahden kuukauden kuluessa tämän päätöksen tiedoksiantamisesta ranskalaisille ja espanjalaisille tukkuliikkeille kiertokirje, jossa ilmoitetaan selvästi, että vienti muihin jäsenvaltioihin on sallittua eikä siitä aiheudu seuraamuksia,
 - ilmoitettava kahden kuukauden kuluessa tämän päätöksen tiedoksiantamisesta näistä seikoista selkeällä tavalla Ranskassa ja Espanjassa sovellettavissa yleisissä myyntiehdossa.”
- 12 Riidanalaisen päätöksen 3 artiklassa määrättiin Bayerille 3 miljoonan ecun sakko ja sen 4 artiklassa asetettiin saman päätöksen 2 artiklassa asetettujen erityisten velvoitteiden noudattamatta jättämisestä 1 000 ecun suuruinen uhkasakko jokaiselta päivältä tässä artiklassa näiden velvoitteiden noudattamista varten määrätyn kahden kuukauden määräajan päättymisen jälkeen.

Oikeudenkäynti ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimessa ja valituksenalainen tuomio

- 13 Bayer vaati yhteisöjen ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimeen 22.3.1996 jättämässään kanteessa riidanalaisen päätöksen kumoamista. Se vaati samana päivänä ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimeen jättämällään erillisellä asiakirjalla, että tämän päätöksen 2 artiklan täytäntöönpanoa lykätään. Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen presidentti määräsi 3.6.1996 antamallaan määräyksellä riidanalaisen päätöksen 2 artiklan täytäntöönpanon lykättäväksi ja oikeudenkäyntikuluista päätettäväksi myöhemmin.
- 14 Eräs saksalainen lääkkeiden tuojien yhteenliittymä, BAI, pyysi 1.8.1996 saada osallistua oikeudenkäyntiin tukeakseen komission vaatimuksia. European Federation of Pharmaceutical Industries' Associations -niminen (jäljempänä EFPIA)

eurooppalainen ammatillinen yhteenliittymä, joka edustaa 16:n farmasia-alalla toimivan kansallisen ammatillisen yhdistyksen intressejä, pyysi 26.8.1996 saada osallistua oikeudenkäyntiin tukeakseen Bayerin vaatimuksia. Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen laajennetun viidennen jaoston puheenjohtaja hyväksyi 8.11.1996 antamallaan määräyksellä molemmat väliintulohakemukset.

- 15 Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin päätti esittelevän tuomarin kertomuksen perusteella aloittaa suullisen käsittelyn ja päätti työjärjestyksen 64 artiklassa määrättyä prosessinjohtotoimena esittää kirjallisia kysymyksiä Bayerille ja komissiolle, kehottaen näitä vastaamaan niihin istunnossa. Asianosaisten lausumat ja vastaukset ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen esittämiin kysymyksiin kuultiin 28.10.1996 pidetyssä istunnossa.
- 16 Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin kumosi valituksenalaisella tuomiolla riidanalaisen päätöksen ja velvoitti komission korvaamaan Bayerin oikeudenkäyntikulut perustellen tätä sillä, että tämä toimieli oli arvioinut virheellisesti nyt esillä olevan asian tosiseikkoja ja tehnyt virheen niiden oikeudellisessa arvioinnissa, kun se oli katsonut toteennäytetyksi, että Bayerilla ja riidanalaisessa päätöksessä tarkoitetuilla tukkuliikkeillä oli sellainen yhteinen tahto, jonka perusteella voitiin päätellä, että niiden välillä oli perustamissopimuksen 85 artiklan 1 kohdassa tarkoitettu sopimus, jolla pyrittiin estämään tai rajoittamaan Adalatin vientiä Ranskasta ja Espanjasta Yhdistyneeseen kuningaskuntaan.
- 17 Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin on tähän ratkaisuun päätyessään aluksi valituksenalaisen tuomion 66–72 kohdassa kerrannut lyhyesti perustamissopimuksen 85 artiklan 1 kohdassa tarkoitettua käsitettä ”sopimus” koskevaa, tarkemmin ottaen sitä oikeuskäytäntöä, jossa tällainen päätös on näennäisesti valmistajan yksipuolisesti tekemä. Tältä osin se on muun muassa korostanut sitä, että ”jos valmistajan tekemä päätös on yrityksen yksipuolista toimintaa, perustamissopimuksen 85 artiklan 1 kohdassa määrätty kielto ei koske tätä päätöstä” (66 kohta). Tämän jälkeen se on todennut, että ”tilanne, jossa yritys on ryhtynyt tosiasiallisesti yksipuoliseen toimenpiteeseen ilman toisen yrityksen nimenomaista tai hiljaista osallistumista, on erotettava tilanteista, jotka vain vaikuttavat yksipuolisilta. Vaikka ensin mainitut eivät kuulukaan perustamisso-

pimuksen 85 artiklan 1 kohdan soveltamisalaan, toiseksi mainittuja on pidettävä yritysten välisenä sopimuksena ja ne voivat tästä syystä kuulua tämän määräyksen soveltamisalaan. Tämä koskee muun muassa menettelytapoja ja toimia, joilla kilpailua rajoitetaan ja — vaikka valmistaja onkin määrännyt niistä näennäisen yksipuolisesti sopimussuhteissaan jälleenmyyjijensä kanssa — joihin viimeksi mainitut ainakin hiljaisesti suostuvat” (71 kohta).

- 18 Vastatessaan tässä yhteydessä Bayerin esittämään toteamukseen, jossa se tosin myönsi ottaneensa käyttöön yksipuolisen politiikan, jolla pyrittiin rajoittamaan rinnakkaistuontia, mutta kiisti kuitenkin määränneensä vientikiellosta tai edellyttäneensä sitä, ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin on katsonut, että ”sen selvittämiseksi, [oliko] komission esittämä näyttö oikeudellisesti riittävä osoittamaan, että osapuolilla [oli] ollut yhteinen tahto rajoittaa rinnakkaisvientä, [oli] syytä tutkia, [oliko] komissio [Bayerin] väittämin tavoin arvioinut virheellisesti Bayerin ja tukkuliikkeiden tahtoja” (valituksenalaisen tuomion 77 kohta).
- 19 Lausudessaan Bayerin väitetystä tahdosta määrätä vientikiellosta, ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin on valituksenalaisen tuomion 109 kohdassa todennut, että komissio ei ollut oikeudellisesti riittävällä tavalla näyttänyt toteen, ”että Bayer Ranska ja Bayer Espanja olisivat määränneet tukkuliikkeensä vientikieltoon, että Bayer olisi johdonmukaisesti valvonut, mikä oli sen uuden toimituspolitiikan käyttöönottamisen jälkeen toimitetun Adalatin tosiasiallinen lopullinen määränpää, että [Bayer] olisi uhkaillut vientiä harjoittaneita tukkuliikkeitä tai määrännyt niille seuraamuksia tai että se olisi asettanut tämän tuotteen toimitusehdoksi väitetyn vientikiellon noudattamisen”. Riidanalaisessa päätöksessä esitetyistä asiakirjoista ei niistäkään ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuinten mukaan ilmene, että Bayer olisi pyrkinyt pääsemään jonkinlaiseen sopimukseen tukkuliikkeiden kanssa rinnakkaistuonnin rajoittamiseen tähtäävän politiikkansa toteuttamisesta. Sen mukaan asiakirjoilla, joihin komissio vetoaa, ei kuitenkaan näytetä toteen väitettä, jonka mukaan Bayerin toimitukset kullekin tukkuliikkeelle riippuivat siitä, mikä oli tukkuliikkeelle toimitettujen tuotteiden tosiasiallinen määränpää.

20 Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin tutki tämän jälkeen perustamissopimuksen 85 artiklan 1 kohdassa tarkoitetun sopimuksen olemassaoloa selvittäessään valituksenalaisen tuomion 111–157 kohdassa tukkukauppiaiden tosiasiallista asennetta ja menettelyä. Se päätteli aluksi, että komission toteamuksilta, joiden mukaan tukkuliikkeet olivat suostuneet väitettyyn vientikieltoon, puuttuu tosiasiapohja, koska komissio ei ollut oikeudellisesti riittäväällä tavalla näyttänyt toteen, että Bayer olisi määrännyt tukkuliikkeensä vientikieltoon, eikä sitä, että toimitusehtona olisi ollut vientikiellon noudattaminen (valituksenalaisen tuomion 119 ja 122 kohta).

21 Tämän vuoksi ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin tutki, voiko komissio, kun otetaan huomioon tukkuliikkeiden tosiasiallinen menettely sen jälkeen kun Bayer oli ottanut käyttöön uuden toimitusten rajoittamispolitiikkansa, perustellusti päätellä tukkuliikkeiden suostuneen tähän politiikkaan (124 kohta). Otettuaan huomioon riidanalaisessa päätöksessä mainitut asiakirjat se totesi seuraavaa:

”151 Tutkittaessa tukkuliikkeiden asennetta ja tosiasiallista toimintaa voidaan havaita, että komission väite, jonka mukaan nämä noudattivat [Bayerin] politiikkaa, jolla tämä pyrki rinnakkaistuonnin rajoittamiseen, on perusteton.

152 Väite, joka perustuu siihen, että kyseiset tukkuliikkeet olivat vähentäneet tilauksiaan tietylle tasolle antaakseen Bayerille vaikutelman, että ne noudattivat sen ilmaisemaa tahtoa kattaa näin ainoastaan niiden perinteisten markkinoiden tarpeet ja että ne toimivat tällä tavoin välttääkseen seuraamuksen, on hylättävä, koska komissio ei ole näyttänyt toteen, että [Bayer] olisi vaatinut tukkuliikkeitä toimimaan jollakin tietyllä tavalla toimitetun Adalatin viennin osalta tai neuvotellut tästä niiden kanssa, tai että [se] olisi määrännyt vientiä harjoittaneille tukkuliikkeille seuraamuksia tai uhannut niitä sellaisilla.

- 153 Samoista syistä komissio ei myöskään voi väittää, että Bayer saattoi ymmärtää tilausten vähentymisen vain siten, että tukkuliikkeet olivat hyväksyneet sen vaatimukset, eikä se voi myöskään väittää, että koska tukkuliikkeet suostuivat [Bayerin] vaatimuksiin, niiden piti hankkia vientiin tarkoitetut lisämäärät sellaisilta tukkuliikkeiltä, joita kantaja ei 'epäillyt' ja joiden suuremmat tilaukset toimitettiin vaikeuksista.
- 154 Lisäksi edellä tarkastelluista riidanalaisen päätöksen perustelukappaleista ilmenee selvästi, että tukkuliikkeet yrittivät edelleen saada Adalattia vientiin ja että ne jatkoivat tällä toimintalinjalla, vaikka ne katsoivat, että toimitusten saamiseksi oli tarkoituksenmukaisempaa käyttää erilaisia keinoja eli toimia siten, että vientiin tarkoitetut tilaukset jaettiin eri toimipisteiden kesken ja siten, että tilaukset toimitettiin epäsuorasti pienten tukkuliikkeiden kautta. Näin ollen sen seikan, että tukkuliikkeet olivat muuttaneet tilauspolitiikkaa ja ottaneet käyttöön erilaisia tilausten jakamis- ja eriyttämisjärjestelmiä toimittamalla ne epäsuorasti, ei voida tulkita todistavan niiden tahtoneen toimia Bayerin vaatimin tavoin tai olevan vastaus johonkin tämän esittämään vaatimukseen. Tämän seikan voidaan sitä vastoin katsoa osoittavan, että tukkuliikkeillä oli vakaa aikomus jatkaa Adalatin rinnakkaisvientiä.
- 155 Koska ei ole näytetty toteen, että [Bayer] olisi vaatinut tukkuliikkeitä menettelemään jollakin tietyllä tavalla toimitetun Adalatin viennin osalta, sitä, että nämä ryhtyivät toimenpiteisiin saadakseen lisämääriä, voidaan tulkita ainoastaan siten, että ne olivat peruuttaneet väitetyn suostumisensa. Näistä samoista syistä on hylättävä komission väite, jonka mukaan nyt esillä olevan asian olosuhteissa on tavanomaista, että tietyt tukkuliikkeet yrittivät saada kiertoteitse lisätoimituksia, sillä niiden piti sitoutua Bayeriin nähden siihen, etteivät ne harjoittaisi vientiä ja että ne tästä syystä tilaisivat rajoitettuja määriä, joita ei ollut määrä viedä.

- 156 Lopuksi on syytä todeta, että komissio ei ole näyttänyt toteen, että tukkuliikkeet olisivat halunneet pyrkiä Bayerin tavoitteisiin tai uskotella sille, että näin on. Edellä tutkitut asiakirjat osoittavat sitä vastoin, että tukkuliikkeet ovat pyrkineet toiminnallaan kiertämään Bayerin uuden politiikan, jolla se pyrki rajoittamaan toimitukset perinteisten tilausten tasolle.
- 157 Näin ollen komissio on virheellisesti katsonut, että tukkuliikkeiden tosiasiallinen toiminta todistaa oikeudellisesti riittävällä tavalla niiden suostuneen [Bayerin] politiikkaan, jolla se pyrki estämään rinnakkaisuonin.”
- 22 Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin jatkoi päättelyään tarkastelemalla niitä oikeuskäytännössä olleita ennakkotapauksia, joihin komissio oli vedonnut osoittaakseen tässä tapauksessa, että perustamissopimuksen 85 artiklan 1 kohdassa tarkoitettu sopimus oli olemassa, ja totesi tämän jälkeen valituksenalaisen tuomion 171 kohdassa, ettei komissio voinut tehokkaasti vedota noihin ennakkotapauksiin saattaakseen kyseenalaiseksi sen arvion, jonka nojalla se oli päättänyt katsomaan, ettei tukkukauppiaiden suostumista Bayerin uuteen politiikkaan ollut tässä tapauksessa näytetty toteen, ja että komissio ei näin ollen ollut näyttänyt toteen tällaisen sopimuksen olemassaoloa.
- 23 Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin totesi asiassa C-277/87, Sandoz prodotti farmaceutici vastaan komissio, 11.1.1990 annetusta tuomiosta (Kok. 1990, s. I-45) seuraavaa:
- ”161 Tuossa asiassa oli kyse seuraamuksesta, jonka komissio määräsi erälle monikansallisen farmasia-alan yrityksen tytäryhtiölle, Sandozille, joka oli syyllistynyt siihen, että se oli merkinnyt asiakkaille (tukkuliikkeille, apteekkareille ja sairaaloille) lähettämiinsä laskuihin nimenomaisesti maininnan ’vienti kielletty’. Sandoz ei kiistänyt tämän maininnan esiintymistä laskuissa, mutta riitautti perustamissopimuksen 85 artiklan

1 kohdassa tarkoitetun sopimuksen olemassaolon. Yhteisöjen tuomioistuin hylkäsi kanteen vastattuaan ensin kaikkiin kantajan esittämiin väitteisiin. Yhteisöjen tuomioistuin katsoi, että kyseisen maininnan sisältävien laskujen lähettäminen ei ollut yksipuolista toimintaa, vaan että sitä vastoin se oli yleinen osa niitä liikesuhteita, jotka yrityksellä oli asiakkaisiinsa. Se päätyi tähän johtopäätökseen tutkittuaan ensin, millä tavoin yritys menetteli ennen kuin se antoi uudelle asiakkaalle luvan saattaa markkinoille sen tuotteita, ja ottaen huomioon sellaiset toistuvat menettelytavat, joita sovellettiin yhdenmukaisesti ja johdonmukaisesti kaikissa myyntitoiminnoissa (tuomion 10 kohta). Päästyään tarkastelunsa tähän vaiheeseen (11 kohta) yhteisöjen tuomioistuin käsitteli kysymystä siitä, olivatko liikekumppanit suostuneet laskussa mainittuun vientikieltoon, todeten seuraavaa:

'Lisäksi on syytä todeta, että Sandoz PF:n asiakkaat ovat saaneet samanlaisen laskun jokaisen yksittäisen tilauksen jälkeen, tai, tilanteen mukaan, tuotteiden toimituksen jälkeen. Koska asiakas on toistuvasti tilannut tuotteita ja suorittanut tämän jälkeen maksut reklamoimatta maininnan "vienti kielletty" sisältäviin laskuihin merkityistä hinnoista, se on hiljaisesti suostunut laskussa mainittuihin sopimusehtoihin ja sen tyyppiin liikesuhteisiin, joita Sandoz PF ylläpitää asiakkaidensa kanssa. Sandoz PF:n alun perin antama suostumus perustui siis siihen, että sen asiakkaat hyväksyivät hiljaisesti Sandoz PF:n niiden suhteen omaksuman menettelytavan.'

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

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

24 Asiassa C-279/87, Tipp-Ex vastaan komissio, 8.2.1990 annetusta tuomiosta (Kok. 1990, s. I-261), johon komissio oli myöskin vedonnut ja jossa yhteisöjen tuomioistuimien vahvisti päätöksen, jolla komissio oli määrännyt seuraamuksia sellaisesta sopimuksesta, jolla pyrittiin viennin estämiseen ja jossa, toisin kuin edellä mainitussa asiassa Sandoz prodotti farmaceutici vastaan komissio, ei ollut vientikieltoa koskevaa kirjallista sopimusehtoa, ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimien totesi seuraavaa:

”165 Tuossa asiassa oli kyse Tipp-Exin ja sen Ranskassa olevan jälleenmyyjän DMI:n välisestä yksinmyyntisopimuksesta ja siitä, että DMI oli noudattanut valmistajan vaatimusta, jonka mukaan asiakkailta pyydettyjä hintoja oli korotettava niin paljon kuin mahdollista, jotta niillä ei enää olisi taloudellista intressiä rinnakkaistuontiin. Lisäksi oli näytetty toteen, että valmistaja suoritti jälkikäteen tarkastuksia painostaakseen jälleenmyyjää tosiasiallisesti toimimaan tällä tavoin (ETY:n perustamissopimuksen 85 artiklan soveltamismenettelystä 10 päivänä heinäkuuta 1987 tehdyn komission päätöksen 87/406/ETY 58 perustelukappale (EYVL L 222, s. 1)). Yhteisöjen tuomioistuimen esittämät päätelmät ilmenevät tuomion

18–21 kohdasta, joissa se, todettuaan ensin, että Tipp-Exin ja DMI:n välillä oli ollut suullinen yksinmyyntisopimus ja kerrattuaan pääasialliset tosiseikat, tutki jälleenmyyjän reaktioita ja sen toimintaa valmistajan alettua määrätä seuraamuksia. Yhteisöjen tuomioistuin totesi tällöin jälleenmyyjästä näin: ' — — on reagoinut korottamalla 10–20 prosentilla yksinomaan ISA France -yrityksen kanssa sovittuja hintoja. Sen jälkeen kun ISA Francen ostot DMI:ltä olivat olleet keskeytyneinä koko vuoden 1980 ajan, viimeksi mainittu yhtiö kieltäytyi vuoden 1981 alussa itse toimittamasta Tipp-Ex-tuotteita ISA Francelle'. Vasta näiden valmistajan ja jälleenmyyjän toimintaa koskevien havaintojen jälkeen yhteisöjen tuomioistuin teki päätelmän, jonka mukaan perustamissopimuksen 85 artiklan 1 kohdassa tarkoitettu sopimus oli olemassa, todeten seuraavasti:

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

- 166 Näin ollen, toisin kuin nyt esillä olevassa asiassa, edellä mainitussa asiassa Tipp-Ex vastaan komissio ei ollut epäilystä siitä, että valmistaja oli ottanut käyttöön rinnakkaisviennin estämistä koskevan politiikkansa yhteistoiminnassa jälleenmyyjien kanssa. Kuten tuossa tuomiossa todetaan, tämä tahto ilmeni selvästi sopimusosapuolten välisistä suullisista ja kirjallisista sopimuksista (ks. DMI:n osalta tuomion 19 ja 20 kohta ja jälleenmyyjä Beiersdorfin osalta tuomion 22 ja 23 kohta) ja, vaikka joitakin epäilyjä saattoi edelleen ollakin, valmistajan painostamien jälleenmyyjien toimintaa koskeva analyysi osoitti erittäin selvästi niiden suostuneen Tipp-Exin aikomuksiin rajoittaa kilpailua. Sen lisäksi, että komissio oli näyttänyt toteen, että jälleenmyyjät olivat reagoineet valmistajan uhkauksiin ja painostukseen, se oli näyttänyt toteen myös sen, että ainakin yksi näistä oli lähettänyt valmistajalle yhteistoimintaansa koskevat todisteet. Lopuksi on syytä lisätä, että komissio itsekkin huomauttaa nyt esillä olevassa asiassa, että kun yhteisöjen tuomioistuin asiassa Tipp-Ex pyrki selvittämään, oliko sopimus olemassa, se lähestyi asiaa analysoimalla, miten jälleenmyyjät reagoivat valmistajan toimintaan sen pyrkiessä estämään rinnakkaisviennin, ja että yhteisöjen tuomioistuin päätteli tämän reaktion perusteella, että sen ja Tipp-Exin välillä täytyi olla olemassa sopimus, jolla pyrittiin rinnakkaisviennin estämiseen.

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

25 Asiassa 107/82, AEG vastaan komissio, 25.10.1983 annetusta tuomiosta (Kok. 1983, s. 3151, Kok. Ep. VIII, s. 281) ja yhdistetyissä asioissa 25/84 ja 26/84, Ford vastaan komissio, 17.9.1985 annetusta tuomiosta (Kok. 1985, s. 2725) ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin totesi seuraavaa:

”170 Edellä mainitussa asiassa AEG vastaan komissio, jossa valmistajan ja jälleenmyyjien tahto ei täysin selvästi ilmennyt ja jossa kantaja vetosi nimenomaan toimintansa yksipuolisuuteen, yhteisöjen tuomioistuin katsoi, että kun kyse on valikoivasta jakelujärjestelmästä, menettelytapa, jonka mukaan valmistaja kieltäytyy hyväksymästä sellaisia jälleenmyyjiä, jotka vastaavat järjestelmän laatuperusteita, pitääkseen yllä korkean hintatason tai sulkeakseen pois tietyt nykyaikaiset markkinointikeinot, ’ei ole sellaista yrityksen yksipuolista toimintaa, jota AEG:n väittämin tavoin perustamissopimuksen 85 artiklan 1 kohdassa määrätty kielto ei koske. Se kuuluu päinvastoin yrityksen ja jälleenmyyjien sopimussuhteisiin’ (38 kohta). Tämän jälkeen yhteisöjen tuomioistuin totesi, että jälleenmyyjät olivat antaneet suostumuksensa, täsmentäen, että ’kun jälleenmyyjä hyväksytään, hyväksyntä perustuu siihen, että sopimuspuolet hyväksyvät nimenomaisesti tai hiljaisesti AEG:n noudattamat toimintaperiaatteet, joiden mukaan sellaisia jälleenmyyjiä ei hyväksytä, jotka tosin täyttävät hyväksymisen edellytykset mutta jotka eivät ole valmiit hyväksymään kyseisiä periaatteita’ (38 kohta). Yhteisöjen tuomioistuin on vahvistanut tämän lähestymistavan valikoivaa jakelujärjestelmää koskevissa muissa tuomioissaan (ks. em. asia Ford ja Ford Europe v. komissio, tuomion 21 kohta, [asia 75/84, Metro v. komissio, nk. Metro II -tapaus, tuomio 22.10.1986, Kok. 1986, s. 3021] 72 ja 73 kohta, ja [asia C-70/93], Bayerische Motorenwerke, [tuomio 24.10.1995, Kok. 1995, s. I-3439], tuomion 16 ja 17 kohta).”

26 Yhdistetyissä asioissa 32/78, 36/78–82/78, BMW Belgium ym. vastaan komissio, 12.7.1979 annetusta tuomiosta (Kok. 1979, s. 2435) ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin totesi seuraavaa:

”169 Selvittääkseen edellä mainitussa asiassa BMW Belgium ym. vastaan komissio, oliko BMW Belgiumin ja sen jälleenmyyjien välillä tehty perustamissopimuksen 85 artiklan 1 kohdassa tarkoitettu sopimus, yhteisöjen tuomioistuin tutki ne toimenpiteet, joiden saatettiin katsoa osoittavan sopimuksen olemassaolon, eli tuossa tapauksessa BMW:n jälleenmyyjille osoitetut kiertokirjeet, ’niin niiden sisällön osalta kuin suhteessa siihen aineelliseen ja oikeudelliseen tilanteeseen, johon ne [liittyivät] sekä suhteessa asianosaisten käyttäytymiseen’ ja päätteli, että kyseiset kiertokirjeet ’ilmensivät tahtoa lopettaa kokonaisuudessaan uusien BMW-ajoneuvojen vienti Belgiasta’ (28 kohta). Se lisäsi, että ’osoittaessaan nämä kiertokirjeet kaikille Belgiassa oleville jälleenmyyjille, BMW Belgiumista [oli] tullut jälleenmyyjien kanssa tehtävän sellaisen sopimuksen alkuunpanija, jolla pyrittiin tämän viennin täydelliseen lopettamiseen’ (29 kohta). Tämän tuomion 30 kohdasta ilmenee, että yhteisöjen tuomioistuin halusi korostaa jälleenmyyjien antaneen suostumuksensa.”

27 Lisäksi ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin hylkäsi valituksenalaisen tuomion 173–181 kohdassa komission väitteen siitä, että se voi katsoa perustamissopimuksen 85 artiklan 1 kohdassa tarkoitetun yritysten välisen sopimuksen olemassaolon tulleen toteennäytetyksi jo sillä, että on todettu, etteivät tukku-liikkeet ole lopettaneet liikesuhteitaan Bayerin kanssa. Se katsoi päinvastoin, että näytön tässä määräyksessä tarkoitetun yritysten välisen sopimuksen olemassaolosta pitää perustua siihen, että itse sopimuksen käsitteelle ominainen subjektiivinen seikka, nimittäin se, että taloudellisilla toimijoilla on ollut yhteinen tahto, voidaan todeta suoraan tai epäsuorasti.

28 Valituksenalaisen tuomion 179–182 kohdassa ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin moittii komissiota siitä, että tämä on yrittänyt laajentaa perustamissopimuksen kolmannen osan VI osaston 1 luvun 1 jaksossa olevien ”yrityksiin sovellettavien sääntöjen” soveltamisalaa.

- 29 Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin kumosi näin ollen riidanalaisen päätöksen tutkimatta Bayerin esittämiä toissijaisia kanneperusteita, jotka koskivat perustamissopimuksen 85 artiklan 1 kohdan virheellistä soveltamista, Espanjan kuningaskunnan ja Portugalin tasavallan liittymisehdoista ja perustamissopimuksen mukautuksista tehdyn asiakirjan (EYVL 1985, L 302, s. 23) 47 artiklan mukaisia laillisia toimintoja ja asetuksen N:o 17, perustamissopimuksen 85 ja 86 artiklan ensimmäinen täytäntöönpanoasetus, (EYVL 1962, 13, s. 204) 15 artiklan virheellistä soveltamista Bayerille sakkoa määrättäessä.

Oikeudenkäynti ja asianosaisten ja muiden osapuolten vaatimukset

- 30 Yhteisöjen tuomioistuimen presidentin 28.3.2001 antamalla määräyksellä asiat C-2/01 P ja C-3/01 P yhdistettiin kirjallista ja suullista käsittelyä sekä tuomion antamista varten.
- 31 European Association of European Pharmaceutical Companies (jäljempänä EAEPIC), eurooppalainen lääkkeiden myynnin alalla toimivien yhtiöiden etuja edustava liitto, pyysi 9.4.2001 tekemällään väliintulohakemuksella saada osallistua oikeudenkäyntiin tukeakseen BAI:n ja komission vaatimuksia. Yhteisöjen tuomioistuimen presidentti hyväksyi EAEPIC:n pyynnön 26.9.2001 antamallaan määräyksellä.
- 32 Ruotsin kuningaskunta pyysi 23.4.2001 toimittamallaan väliintulohakemuksella yhteisöjen tuomioistuimen perussäännön 37 artiklan ensimmäisen kohdan nojalla saada osallistua oikeudenkäyntiin tukeakseen komission vaatimuksia. Yhteisöjen tuomioistuimen presidentti hyväksyi Ruotsin kuningaskunnan väliintulon 25.6.2001 antamallaan määräyksellä.

33 BAI vaatii, että yhteisöjen tuomioistuin

- kumoaa valituksenalaisen tuomion ja hylkää Bayerin ensimmäisessä oikeusasteessa esittämät vaatimukset

- toissijaisesti palauttaa asian ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimeen

- velvoittaa Bayerin korvaamaan oikeudenkäyntikulut, myös ne kulut, jotka BAI:lle ovat aiheutuneet osallistumisesta ensimmäisessä oikeusasteessa käytyyn oikeudenkäyntiin.

34 Komissio vaatii, että yhteisöjen tuomioistuin

- kumoaa valituksenalaisen tuomion ja hylkää kanteen, jonka Bayer on nostanut riidanalaisesta päätöksestä

- velvoittaa Bayerin muutoksenhaun vastapuolena ja kantajana korvaamaan oikeudenkäyntikulut yhteisöjen tuomioistuimessa ja ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimessa.

35 Ensimmäisessä oikeusasteessa kantajana ollut Bayer vaatii, että yhteisöjen tuomioistuin

— hylkää komission valituksen kokonaisuudessaan

— velvoittaa komission korvaamaan muutoksenhausta aiheutuvat oikeudenkäyntikulut.

36 EFPIA, Bayerin vaatimuksia ensimmäisessä oikeusasteessa tukenut väliintulija, vaatii, että yhteisöjen tuomioistuin

— hylkää komission ja BAI:n valituksen

— velvoittaa komission korvaamaan sille aiheutuneet oikeudenkäyntikulut.

37 Komission vaatimuksia tukeva väliintulija Ruotsin kuningaskunta vaatii valituksenalaisen tuomion kumoamista.

38 BAI:n ja komission vaatimuksia tukeva väliintulija EAEPK vaatii, että yhteisöjen tuomioistuin

— kumoaa valituksenalaisen tuomion ja hylkää Bayerin ensimmäisessä oikeusasteessa esittämän vaatimuksen

- toissijaisesti palauttaa asian ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimeen
- velvoittaa Bayerin korvaamaan oikeudenkäyntikulut.

Tiivistelmä asianosaisten valitusperusteista

- 39 BAI on esittänyt kolme valitusperustetta, joista ensimmäisessä se väittää, että niitä tosiseikkoja, joihin riidanalainen päätös perustuu, ei ole otettu riittävästi huomioon, toisessa, että ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen todistus-harkinta on ollut virheellistä ja että siinä on rikottu todistustaakkasääntöjä, ja kolmannessa se väittää, että ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin on tehnyt oikeudellisen virheen valitessaan perustamissopimuksen 85 artiklan 1 kohdassa tarkoitetun sopimuksen olemassaoloa harkittaessa tarvittavia oikeudellisia arviointiperusteita.
- 40 Komissio puolestaan arvostelee yleisellä tasolla sitä rajoittunutta lähestymistapaa, jonka ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin on omaksunut soveltaessaan perustamissopimuksen 85 artiklan 1 kohtaa viennin rajoituksiin, ja esittää tämän jälkeen viisi tarkempaa valitusperustetta, joissa se pääasiallisesti väittää, että kyseisessä artiklassa tarkoitetun sopimuksen käsitettä on tulkittu liian suppeasti, että tämän määräyksen soveltamisessa on tehty oikeudellinen virhe ja että todistusaineistoa on vääristelty.
- 41 Valitusperusteet, jotka koskevat sitä arviointia, jonka ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin on tehnyt perustamissopimuksen 85 artiklan 1 kohdassa tarkoitetun ”sopimuksen” käsitteestä, liittyvät yleisesti kysymykseen siitä, onko ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin tulkinnut tätä määräystä liian suppeasti, koska tässä tulkinnassa on pidetty mahdollisena sitä, että vientikiellon sisältävä sopimus voitaisiin katsoa tehdyn nyt esillä olevassa asiassa tutkittavana olevan kaltaisessa tilanteessa.

Alustava huomautus

- 42 Ennen valitusperusteiden tutkimista on syytä korostaa, että komissio on riidanalaisessa päätöksessä rajoittunut tutkimaan vain yhtä väitettä, joka koski sitä, että Bayerin ja sen tukkuliikkeiden välillä oli olemassa perustamissopimuksen 85 artiklan 1 kohdassa tarkoitettu ”sopimus” ja että tämä sopimus liittyi markkinoihin, jotka oli määritetty suhteessa kyseessä olevan valmisteen, eli Adalatin, pääasiallisiin terapeuttisiin vaikutuksiin. Tästä syystä on tärkeää täsmentää, että nyt vireillä olevassa oikeudenkäynnissä ei ole riitautettu kyseisen 85 artiklan muiden kohtien tai EY:n perustamissopimuksen 86 artiklan (josta on tullut EY 82 artikla) soveltamista eikä relevanttien markkinoiden muita mahdollisia määritelmiä.

Tosiseikkojen toteamista koskevat valitusperusteet

- 43 Sekä BAI että komissio riitauttavat ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen suorittaman tosiseikkojen arvioinnin väittäen, että tosiseikkoja ei ole otettu riittävästi huomioon siltä osin kuin ne koskivat väitettyä Bayerin harjoittamaa toimitettujen tuotteiden lopullisen määränpään valvontaa, ja todistusaineistoa, joka liittyi tukkuliikkeitten tahtoon uskotella Bayerille, että tuotteita vastedes tilattaisiin vain kotimaanmarkkinoiden kysyntää vastaava määrä.

Valvonta, jota Bayerin väitetään harjoittaneen

Asianosaisten ja muiden osapuolten lausumat

- 44 Ensimmäisessä valitusperusteessaan BAI kiistää totuudenvastaisena ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen valituksenalaisen tuomion 109 kohdassa esittämän

arvion, jonka mukaan komissio ei ollut näyttänyt toteen, että Bayer olisi valvonut, mikä oli espanjalaisille ja ranskalaisille tukkuliikkeille toimitettujen tuotteiden lopullinen määränpää. Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin on näin ollen päättänyt tekemään virheellisen oikeudellisen arvion, sillä sen päätelmä, jonka mukaan perustamissopimuksen 85 artiklan 1 kohdassa tarkoitettua sopimusta ei ollut olemassa, on tehty huomioimatta asiaan liittyviä merkityksellisiä seikkoja.

- 45 BAI nojautuu komission riidanalaisen päätöksen 140 ja 80 kohdassa mainitsemien asiakirjojen tekstiin ja korostaa, että Bayerin oli onnistunut jäljittää espanjalaiset tukkuliikkeet Yhdistyneestä kuningaskunnasta löydettyjen erien sarjanumeroiden avulla. Toisin kuin ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin on arvioinut, BAI katsoo näistä asiakirjoista ilmenevän, että tällaista valvontaa on harjoitettu, vaikka se olisikin koskenut vain joitakin eriä.
- 46 Sekä Bayer että EFPIA katsovat, ettei tätä valitusperustetta pidä ottaa tutkittavaksi, koska sillä pyritään ainoastaan ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen valituksenalaisen tuomion 105, 108 ja 109 kohdassa suorittaman tosiseikkojen arvioinnin kiistämiseen. Bayer täsmentää edelleen, että tämä peruste nojautuu virheelliseen näkemykseen tosiseikoista, sillä vaikka sarjanumeroiden perusteella voitaisiinkin yksilöidä vientiä harjoittaneet tukkuliikkeet, ne eivät todista sitä, että tällaista valvontaa olisi tosiasiallisesti harjoitettu nyt esillä olevassa asiassa. Joka tapauksessa Bayer kiistää, että toimijat olisi mahdollista yksilöidä tuotteiden sarjanumeroiden perusteella, koska yleensä useille eri tukkuliikkeille toimitetuissa erissä on sama numero.

Yhteisöjen tuomioistuimen arviointi asiasta

- 47 EY 225 artiklan ja yhteisöjen tuomioistuimen perussäännön 51 artiklan nojalla, joiden mukaan ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen päätöksiin voidaan vain oikeuskysymyksiä koskevilta osin hakea muutosta yhteisöjen tuomioistuimelta, ainoastaan ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin on toimivaltainen

määrittämään ratkaisun perustaksi asetettavan tosiseikaston, lukuun ottamatta sellaisia tapauksia, joissa määritetyn tosiseikaston paikkansapitämättömyys käy ilmi sille toimitetusta aineistosta, ja toisaalta arvioimaan tätä tosiseikastoa, lukuun ottamatta sellaisia tapauksia, joissa näyttöä on vääristelty. Kun ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin on määrittänyt asian tosiseikaston tai arvioinut sitä, yhteisöjen tuomioistuin on kyseisen EY 225 artiklan nojalla toimivaltainen pelkästään harjoittamaan tämän tosiseikaston oikeudelliseen luonnehdintaan ja ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen sen pohjalta tekemiin oikeudellisiin päätelmiin kohdistuvaa valvontaa (asia C-7/95 P, Deere v. komissio, tuomio 28.5.1998, Kok. 1998, s. I-3111, 21 kohta).

- 48 Ensimmäisessä valitusperusteessaan BAI kiistää ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen tekemän tosiseikkoja koskevan arvioinnin ja erityisesti sen, että viimeksi mainittu on riidanalaisessa päätöksessä mainitut asiakirjat huomioon ottaen päätelty, että komissio ei ollut oikeudellisesti riittävällä tavalla näyttänyt toteen, että Bayer olisi ”johdonmukaisesti valvonut”, mikä oli sen uuden lääkkeiden toimituspolitiikan käyttöönottamisen jälkeen toimitetun Adalatin lopullinen määränpää. Bayerin ja EFPIA:n esittämä oikeudenkäyntiväite on näin ollen perusteltu ja BAI:n ensimmäinen valitusperuste on hylättävä.

Tukkuliikkeiden tahto uskotella Bayerille, että tuotteita vastedes tilattaisiin vain kotimaanmarkkinoiden kysyntää varten

Asianosaisten ja muiden osapuolten lausumat

- 49 Komissio väittää kolmannessa valitusperusteessaan, että ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin on jättänyt huomioimatta tai on vääristellyt tiettyjä olemassaolevia todistuskainoja, kun se on riidanalaisen päätöksen 126 kohdassa katsonut, ettei komission riidanalaisessa päätöksessään mainitsemilla asiakirjoilla näytetty toteen, että tukkukauppiat halusivat antaa Bayerille sen vaikutelman, että ne noudattivat viimeksi mainitun uutta kaupallista politiikkaa.

- 50 Komissio väittää, ettei ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin ottanut huomioon sitä, että tukkuliikkeiden paikallisia edustajia, joiden kesken vientiin suunnatut tilaukset jaettiin, kehoitettiin osoittamaan hienotunteisuutta sen jälkeen, kun Bayer Ranska oli kieltäytynyt toimittamasta avoimesti vientiin suunnattuja tilauksia, ja että ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin ei ollut ottanut huomioon sitä, että tällä toivottujen määrien jakamisella paikallisten toimipisteiden kesken ei voinut ollut muuta tarkoitusta kuin salata Bayerilta niiden vientihankkeet.
- 51 Komissio korostaa lisäksi sekä tukkuliikkeiden tahtoa salata Bayerilta kotimaanmarkkinoiden kysynnän määrä, minkä osoittaa riidanalaisessa päätöksessä mainittu kirjeenvaihto, että tällaisen lähestymistavan välttämättömyyttä ottaen huomioon, että tukkuliikkeet tahtoivat jatkaa lääkkeiden vientiä ja että Bayerin poliittikkana oli toimittaa niille vain kyseisten markkinoiden kysyntää varten.
- 52 Bayerin ja EFPIA:n mukaan väite, jonka mukaan tietty todistusaineisto on jätetty huomiotta, on välittömästi hylättävä, sillä ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin oli valituksenalaisessa tuomiossa yksityiskohtaisesti tutkinut ja ottanut huomioon kaikki komission riidanalaisessa päätöksessä mainitsemat asiakirjat, ja näin ollen tämä peruste kohdistuu ainoastaan ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen toteamia tosiseikkoja vastaan. Ne toteavat todistusaineiston väitetystä vääristelystä, että ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin on valituksenalaisen tuomion 125, 128, 131 ja 143–152 kohdassa nimenomaisesti katsonut, että tietyt yritykset olivat teeskennelleet, että kotimaanmarkkinoiden kysyntä oli suurempi ja että komissio ei ollut edes yrittänyt näyttää, että ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin olisi nämä ”vääristellyt” todisteet huomioimalla päätenyt erilaiseen arviointiin. Niiden mukaan komissio yrittää uudelleen riitauttaa ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen esittämät tosiasioita koskevat toteamukset.

Yhteisöjen tuomioistuimen arviointi asiasta

- 53 Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin on tutkinut kysymystä siitä, voidaanko, näytön puuttuessa Bayerin yrityksestä saada tukkuliikkeet taipumaan tai suostumaan uuteen kaupalliseen politiikkaansa, viimeksi mainittujen tosiasiallisen menettelyn nojalla päätellä niiden suostuneen tähän politiikkaan, se on ottanut huomioon kaikki komission riidanalaisessa päätöksessä mainitut asiakirjat.
- 54 Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin ei tällöin ole millään tavoin todennut, että tukkuliikkeillä ei ollut aikomusta salata Bayerilta vientitarkoitustaan. Se on päinvastoin vain todennut, että komission mainitsemilla asiakirjoilla ei näytetty toteen, että tukkuliikkeet olivat halunneet antaa Bayerille sellaisen vaikutelman, että vastatakseen sen ilmaisemaan tahtoon, ne olivat valmiita vähentämään tilauksensa määrätyle tasolle.
- 55 Toiseksi todetaan väitetystä todistusaineiston vääristelystä, että ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin ei ole millään tavoin kiistänyt sitä, että tietyt tukkuliikkeet olivat Bayerin politiikkaan vastatakseen mieluummin tehneet tilaukset siten, että ne oli jaettu niiden paikallisten toimipisteiden kesken, mikä oli selitetty sillä, että kotimaanmarkkinoille virallisesti tarkoitetut tilaukset olivat lisääntyneet.
- 56 Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin on nimenomaisesti myöntänyt, että tukkuliikkeet olivat käyneet Bayerin kanssa vaikeita neuvotteluja saadakseen tämän myöntämään, että niiden perinteiset tarpeet kotimaassa olivat suuremmat ja että näiden tarpeisiin vastaaminen oli välttämätöntä. Se on päätellyt, ettei tätä asianhaaraa voitu käyttää sen toteennäyttämiseksi, että tukkuliikkeet olivat suostuneet Bayerin politiikkaan.

57 Komission kolmas valitusperuste on näin ollen perusteettomana hylättävä.

Todistustaakka perustamissopimuksen 85 artiklan 1 kohdassa tarkoitetun sopimuksen olemassaolosta

Asianosaisten ja muiden osapuolten lausumat

- 58 Toisessa valitusperusteessaan BAI väittää, että ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin on tehnyt oikeudellisen virheen hyväksyessään periaatteen, jonka mukaan yksin komission on näytettävä toteen perustamissopimuksen 85 artiklan 1 kohdassa tarkoitetun sopimuksen olemassaolo Bayerin ja kyseisten tukkuliikkeiden välillä (valituksenalaisen tuomion 119–121 kohta). Näin menetellessään ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin on sen mukaan jättänyt ottamatta huomioon yhteisöjen tuomioistuimen asiassa C-49/92 P, komissio vastaan Anic Partecipazioni, 8.7.1999 antamassa tuomiossa (Kok. 1999, s. I-4125, 96 kohta) toteaman periaatteen, jonka mukaan jos komission keräämät todisteet ovat prima facie riittäviä näyttämään toteen sopimuksen olemassaolon, asianomaisen yrityksen asiana on näyttää toteen se, etteivät sen ja sen jälleenmyyjien tahdot olleet yhtyneet.
- 59 BAI väittää tältä osin, että komission toteamien tosiseikkojen mukaan, joita Bayer ei ole kiistänyt, viimeksi mainitun ja tukkuliikkeiden välillä käytiin neuvotteluja Bayerin määrättyä vientirajoituksista. Bayer oli näissä neuvotteluissa selvästi ilmoittanut, että se tahtoi estää rinnakkaistuonnin kiintiömällä myynnin. Tukkuliikkeet olivat lisäksi ymmärtäneet tämän halun ja ne olivat lopulta hyväksyneet kiintiöinnin. Vaikka ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin onkin esittänyt oikein kaikki nämä seikat, se ei ole tehnyt niistä oikeudellisesti paikkansapitäviä päätelmiä. BAI:n mukaan ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen olisi pitänyt edellä mainitussa asiassa komissio vastaan Anic Partecipazioni annetun tuomion perusteella päätellä, että perustamissopimuksen 85 artiklan 1 kohdassa tarkoitetun sopimuksen olemassaolo oli prima facie toteennäytetty, mistä seuraa, että Bayerin olisi ollut todistettava, etteivät tahdot olleet yhtyneet. Valituksenalainen tuomio perustui siis myös tähän oikeudellisesti virheelliseen soveltamiseen.

60 Vastauksessaan niin Bayer kuin EFPIA:kin väittävät, että edellä mainittua asiassa komissio vastaan Anic Partecipazioni annettua tuomiota, jossa esillä olleet tosiseikat eroavat nyt esillä olevista, ei missään tapauksessa voida soveltaa tässä asiassa. Bayer katsoo EFPIA:n tukemana, että todellisuudessa tämä väite on suunnattu sitä ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen esittämää tosiseikkoja koskevaa toteamusta vastaan, jonka mukaan komissio ei ollut näyttänyt toteen tässä määräyksessä tarkoitetun sopimuksen olemassaoloa, joten se on sellaisena jätettävä tutkimatta tai katsottava perusteettomaksi.

Yhteisöjen tuomioistuimen arviointi asiasta

61 Bayerin ja EFPIA:n esittämästä oikeudenkäyntiväitteestä riittää, kun todetaan, että todistustaakan jakautumista koskeva kysymys, vaikka se saattaa vaikuttaa ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen tekemiin tosiseikkoja koskeviin toteamuksiin, on oikeuskysymys. Näin ollen tämä oikeudenkäyntiväite ei ole perusteltu.

62 Pääasiasta on todettava, että edellä mainitussa asiassa komissio vastaan Anic Partecipazioni yhteisöjen tuomioistuin, toisin kuin BAI esittää, ei muuttanut periaatetta, jonka mukaan silloin kun kyse on kilpailusääntöjen rikkomista koskevasta oikeudenkäynnistä, komission on näytettävä toteamansa rikkominen toteen ja sen on esitettävä oikeudellisesti riittävä näyttö siitä, että tämän rikkomisen perustana olevat tosiseikat ovat olemassa.

63 Siinä asiassa, joka antoi aiheen edellä mainitussa asiassa komissio vastaan Anic Partecipazioni annetun tuomion antamiseen, oli näytetty toteen, että eräässä useiden osallistujien välisessä kokouksessa oli tehty perustamissopimuksen 85 artiklan 1 kohdassa tarkoitettu ”sopimus”. Yhteisöjen tuomioistuin totesi tuolloin, että tällaiseen kokoukseen osallistuneella yrityksellä on todistustaakka, jos se haluaa myöhemmin vedota siihen, ettei se halunnut osallistua näin tehdyn sopimuksen toimeenpanoon. Tästä seuraa, että todistustaakka käännettiin tuossa asiassa sen jälkeen kun oli toteennäytetty, että kolme yritystä olivat pitämässään

kokouksessa tehneet sopimuksen. Asianomaisella yrityksellä, jolla oli todistus-
taakka, oli mahdollisuus vetäytyä tehdystä sopimuksesta, mutta ei kieltää sen
olemassaoloa. Näin ollen BAI ei voi tehokkaasti vedota edellä mainittuun asiassa
komissio vastaan Anic Partecipazioni annettuun tuomioon tukeakseen toista
valitusperustettaan, joka ei siis ole perusteltu ja on näin ollen hylättävä.

Perustamissopimuksen 85 artiklan 1 kohdassa tarkoitetun ”sopimuksen” käsitteeseen liittyvät valitusperusteet

- 64 Sekä BAI että komissio arvostelevat sitä liian suppeaa oikeudellista arviointia,
jonka nojalla ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin on katsonut, ettei perus-
tamissopimuksen 85 artiklan 1 kohdan soveltamisalaan kuuluvaa vientikieltoa
koskevaa sopimusta ollut olemassa.

*Yleisiä huomautuksia siitä tavasta, jolla ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin on
lähestynyt perustamissopimuksen 85 artiklan 1 kohdassa tarkoitetun ”sopimuk-
sen” käsitettä*

- 65 Komissio katsoo, että valituksenalainen tuomio ei sovi yhteen perustamissopi-
muksen 85 artiklan 1 kohdassa tarkoitettua sopimuksen käsitettä koskevan
aikaisemman oikeuskäytännön kanssa, ja että näin ollen siinä määritellään
uudelleen vientikiellon ja sitä koskevan sopimuksen olemassaolon toteennäyttä-
miseksi vaadittavat arviointiperusteet. Näiden käsitteiden suppealla tulkinnalla ja
sille näytölle asetetuilla ankarammilla vaatimuksilla, joka on esitettävä valmista-
jan ja tukkuliikkeen välisestä vientikieltoa koskevasta sopimuksesta, kyseenalais-
tetaan komission politiikka, jolla se taistelee rinnakkaistuonnin estä-
misjärjestelmään nojautuvia kilpailunrajoituksia vastaan.

- 66 EAEPK väittää tältä osin, että rinnakkaiskauppa on välttämätön seuraus sisämarkkinoiden toteutumisesta. Ruotsin kuningaskunta vetoaa samanlaisiin perusteluihin korostaen, että koska lääkealaa ei ole täydellisesti yhdenmukaistettu Euroopassa, on tärkeää, että rinnakkaistuontia rohkaistaan sen estämiseksi, että näitä markkinoita, jotka jo ovat herkkiä sellaisille epälojaaleille menettelyille, joilla pyritään ylläpitämään jäsenvaltioiden välillä olemassaolevia hintaeroja, rajoitettaisiin vielä lisää.
- 67 EAEPK muistuttaa, että jäsenvaltioiden on kiellettyä millään tavoin rajoittaa tavaroiden vapaata liikkuvuutta, jos se ei ole perustamissopimuksen nojalla perusteltua, ja väittää, että valtion asettamia rajoituksia ei pitäisi korvata yksityisten asettamilla rajoituksilla.
- 68 Bayer toteaa EFPIA:n tukemana, että perustamissopimuksen 85 artiklan 1 kohdan soveltamisalaa koskevat väitteet ovat selvästi perusteettomia. Päätökset ja oikeuskäytäntö, joka koskee tämän määräyksen soveltamista vientikieltoihin, liittyvät yksinomaan tapauksiin, joissa valmistaja oli etukäteen, nimenomaisesti tai hiljaisesti, tehnyt jälleenmyyjien kanssa tähän kieltoon liittyvän sopimuksen, jonka avulla se jälkikäteen valvoi, noudatettiinko tätä vientikieltoa, ja määräsi seuraamuksia yrityksille, jotka eivät olleet noudattaneet tätä sopimusta. Näin ei ole asian laita nyt esillä olevassa asiassa eikä aiempaa oikeuskäytäntöä näin ollen voida siinä soveltaa.
- 69 Itse asiassa komission todellisena tavoitteena on laajentaa perustamissopimuksen 85 artiklan 1 kohdan soveltamisalaa ja aiheuttaa se, että ”rinnakkaistuonnin rajoittamisesta”, joka kuuluu EY:n perustamissopimuksen 30 artiklassa (josta on muutettuna tullut EY 28 artikla) määrätyn tavaroiden vapaata liikkuvuutta koskevaan periaatteeseen, tulee käytännössä perustamissopimuksen 85 artiklan 1 kohdan rikkomista sellaisenaan. Komissio yrittää nyt esillä olevassa asiassa nimenomaisesti yhdenmukaistaa lääkkeiden hinnat tätä määräystä soveltamalla,

yhdenmukaistamatta jäsenvaltioiden lainsäädäntöä, joka kuitenkin on synnä hintaeroihin. Jäsenvaltiot, eivätkä lääketehaat, ovat vastuussa siitä, että samalla lääkkeellä on eri hinta eri jäsenvaltioissa. Nämä kilpailun vääristymät voidaan poistaa vain soveltamalla perustamissopimuksen 30 artiklaa ja yhdenmukaistamalla lääkkeiden hintojen määräytymistä koskevat kansalliset säännökset.

- 70 Ehdotuksella, jossa kehoitetaan käyttämään perustamissopimuksen 85 artiklan 1 kohtaa sellaisen yrityksen rankaisemiseksi, joka ei ole määräävässä asemassa ja joka päättää kieltäytyä toimituksista tukkuliikkeille estääkseen niiden rinnakkaisviennin, jätetään selvästi huomiotta kyseisen 85 artiklan 1 kohdan välttämättömät soveltamisedellytykset ja perustamissopimuksen rakenne. Niiden nojalla sellaiset jäsenvaltion toteuttamat, rinnakkaisviennin estävät toimet on tosin kielletty perustamissopimuksen 30 artiklalla, mutta yksityisyritysten toteuttamat yksipuoliset toimet kuuluvat kyseisessä perustamissopimuksessa määrättyjen periaatteiden nojalla rajoitusten alaisuuteen vain silloin, kun kyse on yrityksestä, jolla on markkinoilla saman perustamissopimuksen 86 artiklassa tarkoitettu määräävä asema, mistä ei ole kyse nyt esillä olevassa asiassa.
- 71 Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen perustamissopimuksen 85 artiklan 1 kohdassa tarkoitettu ”sopimuksen” käsitteestä esittämään liian suppeaan tulkintaan perustuvia eri valitusperusteita on tutkittava tällaisessa yhteydessä.

Valvonta- ja seuraamusjärjestelmän välttämättömyys vientikieltoa koskevan sopimuksen toteamisedellytyksenä

Asianosaisten ja muiden osapuolten lausumat

- 72 Komissio väittää ensimmäisessä valitusperusteessaan ja BAI väittää kolmannen valitusperusteensa ensimmäisen kohdan i alakohdassa, ja tältä osin niitä tukee

Ruotsin kuningaskunta, että ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin on tulkinnut perustamissopimuksen 85 artiklan 1 kohtaa liian suppeasti, koska se on virheellisesti katsonut, että viejätukkuliiikkeille toimitettujen Adalat-erien lopullista päämäärää koskeva valvonta- ja seuraamusjärjestelmä on välttämätön edellytys sille, että vientikieltoa koskevan sopimuksen voidaan katsoa olevan olemassa.

- 73 BAI korostaa sitä, että vaikka valvonta- ja seuraamusjärjestelmä voi olla osoitus perustamissopimuksen 85 artiklan 1 kohdassa kielletyn sopimuksen olemassaolosta, koska sillä voidaan pakottaa kyseiset kauppakumppanit pitämään lupauksensa, tämä ei kuitenkaan merkitse sitä, että tällaisen järjestelmän puuttuminen olisi sinänsä riittävä osoitus siitä, että sopimusta ei ole tehty. Se viittaa väitteensä tueksi erityisesti asiassa Sandoz prodotti farmaceutici vastaan komissio ja asiassa Ford vastaan komissio annettuihin tuomioihin, joissa yhteisöjen tuomioistuin on sen mukaan katsonut kilpailunvastaisen sopimuksen olevan olemassa tällaisen valvonnan puuttuessa. Jos vaadittaisiin, että tässä määräyksessä kielletyn vientikieltoa koskevan sopimuksen olemassaolon toteamisen samanaikaisina edellytyksinä olisi tällaisen valvonta- ja seuraamusjärjestelmän olemassaolo, lakia sovellettaisiin virheellisesti.
- 74 Komissio puolestaan moittii ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuinta siitä, että se on katsonut, että vientikieltoa koskeva sopimus on olemassa ainoastaan silloin, kun toimitettujen tuotteiden tosiasiallisen lopullisen määränpään selvittämiseksi harjoitetaan jälkeenpäin tapahtuvaa valvontaa ja rangaistusseuraamuksia sovelletaan sen varmistamiseksi, että tuotteita ei viedä. Komission mukaan tällainen sopimus on olemassa myös sellaisessa nyt esillä olevassa asiassa tarkoitettunkaltaisessa tilanteessa, jossa on otettu käyttöön hienovaraisempi ennaltaehkäisevä tapa, jolla toimituksia rajoitetaan heti kun on aihetta olettaa, että tuotetta viedään. Tällaisella toimituspolitiikalla korvataan konkreettisen toimituksen jälkeen annettu suora kiello kiellolla, joka määrätään epäsuorasti tilausten toimittamisen yhteydessä.

- 75 Ruotsin kuningaskunta ja EAEPK huomauttavat tältä osin, että sen sijaan että Bayer asettaisi selvästi yhteisön oikeuden vastaisia vientikieltoja, se rajoittaa vastedes hienovaraisesti toimituksia, millä yhdessä sen vaatimuksen kanssa, jonka mukaan lääkevarastot on jatkuvasti pidettävä riittävinä, aiheutetaan sama vaikutus kuin vientikiellolla. Näin ollen sillä, ettei jälkikäteistä valvontajärjestelmää ole näytetty toteen, ei ole ratkaisevaa merkitystä.
- 76 Bayer ja EFPIA vastaavat tähän väittäen, että tämä peruste koskee todellisuudessa vain ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen suorittamaa tosiseikkojen toteamista ja että se näin ollen on jätettävä tutkimatta. Valittajien lausumat koskevat lisäksi perustamissopimuksen 85 artiklan 1 kohdan sellaista tulkintaa, jota ei ole esitetty valituksenalaisessa tuomiossa. Bayer korostaa, että ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin on rajoittunut tarkistamaan komission esittämän väitteen, jonka mukaan Bayer olisi jälkikäteen tarkistanut toimitetun tavaran määränpään, ja toteaa EFPIA:n tukemana, että valituksenalaisessa tuomiossa ei ole todettu, että vientikieltoa koskeva ”sopimus” voi olla olemassa vain siinä tapauksessa, että valmistaja valvoo jälkikäteen, että tukkuliike on vienyt toimitetun tavaran ja että se siinä tapauksessa määrää tälle seuraamuksia vähentämällä lääkkeiden toimituksia tai kieltäytymällä niiden toimituksista.
- 77 Alaa koskevan oikeuskäytännön huomiotta jättämistä koskevan väitteen osalta Bayer toteaa vastauksessaan, että kaikissa komission mainitsemissa tapauksissa aivan kuten kaikissa niissäkin, jotka yhteisöjen tuomioistuimella on tähän päivään mennessä ollut tilaisuus ratkaista, valmistaja yritti, toisin kuin nyt esillä olevassa asiassa, pikemminkin estää toimitettujen määrien viennin, olipa ne kiintiöity tai ei, nimenomaisilla tai hiljaisilla vientikielloilla.

Yhteisöjen tuomioistuimen arviointi asiasta

- 78 Näissä valitusperusteissa valittajat moittivat ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuinta siitä, että se on pitänyt perustamissopimuksen 85 artiklan 1 kohdassa

tarkoitettuna sopimuksen olemassaolon välttämättömänä edellytyksenä sellaisen järjestelmän käyttöönottoa, jolla valvotaan Adalat-erien lopullista määränpäättäjä ja viejien toimiviin tukkuliikkeisiin kohdistuvia seuraamuksia.

- 79 Valituksenalaisesta tuomiosta ei kuitenkaan millään tavoin ilmene ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen katsoneen, että vientikieltoa koskeva sopimus voi olla olemassa vain siinä tapauksessa, että tällainen tukkuliikkeitä koskeva valvonta- ja seuraamusjärjestelmä on olemassa.
- 80 Tutkiessaan, oliko Bayer tahtonut asettaa vientikiellon, ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin on katsonut, että ”komissio ei ole oikeudellisesti riittävällä tavalla näyttänyt toteen, että Bayer Ranska ja Bayer Espanja olisivat määränneet tukkuliikkeensä vientikieltoon, että Bayer olisi johdonmukaisesti valvonut, mikä oli sen uuden toimituspolitiikan käyttöönottamisen jälkeen toimitetun Adalatin tosiasiallinen lopullinen määränpäättäjä, — — tai että se olisi asettanut tämän tuotteen toimitusehdoksi väitetyn vientikiellon noudattamisen” (valituksenalaisen tuomion 109 kohta).
- 81 Tätä täydentävässä tutkimuksessa, joka koski tukkuliikkeiden tahtoa yhtyä Bayerin politiikkaan, ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin, viitaten juuri toteamiinsa seikkoihin, muistutti, että ”komissio ei ole oikeudellisesti riittävällä tavalla näyttänyt toteen, että Bayer olisi ottanut käyttöön toimitetun Adalatin lopullista määränpäättäjä koskevan järjestelmällisen valvontapolitiikan, että kantaja olisi uhkaillut vientiä harjoittaneita tukkuliikkeitä tai määrännyt niille seuraamuksia, että Bayer Ranska ja Bayer Espanja olisivat määränneet tukkuliikkeensä vientikieltoon, eikä sitä, että toimitusehtona olisi ollut vientikiellon noudattaminen” (valituksenalaisen tuomion 119 kohta).
- 82 Valituksenalaisesta tuomiosta ilmenee, että katsoessaan näin, ettei Bayer ollut ottanut käyttöön jälkikäteen tapahtuvaa valvontaa koskevaa järjestelmää eikä seuraamusjärjestelmää, ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen ensisijaisena

tarkoituksena oli vastata komission väitteeseen, jonka mukaan Bayer oli määrännyt tukkuliikkeen vientikiellon, joka otettiin käyttöön yksilöimällä vientiä harjoittaneet tukkuliikkeet ja vähentämällä vähittäin niille toimitettavia lääkemääriä, jos ilmeni, että ne veivät kaikki nämä tuotteet tai osan niistä.

- 83 Toisekseen ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin ei ole missään tapauksessa katsonut, että jälkikäteen tapahtuvaa valvontaa koskevan järjestelmän ja seuraamusjärjestelmän puuttuminen olisi jo sellaisenaan tarkoittanut sitä, ettei perustamissopimuksen 85 artiklan 1 kohdassa kiellettyä sopimusta ole. Tällaisen järjestelmän puuttumista on sitä vastoin pidetty yhtenä merkittävistä seikoista tutkittaessa, tahtoiko Bayer väitetyin tavoin asettaa vientikiellon ja oliko sopimus nyt esillä olevassa asiassa olemassa. Vaikka sopimuksen olemassaolo ei välttämättä ilmenekään siitä seikasta, että olemassa on jälkikäteen tapahtuvaa valvontaa koskeva järjestelmä ja seuraamusjärjestelmä, tällaisen järjestelmän käyttöönotto voi kuitenkin olla viite sopimuksen olemassaolosta.
- 84 Väitteistä, joiden mukaan edellä mainituissa asioissa Sandoz prodotti farmaceutici vastaan komissio ja Ford vastaan komissio annetut tuomiot on jätetty huomiotta siitä syystä, ettei yhteisöjen tuomioistuin niissä ensin tutkinut, oliko olemassa jälkikäteen tapahtuvaa valvontaa koskeva järjestelmä ja seuraamusjärjestelmä, ennen kuin se katsoi perustamissopimuksen 85 artiklan 1 kohdassa kielletyn sopimuksen olevan olemassa, on syytä toistaa, että tällaisen järjestelmän olemassaolon tarkistaminen ei ole kaikissa tapauksissa välttämätön edellytys sille, että tämän määräyksen vastaisen sopimuksen voitaisiin katsoa olevan olemassa.
- 85 Edellä mainitussa asiassa Sandoz prodotti farmaceutici vastaan komissio valmistaja oli lähettänyt tavarantoimittajilleen laskuja, joissa oli maininta ”vientikielletty”, jonka tavarantoimittajat olivat hiljaisesti hyväksyneet (ks. tämän tuomion 23 kohta). Yhteisöjen tuomioistuin saattoi siis katsoa kyseisellä määräyksellä kielletyn sopimuksen olevan olemassa eikä sillä tuolloin ollut velvollisuutta hakea siitä näyttöä jälkikäteen tapahtuvaa valvontaa koskevan järjestelmän olemassaolosta.

- 86 Edellä mainitussa asiassa Ford vastaan komissio annetussa tuomiossa yhteisöjen tuomioistuin piti sopimuksena autonvalmistajan tekemää päätöstä olla toimittamatta oikeanpuoleisella ajolaitteistolla varustettuja ajoneuvoja saksalaisille vähittäismyynnille, jotta nämä eivät voisi viedä niitä Yhdistyneen kuningaskunnan markkinoille. Tästä valitusperusteesta riittää kun todetaan, että tuossa asiassa oli kyseessä pelkkä myynnistä kieltäytyminen eikä myynti, jonka osalta jälleenmyyjille olisi väitetty asetetun määrättyjä edellytyksiä, ja että näin ollen jälkikäteen tapahtuvaa valvontaa koskeva järjestelmä olisi joka tapauksessa ollut tarpeeton.
- 87 Komission, Ruotsin kuningaskunnan ja EAEP:n väitteistä, joiden mukaan Bayerin käyttöönottamana ennaltaehkäisevä toimitusjärjestelmä edellytti jälkikäteen tapahtuvaa valvontaa koskevaa järjestelmää, on huomautettava, että näillä väitteillä pyritään korostamaan viimeksi mainitun toiminnan yksipuolisuutta rinnakkaistuonnin rajoittamisessa.
- 88 Pelkästään se että Bayerin käyttöönottamalla yksipuolisella kiintiöimispolitiikalla, yhdistettynä tukkuliikkeen niiden kotimaassa asetettuihin niihin vaatimuksiin, joiden mukaan valikoimien piti olla täydellisiä, aiheutetaan samanlainen vaikutus kuin vientikiellolla, ei tarkoita sitä, että valmistaja olisi asettanut tällaisen kiellon eikä sitä, että perustamissopimuksen 85 artiklan 1 kohdalla kielletty sopimus oli olemassa.
- 89 Kun ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin näin ollen on todennut, että komissio ei ollut oikeudellisesti riittävällä tavalla näyttänyt toteen tukkuliikkeiden jälkikäteen tapahtuvaa valvontaa koskevan järjestelmän ja seuraamusjärjestelmän olemassaoloa, se ei ole tehnyt oikeudellista virhettä. Näin ollen on hylättävä se BAI:n ja komission valitusperuste, jonka mukaan tukkuliikkeiden jälkikäteen tapahtuvaa valvontaa koskevan järjestelmän ja seuraamusjärjestelmän olemassaolo ei ole perustamissopimuksen 85 artiklan 1 kohdassa tarkoitettujen sopimuksen olemassaolon välttämätön edellytys.

Valitusperuste, jonka mukaan valmistajan on välttämätöntä vaatia tukkuliikkeitä menettelemään määrätyllä tavalla tai yrittää saada nämä osallistumaan politiikkaansa

Asianosaisten ja muiden osapuolten lausumat

- 90 Komissio väittää toisessa valitusperusteessaan ja BAI kolmannen valitusperusteensa ensimmäisen kohdan ii alakohdassa, että ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimien on tulkinnut perustamissopimuksen 85 artiklan 1 kohtaa liian suppeasti todetessaan virheellisesti, että vientikieltoa koskevan sopimuksen voidaan katsoa olevan olemassa ainoastaan, jos tuottaja vaatii tukkuliikkeitä toimimaan jollakin tietyllä tavalla tai pyrkii saamaan näiden suostumuksen politiikalleen, jolla se pyrkii estämään rinnakkaistuontia. Ne toteavat lähemmin, ettei perustamissopimuksen 85 artiklan 1 kohdassa kielletyn sopimuksen olemassaolon toteennäyttämiseksi ole välttämätöntä todistaa Bayerin asettaneen tukkuliikkeille nimenomaisen vientikiellon.
- 91 BAI viittaa muun muassa edellä mainituissa asioissa Sandoz prodotti farmaceutici vastaan komissio ja Ford vastaan komissio annettuihin tuomioihin ja katsoo, että perustamissopimuksen 85 artiklan 1 kohdassa tarkoitetun sopimuksen on katsottava olevan olemassa jo pelkästään sen seikan nojalla, että tukkuliikkeet edelleen hankkivat tuotteita valmistajalta, joka on ilmaissut halunsa rajoittaa rinnakkaisvientä, koska ne tällä tavoin tosiasiallisesti hyväksyvät viimeksi mainitun harjoittaman kaupallisen politiikan.
- 92 Komissio korostaa vastaavasti, että perustamissopimuksen 85 artiklan 1 kohdassa tarkoitetun sopimuksen olemassaoloon riittää, että kyseiset yritykset ovat ilmaisseet yhteisen tahtonsa menetellä määrätyllä tavalla markkinoilla. Se moittii ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuinta siitä, ettei se ole ottanut huomioon sitä, että nyt esillä olevassa asiassa Bayer oli ilmaissut riittävän selvästi tahtonsa siitä, että tukkuliikkeet muuttavat tilaus- ja toimitustapaansa, ja että kun näin ollen tämä seikka otetaan huomioon yhdessä viimeksi mainittujen menettelyn

muuttumisen kanssa, se saattaa olla ilmaisu Bayerin ja tukkuliikkeiden yhteisestä tahdosta. Komissio viittaa tältä osin edellä mainituissa asioissa AEG vastaan komissio ja Ford vastaan komissio annettuihin tuomioihin, joissa yhteisöjen tuomioistuin ei tutkinut, oliko valmistaja vaatinut myyjiltään tietynlaista menettelyä tai oliko se yrittänyt saada niiden suostumuksen toteuttamiinsa toimenpiteisiin.

93 BAI, EAEPK ja Ruotsin kuningaskunta korostavat, että kun valmistaja kiintiöi toimituksensa tukkuliikkeille suhteessa näiden hoitamien kotimaanmarkkinoiden kysyntään, tällä menettelyllä voidaan rajoittaa vientiä, jos siihen liittyy lisävelvollisuus toimittaa ensisijaisesti määrätyille markkinoille. Minkäänlaista nimenomaista kieltoa ei tarvita. Tällainen toimitusten rajoittaminen aiheuttaa vääjäämättä vientikiellon ja siis markkinoiden keinotekoisen eristämisen, sillä toimituksista ei riitä vientiin. Ruotsin kuningaskunta huomauttaa lisäksi, että yhteisöjen tuomioistuinten erityisesti edellä mainitussa asiassa Ford vastaan komissio antamasta tuomiosta ilmenevän oikeuskäytännön mukaisesti Bayerin menettelyä voidaan pitää osittaisena myyntikieltona, jota sovelletaan yhdenmukaisesti ja johdonmukaisesti kaikkiin Ranskaan ja Espanjaan sijoittautuneisiin tukkuliikkeisiin, ja että tällaista menettelyä voidaan pitää perustamissopimuksen 85 artiklan 1 kohdan vastaisena sopimusmääräyksenä.

94 Bayer ja EFPIA puolestaan katsovat, että kyseinen valitusperuste on hylättävä, sillä sen lähtökohtana on virheellinen käsitys valituksenalaisesta tuomiosta. Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin ei nimittäin ole asettanut "vientikieltoa koskevan sopimuksen" olemassaolon edellytykseksi sen selvittämistä, oliko Bayer nimenomaisesti "vaatinut" tai aktiivisesti "yrittänyt" saada tukkuliikkeitä liittymään vientikieltoon. Muilta osin tässä valitusperusteessa ei todellisuudessa vedota mihinkään oikeudelliseen perusteluun, vaan siinä kiistetään ne tosiseikkoja koskevat toteamukset, jotka ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin esittää valituksenalaisen tuomion 157 kohdassa hylätessään komission itsensä esittämän, tosiseikkoja koskevan väitteen, jonka mukaan tukkuliikkeiden tosiasiallinen menettely ei ole riittävä todiste osoittamaan, että ne olisivat sietäneet rinnakkaisuus- ja tuonnin estämiseen tähtäävää politiikkaa. Näin ollen tämä valitusperuste on niiden mielestä jätettävä tutkimatta.

- 95 Väitteestä, jonka mukaan edellä mainituissa asioissa AEG vastaan komissio ja Ford vastaan komissio annetuista tuomioista ilmenevä oikeuskäytäntö, jonka ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin on tutkinut, olisi jätetty huomiotta, Bayer ja EFPIA toteavat, että nyt esillä oleva tilanne eroaa noissa tuomioissa käsitellystä tilanteesta ja ne kiistävät näin ollen sen, että ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin olisi poikennut tästä oikeuskäytännöstä.

Yhteisöjen tuomioistuimen arviointi asiasta

- 96 Valituksenalaisesta tuomiosta ei ilmene, että ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin olisi katsonut, että perustamissopimuksen 85 artiklan 1 kohdassa tarkoitettu sopimus voi olla olemassa vain, jos yksi kauppakumppaneista vaatii toista menettelemään määrättyllä tavalla.
- 97 Sitä vastoin ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin on valituksenalaisen tuomion 69 kohdassa lähtenyt periaatteesta, jonka mukaan perustamissopimuksen 85 artiklan 1 kohdassa tarkoitettua sopimuksen käsitteessä ”on keskeistä vähintään kahden sopimuspuolen yhteinen tahto eikä merkitystä ole sillä, missä muodossa tämä tahdonilmaisu on annettu, kunhan ilmaisu tarkoin vastaa tätä tahtoa”. Se on myös saman tuomion 67 kohdassa muistuttanut, että kyseisessä määräyksessä tarkoitettua sopimuksen olemassaolon edellytykseksi riittää se, että kyseiset yritykset ovat ilmaisseet yhteisen tahtonsa toimia markkinoilla määrättyllä tavalla.
- 98 Koska nyt esillä olevassa asiassa on kuitenkin esitetty kysymys siitä, onko toimenpide, jonka valmistaja on näennäisen yksipuolisesti omaksunut tai määrännyt pitkäaikaisissa liikesuhteissaan tukkuliikkeisiinsä, perustamissopimuksen 85 artiklan 1 kohdassa tarkoitettu sopimus, ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin on tutkinut valituksenalaisen tuomion 155 kohdassa esitetty

komission väitteet, joiden mukaan Bayer on rikkonut tätä artiklaa, koska Bayer Ranska ja Bayer Espanja olivat ”kieltäneet viennin pitkäaikaisissa liikesuhteissa olevilta asiakkailtaan”, minkä tukkuliikkeet ovat ”hiljaisesti hyväksyneet”.

99 Sen väitteen osalta, jonka mukaan ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuim on katsonut virheellisesti, että Bayerin asettaman nimenomaisen vientikiellon toteennäyttäminen oli välttämätöntä, ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen suorittamasta, toimitettujen Adalat-erien jakelua koskevaan valvontajärjestelmään liittyvästä tutkinnasta (ks. tämän tuomion 44–48 kohta) ilmenee, ettei se ole millään tavoin vaatinut nimenomaisen kiellon toteennäyttämistä.

100 Siinä valittajien esittämässä väitteessä, jonka mukaan ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen olisi pitänyt myöntää, että se seikka, että Bayer ilmaisi tahtonsa rajoittaa rinnakkaistuontia, voi olla perustamissopimuksen 85 artiklan 1 kohdassa kielletyn sopimuksen perusta, on tosin totta se, että tässä määräyksessä tarkoitettun sopimuksen olemassaolo voidaan päätellä asianomaisten osapuolten menettelystä.

101 Tällainen sopimus ei kuitenkaan voi perustua pelkästään siihen, että joku sopimuspuolista ilmaisee yksipuolisen politiikkansa, joka voidaan toteuttaa ilman muiden myötävaikutusta. Menettelystä, jossa katsottaisiin, että perustamissopimuksen 85 artiklan 1 kohdassa kiellettyä sopimusta voitaisiin pitää toteennäytettynä pelkästään sellaisen yksipuolista politiikkaa koskevan ilmoituksen perusteella, jolla pyritään estämään rinnakkaistuonti, seuraisi, että tämän määräyksen soveltamisala sekoittuisi perustamissopimuksen 86 artiklan soveltamisalan kanssa.

102 Jotta perustamissopimuksen 85 artiklan 1 kohdassa tarkoitettun sopimuksen voitaisiin katsoa syntyneen hiljaisella hyväksymisellä, on välttämätöntä, että sopimuspuolen sellaisella tahdonilmaisulla, jolla on kilpailunvastainen tarkoitus, kehoitetaan joko nimenomaisesti tai hiljaisesti toista osapuolta osallistumaan tällaisen tarkoituksen yhteiseen toteuttamiseen, ja näin on varsinkin silloin, kuten nyt esillä olevassa asiassa, kun tällaisen sopimuksen tekeminen ei ensi arviolta ole toisen osapuolen, eli tukkuliikkeiden, etujen mukaista.

- 103 Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin on näin ollen perustellusti tutkinut, voitiinko Bayerin menettelyn nojalla päätellä, että viimeksi mainittu oli vaatinut tukkuliikkeiltä niiden sopimussuhteiden jatkumisedellytyksenä, että ne mukautuvat sen uuteen kauppapolitiikkaan.
- 104 Edellä mainitussa asiassa Sandoz prodotti farmaceutici vastaan komissio annetun tuomion osalta, johon valittajat ovat vedonneet, on todettava olevan kiistatonta, että tuossa asiassa valmistaja oli edellyttänyt tukkuliikkeiltä yhteistyötä lopettaakseen rinnakkaistuonnin tai rajoittaakseen sitä, sillä niiden yhteistyö oli tuon asian asianhaarat huomioiden välttämätöntä tämän tavoitteen saavuttamiseksi. Tuollaisessa yhteydessä se, että valmistaja lisäsi laskuihin maininnan ”vienti kielletty”, merkitsi samaa kuin että se olisi pyytänyt tukkuliikkeitä menettelemään tietyllä tavalla. Näin ei ole asian laita nyt esillä olevassa asiassa.
- 105 Valittajat ovat lisäksi vedonneet edellä mainituissa asioissa AEG vastaan komissio ja Ford vastaan komissio annettuihin tuomioihin väittäen, että näissä asioissa, joissa oli kyse valmistajan näennäisen yksipuolisesti toteuttamista, sen jälleennyymiin kohdistuvista toimenpiteistä, yhteisöjen tuomioistuin katsoi perustamissopimuksen 85 artiklan 1 kohdassa tarkoitetun sopimuksen olevan olemassa pohtimatta ollenkaan sitä, oliko tämä valmistaja esittänyt tällaista vaatimusta.
- 106 Kyseisissä asioissa ei ollut kuitenkaan välttämätöntä näyttää toteen, että perustamissopimuksen 85 artiklan 1 kohdassa tarkoitettu sopimus oli tehty. Sitä vastoin niissä pohdittiin, olivatko valmistajien toteuttamat toimenpiteet valmistajien ja niiden jälleennyymijien välillä aiemmin tehtyjen valikoivia jakelujärjestelmiä koskevien sopimusten mukaisia, ja näin ollen sitä, pitikö nämä toimenpiteet ottaa huomioon arvioitaessa näiden sopimusten yhteensoveltuvuutta kilpailusääntöjen kanssa.

- 107 Edellä mainitussa asiassa AEG vastaan komissio valmistaja oli jo aiemmin perustamissopimuksen 85 artiklan 1 kohdan kanssa yhteensoveltuvaksi katsotun, valikoivaa jakelujärjestelmää koskevan sopimuksen nojalla alkanut kieltäytyä hyväksymästä kyseisen sopimuksen mukaiset laatuvaatimukset täyttäviä jälleenmyyjiä, ja menetteli näin pitääkseen yllä korkeaa hintatasoa tai tehdäkseen mahdolltomaksi tiettyjen modernien jakelutapojen käyttämisen. Asiassa oli siis tutkittava, voiko komissio käyttää perusteena valmistajan omaksumaa menettelyä, valikoivaa jakelujärjestelmää koskevan sopimuksen soveltamisessa määrittääkseen, oliko tämä sopimus konkreettisesti sovellettuna perustamissopimuksen 85 artiklan 1 kohdan vastainen.
- 108 Edellä mainitussa asiassa Ford vastaan komissio annetun tuomion 12 kohdassa tarkennettiin, että ”kantajat ja komissio [olivat] yhtä mieltä katsoessaan, että kanteessa — — esille tuotu pääasiallinen ongelma [oli] se, oliko komissio voinut evätä perustamissopimuksen 85 artiklan 3 kohdassa tarkoitettua poikkeusluvan Ford AG:n jälleenmyyntisopimuksen osalta sen vuoksi, että yritys oli lakannut toimittamasta GD-malleja (joissa ohjauslaitteet ovat oikealla) saksalaisille jälleenmyyjilleen”.
- 109 Koska perustamissopimuksen 85 artiklan 1 kohdan vastaisen sopimuksen olemassaolo oli näin ollen jo näytetty toteen, yhteisöjen tuomioistuimien saattoi kyseisissä asioissa tyytyä tutkimaan kysymystä siitä, olivatko valmistajan myöhemmin toteuttamat toimenpiteet kyseisen sopimuksen mukaisia ja oliko ne näin ollen otettava huomioon tutkittaessa niiden yhteensoveltuvuutta kyseisen määräyksen kanssa. Tämä kysymys ei siis vastaa nyt esillä olevassa asiassa esitettyä kysymystä, jolla halutaan selvittää, onko pelkkä kilpailunvastaisen sopimuksen olemassaolo näytetty toteen. Näin ollen valittajat eivät voi vedota edellä mainittuihin asioihin AEG vastaan komissio ja Ford vastaan komissio sen väitteensä tueksi, jonka mukaan perustamissopimuksen 85 artiklan 1 kohdassa kielletty sopimus on olemassa.
- 110 Ruotsin kuningaskunnan ja EAEP:n väitteistä, joiden mukaan vaatimus on seurausta Bayerin kiintiöintipolitiikan ja tukkuliikkeillä olevan kansallisen

varastointivelvollisuuden yhteisvaikutuksesta, eikä viennin rajoittamista ole tarpeen nimenomaisesti vaatia, riittää kun todetaan, että tällaista väitettä voidaan käyttää näytettäessä toteen sitä, että Bayerin kaupallinen politiikka, joka voitiin panna täytäntöön ilman tukkuliikkeiden yhteistyötä, oli yksipuolista. Koska yhteisöjen tuomioistuin on hylännyt väitteen, jonka mukaan edellä mainituissa asioissa AEG vastaan komissio ja Ford vastaan komissio annettuja tuomioita voidaan soveltaa nyt esillä olevassa asiassa, on korostettava, etteivät nämä väliintulijat voi enää vedota niihin tukeakseen lausumiaan. Näin ollen pelkästään se seikka, että rinnakkaistuonnin este on olemassa, ei riitä näyttämään toteen perustamissopimuksen 85 artiklan 1 kohdassa kielletyn sopimuksen olemassaoloa.

- 111 Edellä esitetyn valossa se valitusperuste, jonka mukaan valmistajan on välttämätöntä vaatia tukkuliikkeitä menettelemään tietyllä tavalla, on hylättävä.

Valitusperuste, jonka mukaan tukkuliikkeiden todellinen tahto on huomioitu virheellisesti

Asianosaisten ja muiden osapuolten lausumat

- 112 Neljännessä valitusperusteessaan komissio väittää, että ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin on tehnyt oikeudellisen virheen katsoessaan, etteivät tahtojen yhtymisen edellytykset täyttyneet siitä syystä, että tukkuliikkeiden ilmaisema tahto (tilata lääkkeitä vain kotimaanmarkkinoiden kysyntää varten) ei vastannut niiden todellista tahtoa (tilata lääkkeitä myös vientiin). Koska ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin on nojautunut ainoastaan tukkuliikkeiden todelliseen tahtoon, se on tulkinnut virheellisesti perustamissopimuksen 85 artiklan 1 kohdassa tarkoitetun sopimuksen käsitettä.

- 113 Komissio väittää tältä osin erityisesti, että edellä mainitussa asiassa Sandoz prodotti farmaceutici vastaan komissio yhteisöjen tuomioistuin ei pannut minkäänlaista painoa yritysten todelliselle tahdolle tai niiden mahdollisille ”mielessä tehdyille varauksille”, koska perustamissopimuksen 85 artiklan 1 kohdassa tarkoitettujen sopimuksen syntymisen kannalta vain asianomaisten yritysten ilmaisemalla tahdolla on merkitystä.
- 114 EAEPK ja BAI, viimeksi mainittu kolmannen valitusperusteensa ensimmäisen kohdan iii alakohdassa, toteavat saman suuntaisesti, että se seikka, että tukkuliikkeet ovat vastustaneet etujensa vastaista politiikkaa, ei ole omiaan oikeudellisesti mitätöimään sitä, että ne ovat lopultakin liittyneet tähän politiikkaan. Vaikka vakiintuneessa oikeuskäytännössä katsotaankin, että tahtojen yhtyminen on perustamissopimuksen 85 artiklan 1 kohdassa kielletyn sopimuksen olemassaolon toteamisedellytys, siinä ei millään tavoin vaadita, että asianosaisten edut olisivat yhteisiä (ks. EY:n perustamissopimuksen 85 artiklan soveltamismenettelystä 25 päivänä marraskuuta 1980 tehty komission päätös 80/1283/EY (IV/29702 — Johnson & Johnson) (EYVL L 377, s. 16, 28 kohta) ja em. päätös 87/406/EY, 49 kohta sekä em. asia Ford v. komissio). EAEPK viittaa lisäksi asiassa C-453/99, Courage ja Crehan, 20.9.2001 annettuun tuomioon (Kok. 2001, s. I-6297), josta sen mukaan ilmenee, että perustamissopimuksen 85 artiklan 1 kohdassa tarkoitettu sopimus on olemassa, vaikka yhden osapuolen olisi ollut pakko tehdä se.
- 115 Bayerin ja EFPIA:n mukaan tätä valitusperustetta ei voida ottaa tutkittavaksi siltä osin kuin siinä aineellisesti kyseenalaistetaan ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen tosiseikkoja koskevat toteamukset. Samaistamalla tukkuliikkeiden ilmaisevan tahdon noudattaa määräystä, jonka nojalla ne olivat tilanneet kyseisiä lääkkeitä vain kotimaanmarkkinoiden kysyntää varten, valittajat yrittävät väärin esittää ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen valituksenalaisen tuomion 151–153 kohdassa esittämiä toteamuksia, joiden mukaan riidanalaisessa päätöksessä tarkoitetuilla asiakirjoilla ei toteennäytetä tukkuliikkeiden mahdollista taipumusta tavalla tai toisella noudattaa Bayerin politiikkaa.
- 116 Bayer toteaa pääasiasta, että ainoastaan nimenomaisesti ilmaistu tahto on tärkeä, eikä ilmaisematta jäänyttä tahtoa tai ”mielessä tehtyä varauksia”, jotka eroavat

nimenomaisesti ilmaistusta, pitäisi ottaa huomioon. Sitä vastoin silloin kun kyse on, kuten nyt esillä olevassa asiassa, ”epäsuorista tahdonilmaisuista”, huomioon on otettava ainoastaan asianomaisen tosiasiallinen tahto sellaisena kuin se ilmenee sen menettelystä.

Yhteisöjen tuomioistuimen arviointi asiasta

- 117 Bayerin ja EFPIA:n esittämästä oikeudenkäyntiväitteestä on todettava, ettei tahtojen yhtenevyyden puuttumiseen liittyvällä perusteella voida kyseenalaistaa ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen tosiseikkoja koskevia toteamuksia. Sitä vastoin sillä pyritään kiistämään se oikeudellinen painotus, jonka viimeksi mainittu on pannut tukkuliikkeiden todelliselle tahdolle niiden väitetyn ilmaistun tahdon sijasta. Oikeudenkäyntiväite ei näin ollen ole perusteltu.
- 118 Pääasiasta on syytä todeta ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen lähteneen liikkeelle yleisestä periaatteesta, jonka mukaan ”perustamissopimuksen 85 artiklan 1 kohdassa tarkoitetun sopimuksen olemassaolon edellytykseksi riittää se, että kyseiset yritykset ovat ilmaisseet yhteisen tahtonsa toimia markkinoilla määrättyllä tavalla” (valituksenalaisen tuomion 67 kohta). Tutkittuaan Bayerin väitetyn tahdon määrätä vientikiellosta ja päätelyään, ettei viimeksi mainittu ollut määrännyt tällaista kieltoa, ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin on analysoinut tukkuliikkeiden menettelyä selvittääkseen, oliko perustamissopimuksen 85 artiklan 1 kohdassa kielletty sopimus kuitenkin olemassa.
- 119 Tällöin se on hylännyt väitteen, jonka mukaan sopimus oli syntynyt siitä syystä, että tukkuliikkeet olivat hiljaisesti hyväksyneet vientikiellon, sillä, kuten se oli juuri todennut, komissio ei ollut oikeudellisesti riittävällä tavalla näyttänyt toteen, että Bayer olisi määrännyt tällaisen kiellon eikä sitä, että lääkkeiden toimitusehdonä olisi ollut tämän väitetyn kiellon noudattaminen (valituksenalaisen tuomion 119 ja 122 kohta).

- 120 Tässä tilanteessa ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin tutki, ”voiko komissio, kun otetaan huomioon tukkuliikkeiden tosiasiallinen menettely sen jälkeen kun kantaja oli ottanut käyttöön uuden toimitusten rajoittamispolitiikkansa, päätellä tukkuliikkeiden suostuneen tähän politiikkaan” (valituksenalaisen tuomion 124 kohta).
- 121 Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin yritti näin selvittää, yhtyivätkö tukkuliikkeet vientikiellon puuttuessa kuitenkin Bayerin tahtoon estää rinnakkaistuonti. Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin ei tässä analyysissään ole tehnyt minkäänlaista oikeudellista virhettä viitatessaan tukkuliikkeiden ”todelliseen” tahtoon tilata edelleenkin lääkkeitä vientiin ja kotimaanmarkkinoiden kysyntää varten.
- 122 Joka tapauksessa ja kuten julkisasiamieskin toteaa ratkaisuehdotuksensa 108 kohdassa, perusteessa, jonka mukaan yhteistä tahtoa ei ollut, oletetaan, että tukkuliikkeet olivat ilmoittaneet tahtonsa yhtyä Bayerin tahtoon estää rinnakkaistuonti. Kuten tämän tuomion 52 ja 53 kohdassa kuitenkin todetaan, ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin on katsonut, että komission esittämillä asiakirjoilla ei näytetty toteen, että tukkuliikkeet olisivat halunneet antaa Bayerille sellaisen vaikutelman, että vastatakseen sen ilmaisemaan tahtoon, ne olivat valmiita vähentämään tilauksensa määrätyle tasolle.
- 123 Tukuliikkeiden strategialla pyrittiin sitä vastoin siihen, että jakamalla vientiin tarkoitetut tilaukset eri toimipisteiden kesken Bayerille uskoteltiin, että kotimaanmarkkinoiden kysyntä oli lisääntynyt. Tämä strategia, jolla ei todellakaan näytetä toteen yhteistä tahtoa, oli tukkuliikkeille vain yritys kääntää edukseen Bayerin yksipuolisesti soveltama politiikka, jonka käyttöönotto ei riippunut niiden osallistumisesta.

- 124 Edellä esitetystä seuraa, että valitusperuste, jonka mukaan ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin on todennut virheellisesti, ettei Bayerilla ja tukkuliikkeillä ollut yhteistä tahtoa siihen Bayerin politiikkaan, jolla pyrittiin rajoittamaan rinnakkaisvientiä, on hylättävä.

Ennaltalaadittujen yleisten sopimusten sääntelemiin pitkäaikaisiin liikesuhteisiin liittyviin toimenpiteisiin annettavan myöhemmän suostumuksen välttämättömyys

Asianosaisten ja muiden osapuolten lausumat

- 125 Komissio moittii viidennessä valitusperusteessaan EAEPC:n tukemana ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuinta siitä, että se on soveltanut perustamissopimuksen 85 artiklan 1 kohtaa virheellisesti edellyttäessään, toisin kuin edellä mainitussa asiassa Sandoz prodotti farmaceutici vastaan komissio, että asiassa oli näytettävä toteen tukkuliikkeiden tahto hyväksyä Bayerin toimenpiteet, vaikka nämä toimenpiteet liittyivät jälleenmyyjien ja tuottajan välisiin pitkäaikaisiin liikesuhteisiin. Komissio väittää lisäksi, että ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin on tehnyt oikeudellisen virheen evätessään komissiolta oikeuden vedota edellä mainituissa asioissa AEG vastaan komissio, Ford vastaan komissio ja BMW Belgium ym. vastaan komissio annettuihin tuomioihin viimeksi mainitun tulkitsessa tukkuliikkeiden menettelyä Bayerin otettua käyttöön lääkkeiden uuden toimituspolitiikan siten, että sillä tosiasiallisesti suostuttiin siihen.
- 126 Myös BAI moittii kolmannen valitusperusteensa ensimmäisen kohdan iii) alakohdassa ja toisessa kohdassa ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuinta siitä, että se on jättänyt tutkimatta, olivatko Bayerin toteuttamat toimenpiteet ainoastaan näennäisesti yksipuolisia sen vuoksi, että ne liittyivät sen pitkäaikaisiin

liikesuhteisiin tukkuliikkeiden kanssa. Erityisesti BAI väittää, että lääkevalmisteiden tukkukauppa-alalla tavanomaisia liikesuhteita voidaan verrata sellaiseen valikoivaan jakelujärjestelmään, josta oli kyse edellä mainituissa asioissa AEG vastaan komissio, Ford vastaan komissio ja BMW Belgium ym. vastaan komissio, ja moittii näin ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuinta siitä, ettei se ole katsonut näitä tuomioita voitavan soveltaa nyt esillä olevassa asiassa.

- 127 Komissio on samaa mieltä väittäen, että lääkkeiden myynnillä on tiettyjä valikoivan jakelun piirteitä. Valittajat väittävät tältä osin, että tukkuliikkeen hyväksyminen kyseiseen jakelujärjestelmään tarkoittaa sitä, että se on suostunut valmistajan määräyksiin.
- 128 BAI:n mukaan tukkuliikkeet ovat lääkemarkkinoiden toimittajina avainasemassa, joka muistuttaa jälleenmyyjän asemaa valikoivassa jakelujärjestelmässä. BAI korostaa, että kauppakumppanit ovat lääkemarkkinoilla kiinteässä riippuvuus-suhteessa toisiinsa, ja väittää, että valmistajan toimituskäytäntö sitoo tukkuliikkeitä. BAI väittää, että tukkuliikkeet ovat riippuvaisia lääkevalmisteiden valmistajista, koska ne eivät voi korvata Adalatia muilla lääkkeillä, ja toteaa vastineessaan, että niiden on pakko tehdä sopimus pitääkseen voittonsa mahdollisimman suurina, vaikka tästä aiheutuukin se, ettei kyseisten tukkuliikkeiden toimitusalueen ulkopuolelle sijoittautuneille ulkopuolisille voida enää tehdä toimituksia. Tukkuliikkeet ovat sen mukaan siis valmistajan käyttöön-ottamien toimitusrajoitusten uhreja ja suostuminen kilpailunvastaiseen sopimukseen on niille keino varmistaa liikesuhteittensa jatkuminen.
- 129 Näillä perusteilla BAI päätelee, että tukkuliikkeiden suostuminen valmistajan toimittamien määrien rajoittamiseen on riittävä peruste katsoa, että olemassa on sopimus, jolla pyritään markkinoiden keinotekoiseen eristämiseen ja siis kilpailun vääristämiseen yhteismarkkinoilla perustamissopimuksen 85 artiklan 1 kohdan

vastaisesti. Jos ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen suorittama tosiseikkoja koskeva arviointi olisi ollut asianmukainen, sen olisi välttämättä pitänyt päätellä, että Bayer Ranskan ja Bayer Espanjan sekä asianomaisten tukkuliikkeiden välillä oli sopimus.

- 130 EAEPK yhtyy tähän näkemykseen korostaen, ettei tosiasiallinen menettely — eli se, että tukkuliikkeet noudattavat sopimusta vastalauseita esittämättä — ole edellä mainitussa asiassa Sandoz prodotti farmaceutici vastaan komissio annetun tuomion mukaan välttämätöntä. Tässä tuomiossa todettiin pelkästään, toisin kuin ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin totesi sitä koskevassa tulkinnassaan, että uusien tilausten tekeminen niihin liittyvien ehtojen muuttamisen jälkeen riittää näyttämään toteen tukkuliikkeiden hiljaisen suostumuksen. Tukkuliikkeet ovat nyt esillä olevassa asiassa tilausten tekemistä jatkaessaan alistuneet Bayerin tahtoon rajoittaa Adalatin toimituksia. Tämä muutos niiden menettelyssä on selvä osoitus siitä, että ne suostuivat viimeksi mainitun uuteen kaupalliseen politiikkaan.
- 131 Edellä mainitussa asiassa Sandoz prodotti farmaceutici vastaan komissio tukkuliikkeiden tosiasiallisen menettelyn selvittäminen ei ollut tarpeen, sillä komissio ja yhteisöjen tuomioistuin rajoittuivat selvittämään sen sopimuslausekkeen tarkoitusta, jolla kyseisten tuotteiden vienti kiellettiin, eivätkä ne ottaneet huomioon tämän lausekkeen vaikutuksia. Jos tarkoitus ilmenee jo valmistajan tarjouksesta, hiljainen suostuminen ratkaisevaan sopimuslausekkeeseen riittää, sillä tukkuliike hyväksyy myös tämän sopimusehdon uuden tilauksen tehdessään.
- 132 Bayer ja EFPIA toteavat oikeuskäytännön huomiotta jättämistä koskevasta väitteestä, että komissio yrittää uskotella, että ne tosiseikkoihin liittyvät asianhaarat, joista oli kyse edellä mainituissa asioissa AEG vastaan komissio, Ford vastaan komissio ja Byerische Motorenwerke vastaan ALD, C-70/99, tuomio 24.10.1955, Kok 1995, s. I-3499, o, ovat samanlaiset kuin nyt esillä olevassa asiassa. Noissa asioissa valmistajien ”näennäisesti yksipuoliset” toimenpiteet perustuivat kuitenkin todellisuudessa edeltä käsin tehtyihin ja jatkuvasti sovellettuihin pitkäaikaisiin jälleenmyyntisopimuksiin, joten ei ollut tarpeen, että tukkuliikkeet olisivat nimenomaisesti tai hiljaisesti antaneet suostumuksensa. AFPIA tukeutuu tähän perusteluun todetessaan, että kaikissa näissä asioissa oli

kyse valikoivista jakelujärjestelmistä. Nyt esillä olevassa asiassa tällaisia sopimuksia ei ole; on ilmiselvää, ettei Bayer käytä tällaista jakelujärjestelmää. Niin Bayer kuin EFPIA:kin huomauttavat lisäksi, että tukkuliikkeiden toimintaan liittyvät kansallisen oikeuden mukaiset edellytykset eivät missään tapauksessa muodosta valmistajan ja tukkuliikkeiden välillä tehtyä laajentavaa, ennalta laadittua ja jatkuvaa sopimuskehystä.

133 Komissio korostaa vastauksessaan, että vaikka Bayer väittää toimittavansa tukkuliikkeille vain tapauskohtaisesti, Bayerin ja ranskalaisten tukkuliikkeiden väliset liikesuhteet ovat jatkuneet jo vuosikymmeniä eikä Bayer mitenkään olisi voinut lopettaa niitä seuraavana päivänä.

134 Komissio muistuttaa Bayerin siitä väitteestä, jolla se on kiistänyt ottaneensa tukkuliikkeiden kanssa olevissa liikesuhteissaan käyttöön lakiin perustuvia ehtoja, joilla ei ollut mitään tekemistä sopimusehtojen kanssa, että yhteisöjen tuomioistuimen oikeuskäytännön mukaan, jos tukkuliike hyväksytään pitkäkestoiseen valikoivaan jakelujärjestelmään, se osoittaa, että se on suostunut tiettyihin valmistajan toimenpiteisiin, jotka jo tästä syystä menettävät näennäisen yksipuolisen luonteensa ja niistä tulee olemassaolevien liikesuhteiden osa. Näin voi valikoivien jakelujärjestelmien lisäksi käydä myös muissa pitkäaikaisissa sopimussuhteissa.

135 Tässä suhteessa on vain vähän merkitystä sillä, onko kyse sopimukseen vai lakiin perustuvien edellytysten noudattamisesta. Lakiin perustuva toimitusvelvollisuus on lääkkeiden valmistajan ja Ranskassa tai Espanjassa olevan tukkuliikkeen

välisen sopimussuhteen perusta, koska tukkuliikkeelle myönnettävä lupa riippuu siitä.

- 136 Komissio nojautuu analogisesti edellä mainitun asian Ford vastaan komissio asianhaaroihin. Korostaen, että Bayerin ja ranskalaisten tukkuliikkeiden väliset sopimussuhteet olivat vuosikymmenien ikäiset, se toteaa, että sopimuksissa on välttämättä jätettävä liikkumavaraa päätöksille, jotka valmistaja tekee myöhemmin tietyistä näiden suhteiden osa-alueista, kuten toimitusmääristä, jotka vaihtelevat eikä niitä näin voida määrätä etukäteen.
- 137 Tästä syystä määrätyn lääkkeen valmistajan toimittama määrä, joka on tilattu valmistajan ja sen tukkuliikkeiden pitkäaikaisen sopimussuhteen nojalla, ei ole sellainen yksipuolinen toimenpide, joka voi olla perustamissopimuksen 85 artiklan 1 kohdassa tarkoitettu sopimus. Tällainen toimenpide on päinvastoin osa näitä sopimussuhteita.
- 138 Bayer päätelee vastauksessaan, että komissio haluaa yhteisöjen tuomioistuimen oikeuskäytännön vääristelyä koskevalla perusteella todellisuudessa väittää, että vaikka tällaista ”sopimusta” ei olisi, edeltävää yksipuolista kiintiöintiä on rinnakkaistuonnin ”ennaltaehkäisevänä” esteenä käsiteltävä samalla tavoin kuin ”repressiivistä” vientikieltoa.
- 139 Bayerin mukaan tähän perusteluun sisältyy peitelty yritys saada yhteisön oikeudessa käyttöön otetuksi sellainen yleinen kielto, joka koskee kaikenlaisia

”rinnakkaistuonnin esteitä” ja joka on vieras perustamissopimuksen 85 ja 86 artiklalla luodulle järjestelmälle mutta joka vaikuttaa siltä, että sen täytyy yleisesti nojautua sisämarkkinoiden toteuttamistavoitteeseen. Sen mukaan valituksenalaisessa tuomiossa todetaan päinvastoin, että toisin kuin perustamissopimuksen 30 artiklan nojalla toteutettu valtion toimenpide, yksityisyrittäjien toteuttamiin yksipuolisiin ennaltaehkäiseviin toimenpiteisiin, jotka ”sopimuksen” puuttuessa eivät kuulu perustamissopimuksen 85 artiklan 1 kohdan soveltamisalaan, ei sovelleta perustamissopimuksessa määrättyjä kilpailusääntöjä.

Yhteisöjen tuomioistuimen arviointi asiasta

140 Valittajat yrittävät näillä valitusperusteillaan riitauttaa ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen arvioinnin, jonka mukaan komissio ei voinut ”tehokkaasti vedota mainitsemiinsa ennakkoratkaisuihin riitauttaakseen edellä esitetyn erittelyn, jonka perusteella ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin on nyt esillä olevassa asiassa katsonut jääneen näyttämättä, että tukkuliikkeet olisivat suostuneet Bayerin uuteen politiikkaan — —” (valituksenalaisen tuomion 159 kohta).

141 Tältä osin on tärkeää muistuttaa, että nyt esillä olevassa asiassa on esillä kysymys perustamissopimuksen 85 artiklan 1 kohdassa kielletyn sopimuksen olemassaolosta. Pelkästään se, että sinänsä neutraali sopimus ja yksipuolisesti määrätty kilpailunrajoitustoimenpide ovat olemassa samanaikaisesti, ei merkitse kyseisessä määräyksessä kiellettyä sopimusta. Näin ollen pelkästään se, että valmistajan toteuttama toimenpide, jolla pyritään rajoittamaan kilpailua tai jolla on tällainen vaikutus, on osa viimeksi mainitun ja sen tukkuliikkeiden välisiä pitkäaikaisia sopimussuhteita, ei voi olla riittävä peruste katsoa, että tällainen sopimus on olemassa.

142 Edellä mainitussa asiassa Sandoz prodotti farmaceutici vastaan komissio oli kyse vientikiellosta, jonka eräs valmistaja oli määrännyt sen ja tukkuliikkeiden välisissä pitkäaikaisissa liikesuhteissa. Yhteisöjen tuomioistuin katsoi perus-

tamissopimuksen 85 artiklan 1 kohdassa kielletyn sopimuksen olevan olemassa. Tämä päätelmä perustui, kuten ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin toteaa valituksenalaisen tuomion 161 ja 162 kohdassa, kuitenkin valmistajan määräämän, tukkuliikkeiden hiljaisesti hyväksymän vientikiellon olemassaoloon. Yhteisöjen tuomioistuin totesi tältä osin asiassa Sandoz prodotti farmaceutici vastaan komissio antamansa tuomion 11 kohdassa, että ”koska asiakas on toistuvasti tilannut tuotteita ja suorittanut tämän jälkeen maksut reklamoimatta maininnan ’vienti kielletty’ sisältäviin laskuihin merkityistä hinnoista, se on hiljaisesti suostunut laskussa mainittuihin sopimusehtoihin ja sen tyyppisiin liikesuhteisiin, joita Sandoz PF ylläpitää asiakkaidensa kanssa”. Tuossa asiassa kielletyn sopimuksen olemassaolo ei perustunut pelkästään siihen, että tukkuliikkeet olivat jatkaneet hankintojen tekemistä sellaiselta valmistajalta, joka oli ilmaissut tahtonsa estää vienti, vaan siihen, että viimeksi mainittu oli määrännyt vientikiellon, jonka tukkuliikkeet olivat hiljaisesti hyväksyneet. Näin ollen valittajat eivät voi tehokkaasti vedota tähän asiassa Sandoz prodotti farmaceutici vastaan komissio annettuun tuomioon sen valitusperusteensa tueksi, jonka mukaan ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin on tehnyt oikeudellisen virheen vaatiessaan, että tukkuliikkeiden olisi ollut suostuttava valmistajan määräämiin toimenpiteisiin.

- 143 Valittajat eivät myöskään voi väittää, että edellä mainituissa asioissa AEG vastaan komissio, Ford vastaan komissio ja Bayerische Motorenwerke vastaan ALD annettuja tuomioita voidaan soveltaa nyt esillä olevassa asiassa toteamalla, että lääkevalmisteiden tukkukauppa-alan liikesuhteita voidaan verrata noissa asioissa kyseessä olleen kaltaiseen valikoivaan jakelujärjestelmään. Kuten tämän tuomion 14 kohdassa on todettu, merkityksellinen kysymys on se, onko perustamissopimuksen 85 artiklan 1 kohdassa tarkoitettu sopimus olemassa.

- 144 Kuten tämän tuomion 106 kohdassa on todettu, edellä mainituissa asioissa AEG vastaan komissio ja Ford vastaan komissio näyttö perustamissopimuksen

85 artiklan 1 kohdassa tarkoitetun sopimuksen olemassaolosta ei ollut riidanalainen. Koska tätä määräystä mahdollisesti rikkovan sopimuksen olemassaolo oli jo näytetty toteen, kysymys kuului, olivatko valmistajan toteuttamat toimenpiteet tämän sopimuksen osa ja pitikö ne näin ollen ottaa huomioon tutkittaessa sen yhteensoveltuvuutta tämän määräyksen kanssa. Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimien on tältä osin perustellusti todennut, että yhteisöjen tuomioistuin oli kyseisissä tuomioissa todennut, että jälleenmyyjää hyväksyttäessä sen hyväksyntä perustui sen liittymiseen valmistajan noudattamaan politiikkaan (valituksenalaisen tuomion 170 kohta).

- 145 Tätä analyysia on verrattava edellä mainitussa asiassa Bayerische Motorenwerke vastaan ALD annettuun tuomioon, jossa oli selvitettävä, ”onko ETY:n perustamissopimuksen 85 artiklan 1 kohtaa tulkittava siten, että sen vastaista on, että autonvalmistaja, joka myy ajoneuvoja valikoivan jakelujärjestelmän välityksellä, sopii sopimukseen sidottujen jälleenmyyjänsä kanssa, että jälleenmyyjät eivät toimita ajoneuvoja itsenäisille leasing-yhtiöille silloin kun leasing-yhtiöt, antamatta ajoneuvojen ostomahdollisuutta, luovuttavat ajoneuvot kyseisen jälleenmyyjän sopimusalueen ulkopuolella sijaitsevien leasing-asiakkaitten käyttöön, tai että autonvalmistaja kehottaa näitä jälleenmyyjä toimimaan edellä mainitulla tavalla” (14 kohta).

- 146 Tästä seuraa, ettei ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin ole tehnyt oikeudellista virhettä jättäessään nyt esillä olevassa asiassa soveltamatta oikeuskäytäntöä, johon BAI ja komissio olivat vedonneet. Näin ollen perustamissopimuksen 85 artiklan 1 kohdan virheelliseen soveltamiseen nojautuvat perusteet on hylättävä.

- 147 Koska kaikki BAI:n ja komission esittämät valitusperusteet on joko jätetty tutkittavaksi ottamatta tai perusteettomina hylätty, valitukset hylätään.

Oikeudenkäyntikulut

- 148 Yhteisöjen tuomioistuimen työjärjestyksen 69 artiklan 2 kohdan mukaan, jota tämän työjärjestyksen 118 artiklan nojalla sovelletaan valituksen käsittelyyn, asian hävinnyt asianosainen veloitetaan korvaamaan oikeudenkäyntikulut, jos vastapuoli on sitä vaatinut. Koska Bayer ja EFPIA ovat asiassa C-3/01 P vaatineet, että komissio veloitetaan korvaamaan oikeudenkäyntikulut, ja koska tämä on hävinnyt asian, se on veloitettava korvaamaan oikeudenkäyntikulut.
- 149 Yhteisöjen tuomioistuimen työjärjestyksen 69 artiklan 4 kohdan ensimmäisen alakohdan mukaan, jota niin ikään sovelletaan tämän työjärjestyksen 118 artiklan nojalla valituksen käsittelyyn, jäsenvaltiot ja toimielimet, jotka ovat asiassa väliintulijoina, vastaavat omista oikeudenkäyntikuluistaan. On siis päätettävä, että Ruotsin kuningaskunta vastaa omista oikeudenkäyntikuluistaan.
- 150 Koska Bayer ja EFPIA eivät ole BAI:n vireille panemassa valitusasiassa (C-2/01 P) vaatineet, että BAI veloitettaisiin korvaamaan oikeudenkäyntikulut, on todettava, että kukin asianomainen vastaa tuossa asiassa omista oikeudenkäyntikuluistaan.

Näillä perusteilla

YHTEISÖJEN TUOMIOISTUIN

on antanut seuraavan tuomiolauselman:

- 1) Valitukset hylätään.

- 2) Bundesverband der Arzneimittel-Importeure eV, Bayer AG ja European Federation of Pharmaceutical Industries' Associations vastaavat asiassa C-2/01 P aiheutuneista omista oikeudenkäyntikuluistaan.

- 3) Euroopan yhteisöjen komissio veloitetaan korvaamaan asiassa C-3/01 P aiheutuneet oikeudenkäyntikulut.

- 4) Ruotsin kuningaskunta vastaa omista oikeudenkäyntikuluistaan.

Skouris

Jann

Timmermans

Cunha Rodrigues

Edward

La Pergola

Puissochet

Schintgen

Macken

Colneric

von Bahr

Julistettiin Luxemburgissa 6 päivänä tammikuuta 2004.

R. Grass

kirjaaja

V. Skouris

presidentti