

DOMSTOLENS DOM

6. januar 2004*

I de forenede sager C-2/01 P og C-3/01 P,

Bundesverband der Arzneimittel-Importeure eV, Mülheim an der Ruhr (Tyskland), ved Rechtsanwälte U. Zinsmeister og W.A. Rehmman, og med valgt adresse i Luxembourg,

appellant,

støttet af

European Association of Euro Pharmaceutical Companies (EAEPC), Bruxelles (Belgien), ved Rechtsanwälte M. Epping og M. Lienemeyer, og med valgt adresse i Luxembourg,

intervenient i appelsagen,

* Processprog: tysk.

Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber ved K. Wiedner og W. Wils, som befuldmægtigede, bistået af Rechtsanwalt H.-J. Freund, og med valgt adresse i Luxembourg,

appellant,

støttet af

Kongeriget Sverige ved A. Kruse, som befuldmægtiget, og med valgt adresse i Luxembourg,

og af

European Association of Euro Pharmaceutical Companies (EAEPC),

intervenienter i appelsagen,

angående to appeller af dom afsagt den 26. oktober 2000 af De Europæiske Fællesskabers Ret i Første Instans (Femte Udvidede Afdeling) i sag T-41/96, Bayer mod Kommissionen (Sml. II, s. 3383), hvori der er nedlagt påstand om ophævelse af denne dom,

de andre parter i appelsagen:

Bayer AG, Leverkusen (Tyskland), ved Rechtsanwalt J. Sedemund, og med valgt adresse i Luxembourg,

sagsøger i første instans,

og

European Federation of Pharmaceutical Industries' Associations, Genève (Schweiz), ved solicitor A. Woodgate, og med valgt adresse i Luxembourg,

intervenient i første instans,

har

DOMSTOLEN,

sammensat af præsidenten, V. Skouris, afdelingsformændene P. Jann, C.W.A. Timmermans og J.N. Cunha Rodrigues samt dommerne D.A.O. Edward (refererende dommer), A. La Pergola, J.-P. Puissochet, R. Schintgen, F. Macken, N. Colneric og S. von Bahr,

generaladvokat: A. Tizzano
justitssekretær: ekspeditionssekretær H.A. Rühl,

på grundlag af retsmøderapporten,

efter at parterne har afgivet mundtlige indlæg i retsmødet den 12. november 2002, hvorunder Bundesverband der Arzneimittel-Importeure eV var repræsenteret ved W.A. Rehmann, Kommissionen ved K. Wiedner, bistået af H.-J. Freund, European Association of Euro Pharmaceutical Companies (EAEPIC) ved Rechtsanwalt A. Martin-Ehlers, Bayer AG ved J. Sedemund og European Federation of Pharmaceutical Industries' Associations ved A. Woodgate,

og efter at generaladvokaten har fremsat forslag til afgørelse den 22. maj 2003,

afsagt følgende

Dom

- 1 Ved to appelskrifter indleveret til Domstolens Justitskontor den 5. januar 2001 har Bundesverband der Arzneimittel-Importeure eV (herefter »BAI«) og Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber i medfør af artikel 49 i EF-statutten for Domstolen iværksat appel af dom afsagt den 26. oktober 2000 af Retten i Første Instans i sagen Bayer mod Kommissionen (sag T-41/96, Sml. II, s. 3383, herefter »den appellerede dom«), hvorved Retten annullerede Kommissionens beslutning 96/478/EF af 10. januar 1996 om en procedure i henhold til EF-traktatens artikel 85 (sag IV/34.279/F3 — Adalat) (EFT L 201, s. 1, herefter »den anfægtede beslutning«).

Sagsfremstilling

Faktiske omstændigheder

- 2 De faktiske omstændigheder er i den appellerede dom sammenfattet som følger:
 - »1 Sagsøgeren, Bayer AG (herefter »Bayer« eller »Bayer-koncernen«), er moderselskabet i en af de største europæiske kemiske og farmaceutiske koncerner og har datterselskaber i alle Fællesskabets medlemsstater. Sagsøgeren har i adskillige år produceret og forhandlet en række lægemidler under navnet »Adalat« eller »Adalate«, der indeholder det virksomme stof nifedipin, som bruges til behandling af hjerte-/karsygdomme.
 - 2 Prisen på Adalat fastsættes i de fleste medlemsstater direkte eller indirekte af de nationale sundhedsmyndigheder. Fra 1989 til 1993 var de priser, som var fastsat af de spanske og franske sundhedsmyndigheder, gennemsnitligt 40 % lavere end priserne i Det Forenede Kongerige.
 - 3 På grund af disse prisforskelle begyndte fra 1989 grossister i Spanien at eksportere Adalat til Det Forenede Kongerige og fra 1991 grossister i Frankrig. Ifølge sagsøgeren er det britiske datterselskab Bayer UK's salg af Adalat fra 1989 til 1993 blevet næsten halveret på grund af parallelimport, hvorved datterselskabet har mistet en omsætning på 230 mio. tyske mark (DEM), hvilket gav Bayer et indtægtstab på 100 mio. DEM.

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

Den anfægtede beslutning

3 Efter klage fra visse af de pågældende grossister indledte Kommissionen en administrativ procedure for at undersøge de overtrædelser af EF-traktatens artikel 85, stk. 1 (nu artikel 81, stk. 1, EF), som Bayers datterselskaber i Frankrig (herefter »Bayer Frankrig«) og i Spanien (herefter »Bayer Spanien«) hævdedes at have begået. Den 10. januar 1996 vedtog Kommissionen den anfægtede beslutning.

4 Ifølge Kommissionen handlede Bayer Frankrig og Bayer Spanien i strid med traktatens artikel 85, stk. 1, ved at fastsætte et eksportforbud som led i disse datterselskabers vedvarende forretningsforhold med deres respektive kunder. Kommissionen gjorde gældende, at en sådan aftale indebar en væsentlig begrænsning af konkurrencen, som ligeledes mærkbart påvirkede samhandelen mellem medlemsstater (betragtning 155-199 til den anfægtede beslutning).

5 Mere specifikt udledte Kommissionen af sin analyse af Bayers adfærd, at der forelå et eksportforbud, navnlig på grund af, at der foregik en systematisk indkredsning af eksporterende grossister, samt at der skete en successiv beskæring af Bayer Frankrigs og Bayer Spaniens leverancer til de grossister, der eksporterede alle eller en del af de leverede lægemidler.

- 6 Ifølge Kommissionens analyse forudsatte levering af de mængder, Bayer Frankrig og Bayer Spanien gik med til at levere, overholdelse af et eksportforbud. Hvor meget Bayer Frankrig og Bayer Spanien beskær leverancerne, afpassede de efter grossisternes adfærd i relation til eksportforbuddet. I tilfælde af en overtrædelse af forbuddet medførte dette, at grossisterne automatisk fik deres leverance af lægemidler yderligere beskåret.
- 7 I lyset af de nævnte betragtninger konkluderede Kommissionen i betragtning 170 til den anfægtede beslutning, at Bayer Frankrig og Bayer Spanien havde udsat deres grossister for en permanent trussel om at beskære leverancerne til dem, og at denne trussel blev ført ud i livet gentagne gange, hvis grossisterne ikke rettede sig efter eksportforbuddet.
- 8 Kommissionen fandt, at selve grossisternes adfærd viste, at de ikke alene var klar over, at de leverede varer var underlagt eksportforbuddet, men også, at de tilpassede sig til dette forbud. De havde dermed over for Bayer Frankrig og Bayer Spanien vist, at de — i det mindste tilsyneladende — underkastede sig det eksportforbud, leverandørerne havde pålagt dem i grossisternes handelsforbindelser med dem. I den sammenhæng fremhævede Kommissionen i betragtning 182 og 183 til den anfægtede beslutning følgende:

»182 Grossisterne søgte på forskellig vis at skaffe sig de ønskede leverancer, bl.a. ved at fordele eksportordrerne på de forskellige afdelinger [...] og ved at afgive ordrer til små grossister, der ikke blev kontrolleret [...]; de tilpassede sig ved deres ordreafgivelser efter Bayer Frankrigs og Bayer Spaniens forbud mod at eksportere.

183 Ved afgivelsen af ordrer til Bayer Frankrig henholdsvis Bayer Spanien begyndte grossisterne kun at bestille varer til dækning af behovet på deres hjemmemarked. Og efterhånden som de blev klar over, hvad der foregik, begyndte de endog at overholde de nationale »kvoter«, deres leverandører pålagde dem. De gjorde dog deres bedste for at få dem sat så højt som muligt ved samtidig at underkaste sig en streng overholdelse af de mængder, som Bayer Frankrig og Bayer Spanien anså for at være normale til forsyningen af det nationale marked.«

9 I betragtning 184 til den anfægtede beslutning fastslog Kommissionen, at denne adfærd viste, at grossisterne accepterede eksportforbuddet, der indgik i det vedvarende forretningsforhold mellem Bayer Frankrig og Bayer Spanien og deres grossister. Der forelå således i henhold til Kommissionen en aftale i traktatens artikel 85, stk. 1's forstand.

10 Kommissionen fastslog derfor i artikel 1 i den anfægtede beslutning, at »[d]et forbud mod at eksportere produkterne Adalate og Adalate 20 mg LP fra Frankrig og produkterne Adalat og Adalat-Retard fra Spanien til andre medlemsstater, som har været aftalt siden 1991 mellem Bayer Frankrig og dennes grossister og siden i hvert fald 1989 mellem Bayer Spanien og dennes grossister i forbindelse med deres vedvarende forretningsforhold, udgør en overtrædelse af traktatens artikel 85, stk. 1, begået af Bayer AG«.

11 Den anfægtede beslutnings artikel 2 bestemmer:

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

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

 - senest to måneder efter meddelelsen af nærværende beslutning angive dette klart i de almindelige salgsbetingelser, der anvendes i Frankrig og Spanien.«
- 12 Ved den anfægtede beslutnings artikel 3 blev Bayer pålagt en bøde på 3 000 000 ECU, og ved artikel 4 i denne beslutning pålagdes Bayer en tvangsbøde på 1 000 ECU for hver dags forsinkelse med opfyldelsen af de i artikel 2 i denne beslutning udtrykkeligt angivne forpligtelser efter udløbet af den fastsatte tomånedersfrist for disses opfyldelse.

Retsforhandlingerne ved Retten og den anfægtede beslutning

- 13 Ved stævning registreret på Rettens Justitskontor den 22. marts 1996 anlagde Bayer sag med påstand om annullation af den anfægtede beslutning. Ved særskilt dokument registreret på Rettens Justitskontor samme dag indgav sagsøgeren begæring om udsættelse af gennemførelsen af denne beslutnings artikel 2. Ved kendelse af 3. juni 1996 bestemte Rettens præsident, at gennemførelsen skulle udsættes, og afgørelsen om sagens omkostninger blev udsat.
- 14 Den 1. august 1996 anmodede en tysk sammenslutning af lægemiddelimportører, BAI, om at måtte intervenere til støtte for Kommissionens påstande. Den 26. august 1996 anmodede European Federation of Pharmaceutical Industries'

Associations (herefter »EFPIA«), en europæisk erhvervssammenslutning, som varetager interesserne hos 16 nationale erhvervssammenslutninger inden for lægemiddelsektoren, om at måtte intervenere i sagen til støtte for Bayers påstande. Ved kendelser af 8. november 1996 gav formanden for Rettens Femte Udvidede Afdeling tilladelse til, at de to parter intervenerede i sagen.

- 15 På grundlag af den refererende dommers rapport besluttede Retten at indlede den mundtlige forhandling, og som led i foranstaltninger med henblik på sagens tilrettelæggelse i henhold til procesreglementets artikel 64 stillede den Bayer og Kommissionen en række skriftlige spørgsmål, som den opfordrede dem til at besvare under retsmødet. Parterne afgav mundtlige indlæg og besvarede Rettens skriftlige og mundtlige spørgsmål under retsmødet den 28. oktober 1999.

- 16 Ved den appellerede dom annullerede Retten den anfægtede beslutning og tilpligtede Kommissionen at betale Bayers omkostninger, idet den havde foretaget en urigtig vurdering af de faktiske omstændigheder i sagen og begået en fejl i den retlige vurdering ved at anse det for godtgjort, at der forelå en samstemmende vilje hos Bayer og de grossister, som er nævnt i denne beslutning, der gav grundlag for at slutte, at der var indgået en aftale i traktatens artikel 85, stk. 1's forstand, som havde til formål at forhindre eller begrænse udførelserne af Adalat fra Frankrig og Spanien til Det Forenede Kongerige.

- 17 For at komme frem til denne konklusion gengav Retten indledningsvis i den appellerede doms præmis 66-72 retspraksis vedrørende begrebet »aftale« i traktatens artikel 85, stk. 1's forstand, navnlig vedrørende aftaler, som bygger på fabrikantens tilsyneladende ensidige adfærd. Retten fremhævede hertil bl.a., at »når en fabrikants beslutning udgør en ensidig adfærd fra virksomhedens side, falder beslutningen uden for forbuddet i traktatens artikel 85, stk. 1« (præmis 66). Den præciserede herefter, at »der bør sondres mellem de tilfælde, hvor en virksomhed har truffet en egentlig ensidig foranstaltning, dvs. uden en anden virksomheds udtrykkelige eller stiltiende medvirken, og de tilfælde, hvor foranstaltningens ensidige karakter kun er tilsyneladende. De førstnævnte tilfælde falder ikke ind under traktatens artikel 85, stk. 1, hvorimod de sidstnævnte må

anses for at vise, at der foreligger en aftale mellem virksomheder, der således kan falde ind under [denne artikels] anvendelsesområde. Det gælder navnlig konkurrencebegrænsende praksis og foranstaltninger, som en fabrikant tilsyneladende vedtager ensidigt som led i sin forretningsforbindelse med sine sælgere, men som dog opnår disses, i det mindste stiltiende, samtykke« (præmis 71).

- 18 Bayer erkendte at have ført en ensidig politik til begrænsning af parallelimport, men man havde ikke desto mindre hverken fastsat eller pålagt et eksportforbud, under hvilke omstændigheder Retten vurderede, at »[f]or at kunne afgøre, om Kommissionen under disse forhold [havde] ført tilstrækkelig bevis for, at der forelå en samstemmende vilje hos parterne om at begrænse paralleleksporten, [måtte] det, som anført af [Bayer], undersøges, om Kommissionen [havde] foretaget en fejlagtig vurdering af Bayers og grossisterens respektive hensigter« (den appellerede doms præmis 77).
- 19 For så vidt angår Bayers påståede vilje til at pålægge eksportforbuddet fastslog Retten i den appellerede doms præmis 109, at Kommissionen ikke havde godtgjort, »hverken at Bayer Frankrig og Bayer Spanien pålagde deres respektive grossister et eksportforbud, eller at Bayer foretog en systematisk kontrol med det endelige bestemmelsessted for de pakker Adalat, som blev leveret efter vedtagelsen af selskabets nye leveringspolitik, eller at [Bayer] anvendte en politik med trusler og sanktioner over for de eksporterende grossister, eller at selskabet gjorde leveringerne af dette produkt betinget af det påståede eksportforbuds overholdelse«. Ifølge Retten fremgik det heller ikke af de dokumenter, som er gengivet i den anfægtede beslutning, at Bayer forsøgte at opnå noget som helst samtykke fra grossisterne til den praktiske gennemførelse af selskabets politik om begrænsning af parallelimporten. Ifølge Retten indeholdt de af Kommissionen påberåbte dokumenter intet bevis for den opfattelse, at Bayer havde betinget sin leveringspolitik over for hver enkelt grossist af, at denne fulgte ønskerne med hensyn til de leverede produkters endelige bestemmelsessted.

- 20 Retten undersøgte herefter i den appellerede doms præmis 111-157 grossisternes holdning og reelle adfærd i forbindelse med undersøgelsen af, om der forelå en aftale i traktatens artikel 85, stk. 1's forstand. Den fastslog først, at Kommissionens konstatering af, at grossisterne havde rettet sig efter det påståede eksportforbud, savnede faktisk grundlag, bl.a. fordi Kommissionen hverken havde godtgjort, at Bayer havde pålagt sine grossister et eksportforbud, eller at leveringerne var blevet gjort betinget af overholdelse af dette påståede eksportforbud (den appellerede doms præmis 119-122).
- 21 Retten undersøgte herefter, om Kommissionen på grundlag af den adfærd, som grossisterne udviste efter Bayers vedtagelse af sin nye politik for begrænsning af leveringerne, kunne konkludere, at de samtykkede i denne politik (præmis 124). Efter at have taget højde for de i den anfægtede beslutning nævnte dokumenter, fastslog Retten følgende:
- »151 Det fremgår af en gennemgang af grossisternes holdning og faktiske adfærd, at Kommissionen ikke har grundlag for sin påstand om, at grossisterne tilsluttede sig [Bayers] politik med begrænsning af parallelimporten.
- 152 Argumentet om, at de pågældende grossister havde begrænset deres ordrer til et bestemt niveau for at give Bayer indtryk af, at de handlede i overensstemmelse med selskabets erklærede ønske om herved kun at dække efterspørgslen på deres traditionelle markeder, og at de handlede på denne måde for at undgå sanktioner, må forkastes, da det stadig påhviler Kommissionen at bevise, at [Bayer] over for grossisterne rejste krav om eller forhandlede sig frem til, at disse fulgte en bestemt adfærd hvad angår eksport af leverede pakker Adalat, og at [Bayer] pålagde de eksporterende grossister sanktioner eller truede hermed.

- 153 Af de samme grunde kan Kommissionen ikke med rette gøre gældende, at nedskæringen af ordrerne alene kunne forstås af Bayer som et tegn på, at grossisterne havde accepteret [selskabets] krav, eller fastholde, at fordi de opfyldte dette krav, måtte de skaffe sig de supplerende mængder til eksport hos grossister, som ikke var »suspekter« i selskabets øjne, og fra hvem de mere omfattende ordrer derfor skulle være blevet efterkommet uden vanskeligheder.
- 154 Det fremgår desuden klart af de betragtninger i [den anfægtede beslutning], som er gennemgået ovenfor, at grossisterne fortsat søgte at skaffe sig Adalat-pakker til eksport og fastholdt denne aktivitet, selv om de til dette formål fandt det mere hensigtsmæssigt at anvende forskellige systemer til at skaffe sig leveringer, nemlig dels et system til at fordele eksportordrerne på forskellige afdelinger, dels et system, hvorved ordrerne blev afgivet indirekte via små grossister. Under disse forhold kan den omstændighed, at grossisterne ændrede deres ordrepolitik og indførte forskellige systemer til fordeling eller diversificering af ordrerne ved at afgive dem indirekte, ikke fortolkes som et bevis på deres vilje til at imødekomme Bayer eller som et svar på en anmodning eller indtrængende henstilling fra denne. Tværtimod kan denne omstændighed anses for udtryk for grossisternes faste forsæt til at blive ved med at foretage paralleleksport af Adalat.
- 155 I mangel af bevis for, at [Bayer] har stillet noget krav til grossisternes adfærd hvad angår udførelsen af de leverede pakker Adalat, kan den omstændighed, at de traf foranstaltninger for at skaffe sig supplerende mængder, kun fortolkes som bevis på, at de ikke samtykkede, sådan som Kommissionen har påstået. Af samme grunde kan der ikke gives Kommissionen medhold i argumentet om, at det under de i sagen foreliggende omstændigheder var normalt, at visse grossister forsøgte at skaffe sig supplerende mængder ad omveje, fordi de over for Bayer måtte forpligte sig til ikke at eksportere og følgelig nedskære deres ordrer til et kvantum produkter, som ikke kunne eksporteres.

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

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

22 Endelig fulgte Retten dette ræsonnement ved analysen af de tidligere afgørelser, som Kommissionen havde anført til støtte for, at der i det konkrete tilfælde forelå en aftale i henhold til traktatens artikel 85, stk. 1, inden den i den appellerede doms præmis 171 konkluderede, at Kommissionen ikke kunne anvende denne retspraksis til at betvivle analysen, som havde ført til den konklusion, at grossisternes samtykke til Bayers nye politik ikke konkret forelå, og at Kommissionen som følge heraf ikke havde bevist, at der forelå en sådan aftale.

23 For så vidt angår dommen af 11. januar 1990, Sandoz prodotti farmaceutici mod Kommissionen (sag C-277/87, Sml. I, s. 45), fastslog Retten følgende:

»161 I Sandoz-sagen havde Kommissionen pålagt et datterselskab til et multinationalt medicinalfirma, Sandoz, en bøde for at forsyne sine fakturaer til kunderne (grossister, apoteker og hospitaler) med den udtrykkelige påtegning »må ikke eksporteres«. Sandoz havde ikke bestridt, at fakturaerne indeholdt denne påtegning, men havde benægtet, at der forelå en aftale i traktatens artikel 85, stk. 1's forstand. Domstolen

frifandt Kommissionen efter at have taget stilling til alle de af sagsøgeren fremførte argumenter. Domstolen fandt således, at det ikke var en ensidig handling at tilsende kunder fakturaer med den nævnte påtegning, men at dette skete som led i en helhed af virksomhedens faste forretningsforbindelse med kunderne. Domstolen nåede frem til denne konklusion på grundlag af en undersøgelse af den fremgangsmåde, virksomheden fulgte, før den godkendte, at en ny kunde solgte virksomhedens produkter og under hensyn til den faste, ensartede og systematiske praksis, der blev anvendt i forbindelse med hver enkelt salgsoperation (dommens præmis 10). Det var på dette stadium af sine betragtninger (præmis 11), at Domstolen behandlede spørgsmålet om medkontrahenternes samtykke i det eksportforbud, som var nævnt i fakturaen. Herom udtalte Domstolen:

»Det skal desuden bemærkes, at Sandoz PF's kunder fik tilsendt den samme type faktura efter afgivelse af hver enkelt ordre eller, efter omstændigheder[ne], efter produkternes levering. De gentagne individuelle ordrer på produkter og den omstændighed, at kunderne efterfølgende uden protest betalte de priser, som var angivet på fakturaerne — der var forsynet med påtegningen »må ikke eksporteres« — udgjorde et stiltiende samtykke fra dem til de i fakturaen fastsatte klausuler og til den type forretningsforbindelse, som bestod mellem Sandoz PF og dets kundekreds. Når Sandoz PF optog en forretningsforbindelse med en kunde, forudsatte denne således, at kunden stiltiende accepterede den forretningspraksis, som Sandoz PF anvendte i forhold til kunderne.«

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

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

24 Kommissionen støttede ligeledes ret på dommen af 8. februar 1990, Tipp-Ex mod Kommissionen (sag C-279/87, Sml. I, s. 261), hvori Kommissionens beslutning om at pålægge bøde for en aftale, der havde til formål at hindre udførsler, blev stadfæstet af Domstolen, selv om der i modsætning til sagen, der gav anledning til dommen i sagen Sandoz prodotti farmaceutici mod Kommissionen, ikke forelå nogen skriftlig bestemmelse om et eksportforbud. Herom fastslog Retten følgende:

»165 Den nævnte sag vedrørte en eneforhandlingsaftale mellem Tipp-Ex og dennes franske forhandler, DMI, der havde efterkommet fabrikantens krav om at forhøje de priser, som var fastsat for en kunde, så meget, at denne mistede enhver økonomisk interesse i at foretage parallelimport. Desuden var det godtgjort, at fabrikanten foretog efterfølgende kontrol for at tilskynde eneforhandleren til at følge denne adfærd (betragtning 58 til Kommissionens beslutning 87/406/EØF af 10.7.1987 om en procedure i henhold til EØF-traktatens artikel 85 (EFT L 222, s. 1)). De betragtninger, Domstolen lagde til grund i denne dom, fremgår af præmis 18-21. Efter at have fastslået, at der var indgået en mundtlig eneforhandlingsaftale for Frankrig mellem Tipp-Ex og DMI, og efter at have nævnt de

vigtigste faktiske omstændigheder, undersøgte Domstolen reaktionen — altså forhandlerens reaktion — over for den sanktionsvilje, fabrikanten havde vist. Domstolen konstaterede i så henseende, at forhandleren »reagerede ved at forhøje priserne med 10-20 % udelukkende over for virksomheden ISA France. Efter at ISA France i hele 1980 havde afbrudt sine indkøb hos DMI, afslog sidstnævnte selskab i begyndelsen af 1981 selv at levere Tipp-Ex-produkter til ISA France«. Det var først efter disse konstateringer vedrørende fabrikantens og forhandlerens adfærd, at Domstolen nåede frem til den konklusion, at der forelå en aftale i traktatens artikel 85, stk. 1's forstand, idet den fastslog:

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

- 166 Følgelig var der ikke i dommen i sagen Tipp-Ex mod Kommissionen tvivl om — i modsætning til, hvad der gælder i den foreliggende sag — at politikken for at hindre paralleleksport blev iværksat af fabrikanten i samarbejde med forhandlerne. Som anført i dommen fremgik denne hensigt allerede klart af de mundtlige og skriftlige aftaler mellem de to parter (jf. dommens præmis 19 og 20 hvad angår forhandleren DMI og præmis 22 og 23 hvad angår forhandleren Beiersdorf), og i tilfælde af, at der stadig var nogen tvivl tilbage, viste analysen af adfærden hos de forhandlere, som blev presset af fabrikanten, meget klart, at de samtykkede i Tipp-Ex' ønske om at begrænse konkurrencen. Kommissionen havde ikke blot bevist, at forhandlerne havde reageret over for fabrikantens trusler og pression, men også, at i hvert fald en af dem havde tilsendt fabrikanten prøver på sit samarbejde. Endelig skal det tilføjes, at Kommissionen selv i den foreliggende sag har bemærket, at Domstolen i Tipp-Ex-dommen ved afgørelsen af, om der forelå en aftale, fulgte den fremgangsmåde at analysere forhandlerens reaktion over for fabrikantens handlemåde til afværgelse af paralleleksport, og at det var i betragtning af denne reaktion fra forhandlerens side, at Domstolen konkluderede, at der måtte antages at foreligge en aftale mellem denne og Tipp-Ex med det formål at hindre paralleleksport.

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

25 Vedrørende sagerne, som gav anledning til dom af 25. oktober 1983, AEG mod Kommissionen (sag 107/82, Sml. s. 3151), og af 17. september 1985, Ford mod Kommissionen (forenede sager 25/84 og 26/84, Sml. s. 2725), udtalte Retten følgende:

»170 I dommen i sagen AEG mod Kommissionen, hvori fabrikantens og forhandlernes hensigter ikke fremgik umiddelbart, og hvor sagsøgeren udtrykkeligt påberåbte sig, at hans adfærd var ensidig, fandt Domstolen, at en praksis, hvorved en fabrikant som led i et selektivt distributions-system i det øjemed at opretholde et højt prisniveau eller at udelukke bestemte moderne distributionsformer afslår at autorisere forhandlere, der opfylder de for systemet fastsatte kvalitative betingelser, »[ikke udgør] en sådan ensidig handling fra virksomhedens side, der — som hævdet af AEG — ikke er omfattet af forbuddet i EØF-traktatens artikel 85, stk. 1. Holdningen indgår tværtimod i de kontraktmæssige forbindelser, som virksomheden opretholder med sine forhandlere« (præmis 38). Domstolen fastslog derpå, at der forelå et samtykke fra forhandlerne, idet den præciserede: »Når en forhandler optages i distributionssystemet, bygger autorisationen nemlig på medkontrahenternes udtrykkelige eller stiltiende accept af den af AEG fulgte politik, hvorefter bl.a. forhandlere, der opfylder betingelserne for at blive autoriseret, men ikke er indforstået med at følge denne politik, udelukkes fra forhandlerorganisationen« (præmis 38). Domstolen har bekræftet denne linje i sin retspraksis i de øvrige sager om selektiv distribution, som den har påkendt (se [dommen i sagen] Ford [...] mod Kommissionen, præmis 21, [dom af 22.10.1986, sag 75/84, Metro mod Kommissionen], »Metro II«, [Sml. s. 3021], præmis 72 og 73, og [af 24.10.1995, sag C-70/93], Bayerische Motorenwerke [Sml. I, s. 3439] præmis 16 og 17).«

26 Med hensyn til dommen af 12. juli 1979, BMW Belgium m.fl. mod Kommissionen (forenede sager 32/78 og 36/78-82/78, Sml. s. 2435), bemærkede Retten følgende:

»169 For at afgøre, om der i sagen BMW Belgium m.fl. mod Kommissionen forelå en aftale i traktatens artikel 85, stk. 1's forstand, undersøgte Domstolen således de foranstaltninger, som kunne tænkes at godtgøre forekomsten af en sådan aftale. Dette var tilfældet med de cirkulærer, der var udsendt til BMW's forhandlere, og det gjaldt såvel, »når cirkulærernes indhold [som når] den faktiske og retlige sammenhæng, hvori de forekommer, og parternes adfærd tages i betragtning«, og Domstolen konkluderede, at de pågældende cirkulærer måtte »betragtes som udtryk for en hensigt til at ville bringe enhver eksport af nye BMW-vogne fra Belgien til ophør« (præmis 28). Den tilføjede, at BMW Belgium »ved at udsende cirkulærerne til alle de belgiske forhandlere tog [...] initiativet til, at der blev indgået en aftale med forhandlerne om fuldstændigt at bringe denne eksport til ophør« (præmis 29). Det fremgår af dommens præmis 30, at Domstolen hermed har villet uddybe, hvori forhandlerens samtykke bestod.«

27 Endvidere afviste Retten i den appellerede doms præmis 173-181 Kommissionens antagelse om, at den simple konstatering af, at grossisterne ikke afbrød deres forretningsforbindelse med Bayer, efter at denne havde iværksat sin nye politik til begrænsning af udførslerne, gør det berettiget at anse det for godtgjort, at der var indgået en aftale mellem virksomheder i traktatens artikel 85, stk. 1's forstand. Omvendt fandt Retten, at beviset for, at der foreligger en aftale i denne bestemmelses forstand, skal være baseret på en direkte eller indirekte konstatering af det subjektive element, som kendetegner selve begrebet aftale, nemlig at der foreligger en samstemmende vilje mellem erhvervsdrivende.

28 I den appellerede doms præmis 179-182 foreholdt Retten mere præcist Kommissionen at have udvidet anvendelsesområdet for reglerne for virksomhederne i traktatens tredje del, afsnit V, kapitel 1, første afdeling.

- 29 Retten annullerede som følge heraf den anfægtede beslutning uden at have undersøgt Bayers subsidiære anbringender om, at traktatens artikel 85, stk. 1, var blevet urigtigt anvendt på handlemåder, som var lovlige efter artikel 47 i akten vedrørende vilkårene for Kongeriget Spaniens og Den Portugisiske Republiks tiltrædelse og tilpasningerne af traktaterne (EFT 1985 L 302, s. 23), og om, at artikel 15 i Rådets forordning nr. 17 af 6. februar 1962, første forordning om anvendelse af bestemmelserne i traktatens artikel 85 og 86 (EFT 1959-1962, s. 81), blev urigtigt anvendt ved den bøde, som blev pålagt Bayer.

Retsforhandlinger og parternes påstande

- 30 Ved kendelse afsagt af Domstolens præsident den 28. marts 2001 blev sagerne C-2/01 P og C-3/01 P forenet med henblik på den skriftlige og den mundtlige forhandling samt domsafsigelsen.
- 31 Den 9. april 2001 anmodede European Association of Euro Pharmaceutical Companies (herefter »EAEP«), som er en sammenslutning af europæiske lægemiddelvirksomheder, om at måtte intervenere i sagen til støtte for BAI's og Kommissionens påstande. Ved kendelse af 26. september 2001 gav Domstolens præsident EAEP tilladelse til at intervenere i sagen.
- 32 Den 23. april 2001 anmodede Kongeriget Sverige i medfør af artikel 37, stk. 1, i EF-statutten for Domstolen om at måtte intervenere i sagen til støtte for Kommissionens påstande. Ved kendelse af 25. juni 2001 gav Domstolens præsident tilladelse til, at Kongeriget Sverige intervererede i sagen.

33 BAI har nedlagt følgende påstande:

- Den appellerede dom ophæves, og sagsøgte i første instans frifindes for Bayers påstande.

- Subsidiært hjemvises sagen til Retten.

- Bayer tilpligtes at betale sagens omkostninger, herunder dem, som er afholdt af BAI på grund af dens intervention i første instans.

34 Kommissionen har nedlagt følgende påstande:

- Den appellerede dom ophæves, og Bayers søgsmål til prøvelse af den anfægtede beslutning forkastes.

- I sin egenskab af sagsøger og indstævnte tilpligtes Bayer at betale sagsomkostningerne for Domstolen og Retten.

35 Bayer har som sagsøger i første instans nedlagt følgende påstande:

— Appellen forkastes i det hele.

— Kommissionen tilpligtes at betale appelsagens omkostninger.

36 EFPIA, som intervererede til støtte for Bayers påstande i første instans, har nedlagt følgende påstande:

— Appellerne forkastes.

— Kommissionen tilpligtes at betale dens omkostninger.

37 Kongeriget Sverige, som har intervereret til støtte for Kommissionens påstande, har nedlagt påstand om ophævelse af den appellerede dom.

38 EAEPC, som har intervereret til støtte for BAI's og Kommissionens påstande, har nedlagt følgende påstande:

— Den appellerede dom ophæves, og sagsøgte i første instans frifindes for Bayers påstand.

- Subsidiært hjemvises sagen til Retten.

- Bayer tilpligtes at betale sagens omkostninger.

Sammenfatning af parternes anbringender

- 39 BAI har fremført tre anbringender til støtte for appellen, nemlig for det første om en ufuldstændig hensyntagen til de faktiske omstændigheder, som den anfægtede beslutning byggede på, for det andet om, at Retten foretog en urigtig bevisbedømmelse, som tilsidesatte bevisbyrdereglerne, og for det tredje om en retlig fejl med hensyn til de juridiske kriterier for, om der foreligger en aftale i traktatens artikel 85, stk. 1's, forstand.
- 40 Kommissionen har fremsat en generel kritik af Rettens restriktive fremgangsmåde ved anvendelsen af traktatens artikel 85, stk. 1, på eksportbegrænsninger, og har herefter fremført fem mere præcise anbringender, som hovedsageligt vedrører en alt for restriktiv fortolkning af aftalebegrebet i denne bestemmelses forstand, en retlig fejl i anvendelsen heraf og en forkert gengivelse af beviserne.
- 41 Anbringenderne vedrørende det af Retten udøvede jretlige vurdering for så vidt angår aftalebegrebet i artikel 85, stk. 1's forstand, rejser helt generelt spørgsmålet, om Retten foretog en alt for restriktiv fortolkning af bestemmelsen, idet den udelukkede, at det kunne antages, at en aftale i en situation som den her foreliggende indeholdt et eksportforbud.

Indledende bemærkninger

- 42 Inden de påberåbte anbringender undersøges, skal det understreges, at Kommissionen i den anfægtede beslutning indskrænkede sig til at undersøge ét klagepunkt, nemlig eksistensen af en aftale i traktatens artikel 85, stk. 1's forstand mellem Bayer og Bayers grossister inden for rammerne af et marked, som var defineret ud fra det omhandlede produkts vigtigste terapeutiske indikatorer, dvs. Adalat. Det skal følgelig præciseres, at den foreliggende sag hverken angår den eventuelle anvendelse af andre elementer i artikel 85 og EF-traktatens artikel 86 (nu artikel 82 EF) eller andre mulige definitioner af det relevante marked.

Anbringenderne vedrørende de faktiske omstændigheder

- 43 Både BAI og Kommissionen har anfægtet Rettens fastlæggelse af de faktiske omstændigheder og har gjort gældende, at den foretog en ufuldstændig hensyntagen til de faktiske omstændigheder, som Kommissionen havde lagt til grund angående henholdsvis den kontrol, som Bayer angiveligt havde udøvet vedrørende de bestilte produkters endelige bestemmelsessted, og grossisternes ønske om at lade virksomheden tro, at de fremover kun ville bestille til dækning af behovene på hjemmemarkedet.

Kontrollen, som Bayer angiveligt udøvede

Parternes argumenter

- 44 Med det første anbringende har BAI anfægtet nøjagtigheden af Rettens vurdering i den appellerede doms præmis 109, i henhold til hvilken Kommissionen ikke havde

godtgjort, at Bayer foretog kontrol med det endelige bestemmelsessted for de produkter, som blev leveret til de spanske og franske grossister. Retten foretog således en retlig fejlbedømmelse, idet dens konklusion om, at der ikke forelå en aftale i traktatens artikel 85, stk. 1's forstand, blev draget, uden at relevante forhold i sagsakterne blev taget i betragtning.

- 45 Med støtte i ordlyden af de dokumenter, som Kommissionen henviste til i betragtning 140 og 80 til den anfægtede beslutning, har BAI understreget, at det var lykkedes Bayer ved hjælp af batchnumrene på partier fundet i Det Forenede Kongerige at spore dem tilbage til spanske grossister. I modsætning til Retten er det BAI's opfattelse, at det fremgår af disse dokumenter, at denne kontrol fandt sted, selv om den kun vedrørte et begrænset antal af partier.
- 46 Både Bayer og EFPIA påstår dette anbringende afvist, da man herved vil bestride den vurdering af de faktiske omstændigheder, Retten foretog i den appellerede doms præmis 105, 108 og 109. Bayer præciserer endvidere, at anbringendet bygger på en fejlagtig forståelse af de faktiske omstændigheder, idet de — selv om batchnumrene »kan« gøre det muligt at finde frem til de eksporterende grossister — ikke beviser, at der i dette tilfælde rent faktisk blev foretaget en kontrol. Under alle omstændigheder bestrider Bayer, at batchnumrene gør det muligt at identificere bestemte operatører, i det omfang et bestemt nummer normalt findes på partier sendt til flere grossister.

Domstolens bemærkninger

- 47 I henhold til artikel 225 EF og artikel 58 i Domstolens statut er appel til Domstolen begrænset til retsspørgsmål, og det er alene Retten, der er kompetent til dels at fastlægge de faktiske omstændigheder i sagen, når ses bort fra tilfælde, hvor den indholdsmæssige urigtighed af dens konstateringer følger af de akter,

den har fået forelagt i sagen, dels at tage stilling til disse faktiske omstændigheder, på nær spørgsmålet om forkert gengivelse af beviserne. Når Retten har fastlagt eller vurderet de faktiske omstændigheder, har Domstolen i henhold til artikel 225 EF kun kompetence til at gennemføre en kontrol med den retlige vurdering af disse faktiske omstændigheder og de retlige konsekvenser, Retten har draget (dom af 28.5.1998, sag C-7/95 P, Deere mod Kommissionen, Sml. I, s. 3111, præmis 21).

- 48 Med det første anbringende anfægter BAI imidlertid kun Rettens vurdering af de faktiske omstændigheder, navnlig det forhold, at Retten under hensyntagen til de i den anfægtede beslutning nævnte dokumenter fastslog, at Kommissionen ikke havde godtgjort Bayers »systematiske kontrol« med det endelige bestemmelsessted for partier Adalat, som blev leveret til grossisterne efter vedtagelsen af selskabets nye politik for levering af lægemidler. Den af Bayer og EFPIA fremførte formalitetsindsigelse skal således tages til følge, og BAI's første anbringende skal afvises.

Grossisternes ønske om at lade Bayer tro, at de kun ville bestille varer til dækning af behovene på hjemmemarkedet

Parternes argumenter

- 49 Med sit tredje anbringende har Kommissionen gjort gældende, at Retten undlod at tage hensyn til eller gengav visse beviser forkert, da den i den appellerede doms præmis 126 vurderede, at de dokumenter, som Kommissionen angav i den anfægtede beslutning, ikke beviste, at grossisterne ønskede at give Bayer det indtryk, at de fulgte denne virksomheds nye forretningspolitik.

- 50 Kommissionen har for det første gjort gældende, at Retten ikke tog hensyn til den omstændighed, at grossisternes lokale kontorer, hvorfra eksportordrerne blev afsendt, blev opfordret til at udvise diskretion, efter at Bayer Frankrig havde afvist at efterkomme ordrer, som åbenbart var beregnet til eksport, og for det andet, at Retten ikke tog hensyn til den omstændighed, at fordelingen af de ønskede mængder mellem de lokale kontorer ikke kunne have andet formål end at vildlede Bayer for så vidt angår deres eksport hensigter.
- 51 Endvidere har Kommissionen lagt vægt på dels grossisternes ønske om at vildlede Bayer om behovsniveauet på det nationale marked, hvilket de i den anfægtede beslutning nævnte skrivelser beviser, dels, at en sådan fremgangsmåde var nødvendig, for det første på grund af grossisternes ønske om at fortsætte med at eksportere lægemidler og for det andet på grund af Bayers politik om kun at levere lægemidler til det nationale markeds behov.
- 52 Bayer og EFPIA har hertil svaret, at klagepunktet om, at der angiveligt ikke blev taget hensyn til visse beviser, bør afvises i sin helhed, idet Retten i den appellerede dom indgående undersøgte og tog hensyn til alle de af Kommissionen i den anfægtede beslutning nævnte beviser, og at dette anbringende følgelig udelukkende retter sig mod de af Retten fastslåede faktiske omstændigheder. For så vidt angår klagepunktet om den påståede forkerte gengivelse af beviserne har Bayer og EFPIA gjort gældende dels, at Retten i den appellerede doms præmis 125, 128, 131 og 143-152 udtrykkeligt bemærkede, at visse virksomheder havde foregivet behov, der lå over deres faktiske behov på det nationale marked, dels, at Kommissionen end ikke havde forsøgt at påvise, at Retten ved at tage hensyn til angiveligt forkert gengivne beviser ville være kommet til en anden vurdering. Kommissionen forsøger reelt på ny at gøre indsigelser mod Rettens konstateringer vedrørende de faktiske omstændigheder.

Domstolens bemærkninger

- 53 Det skal for det første bemærkes, at Retten undersøgte spørgsmålet, om det i mangel af beviser på, at Bayer har forsøgt at opnå en aftale eller grossisterne samtykke til virksomhedens nye forretningspolitik, kan udledes af grossisterne reelle adfærd, at de har samtykket til denne politik. Ved sin undersøgelse tog Retten hensyn til alle de af Kommissionen i den anfægtede beslutning angivne dokumenter.
- 54 Retten fastslog i den sammenhæng heller ikke, at grossisterne ikke ønskede at vildlede Bayer om deres eksport hensigter. Den konstaterede derimod blot, at de dokumenter, som Kommissionen henviste til, ikke godtgjorde, at grossisterne ønskede at give Bayer det indtryk, at de som svar på virksomhedens erklærede ønske ville nedsætte deres bestillinger til et fastlagt niveau.
- 55 Hvad dernæst angår den påståede forkerte gengivelse af beviserne afviste Retten for det første ikke, at visse grossister havde foretrukket at afgive ordrer ved at opdele disse mellem deres lokale forhandlere under foregivende af en stigning i bestillingerne, som officielt var bestemt til hjemmemarkedet.
- 56 For det andet anerkendte Retten udtrykkeligt, at grossisterne havde ført besværlige forhandlinger med Bayer for at få virksomheden til at indrømme, at deres nationale behov normalt var højere, og at det var nødvendigt at opfylde behovene. Retten konkluderede dog, at denne omstændighed ikke var egnet til at godtgøre, at grossisterne havde samtykket til Bayers politik.

57 Følgelig skal Kommissionens tredje anbringende forkastes.

Bevisbyrden for, at der forelå en aftale i traktatens artikel 85, stk. 1's forstand

Parternes argumenter

- 58 Med sit andet anbringende har BAI kritiseret Retten for at have begået en retlig fejl ved at have anerkendt princippet om, at bevisbyrden for, at der er indgået en aftale i traktatens artikel 85, stk. 1's forstand mellem Bayer og de omhandlede grossister, alene påhviler Kommissionen (den appellerede doms præmis 119-121). Retten tilsidesatte dermed det princip, Domstolen fastslog i sin dom af 8. juli 1999, Kommissionen mod Anic Partecipazioni (sag C-49/92 P, Sml. I, s. 4125, præmis 96), hvoraf det fremgår, at når de elementer, som Kommissionen har samlet, er tilstrækkelige til umiddelbart at fastslå, at der foreligger en aftale, påhviler det den pågældende virksomhed at bevise, at der ikke findes nogen samstemmende vilje mellem virksomheden og dens forhandlere.
- 59 BAI har gjort gældende, at i henhold til de af Kommissionen fastslåede faktiske omstændigheder, som Bayer ikke har anfægtet, var der samtaler mellem sidstnævnte og grossisterne angående de af Bayer indførte eksportrestriktioner. Under disse samtaler meddelte virksomheden tydeligt, at den havde til hensigt at forhindre parallelimport ved hjælp af en salgskvotering. Grossisterne forstod endvidere denne hensigt og accepterede til sidst salgskvoteringen. Selv om Retten fremlagde alle de faktiske omstændigheder korrekt, drog den ikke den juridisk rigtige konklusion heraf. Ifølge BAI fremgår det af dommen i sagen Kommissionen mod Anic Partecipazioni, at Retten burde have konkluderet, at en aftale i traktatens artikel 85, stk. 1's forstand umiddelbart syntes at foreligge, hvorefter det påhvilede Bayer at bevise, at der ikke var samstemmende viljer. Den appellerede dom bygger således på en fejlagtig retsanvendelse.

60 Både Bayer og EFPIA har hertil svaret, at dommen i sagen Kommissionen mod Anic Partecipazioni, som vedrørte andre faktiske omstændigheder end dem i den foreliggende sag, ikke kan anvendes herpå. Bayer har støttet af EFPIA vurderet, at dette klagepunkt i virkeligheden angår de af Retten fastslåede faktiske omstændigheder, i henhold til hvilke Kommissionen ikke havde godtgjort, at der forelå en aftale i førnævnte bestemmelses forstand, og at dette klagepunkt derfor ikke kan antages til realitetsbehandling eller er ugrundet.

Domstolens bemærkninger

61 For så vidt angår Bayers og EFPIA's formalitetsindsigelse er det tilstrækkeligt at fastslå, at spørgsmålet om fordelingen af bevisbyrden udgør et retligt spørgsmål, selv om det kan have indvirkning på de af Retten fastslåede faktiske omstændigheder. Denne formalitetsindsigelse er således ugrundet.

62 For så vidt angår realiteten skal det bemærkes, at Domstolen i dommen i sagen Kommissionen mod Anic Partecipazioni, i modsætning til BAI's påstand, ikke ændrer princippet om, at Kommissionen i tilfælde af tvist om, hvorvidt der foreligger en overtrædelse af konkurrencereglerne, skal føre bevis for de fastslåede overtrædelser og føre bevis for, at de omstændigheder, som udgør overtrædelser, faktisk foreligger.

63 I sagen, som gav anledning til dommen i sagen Kommissionen mod Anic Partecipazioni, blev det fastslået, at en »aftale« i traktatens artikel 85, stk. 1's forstand var blevet indgået på et møde mellem flere deltagere. Domstolen fastslog herefter, at en virksomhed, som har deltaget i disse møder, bærer bevisbyrden, såfremt den senere vil gøre gældende, at den ikke ønskede at deltage i indgåelsen af den fastslåede aftale. Det følger heraf, at bevisbyrden i denne sag skiftede, efter at det var blevet fastslået, at der eksisterede en aftale, som var indgået under et

møde mellem tre virksomheder. Den mulighed, som den pågældende virksomhed med bevisbyrden har, består i at unddrage sig den fastslåede aftale, men ikke at fornægte aftalens eksistens. BAI kan således ikke anvende dommen i sagen Kommissionen mod Anic Partecipazioni, til støtte for sit andet anbringende, som er ugrundet og følgelig bør forkastes.

Anbringenderne vedrørende begrebet »aftale«i traktatens artikel 85, stk. 1's forstand

- 64 Både BAI og Kommissionen har kritiseret den alt for restriktive retlige vurdering, på baggrund af hvilken Retten fastslog, at der ikke forelå en aftale om eksportforbud, som var omfattet af traktatens artikel 85, stk. 1's anvendelsesområde.

Generelle bemærkninger vedrørende Rettens fremgangsmåde angående aftalebegrebet i traktatens artikel 85, stk. 1's forstand

- 65 Kommissionen opfatter den appellerede dom som et brud med den tidligere retspraksis angående aftalebegrebet i traktatens artikel 85, stk. 1's forstand, idet dommen omdefinerer de fastlagte kriterier for at bevise eksistensen af et eksportforbud og en aftale på området. Den restriktive fortolkning af disse begreber samt de strengere krav vedrørende beviset for indgåelsen af en aftale mellem en fabrikant og en grossist angående et eksportforbud drager tvivl om Kommissionens politik til bekæmpelse af konkurrencebegrænsninger gennem systemer til hindring af parallelimport.

- 66 EAEPK har anført, at parallelhandel er en følge af gennemførelsen af det indre marked. Kongeriget Sverige har fremført lignende argumenter og understreger herved, at eftersom medicalsektoren endnu ikke har været genstand for en totalharmonisering på europæisk plan, skal parallelimport tilskyndes for at undgå, at markedet, som allerede er sårbart over for illoyal adfærd gennem opretholdelse af forskellige priser mellem medlemsstater, ikke fordrejes yderligere.
- 67 EAEPK har gjort opmærksom på, at det er forbudt for medlemsstaterne på nogen som helst måde at hindre de frie varebevægelser, hvis dette ikke er retfærdiggjort i traktaten, og har gjort gældende, at statslige begrænsninger ikke bør erstattes af begrænsninger pålagt af privatpersoner.
- 68 Bayer har, støttet af EFPIA, gjort gældende, at påstandene vedrørende anvendelsesområdet for traktatens artikel 85, stk. 1, er åbenbart ugrundede. Afgørelserne og retspraksis vedrørende anvendelsen af denne bestemmelse på eksportforbud vedrører alene sager, hvor en fabrikant forudgående har indgået en udtrykkelig eller stiltiende aftale med sine forhandlere om dette forbud, i hvilken sammenhæng fabrikanten efterfølgende kontrollerede, om eksportforbuddet var blevet overholdt, og sanktionerede virksomheder, som ikke respekterede aftalens indhold. Det er ikke tilfældet i den foreliggende sag, og den forudgående praksis kan således ikke anvendes herpå.
- 69 Kommissionens reelle formål er at udvide traktatens artikel 85, stk. 1's anvendelsesområde, således at »hindringer af parallelimporten«, som er omfattet af princippet om de frie varebevægelser i EF-traktatens artikel 30 (efter ændring nu artikel 28 EF), i praksis *per se* udgør en tilsidesættelse af traktatens artikel 85, stk. 1. I den foreliggende sag tilstræber Kommissionen udtrykkeligt en harmonisering af medicinalpriserne ved anvendelse af denne bestemmelse uden at foretage en harmonisering af medlemsstaternes lovgivning, selv om de forskellige priser skyldes denne lovgivning. Det er ikke lægemiddelindustrien,

men medlemsstaterne, som er ansvarlige for den forskelligartede fastsættelse af priserne for samme lægemiddel inden for medlemsstaterne. Denne konkurrencefordrejning kan kun afskaffes ved anvendelse af traktatens artikel 30 og ved harmonisering af de nationale bestemmelser om fastsættelsen af medicinalpriserne.

- 70 Forslaget om at anvende traktatens artikel 85, stk. 1, til at straffe en virksomhed, som ikke indtager en dominerende stilling, og som vælger at nægte sine grossister leverancer for at hindre dem i at foretage parallelimport, tilsidesætter åbenbart de nødvendige betingelser for anvendelse af artikel 85 samt traktatens opbygning. Ifølge denne opbygning er foranstaltninger — truffet af en medlemsstat — som hindrer paralleleksporten, ganske vist forbudt ved traktatens artikel 30, men ensidige foranstaltninger truffet af private virksomheder er ikke underlagt begrænsninger i medfør af principperne i traktaten, medmindre de vedrører en virksomhed, som indtager en dominerende stilling på markedet i traktatens artikel 86^a forstand, hvilket ikke er tilfældet i den foreliggende sag.
- 71 Det er i denne sammenhæng, at de forskellige anbringender i forbindelse med Rettens angiveligt alt for restriktive fortolkning af aftalebegrebet i traktatens artikel 85, stk. 1's forstand skal undersøges.

Nødvendigheden af et kontrol- og sanktionssystem som forudsætning for at fastslå, at der foreligger en aftale om eksportforbud

Parternes argumenter

- 72 BAI, i det tredje anbringende, første led, nr. i), og Kommissionen, i det første anbringende, der i denne forbindelse støttes af Kongeriget Sverige, kritiserer

Retten for at have fortolket traktatens artikel 85, stk. 1, alt for restriktivt, idet den fejlagtigt skulle have anset et system til kontrol med det endelige bestemmelsessted for Adalat-partier leveret til eksporterende grossister, og sanktioner mod dem, for at være en nødvendig forudsætning for, at der kan siges at foreligge en aftale om eksportforbud.

73 BAI har understreget, at selv om et kontrol- og sanktionssystem kan være et tegn på en aftale, som er ulovlig i henhold til traktatens artikel 85, stk. 1, i det omfang de omhandlede handelspartnere hermed kan tvinges til at overholde deres løfter, så betyder det dog ikke, at man, når der ikke findes et sådant system, dermed kan udelukke *ipso facto*, at der er indgået en aftale. Virksomheden har i den sammenhæng henvist til dommene i sagerne Sandoz prodotti farmaceutici mod Kommissionen og Ford mod Kommissionen, hvori Domstolen fastslog, at der forelå en konkurrencebegrænsende aftale, selv om der ikke forelå en sådan kontrol. Det er således udtryk for en forkert retsanvendelse at anse kravet om, at der foreligger et kontrol- og sanktionssystem, for en kumulativ betingelse for at kunne fastslå eksistensen af en aftale vedrørende et ved denne bestemmelse forbudt eksportforbud.

74 Kommissionen har nærmere bestemt kritiseret Retten for at have fastslået, at der først foreligger en aftale om eksportforbud, når der er indført et system med efterfølgende kontrol med de bestilte varers faktiske endelige bestemmelsessted, og når der anvendes sanktioner for at sikre, at varerne ikke eksporteres. Ifølge Kommissionen foreligger der en sådan aftale i et tilfælde som det foreliggende, hvor der er indført en raffineret forsvarsmekanisme, som medfører leveringsbegrænsninger, så snart en tilstrækkelig mængde indicier giver anledning til at formode en eksport. Med en sådan leveringspolitik erstattes det direkte forbud som følge af konkrete leveringer af et indirekte forbud, der indføres ved ordreafgivelsen.

- 75 Kongeriget Sverige og EAEPK har hertil bemærket, at Bayer i stedet for at pålægge eksportforbud, som er åbenbart i strid med fællesskabsretten, anvender raffinerede leveringsbegrænsninger, der, kombineret med kravet om altid at have et tilstrækkeligt lager af lægemidler, har samme virkning som et eksportforbud. Det manglende bevis for eksistensen af et efterfølgende kontrolsystem er således ikke af afgørende betydning.
- 76 Bayer og EFPIA har som svar herpå gjort gældende, at dette anbringende i virkeligheden blot anfægter de af Retten fastslåede faktiske omstændigheder, hvorfor det bør afvises. Endvidere angår appellanternes argument en fortolkning af traktatens artikel 85, stk. 1, som ikke fremgår af den appellerede dom. Bayer har fremhævet, at Retten indskrænkede sig til at efterprøve de af Kommissionen anførte argumenter, i henhold til hvilke Bayer foretog en efterfølgende kontrol af de leverede varers bestemmelsessted, og virksomheden har, støttet af EFPIA, gjort gældende, at det i den appellerede dom ikke fastslås, at en aftale om et eksportforbud kun kan foreligge, hvis fabrikanten efterfølgende kontrollerer, om grossisten har eksporteret den leverede vare, og hvis den i et sådant tilfælde straffer grossisten ved at begrænse leveringerne eller nægte at levere lægemidler.
- 77 For så vidt angår den påståede tilsidesættelse af retspraksis på området har Bayer i duplikken endvidere præciseret, at i modsætning til den foreliggende sag havde fabrikanten i alle de af Kommissionen nævnte sager samt i alle de sager, hvor Domstolen til dato har afsagt dom, ved hjælp af udtrykkelige eller stiltiende eksportforbud nok nærmere forsøgt at forhindre udførelsen af de leverede mængder, uanset om der i forvejen var indført kvoter eller ej.

Domstolens bemærkninger

- 78 Appellanterne har med dette anbringende foreholdt Retten at have anset indførelsen af et system til kontrol af det endelige bestemmelsessted for Adalat-

partier samt sanktioner mod eksporterende grossister for en nødvendig betingelse for, at der foreligger en aftale i traktatens artikel 85, stk. 1's forstand.

79 Det fremgår imidlertid ikke af den appellerede dom, at Retten var af den opfattelse, at der kun kunne foreligge en aftale om eksportforbud, såfremt der eksisterede et sådant kontrol- og sanktionssystem over for grossisterne.

80 Ved undersøgelsen af Bayers påståede hensigt til at pålægge et eksportforbud fastslog Retten for det første, at »Kommissionen ikke har godtgjort, hverken at Bayer Frankrig og Bayer Spanien pålagde deres respektive grossister et eksportforbud, eller at Bayer foretog en systematisk kontrol med det endelige bestemmelsessted for de pakker Adalat, som blev leveret efter vedtagelsen af selskabets nye leveringspolitik, [...] eller at selskabet gjorde leveringerne af dette produkt betinget af det påståede eksportforbuds overholdelse« (den appellerede doms præmis 109).

81 I forbindelse med den yderligere undersøgelse af påstanden om grossisternes hensigt til at tilslutte sig Bayers politik understregede Retten med henvisning til det, den lige havde fastslået, at »Kommissionen hverken har godtgjort, at Bayer vedtog en systematisk politik til kontrol med det endelige bestemmelsessted for de leverede pakker Adalat, at selskabet anvendte en politik med trusler og sanktioner over for de grossister, som havde eksporteret pakkerne, at Bayer Frankrig og Bayer Spanien pålagde deres respektive grossister et eksportforbud, eller at leveringerne blev gjort betinget af det påståede eksportforbuds overholdelse« (den appellerede doms præmis 119).

82 Med konstateringen af, at Bayer ikke havde indført et system med efterfølgende kontroller og sanktioner, ønskede Retten ifølge den appellerede dom for det første at besvare det af Kommissionen fremførte argument om, at Bayer havde pålagt

henholdsvis de franske og de spanske grossister et eksportforbud, som blev gennemført ved en identifikation af de eksporterende grossister og ved at foretage en successiv beskæring af de til dem leverede mængder lægemidler, hvis det viste sig, at de eksporterede alle eller en del af disse produkter.

- 83 For det andet fandt Retten under ingen omstændigheder, at manglen på et system med efterfølgende kontrol og sanktioner i sig selv betød, at der ikke forelå en ulovlig aftale i henhold til traktatens artikel 85, stk. 1. Den manglende eksistens heraf blev derimod anset for et relevant element i undersøgelsen af Bayers påståede vilje til at pålægge et eksportforbud og som følge heraf eksistensen af en aftale. På trods af, at eksistensen af et system med efterfølgende kontrol og sanktioner ikke nødvendigvis medfører, at der foreligger en aftale, kan indførelsen af et sådant system udgøre et tegn på, at der foreligger en aftale.
- 84 For så vidt angår klagepunkterne om en angivelig tilsidesættelse af dommene i sagerne Sandoz prodotti farmaceutici mod Kommissionen og Ford mod Kommissionen, idet Domstolen i disse domme ikke undersøgte, om der eksisterede et system med efterfølgende kontrol og sanktioner, inden den fastslog, at der forelå en aftale i strid med traktatens artikel 85, stk. 1, skal det igen bemærkes, at det ikke i alle tilfælde er nødvendigt at kontrollere, om der eksisterer et sådant system, for at det kan antages, at der foreligger en aftale i strid med denne bestemmelse.
- 85 I sagen, som gav anledning til dommen i sagen Sandoz prodotti farmaceutici mod Kommissionen, havde fabrikanten til sine forhandlere fremsendt regninger, hvorpå der udtrykkeligt var anført »eksport forbudt«, hvilket stiltiende blev accepteret af forhandlerne (jf. præmis 23 ovenfor). Domstolen kunne således fastslå, at der forelå en aftale i strid med førnævnte bestemmelse, uden at være nødsaget til at søge dette bevist gennem eksistensen af et system med efterfølgende kontrol.

- 86 I sagen, der gav anledning til dommen i sagen Ford mod Kommissionen, betragtede Domstolen en bilfabrikants beslutning om ikke at levere højrestyrede køretøjer til tyske forhandlere, for hermed at fratage dem muligheden for at eksportere til det britiske marked, som en aftale. Med henblik på det foreliggende anbringende er det tilstrækkeligt at fastslå, at den nævnte sag vedrørte et rent afslag på salg og ikke salg, hvor forhandlerne angiveligt var blevet pålagt visse betingelser, hvorfor et system med efterfølgende kontrol under alle omstændigheder ville have været overflødig.
- 87 For så vidt angår Kommissionens, Kongeriget Sveriges og EAEPK's argumenter om, at systemet med efterfølgende kontroller var nødvendiggjort af det forebyggende leveringssystem, som Bayer havde indført, skal det bemærkes, at dette argument understreger den ensidige karakter af Bayers handlinger for så vidt angår begrænsningen af parallelimport.
- 88 Det forhold, at den af Bayer ensidigt iværksatte salgskvoteringspolitik kombineret med de nationale krav til grossisterne om at have et fuldstændigt sortiment, har de samme virkninger som et eksportforbud, betyder hverken, at fabrikanten har pålagt et sådant forbud eller, at der forelå en ulovlig aftale i henhold til traktatens artikel 85, stk. 1
- 89 Retten begik således ikke en retlig fejl ved at fastslå, at Kommissionen ikke i tilstrækkeligt omfang havde godtgjort, at der eksisterede et system med efterfølgende kontrol af og sanktioner over for grossisterne. BAI's og Kommissionens anbringende skal følgelig forkastes, idet et sådant system med efterfølgende kontrol af og sanktioner over for grossisterne ikke udgør en nødvendig forudsætning for, at der foreligger en aftale i traktatens artikel 85, stk. 1's forstand.

Anbringendet om, at fabrikanten nødvendigvis må kræve, at forhandlerne iagttager en bestemt adfærd, eller søge at opnå deres tilslutning til sin politik

Parternes argumenter

- 90 Ved BAI's tredje anbringende, andet led, nr. ii), og Kommissionens andet anbringende kritiseres Retten for at have fortolket traktatens artikel 85, stk. 1, alt for restriktivt, idet den fejlagtigt konstaterede, at en aftale om eksportforbud kun kan siges at foreligge, hvis fabrikanten kræver en bestemt adfærd fra grossisternes side eller søger at opnå deres tilslutning til sin politik, der går ud på at forhindre parallelimport. Navnlig er det ifølge appellerne ikke nødvendigt, at Bayer pålagde grossisterne et udtrykkeligt eksportforbud for at kunne fastslå, at der forelå en ulovlig aftale i henhold til traktatens artikel 85, stk. 1.
- 91 BAI har navnlig med henvisning til dommene i sagerne Sandoz prodotti farmaceutici mod Kommissionen og Ford mod Kommissionen gjort gældende, at en aftale i traktatens artikel 85, stk. 1's forstand må anses for at være indgået, alene fordi grossisterne fortsat afgiver ordrer til en fabrikant, som har givet udtryk for sit ønske om at forhindre paralleleksport, da de derved reelt accepterer fabrikantens forretningspolitik.
- 92 Kommissionen har i tråd hermed understreget, at det, for at der foreligger en aftale i traktatens artikel 85, stk. 1's forstand, er tilstrækkeligt, at de omhandlede virksomheder har udtrykt en fælles vilje til at handle på en bestemt måde på markedet. Den har foreholdt Retten ikke at have taget hensyn til det forhold, at Bayer i den foreliggende sag tilstrækkeligt tydeligt havde udtrykt sin vilje til at se en ændring i grossisternes måde at bestille og levere på, og at dette, sammenholdt med grossisternes adfærdsændringer, kunne udtrykke en fælles vilje hos Bayer og grossisterne. Kommissionen har i den sammenhæng henvist til dommene i sagerne

AEG mod Kommissionen og Ford mod Kommissionen, hvori Domstolen ikke undersøgte, om fabrikanten havde krævet en bestemt adfærd af forhandlerne eller havde forsøgt at opnå deres samtykke til de af fabrikanten vedtagne foranstaltninger.

- 93 BAI, EAEPC og Kongeriget Sverige har lagt vægt på, at når en producent foretager en kvotering af leverancerne til grossisterne ud fra behovene på deres hjemmemarked, kan det udgøre en eksporthindring, når kvoteringen kombineres med en yderligere pligt til først at levere til et fastlagt marked. Et udtrykkeligt forbud er ikke nødvendigt. En sådan begrænsning af leverancerne har uomgængeligt samme virkning som et eksportforbud, der medfører en kunstig markedsafskærmning, idet leverancerne ikke er tilstrækkelige til at muliggøre eksport. Kongeriget Sverige har endvidere bemærket, at Bayers adfærd i henhold til fællesskabsretspraksis, navnlig dommen i sagen Ford mod Kommissionen, kan betegnes som delvist afslag på salg anvendt på en ensartet og systematisk måde over for alle grossister etableret i Frankrig og Spanien. En sådan adfærd kan anses for en aftalemæssig bestemmelse i strid med traktatens artikel 85, stk. 1.

- 94 Bayer og EFPIA er af den opfattelse, at dette anbringende skal forkastes, da det bygger på en fejlagtig forståelse af den appellerede dom. Hvorvidt der eksisterede en »aftale om eksportforbud«, blev af Retten ikke gjort afhængig af spørgsmålet, om Bayer udtrykkeligt havde »krævet« eller aktivt havde »forsøgt« at opnå grossisternes tilslutning til et eksportforbud. I øvrigt angår dette anbringende i realiteten ikke et retligt argument, men anfægter de faktiske omstændigheder, som Retten konstaterede i den appellerede doms præmis 157 med henblik på at afvise en af Kommissionen fremsat påstand af faktisk karakter om, at grossisternes faktiske adfærd ikke udgjorde et tilstrækkeligt bevis til at fastslå, at de havde tolereret den politik, som gik ud på at skabe hindringer for parallelimport. Dette anbringende kan følgelig ikke antages til realitetsbehandling.

- 95 For så vidt angår den påståede tilsidesættelse af den retspraksis, som følger af dommene i sagerne AEG mod Kommissionen og Ford mod Kommissionen, der blev undersøgt af Retten, har både Bayer og EFPIA gjort gældende, at den foreliggende situation adskiller sig fra sagerne, som gav anledning til disse domme, og de afviser følgelig, at Retten skulle have tilsidesat denne retspraksis.

Domstolens bemærkninger

- 96 Det fremgår ikke af den appellerede dom, at Retten fandt, at der ikke kan foreligge en aftale i traktatens artikel 85, stk. 1's forstand, medmindre den ene af forretningspartnerne kræver en bestemt adfærd af den anden.
- 97 I den appellerede doms præmis 69 tog Retten derimod udgangspunkt i princippet om, at begrebet aftale i traktatens artikel 85, stk. 1's forstand »forudsætter, at mindst to parter har en samstemmende vilje, hvorved det ikke er afgørende, i hvilken form denne manifesterer sig, forudsat den udgør en korrekt afspejling af parternes vilje«. Endvidere påpegedes det i den appellerede doms præmis 67, at det, for at der foreligger en aftale i henhold til denne bestemmelse, er tilstrækkeligt, at de pågældende virksomheder har givet udtryk for en fælles vilje til at optræde på markedet på en bestemt måde.
- 98 For så vidt angår det spørgsmål, der rejser sig i den foreliggende sag, nemlig, om en foranstaltning, der tilsyneladende er vedtaget eller pålagt ensidigt af fabrikanten inden for rammerne af det vedvarende forretningsforhold med sine grossister, udgør en aftale i traktatens artikel 85, stk. 1's forstand, undersøgte Retten de argumenter, som Kommissionen havde fremført i betragtning 155 til i den anfægtede beslutning, i henhold til hvilken Bayer havde handlet i strid med denne bestemmelse, idet den havde fastsat »et eksportforbud inden for rammerne af [Bayer Frankrigs og Bayer Spaniens] forretningsforbindelser med grossisterne«,

hvilket var et forbud, i forhold til hvilket grossisterne udviste »en adfærd, som svarer til en stiltiende anerkendelse« (den appellerede doms præmis 74).

- 99 For så vidt angår argumentet om, at Retten urigtigt vurderede, at det var nødvendigt at bevise et af Bayer udtrykkeligt pålagt eksportforbud, fremgår det af Rettens analyse af kontrolsystemet vedrørende distributionen af leverede partier Adalat (jf. præmis 44-48 ovenfor), at den ikke krævede bevis for et udtrykkeligt forbud.
- 100 For så vidt angår appellanternes argumenter om, at Retten burde have accepteret, at Bayers vilje til at begrænse parallelimporterne kunne udgøre grundlaget for en ulovlig aftale i henhold til traktatens artikel 85, stk. 1, er det korrekt, at eksistensen af en aftale i denne bestemmelses forstand kan udledes af de berørte parters adfærd.
- 101 En sådan aftale kan imidlertid ikke bygge på noget, som blot er udtryk for den ene af de kontraherende parters ensidige politik, der kan gennemføres uden den andens hjælp. Såfremt en ensidigt tilkendegivet politik om at hindre parallelimport ville kunne udgøre en ulovlig aftale i henhold til traktatens artikel 85, stk. 1, ville dette medføre en sammenblanding af anvendelsesområdet for henholdsvis denne bestemmelse og traktatens artikel 86.
- 102 For at en aftale i traktatens artikel 85, stk. 1's forstand kan anses for indgået gennem stiltiende accept, er det nødvendigt, at den af den ene kontraherende part udtrykte vilje vedrørende et konkurrencebegrænsende formål udgør en udtrykkelig eller stiltiende opfordring til den anden part om sammen at gennemføre dette formål, hvilket i særlig grad gælder en aftale, der, således som i det foreliggende tilfælde, ikke umiddelbart er i den anden parts, dvs. grossisterne, interesse.

103 Det var således med rette, at Retten undersøgte, om Bayers adfærd gjorde det muligt at fastslå, at virksomheden som betingelse for deres fremtidige forretningsforbindelser havde krævet af sine grossister, at de overholdt virksomhedens nye forretningspolitik.

104 For så vidt angår sagen, der gav anledning til dommen i sagen Sandoz prodotti farmaceutici mod Kommissionen, som appellanterne har påberåbt sig, er det ubestridt, at fabrikanten i denne sag havde forsøgt at få grossisterne til at samarbejde med det formål at fjerne eller begrænse parallelimporten, og deres samarbejde var under de i sagen foreliggende omstændigheder nødvendig for at nå dette mål. I en sådan sammenhæng var fabrikantens indsættelse af bemærkningen »må ikke eksporteres« på regningerne at sidestille med en anmodning om at opnå en bestemt adfærd fra grossisterens side. Dette er ikke tilfældet i den foreliggende sag.

105 Appellanterne har endvidere påberåbt sig dommene i sagerne AEG mod Kommissionen og Ford mod Kommissionen og har gjort gældende, at Domstolen i disse domme for så vidt angår fabrikantens tilsyneladende ensidigt vedtagne foranstaltninger over for sine distributører havde fastslået, at der eksisterede en aftale i traktatens artikel 85, stk. 1's forstand, uden at den havde stillet sig spørgsmålet, om der bestod et krav fra fabrikantens side.

106 Det var imidlertid ikke nødvendigt at bevise indgåelsen af en aftale i traktatens artikel 85, stk. 1's forstand i de sager, som gav anledning til ovennævnte domme. Spørgsmålet var derimod, om de af fabrikanterne vedtagne foranstaltninger udgjorde en del af de selektive distributionsaftaler, fabrikanterne og deres distributører tidligere havde indgået, og følgelig, om foranstaltningerne skulle tages i betragtning ved vurderingen af aftalernes forenelighed med konkurrence-reglerne.

- 107 I sagen, der gav anledning til dommen i sagen AEG mod Kommissionen, var fabrikanten ved anvendelsen af en selektiv distributionsaftale, som tidligere var blevet fundet forenelig med traktatens artikel 85, stk. 1, begyndt at afvise at forsyne forhandlere, som opfyldte aftalens kvalitative betingelser med henblik på at opretholde et højt prisniveau eller at udelukke bestemte moderne distributionsformer. Det drejede sig således om at fastslå, om Kommissionen kunne støtte sig til fabrikantens adfærd ved anvendelsen af den selektive distributionsaftale med henblik på at fastslå, om aftalen, således som den konkret anvendtes, var i strid med traktatens artikel 85, stk. 1.
- 108 I sagen, der gav anledning til dommen i sagen Ford mod Kommissionen, fremgår det af denne doms præmis 12, at »sagsøgerne og Kommissionen var enige om, at hovedproblemet i sagen var, om Kommissionen kunne nægte Ford AG's hovedforhandleraftale fritagelse i medfør af traktatens artikel 85, stk. 3, med den begrundelse, at virksomheden var ophørt med at levere højrestyrede køretøjer til de tyske forhandlere«.
- 109 Det følger heraf, at idet der allerede var blevet antaget at foreligge en aftale, som eventuelt stred mod traktatens artikel 85, stk. 1, kunne Domstolen i den sag begrænse sig til at undersøge spørgsmålet, om de af fabrikanten senere vedtagne foranstaltninger indføjede sig i den omhandlede aftale, og som konsekvens heraf skulle tages i betragtning ved undersøgelsen af denne aftales forenelighed med bestemmelsen. Dette spørgsmål svarer således ikke til det i den foreliggende sag stillede spørgsmål, som drejer sig om, hvorvidt der er indgået en konkurrencebe-grænsende aftale. Appellanterne kan således ikke anføre dommene i sagerne AEG mod Kommissionen og Ford mod Kommissionen til støtte for deres påstand om, at der eksisterede en ulovlig aftale i henhold til traktatens artikel 85, stk. 1.
- 110 Hvad angår Kongeriget Sveriges og EAEPC's argumenter om, at der opstod et krav som følge af den samlede virkning af Bayers kvoteringspolitik og af den

nationale lagerpligt, der påhvilede grossisterne, uden at der udtrykkeligt kræves eksportbegrænsninger, er det tilstrækkeligt at bemærke, at dette argument alene beviser den ensidige karakter af Bayers forretningspolitik, som kunne gennemføres uden grossisternes samarbejde. Eftersom det er blevet afvist, at dommene i sagerne AEG mod Kommissionen og Ford mod Kommissionen finder anvendelse på den foreliggende sag, skal det fremhæves, at de intervenerende parter heller ikke kan anføre dem til støtte for deres argumentation. Det følger heraf, at det forhold alene, at der foreligger en hindring af parallelimporten, ikke er tilstrækkelig til at bevise, at der foreligger en ulovlig aftale i henhold til traktatens artikel 85, stk. 1.

- 111 I lyset af ovenstående må anbringendet om, at fabrikanten skal kræve, at grossisterne iagttager en bestemt adfærd, forkastes.

Anbringendet om, at der fejlagtigt blev taget højde for grossisternes faktiske vilje

Parternes argumenter

- 112 Med sit fjerde anbringende har Kommissionen kritiseret Retten for at have begået en retlig fejl, da den fandt, at betingelserne for, at der foreligger samstemmende viljer, ikke var opfyldt, idet grossisterne erklærede vilje (kun at bestille lægemidler til dækning af behovet på hjemmemarkedet) ikke svarede til deres reelle vilje (også at afgive ordrer på lægemidler til eksport). Ved kun at henvise til grossisterne reelle vilje foretog Retten således en fejlagtig fortolkning af aftalebegrebet i henhold til traktatens artikel 85, stk. 1.

- 113 I denne forbindelse har Kommissionen navnlig gjort gældende, at Domstolen i dommen i sagen Sandoz prodotti farmaceutici mod Kommissionen, ikke tillagde virksomhedernes reelle vilje eller »mentale forhold« nogen betydning, da det i forbindelse med indgåelsen af en aftale i medfør af traktatens artikel 85, stk. 1, kun er de pågældende virksomheders erklærede vilje, der er afgørende.
- 114 På samme måde har EAEPK og BAI, sidstnævnte i sit tredje anbringende, første led, nr. iii), gjort gældende, at det forhold, at grossisterne modsatte sig en politik, som stred mod deres interesser, juridisk set ikke modbeviser det forhold, at de i sidste ende tilsluttede sig denne politik. Fast retspraksis forudsætter, at der foreligger samstemmende viljer for at kunne fastslå eksistensen af en ulovlig aftale i henhold til traktatens artikel 85, stk. 1, men den kræver ikke, at parterne har samstemmende interesser (Kommissionens beslutning 80/1283/EØF af 25.11.1980 om en procedure i henhold til EØF-traktatens artikel 85 (IV/29.702 — Johnson & Johnson) (EFT L 377, s. 16, punkt 28) samt beslutning 87/406 (punkt 49), og dommen i sagen Ford mod Kommissionen). EAEPK har endvidere henvist til Domstolens dom af 20. september 2001, Courage og Crehan (sag C-453/99, Sml. I, s. 6297), hvoraf det fremgår, at der foreligger en aftale i traktatens artikel 85, stk. 1's forstand, selv om en af aftaleparterne er tvunget til at indgå den mod sin vilje.
- 115 Ifølge Bayer og EFPIA kan dette anbringende ikke antages til realitetsbehandling, da det reelt anfægter Rettens konstatering af de faktiske omstændigheder. Ved at sidestille grossisterne erklærede vilje med en instruks om, at de kun bestilte de omhandlede lægemidler i mængder svarende til det nationale markedes behov, søger appellanterne at anfægte det af Retten i den appellerede doms præmis 151-153 fastslåede, nemlig at de i den anfægtede beslutning angivne dokumenter ikke beviste en mulig tilbøjelighed hos grossisterne til på den ene eller anden måde at overholde Bayers politik.
- 116 Med hensyn til realiteten har Bayer gjort gældende, at når der er tale om en udtrykkeligt erklæret vilje, er dette alene afgørende, hvorimod en ikke udtrykt

vilje eller et »mentalt forbehold«, som er anderledes end den udtrykkeligt tilkendegivne vilje, ikke spiller nogen rolle. Når der derimod som i den foreliggende sag er tale om en »stiltiende viljeserklæring«, skal der kun tages hensyn til den pågældende parts reelle vilje, sådan som den kommer til udtryk i partens adfærd.

Domstolens bemærkninger

- 117 For så vidt angår den af Bayer og EFPIA fremførte formalitetsindsigelse skal det bemærkes, at anbringendet om, at der ikke forelå samstemmende viljer, ikke går ud på at anfægte de af Retten fastslåede faktiske omstændigheder. Det har derimod til hensigt at anfægte den retlige betydning, Retten tillagde grossisternes reelle vilje på trods af deres angiveligt erklærede vilje.
- 118 For så vidt angår realiteten skal det påpeges, at Retten tog udgangspunkt i det almindelige princip om, »at det, for at der er tale om en aftale i henhold til traktatens artikel 85, stk. 1, er tilstrækkeligt, at de pågældende virksomheder har givet udtryk for en fælles vilje til at optræde på markedet på en bestemt måde« (jf. den appellerede doms præmis 67). Efter at Retten i forbindelse med undersøgelsen af Bayers angivelige vilje til at pålægge et eksportforbud fastslog, at virksomheden ikke havde pålagt et sådant forbud, fortsatte den med en analyse af grossisternes adfærd med henblik på at fastslå, om der dette til trods eksisterede en ulovlig aftale i henhold til traktatens artikel 85, stk. 1.
- 119 I den sammenhæng afviste Retten påstanden om, at der på grund af grossisternes stiltiende accept af det påståede eksportforbud var indgået en aftale, idet Kommissionen ifølge Retten hverken havde godtgjort, at Bayer havde pålagt dette forbud eller at leveringen af lægemidler var betinget af det påståede eksportforbuds overholdelse (jf. den appellerede doms præmis 119 og 122).

- 120 Under disse omstændigheder undersøgte Retten, om Kommissionen på grundlag af den adfærd, som grossisterne udviste efter sagsøgerens vedtagelse af sin nye politik for begrænsning af leveringerne, med føje kunne konkludere, at de samtykkede i denne politik (den appellerede doms præmis 124).
- 121 Retten ønskede således at fastslå, om grossisterne i mangel af et eksportforbud alligevel delte Bayers ønske om at hindre parallelimporten. I forbindelse med denne analyse begik Retten ikke nogen retlig fejl, idet den henviste til grossisternes reelle vilje til fortsat at gennemføre bestillinger på lægemidler til eksport og til behovene på hjemmemarkedet.
- 122 Som generaladvokaten har bemærket i punkt 108 i sit forslag til afgørelse, forudsætter anbringendet om, at der ikke forelå samstemmende viljer under alle omstændigheder, at der forelå en erklæret vilje fra grossisternes side til at slutte op omkring Bayers ønske om at hindre parallelimporten. Som konstateret ovenfor i præmis 52 og 53 fastslog Retten imidlertid, at de af Kommissionen leverede dokumenter ikke godtgjorde, at grossisterne ønskede at give Bayer det indtryk, at de som svar på virksomhedens erklærede ønske ville nedsætte deres bestillinger til et fastlagt niveau.
- 123 Grossisternes strategi gik derimod ud på gennem fordelingen af eksportordrerne på de forskellige afdelinger at få Bayer til at tro, at behovene på hjemmemarkedet var steget. Denne strategi beviser på ingen måde, at der forelå samstemmende viljer, men udgjorde blot grossisternes forsøg på at drage fordel af anvendelsen af Bayers ensidige politik, hvis gennemførelse ikke var betinget af deres samarbejde.

- 124 Herefter skal anbringendet om, at Retten fejlagtigt fastslog, at der ikke forelå overensstemmelse mellem Bayers og grossisterens vilje med hensyn til Bayers politik om at reducere parallelimporten, forkastes som ugrundet.

Nødvendigheden af efterfølgende samtykke til foranstaltninger, der indfører sig i det vedvarende forretningsforhold, som reguleres ved allerede indgåede almindelige aftaler

Parternes argumenter

- 125 Med sit femte anbringende har Kommissionen, støttet af EAEPK, kritiseret Retten for at have anvendt traktatens artikel 85, stk. 1, fejlagtigt ved, i strid med dommen i sagen Sandoz prodotti farmaceutici mod Kommissionen, at kræve bevis for grossisterens vilje til at tilpasse sig de foranstaltninger, som Bayer havde vedtaget, selv om de indgik som et led i det vedvarende forretningsforhold mellem dem og fabrikanten. Kommissionen har desuden gjort gældende, at Retten begik en retlig fejl ved at nægte den at henholde sig til dommene i sagerne AEG mod Kommissionen, Ford mod Kommissionen og BMW Belgium m.fl. mod Kommissionen og grossisterens adfærd efter iværksættelsen af Bayers nye politik vedrørende levering af lægemidler som et de facto samtykke hertil.
- 126 BAI har i tråd hermed med sit tredje anbringende, første led, nr. iii), og andet led, kritiseret Retten for at have undladt at kontrollere, om Bayers foranstaltninger kun tilsyneladende var ensidige, da de indgik som et led i de vedvarende forretningsforhold med grossisterne. Det gøres særligt gældende, at de almindelige

forretningsforbindelser på området for engroshandel med farmaceutiske produkter er sammenlignelige med det selektive distributionssystem, som var genstand for sagerne, der gav anledning til dommene i sagerne AEG mod Kommissionen, Ford mod Kommissionen og BMW Belgium m.fl. mod Kommissionen, hvorfor Retten foreholdes at have afvist at anvende disse domme i den foreliggende sag.

- 127 Kommissionen har indtaget et lignende synspunkt og herved gjort gældende, at salget af lægemidler indeholder visse egenskaber som kendetegner selektiv distribution. Appellanterne har i den sammenhæng bemærket, at en grossists adgang til det omhandlede distributionssystem medfører et samtykke til fabrikantens instrukser.
- 128 Ved forsyningen af markedet med lægemidler indtog grossisterne ifølge BAI en nøgleposition sammenlignelig med forhandlerens i et selektivt distributionssystem. BAI lægger vægt på det tætte afhængighedsforhold, som handelspartnerne på markedet for lægemidler befinder sig i, og har gjort gældende, at grossisterne er bundet af fabrikantens leveringspraksis. BAI har med henvisning til, at grossisterne er afhængige af lægemiddelfabrikanterne, fordi de ikke kan erstatte Adalat med andre lægemidler, i replikken gjort gældende, at grossisterne er nødsaget til at indgå et kompromis for at holde deres indtjening på et maksimum, selv om dette har til følge, at tredjeparter, som er etableret uden for det område, de omhandlede grossister betjener, ikke længere kan forsynes. Grossisterne er således ofre for de af fabrikanten indførte leveringsrestriktioner, og deres samtykke til den konkurrencebegrænsende aftale udgør for dem et middel til at sikre fortsættelsen af deres forretningsforbindelser.
- 129 Ud fra disse betragtninger har BAI konkluderet, at grossisternes samtykke til restriktioner på de af fabrikanten leverede mængder er tilstrækkelig til at vurdere, at der foreligger en aftale, som har til formål at afskærme markederne kunstigt og at fordreje konkurrencen inden for fællesmarkedet i strid med traktatens artikel

85, stk. 1. Såfremt Retten havde foretaget en korrekt retlig vurdering af de faktiske omstændigheder, ville den nødvendigvis have konkluderet, at der forelå en aftale mellem Bayer Frankrig og Bayer Spanien og de omhandlede grossister.

- 130 EAEPK har tilsluttet sig dette synspunkt og har understreget, at en faktisk adfærd — nemlig at grossisterne respekterer aftalerne uden at modsætte sig dem — ikke er nødvendig ifølge dommen i sagen Sandoz prodotti farmaceutici mod Kommissionen. I modsætning til Rettens fortolkning fastslog denne dom blot, at det er tilstrækkeligt for at kunne fastslå, at grossisterne stiltiende har samtykket, at de fortsat indgiver bestillinger efter ændringen af de hertil knyttede betingelser. I det foreliggende tilfælde underlagde grossisterne sig Bayers vilje til at begrænse leveringerne af Adalat ved stadig at indgive bestillinger. Denne ændring af deres adfærd er et tydeligt tegn på deres tilslutning til Bayers nye forretningspolitik.
- 131 Endvidere var det i sagen, som gav anledning til dommen i sagen Sandoz prodotti farmaceutici mod Kommissionen, ikke nødvendigt at fastslå grossisternes reelle adfærd, idet Kommissionen og Domstolen indskrænkede sig til at fastlægge formålet med eksportforbudsbestemmelsen for de omhandlede produkter, og de tog ikke hensyn til virkningerne af en sådan bestemmelse. Når formålet allerede kommer til udtryk i fabrikantens tilbud, er et stiltiende samtykke til den afgørende bestemmelse tilstrækkelig, idet grossisten ligeledes accepterer dette aftalevilkår ved at indgive nye bestillinger.
- 132 Vedrørende argumenterne om en angivelig tilsidesættelse af retspraksis finder både Bayer og EFPIA, at Kommissionen forsøger at sandsynliggøre, at omstændighederne, som gav anledning til dommene i sagerne AEG mod Kommissionen og Ford mod Kommissionen samt dom af 24. oktober 1995, i sag C-70/93, Bayerische Motorenwerke mod ALD, Sml. I, s. 3439, er identiske med omstændighederne i den foreliggende sag. I de nævnte sager indgik fabrikanternes »tilsyneladende ensidige« foranstaltninger imidlertid i de langfristede, fortsatte og allerede tidligere indgåede distributionsaftaler, således at hverken distributørens udtrykkelige eller stiltiende samtykke var nødvendigt.

EFPIA har til støtte for dette argument bemærket, at alle sagerne vedrørte selektive distributionssystemer. I den foreliggende sag eksisterede der ikke sådanne aftaler; det er åbenbart, at Bayer ikke råder over et sådant distributionsnet. Både Bayer og EFPIA har endvidere bemærket, at betingelserne i national ret vedrørende grossisterens aktiviteter under ingen omstændigheder udgør et omfattende, på forhånd oprettet og fortsat aftalemæssigt grundlag mellem fabrikanten og grossisterne.

133 Kommissionen har i replikken lagt vægt på, at handelsforbindelserne mellem Bayer og dets franske grossister modsat virksomhedens påstand om, at den kun leverede til grossisterne fra gang til gang, havde stået på i årtier, og Bayer ville ikke kunne bringe det til ophør fra den ene dag til den anden.

134 For så vidt angår Bayers indvendinger mod, at lovkrav i modsætning til aftalemæssige forpligtelser anses for en del af virksomhedens handelsforbindelser med grossisterne, har Kommissionen påpeget, at i henhold til Domstolens praksis indebærer en grossists adgang til et langfristet selektivt distributionssystem, at grossisten har samtykket til visse af fabrikantens foranstaltninger, som alene af den grund mister deres tilsyneladende ensidige karakter og indføjer sig i de eksisterende aftaleforhold. Dette gælder ikke blot for selektive distributionssystemer, men også for andre langvarige aftaleforhold.

135 Det spiller i den sammenhæng ingen rolle, hvorvidt det drejer sig om overholdelsen af aftalemæssige betingelser eller lovkrav. Overholdelsen af den lovbestemte forsyningspligt ligger til grund for alle aftaleforhold mellem en

lægemiddelfabrikant og en grossist i Frankrig eller Spanien, idet grossistens autorisation er afhængig heraf.

- 136 Kommissionen har ved analogi påberåbt sig omstændighederne, som gav anledning til dommen i sagen Ford mod Kommissionen. Den har fremhævet, at aftaleforholdet mellem Bayer og dets franske grossister har eksisteret i årtier, og virksomheden har bemærket, at aftalerne nødvendigvis må lade visse aspekter af forholdene være overladt til fabrikantens senere beslutning, hvilket eksempelvis gælder for leveringsmængderne, som er underlagt svingninger og derfor ikke på forhånd kan fastlægges.
- 137 Af denne grund udgør den af fabrikanten leverede mængde af et bestemt lægemiddel, som er blevet bestilt inden for rammerne af et langvarigt forretningsforhold mellem fabrikanten og dennes grossister, ikke en ensidig foranstaltning, som kan være genstand for en aftale i traktatens artikel 85, stk. 1's forstand. En sådan foranstaltning indgår derimod i disse aftaleforhold.
- 138 Bayer har i duplikken konkluderet, at Kommissionen med sin påstand om en fordrejning af Domstolens praksis i realiteten har gjort gældende, at en på forhånd foretaget kvotering, selv i mangel af en aftale, skal behandles ligesom et »repressivt« eksportforbud, for så vidt som det er en »præventiv« hindring for parallelimporten.
- 139 Dette argument dækker ifølge Bayer over et forsøg på inden for fællesskabsretten på konkurrenceområdet at introducere et generelt forbud mod enhver »hindring

af parallelimporten«, hvilket er fremmed for det system, som er oprettet ved traktatens artikel 85 og 86, og som helt overordnet synes at støtte sig på gennemførelsen af det indre marked. I den appellerede dom fastslås det derimod, at i modsætning til foranstaltninger, vedtaget af staten i medfør af traktatens artikel 30, er en privat virksomheds ensidige præventive foranstaltninger, som i mangel på en aftale ikke er omfattet af traktatens artikel 85, stk. 1's anvendelsesområde, ikke berørt af traktatens konkurrenceregler.

Domstolens bemærkninger

- 140 Appellanterne anfægter med disse anbringender Rettens vurdering af, at Kommissionen ikke »med støtte i hidtidig praksis kan anfægte den analyse, som Retten har foretaget [...], og som fører den til den konklusion, at det ikke i den foreliggende sag er godtgjort, at grossisterne samtykkede i Bayers nye politik« (den appellerede doms præmis 159).
- 141 Det skal i den sammenhæng bemærkes, at den foreliggende sag vedrører spørgsmålet, om der eksisterer en ulovlig aftale i henhold til traktatens artikel 85, stk. 1. Det forhold alene, at der eksisterer en som sådan neutral aftale og en ensidigt pålagt konkurrencebegrænsende foranstaltning, udgør ikke en ulovlig aftale i henhold til denne bestemmelse. Det forhold alene, at en fabrikant har vedtaget en foranstaltning, som har til formål eller virkning at begrænse konkurrencen, og som indgår i det vedvarende forretningsforhold mellem fabrikanten og dens grossister, er følgelig ikke tilstrækkeligt til at fastslå, at der foreligger en sådan aftale.
- 142 Sagen, der gav anledning til dommen i sagen Sandoz prodotti farmaceutici mod Kommissionen, vedrørte et eksportforbud, som fabrikanten inden for rammerne af det vedvarende forretningsforhold havde pålagt grossisterne. Domstolen

konkluderede, at der forelå en ulovlig aftale i henhold til traktatens artikel 85, stk. 1. Som Retten imidlertid har bemærket i den appellerede doms præmis 161 og 162, byggede konklusionen på, at der eksisterede et af fabrikanten pålagt eksportforbud, som grossisterne stiltiende havde accepteret. I præmis 11 i dommen i sagen Sandoz prodotti farmaceutici mod Kommissionen fastslog Domstolen, at »[d]e gentagne individuelle ordrer på produkter og den omstændighed, at kunderne efterfølgende uden protest betalte de priser, som var angivet på fakturaerne — der var forsynet med påtegningen »må ikke eksporteres« — udgjorde et stiltiende samtykke fra dem til de i fakturaen fastsatte klausuler og til den type forretningsforbindelse, som bestod mellem Sandoz prodotti farmaceutici og dets kundekreds«. Eksistensen af en ulovlig aftale i denne sag byggede således ikke på det simple forhold, at grossisterne fortsat fik forsyninger fra fabrikanten, der havde givet udtryk for sin vilje til at hindre eksport, men byggede derimod på det forhold, at eksportforbuddet, som fabrikanten havde pålagt, var blevet accepteret stiltiende af grossisterne. Appellanterne kan således ikke med retsvirkning anføre dommen i sagen Sandoz prodotti farmaceutici mod Kommissionen til støtte for deres anbringende om, at Retten foretog en retlig fejl ved at kræve grossisternes samtykke til de af fabrikanten pålagte foranstaltninger.

¹⁴³ For så vidt angår sagerne, som gav anledning til dommene i sagerne AEG mod Kommissionen, Ford mod Kommissionen og Bayerische Motorenwerke mod ALD, kan appellanterne ikke med føje gøre gældende, at disse finder anvendelse på den foreliggende sag, idet forretningsforbindelserne i sektoren for engroshandel med lægemidler skulle være sammenlignelige med et selektivt distributionssystem som det, der var genstand for disse sager. Som anført ovenfor i præmis 141 er det relevante spørgsmål nemlig, om der forelå en aftale i traktatens artikel 85, stk. 1's forstand.

¹⁴⁴ Som bemærket ovenfor i præmis 106 var det i dommene i sagerne AEG mod Kommissionen og Ford mod Kommissionen ikke nødvendigt at bevise eksistensen

af en aftale i traktatens artikel 85, stk. 1's forstand. Eftersom det allerede var blevet fastslået, at der forelå en aftale, som kunne være i strid med denne bestemmelse, var spørgsmålet nemlig, om de af fabrikanten vedtagne foranstaltninger indføjede sig i denne aftale og følgelig skulle tages i betragtning ved undersøgelsen af, om aftalen var forenelig med ovennævnte bestemmelse. Retten har i den sammenhæng korrekt henvist til, at Domstolen i disse domme konstaterede, at når en forhandler optages, bygger autorisationen på en tilslutning til den af fabrikanten fulgte politik (den appellerede doms præmis 170).

- 145 En lignende analyse finder anvendelse på dommen i sagen Bayerische Motorenwerke mod ALD, som angik spørgsmålet, »om EØF-traktatens artikel 85, stk. 1, skal fortolkes således, at den er til hinder for, at en motorkøretøjsfabrikant, der sælger sine køretøjer gennem et selektivt salgssystem, aftaler med sine autoriserede forhandlere, at de ikke leverer køretøjer til uafhængige leasingselskaber, såfremt disse, som ikke tilbyder option på køb, stiller dem til rådighed for leasingtagere, der har bopæl eller forretningssted uden for den pågældende forhandlers aftaleområde, eller opfordrer de nævnte forhandlere til at optræde på denne måde« (præmis 14).

- 146 Herefter ses Retten ikke at have begået en retlig fejl ved at afvise, at den af BAI og Kommissionen anførte retspraksis skulle være anvendelig i den foreliggende sag. Anbringenderne om en fejlagtig anvendelse af traktatens artikel 85, stk. 1, skal følgelig forkastes.

- 147 Da alle BAI's og Kommissionens anbringender enten ikke kan antages til realitetsbehandling eller er ugrundede, skal appelsagerne forkastes.

Sagsomkostningerne

- 148 I henhold til procesreglementets artikel 69, stk. 2, som ifølge procesreglementets artikel 118 finder tilsvarende anvendelse i appelsager, pålægges det den tabende part at betale sagens omkostninger, hvis der er nedlagt påstand herom. Da Bayer og EFPIA i sag C-3/01 P har nedlagt påstand herom, tilpligtes Kommissionen at betale appelsagens omkostninger.
- 149 I henhold til procesreglementets artikel 69, stk. 4, som ifølge dette reglements artikel 118 finder tilsvarende anvendelse i appelsager, bærer medlemsstater og institutioner, der er indtrådt i en sag, deres egne omkostninger. I overensstemmelse hermed bør Kongeriget Sverige bære sine egne omkostninger.
- 150 For så vidt angår den af BAI iværksatte appel (sag C-2/01 P) har hverken Bayer eller EFPIA nedlagt påstand om, at BAI betaler omkostningerne, hvorfor hver part skal bære sine egne omkostninger i denne sag.

På grundlag af disse præmisser

udtaler og bestemmer

DOMSTOLEN

- 1) Appelsagerne forkastes.

- 2) Bundesverband der Arzneimittel-Importeure eV, Bayer AG og European Federation of Pharmaceutical Industries' Associations bærer deres egne omkostninger i sag C-2/01 P.

- 3) Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber betaler sagens omkostninger i sag C-3/01 P.

- 4) Kongeriget Sverige bærer sine egne omkostninger.

Skouris

Jann

Timmermans

Cunha Rodrigues

Edward

La Pergola

Puissochet

Schintgen

Macken

Colneric

von Bahr

Afsagt i offentligt retsmøde i Luxembourg den 6. januar 2004.

R. Grass

Justitssekretær

V. Skouris

Præsident