

DOMSTOLENS DOM  
den 6 januari 2004 \*

I de förenade målen C-2/01 P och C-3/01 P,

**Bundesverband der Arzneimittel-Importeure eV**, Mülheim an der Ruhr (Tyskland), företrädd av U. Zinsmeister och W.A. Rehmann, Rechtsanwälte, med delgivningsadress i Luxemburg,

klagande,

**Europeiska gemenskapernas kommission**, företrädd av K. Wiedner och W. Wils, båda i egenskap av ombud, biträdda av H.-J. Freund, Rechtsanwalt, med delgivningsadress i Luxemburg,

klagande,

\* Rättegångsspråk: tyska.

med stöd av

**European Association of Euro Pharmaceutical Companies (EAEPC)**, Bryssel (Belgien), företrädd av M. Epping och M. Lienemeyer, Rechtsanwälte, med delgivningsadress i Luxemburg,

intervenient i överklagandet,

**Europeiska gemenskapernas kommission**, företrädd av K. Wiedner och W. Wils, båda i egenskap av ombud, biträdda av H.-J. Freund, Rechtsanwalt, med delgivningsadress i Luxemburg,

klagande,

med stöd av

**Konungariket Sverige**, företrädd av A. Kruse, i egenskap av ombud, med delgivningsadress i Luxemburg,

och av

**European Association of Euro Pharmaceutical Companies (EAEPC)**,

intervenienter i överklagandet,

angående två överklaganden av dom meddelad den 26 oktober 2000 av Europeiska gemenskapernas förstainstansrätt (femte avdelningen i utökad sammansättning) i mål T-41/96, Bayer mot kommissionen (REG 2000, s. II-3383), i vilka det förs talan om att denna dom skall upphävas,

i vilka de andra parterna är:

**Bayer AG**, Leverkusen (Tyskland), företrätt av J. Sedemund, Rechtsanwalt, med delgivningsadress i Luxemburg,

sökande i första instans,

och

**European Federation of Pharmaceutical Industries' Associations**, Genève (Schweiz), företrädd av A. Woodgate, solicitor, med delgivningsadress i Luxemburg,

intervenient i första instans,

meddelar

## DOMSTOLEN

sammansatt av ordföranden V. Skouris, avdelningsordförandena P. Jann, C.W. A. Timmermans och J.N. Cunha Rodrigues samt domarna D.A.O. Edward (referent), A. La Pergola, J.-P. Puissochet, R. Schintgen, F. Macken, N. Colneric och S. von Bahr,

generaladvokat: A. Tizzano,  
justitiesekreterare: avdelningsdirektören H.A. Rühl,

med hänsyn till förhandlingsrapporten,

efter att muntliga yttranden har avgivits vid förhandlingen den 12 november 2002 av: Bundesverband der Arzneimittel-Importeure eV, företrätt av W.A. Rehmann, kommissionen, företrätt av K. Wiedner, biträdd av H.-J. Freund, European Association of Euro Pharmaceutical Companies (EAEPIC), företrädd av A. Martin-Ehlers, Rechtsanwalt, Bayer AG, företrätt av J. Sedemund, och European Federation of Pharmaceutical Industries' Associations, företrädd av A. Woodgate,

och efter att den 22 maj 2003 ha hört generaladvokatens förslag till avgörande,

följande

### Dom

- 1 Bundesverband der Arzneimittel-Importeure eV (nedan kallat BAI) och Europeiska gemenskapernas kommission har, genom var sin ansökan som inkom till domstolens kansli den 5 januari 2001, med stöd av artikel 49 i EG-stadgan för domstolen överklagat förstainstansrättens dom av den 26 oktober 2000 i mål T-41/96, Bayer mot kommissionen (REG 2000, s. II-3383) (nedan kallad den överklagade domen), genom vilken förstainstansrätten ogiltigförklarade kommissionens beslut 96/478/EG av den 10 januari 1996 i ett förfarande enligt artikel 85 i Romfördraget (IV/34.279/F3 — Adalat) (EGT L 201, s. 1) (nedan kallat det omtvistade beslutet).

## Tvistens historik

### *Bakgrund till tvisten*

2 Bakgrunden till tvisten beskrivs i den överklagade domen enligt följande:

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

2 I flertalet medlemsstater fastställs priset på Adalat direkt eller indirekt av de nationella hälso- och sjukvårdsmyndigheterna. Mellan åren 1989 och 1993 var de priser som de spanska och franska hälso- och sjukvårdsmyndigheterna hade fastställt i genomsnitt ungefär 40 procent lägre än de som gällde i Förenade kungariket.

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

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

*Det omtvistade beslutet*

3 Till följd av vissa berörda grossisters klagomål inledde kommissionen ett administrativt förfarande för att undersöka de överträdelser av artikel 85.1 i EG-fördraget (nu artikel 81.1 EG) som Bayers dotterbolag i Frankrike (nedan kallat Bayer Frankrike) och i Spanien (nedan kallat Bayer Spanien) påstods ha gjort sig skyldiga till. Den 10 januari 1996 antog kommissionen det omtvistade beslutet.

4 Enligt kommissionen hade Bayer Frankrike och Bayer Spanien gjort sig skyldiga till en överträdelse av artikel 85.1 i fördraget genom att genomdriva ett exportförbud som tillämpades i de båda dotterbolagens löpande affärsförbindelser med deras respektive kunder. Kommissionen har hävdad att ett sådant avtal utgjorde en märkbar begränsning av konkurrensen som även påverkade handeln mellan medlemsstaterna märkbart (punkterna 155–199 i det omtvistade beslutet).

5 Kommissionen drog slutsatsen att detta exportförbud förelåg särskilt av sin analys av Bayers agerande och bland annat på grund av att det förelåg ett system för att upptäcka vilka grossister som exporterade och att det skedde en successiv minskning av de kvantiteter som Bayer Frankrike och Bayer Spanien levererade till grossister som exporterade samtliga eller en del av de läkemedel som levererades till dem.

- 6 Enligt kommissionens analys omfattades de kvantiteter som Bayer Frankrike och Bayer Spanien levererade av ett exportförbud. Minskningen av de kvantiteter som Bayer Frankrike och Bayer Spanien levererade anpassades av dessa i förhållande till grossisternas reaktion på exportförbudet. Om grossisterna bröt mot exportförbudet medförde detta en förnyad automatisk minskning av leveranserna av läkemedel för grossisterna.
- 7 Mot bakgrund av detta drog kommissionen, i punkt 170 i det omtvistade beslutet, slutsatsen att Bayer Frankrike och Bayer Spanien hade utsatt sina grossister för ett ständigt hot om att minska de kvantiteter som levererades, ett hot som genomfördes upprepade gånger om grossisterna inte iakttog exportförbudet.
- 8 Kommissionen ansåg att grossisternas agerande visade inte bara att de hade förstått att ett exportförbud gällde för levererade varor utan också att de hade anpassat sitt förhållningssätt till förbudet. Följaktligen hade grossisterna visat sitt samtycke genom att, åtminstone skenbart, visa att de i förhållande till Bayer Frankrike och Bayer Spanien iakttog det exportförbud som leverantören infört i de löpande affärsförbindelserna mellan grossisterna och leverantören. I det avseende angav kommissionen följande i punkterna 182 och 183 i det omtvistade beslutet:

”182 Genom att utnyttja olika system för att få leveranser, särskilt genom systemet med fördelning av beställningar avsedda för export på olika agenturer ... och beställningar som vidarebefordrades till mindre, ’icke-kontrollerade’ grossister ... anpassade sig grossisterna vid placandet av sina beställningar till Bayer Frankrikes och Bayer Spaniens krav, som innebar att det var förbjudet att exportera produkten.

183 Grossisterna bemödade sig om att iaktta former för sina beställningar hos Bayer Frankrike och Bayer Spanien som gav sken av att de bara beställde för sina nationella behov. När leverantörerna genomskådat detta tillvägagångssätt började grossisterna att iaktta de nationella 'kvoter' som deras motpart infört. Genom förhandlingar försökte de dock öka dessa 'kvoter' maximalt och fann sig därvid i de kvantiteter som tilldelades av Bayer Frankrike och Bayer Spanien och höll sig strikt till siffror som ansågs normala för att försörja den nationella marknaden.”

9 I punkt 184 i det omtvistade beslutet drog kommissionen slutsatsen att detta förhållningssätt visade att grossisterna anpassade sig till det exportförbud för varorna som tillämpades i de fortlöpande affärsförbindelserna mellan Bayer Frankrike och Bayer Spanien och deras grossister. Enligt kommissionen förelåg det således ett avtal i den mening som avses i artikel 85.1 i fördraget.

10 Följaktligen konstaterade kommissionen följande i artikel 1 i det omtvistade beslutet: ”Bayer AG har brutit mot artikel 85.1 i Romfördraget genom det förbud mot export av produkterna Adalate och Adalate 20 mg LP från Frankrike och produkterna Adalat och Adalat-Retard från Spanien till andra medlemsstater som sedan 1991 ingått i Bayer Frankrikes grossistavtal och åtminstone sedan 1989 i Bayer Spaniens grossistavtal inom ramen för löpande affärsförbindelser.”

11 I artikel 2 i det omtvistade beslutet ålades Bayer AG att

”upphöra med den överträdelse som konstateras i artikel 1 och ... därvid särskilt



- inom två månader från delgivningen av detta beslut skicka ett cirkulärbrev till sina grossister i Frankrike och Spanien som klargör att export till andra medlemsstater i gemenskapen är tillåten och inte får leda till några sanktioner,
  
  - ta in detta klarläggande inom två månader från delgivningen av detta beslut i de allmänna försäljningsvillkoren för Frankrike och Spanien”.
- 12 Enligt artikel 3 i det omtvistade beslutet ålades Bayer att betala böter på 3 000 000 ecu och enligt artikel 4 i samma beslut förelades företaget ett vite om 1 000 ecu för varje dags dröjsmål med att verkställa de specifika skyldigheter som anges i artikel 2 i beslutet. Dröjsmål skulle inträda när tidsfristen på två månader för verkställandet hade löpt ut.

*Förfarandet vid förstainstansrätten och den överklagade domen*

- 13 Bayer väckte genom ansökan, som inkom till förstainstansrättens kansli den 22 mars 1996, talan om ogiltigförklaring av det omtvistade beslutet. Genom en särskild handling, som registrerades vid förstainstansrättens kansli samma dag, ansökte Bayer om uppskov med verkställigheten av artikel 2 i beslutet. Genom beslut meddelat av förstainstansrättens ordförande den 3 juni 1996 beviljades uppskov med verkställigheten och det förordnades att beslut om rättegångskostnader skulle meddelas senare.
- 14 Den 1 augusti 1996 ansökte BAI, en tysk förening för läkemedelsimportörer, om att få intervensera till stöd för kommissionens yrkanden. Den 26 augusti 1996 ansökte European Federation of Pharmaceutical Industries' Associations (nedan

kallad EFPIA), en europeisk yrkesorganisation som företräder intressena för 16 nationella branschorganisationer inom läkemedelssektorn, om att få intervensera till stöd för Bayers yrkanden. Genom beslut av den 8 november 1996 tillät ordföranden på förstainstansrättens femte avdelning i utökad sammansättning de två intervenienterna att intervensera.

- 15 På grundval av referentens rapport beslutade förstainstansrätten att inleda det muntliga förfarandet och att såsom en processledande åtgärd i enlighet med artikel 64 i rättegångsreglerna ställa en rad skriftliga frågor till Bayer och till kommissionen och anmoda dem att besvara frågorna vid förhandlingen. Vid förhandlingen den 28 oktober 1999 avgav parterna muntliga yttranden och besvarade förstainstansrättens skriftliga och muntliga frågor.
- 16 Genom den överklagade domen ogiltigförklarade förstainstansrätten det omtvistade beslutet och förpliktade kommissionen att ersätta Bayers rättegångskostnader på grund av att institutionen hade gjort en uppenbart oriktig bedömning av de faktiska omständigheterna i målet och en felaktig rättslig bedömning, när den ansåg det vara styrkt att Bayer och de i beslutet angivna grossisterna hade en gemensam vilja och när den mot bakgrund härav drog slutsatsen att det förelåg ett avtal i den mening som avses i artikel 85.1 i fördraget, med syfte att förhindra eller begränsa export av Adalat från Frankrike och Spanien till Förenade kungariket.
- 17 För att komma fram till denna slutsats började förstainstansrätten med att, i punkterna 66–72 i den överklagade domen, sammanfatta rättspraxis rörande begreppet avtal i den mening som avses i artikel 85.1 i fördraget och särskilt det begrepp enligt vilket ett skenbart ensidigt agerande från tillverkarens sida kan utgöra grunden för ett sådant avtal. I det avseendet påpekade förstainstansrätten bland annat att ”när en tillverkares beslut utgör ett ensidigt agerande från företagets sida omfattas detta beslut inte av förbudet i artikel 85.1 i fördraget” (punkt 66). Förstainstansrätten angav vidare att ”man bör skilja mellan de fall där ett företag har vidtagit en verkligt ensidig åtgärd, således utan att det föreligger något uttryckligt eller underförstått deltagande av ett annat företag, och de fall

där åtgärden endast är skenbart ensidig. Även om de förstnämnda inte omfattas av artikel 85.1 i fördraget skall de sistnämnda anses utgöra ett avtal mellan företag och kan därmed omfattas av tillämpningsområdet för denna artikel. Detta är särskilt fallet när det till förfaranden och åtgärder som begränsar konkurrensen, vilka skenbart vidtagits på ett ensidigt sätt av tillverkaren inom ramen för dennes kontraktsförhållanden med sina återförsäljare, föreligger samtycke från dessa återförsäljare, åtminstone underförstått” (punkt 71).

- 18 I det sammanhanget, och med anledning av Bayers konstaterande att även om företaget hade infört en ensidig policy avsedd att minska parallellimporten hade det emellertid inte föreskrivit något exportförbud, ansåg förstainstansrätten att under dessa förhållanden ”måste det, för att avgöra om kommissionen i tillräcklig grad har styrkt att parterna hade en gemensam vilja vad gäller begränsningen av parallelexporten, undersökas huruvida kommissionen, såsom [Bayer] har gjort gällande, har gjort en felaktig bedömning av Bayers respektive grossisternas vilja” (punkt 77 i den överklagade domen).
- 19 Beträffande Bayers påstådda vilja att uppställa ett exportförbud slog förstainstansrätten fast, i punkt 109 i den överklagade domen, att kommissionen inte i tillräcklig grad hade styrkt ”vare sig att Bayer Frankrike och Bayer Spanien har ålagt flera av sina respektive grossister ett exportförbud, att Bayer har genomfört en systematisk kontroll av den faktiska slutliga destination[en] för de Adalat-förpackningar som levererades efter det att dess nya leveranspolicy hade genomförts, att [Bayer] har tillämpat en policy bestående av hotelser och sanktioner gentemot de exporterande grossisterna eller att [Bayer] som förutsättning för leverans av denna produkt har uppställt ett krav på att detta påstådda exportförbud följdes”. Enligt förstainstansrätten framgår det inte heller av de handlingar som återgetts i det omtvistade beslutet att Bayer har försökt få grossisterna att godta dess policy att minska parallellimporten. Förstainstansrätten ansåg att de av kommissionen åberopade handlingarna inte innehåller något bevis till stöd för påståendet att Bayers leveranspolicy gentemot varje grossist var beroende av dennes faktiska agerande vad gäller de levererade produkternas slutliga destination.

20 Därefter undersökte förstainstansrätten, i punkterna 111–157 i den överklagade domen, grossisternas förhållningssätt och faktiska agerande vid prövningen av huruvida det förelåg ett avtal i den mening som avses i artikel 85.1 i fördraget. Förstainstansrätten slog först fast att kommissionens konstaterande att grossisterna anpassade sig till det påstådda exportförbudet var oriktigt, bland annat eftersom kommissionen inte i tillräcklig grad hade styrkt att Bayer hade ålagt sina grossister ett exportförbud eller att det som en förutsättning för leverans uppställdes krav på att det påstådda exportförbudet skulle följas (punkterna 119 och 122 i den överklagade domen).

21 Förstainstansrätten undersökte följaktligen huruvida kommissionen, med tanke på grossisternas faktiska agerande efter det att Bayer antagit sin nya policy om leveransbegränsningar, hade fog för att dra slutsatsen att de samtyckte till denna policy (punkt 124). Efter att ha beaktat de handlingar som omnämns i det omtvistade beslutet slog förstainstansrätten fast följande:

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

152 Talan, till den del den grundar sig på argumentet att de berörda grossisterna minskade sina beställningar till en bestämd nivå för att ge Bayer intryck av att de böjde sig för dess uttryckliga vilja att på detta sätt inte täcka mer än deras traditionella marknad och att de agerade på detta sätt för att undvika att drabbas av sanktioner, skall ogillas, eftersom kommissionen inte har lyckats visa att [Bayer] krävde eller diskuterade ett agerande från grossisternas sida med avseende på exporten av levererade Adalatförpackningar eller att [Bayer] bestraffade eller hotade att bestraffa exporterande grossister.

- 153 Av samma anledning kan kommissionen inte med framgång göra gällande att minskningen av de beställda kvantiteterna inte kunde förstås av Bayer på ett annat sätt än som ett tecken på att grossisterna hade godtagit Bayers krav, och den kan inte heller påstå att det var på grund av att de tillgodosåg [Bayers] krav som de var tvungna att skaffa sig ytterligare kvantiteter avsedda för export genom grossister som inte var 'misstänkta' i [Bayers] ögon och vars större beställningar således tillgodosågs utan svårigheter.
- 154 Det framgår dessutom tydligt av de överväganden i [det omtvistade] beslutet som granskats ovan att grossisterna har fortsatt att försöka få förpackningar Adalat för export och har framhärdat med denna verksamhet även om de, för detta syfte, har ansett det lämpligt att använda sig av olika system för att erhålla leveranser, nämligen dels systemet att fördela de beställningar som är avsedda för export på olika agenturer, dels systemet att indirekt placera beställningar genom små grossister. Under dessa förhållanden kan den omständigheten att grossisterna har ändrat policy vad avser beställningarna och infört olika fördelnings- och spridningssystem för beställningarna inte tolkas som ett bevis på deras vilja att tillmötesgå Bayer eller som ett svar på en förfrågan eller begäran från detta företag. Denna omständighet kan tvärtom anses utvisa grossisternas fasta avsikt att fortsätta att parallelexportera Adalat.
- 155 I brist på bevis på något krav från [Bayers] sida vad avser grossisternas export av levererade Adalatförpackningar kan det förhållandet att de vidtagit åtgärder för att få ytterligare kvantiteter endast tolkas som en dementi av deras påstådda samtycke. Av samma anledning skall kommissionens argument att det, vid de förhållanden som råder i det aktuella målet, är normalt att vissa grossister genom kringgående har försökt få ytterligare leveranser, eftersom de måste förbinda sig gentemot Bayer att inte exportera och att följaktligen beställa mindre kvantiteter som inte skulle exporteras, underkännas.

- 156 Det kan slutligen konstateras att kommissionen inte har bevisat att grossisterna ville rätta sig efter Bayers önskemål eller låta Bayer tro detta. Tvärtom visar de handlingar som granskats ovan att grossisterna försökte kringgå Bayers nya policy att begränsa leveranserna till storleken av de traditionella beställningarna.
- 157 Kommissionens bedömning att grossisternas faktiska agerande i tillräcklig grad bevisade deras samtycke till [Bayers] policy med syfte att förhindra parallellimport var således felaktig.”
- 22 Slutligen fortsatte förstainstansrätten sitt resonemang genom att analysera den rättspraxis som kommissionen hade åberopat för att i detta fall styrka att det förelåg ett avtal i den mening som avses i artikel 85.1 i fördraget innan förstainstansrätten, i punkt 171 i den överklagade domen, drog slutsatsen att kommissionen inte med framgång kunde åberopa denna rättspraxis för att ifrågasätta den analys som lett förstainstansrätten till slutsatsen att det i förevarande fall inte hade styrkts att grossisterna hade samtyckt till Bayers nya policy och att kommissionen följaktligen inte hade lyckats styrka att ett sådant avtal förelåg.
- 23 Beträffande domen av den 11 januari 1990 i mål C-277/87, Sandoz prodotti farmaceutici mot kommissionen (REG 1990, s. I-45) slog förstainstansrätten fast följande:
- ”161 Detta mål rörde kommissionens sanktion mot ett dotterbolag till ett multinationellt läkemedelsföretag, Sandoz, vilket uttryckligen angav ’export förbjuden’ i de fakturor som det sände till kunderna (grossister, apotek och sjukhus). Sandoz hade inte bestritt att denna anteckning fanns i dess fakturor, men hade ifrågasatt att det förelåg ett avtal i den mening som avses i artikel 85.1 i fördraget. Domstolen ogillade talan efter det att den hade bemött alla de argument som sökanden hade åberopat.

Domstolen ansåg således att det inte kunde anses vara en ensidig handling att skicka fakturor med denna anteckning, utan att detta tvärtom utgjorde ett led i de affärsförbindelser som företaget hade med sina kunder. Domstolen drog denna slutsats efter det att den hade undersökt hur företaget gick till väga innan det tillät en ny kund att marknadsföra dess produkter och med beaktande av det tillvägagångssätt som upprepats och tillämpats på ett enhetligt och systematiskt sätt vid varje försäljning (punkt 10 i domen). Det är i detta skede av sitt resonemang (punkt 11) som domstolen behandlade frågan om handelsparternas samtycke till det exportförbud som angavs i fakturan enligt följande:

’Det skall dessutom påpekas att Sandoz PF:s kunder erhöi samma typfaktura efter varje individuell beställning eller, i förekommande fall, efter leverans av produkterna. De upprepade beställningarna av produkter och de på varandra följande betalningarna utgjorde, utan att kunden invände mot de belopp som angavs på fakturorna som innehöll anteckningen ’export förbjuden’, från kundens sida ett underförstått samtycke till de bestämmelser som fakturan innehöll och till den typ av affärsförbindelser som låg bakom affärsförhållandet mellan Sandoz PF och dess kundkrets. Sandoz PF:s ursprungliga godkännande av kunden grundade sig således på kundernas underförstådda godtagande av Sandoz PF:s förhållningssätt gentemot dem.’

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

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

24 Beträffande domen av den 8 februari 1990 i mål C-279/87, Tipp-Ex mot kommissionen (REG 1990, s. I-261), vilken även hade åberopats av kommissionen och i vilken domstolen hade fastställt kommissionens beslut att vidta sanktionsåtgärder med anledning av ett avtal som hade till syfte att förhindra export och där det, till skillnad från sakförhållandena i domen i det ovannämnda målet Sandoz prodotti farmaceutici mot kommissionen, inte fanns någon skriftlig bestämmelse om exportförbud, slog förstainstansrätten fast följande:

”165 Det målet rörde ett ensamåterförsäljaravtal mellan Tipp-Ex och dennes franska distributör, DMI, vilken hade rättat sig efter tillverkarens krav att öka de priser som begärdes av kunden så mycket som det var nödvändigt för att kunden skulle tappa allt ekonomiskt intresse för parallellimport. Det hade dessutom styrkts att tillverkaren utförde kontroller i efterhand för att påverka ensamåterförsäljaren att faktiskt iakttä detta beteende (övervägande 58 i kommissionens beslut 87/406/EEG av den 10 juli 1987 i ett förfarande enligt artikel 85 i Romfördraget, EGT L 222, s. 1). I punkterna 18–21 i domen återges domstolens resonemang. Efter att domstolen hade konstaterat att det förelåg ett muntligt ensamåterförsäljar-



avtal för Frankrike mellan Tipp-Ex och DMI och den hade erinrat om de relevanta omständigheterna, undersökte den reaktionen, det vill säga distributörens agerande till följd av tillverkarens bestraffningsattityd. Domstolen konstaterade då att distributören 'har reagerat genom att med 10–20 procent öka de priser som endast beviljats företaget ISA Frankrike. Efter uppehåll under hela året 1980 i ISA Frankrikes inköp från DMI, vägrade sistnämnda företag, i början av år 1981, att själv leverera Tipp-Ex-produkter till ISA Frankrike.' Det är först efter dessa anmärkningar angående tillverkarens och distributörens agerande som domstolen kom fram till att det förelåg ett avtal i den mening som avses i artikel 85.1 i fördraget enligt följande:

'Det är således styrkt att DMI har efterkommit Tipp-Ex begäran att inte sälja till kunder som återförsäljer Tipp-Ex-produkter i andra medlemsstater' (punkt 21 i domen).

- 166 I det ovannämnda målet Tipp-Ex mot kommissionen förelåg följaktligen, i motsats till vad som är fallet i förevarande mål, inget tvivel om att den policy som bestod i att förhindra parallellimport hade genomförts av tillverkaren med distributörernas medverkan. Såsom anges i domen i detta mål framgick denna vilja tydligt redan i de muntliga och skriftliga avtalen mellan de två parterna (se punkterna 19 och 20 i domen vad avser distributören DMI och punkterna 22 och 23 vad avser distributören Beiersdorf), och, för det fall det skulle kvarstå tvivel, utvisade bedömningen av distributörernas agerande på uppmaning av tillverkaren mycket tydligt att de samtyckt till Tipp-Ex avsikter att begränsa konkurrensen. Kommissionen hade bevisat inte endast att distributörerna hade reagerat på tillverkarens hot och påtryckningar, utan även att åtminstone en av dem hade sänt bevis på sitt samarbete till tillverkaren. Det skall slutligen tilläggas att kommissionen själv i förevarande mål har anmärkt att domstolen i domen i målet Tipp-Ex [mot kommissionen] gick till väga på så sätt att den, för att avgöra om det förelåg ett avtal, bedömde distributörernas reaktioner på tillverkarens agerande för att förhindra parallelexport och att det var mot bakgrund av denna reaktion från distributörens sida som domstolen fann att det förelåg ett avtal mellan distributören och Tipp-Ex med syfte att förhindra parallelexport.

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

25 Vad beträffar sakförhållandena som prövades i dom av den 25 oktober 1983 i mål 107/82, AEG mot kommissionen (REG 1983, s. 3151; svensk specialutgåva, volym 7, s. 287), och av den 17 september 1985 i de förenade målen 25/84 och 26/84, Ford mot kommissionen (REG 1985, s. 2725), konstaterade förstainstansrätten följande:

”170 I domen i det ovannämnda målet AEG mot kommissionen, i vilken tillverkarens respektive distributörernas vilja inte klart framgick och där sökanden uttryckligen åberopade att dess agerande var ensidigt, ansåg domstolen att ett förhållningssätt, inom ramen för ett system för selektiv distribution, enligt vilket tillverkaren för att bibehålla en hög prisnivå eller för att utesluta vissa moderna distributionskanaler vägrar att auktorisera distributörer som uppfyller systemets kvalitativa kriterier ’[inte utgör] ett ensidigt beteende från företagets sida som, vilket AEG har hävdad, skall undantas från förbudet i artikel 85.1 i fördraget. Tvärtom är förhållningssättet en del av de avtalsförhållanden som företaget upprätthåller med återförsäljarna’ (punkt 38). Domstolen fastställde därefter att det förelåg ett samtycke från distributörernas sida och klaggjorde följande: ’Faktum är att när en distributör tas upp i systemet grundar sig auktorisationen på de avtalslutande parternas uttryckliga eller tysta godkännande av den politik som AEG för, som bl.a. innebär att alla distributörer som uppfyller kriterierna för auktorisation men som inte är beredda att ansluta sig till den politiken utestängs från nätverket’ (punkt 38). Detta synsätt har bekräftats i andra fall av selektiv distribution som avgjorts av domstolen (se [domen i det ovannämnda målet] Ford ... mot kommissionen, punkt 21, [dom av den 22 oktober 1986 i mål 75/84, Metro mot kommissionen, kallat] Metro II, [REG 1986, s. 3021,] punkterna 72 och 73 och [av den 24 oktober 1995 i mål C-70/93,] Bayerische Motorenwerke, [REG 1995, s. I-3439,] punkterna 16 och 17).”

26 Beträffande domen av den 12 juli 1979 i de förenade målen 32/78, 36/78–82/78, BMW Belgium m.fl. mot kommissionen (REG 1979, s. 2435), ansåg förstainstansrätten följande:

”169 I domen i det ovannämnda målet BMW Belgium m.fl. mot kommissionen undersökte domstolen, för att kunna avgöra om det förelåg ett avtal i den mening som avses i artikel 85.1 i fördraget mellan BMW Belgium och dess belgiska återförsäljare, de handlingar som kunde bevisa att det förelåg ett avtal, i detta fall cirkulär adresserade till BMW:s återförsäljare, ’såväl till deras innehåll som utifrån det faktiska och rättsliga sammanhang de ingick i och utifrån parternas agerande’ och fann att de aktuella cirkulären ’utgjorde ett uttryck för en vilja att sätta stopp för all export av nya BMW-bilar från Belgien’ (punkt 28). Domstolen tillade att ’BMW Belgium, genom att skicka ut cirkulären till alla de belgiska återförsäljarna, hade tagit initiativ till att avtal ingicks med dessa återförsäljare om att helt upphöra med denna export’ (punkt 29). Det framgår av punkt 30 i denna dom att domstolen önskade få bekräftelse på att det förelåg ett samtycke från återförsäljarnas sida.”

27 I punkterna 173–181 i den överklagade domen underkände förstainstansrätten dessutom kommissionens påstående, att redan det förhållandet att grossisterna inte har avbrutit sina affärsförbindelser med Bayer efter det att denne infört sin nya policy med syfte att begränsa exporten leder till att det kan anses styrkt att det föreligger ett avtal mellan företag i den mening som avses i artikel 85.1 i fördraget. Förstainstansrätten ansåg däremot att beviset för ett avtal i den mening som avses i denna bestämmelse måste bygga på att det direkt eller indirekt fastställs att det subjektiva rekvisit som utmärker själva avtalsbegreppet är uppfyllt, det vill säga att de ekonomiska aktörerna har en gemensam vilja.

28 I punkterna 179–182 i den överklagade domen kritiserade förstainstansrätten särskilt kommissionen för att ha försökt att utvidga tillämpningsområdet för de ”regler tillämpliga på företag” som anges i avsnitt 1 i kapitel 1 under avdelning V i fördragets tredje del.

- 29 Följaktligen ogiltigförklarade förstainstansrätten det omtvistade beslutet utan att pröva de grunder som hade åberopats av Bayer i andra hand, avseende en felaktig tillämpning av artikel 85.1 i fördraget på ett tillåtet agerande i enlighet med artikel 47 i akten om anslutningsvillkoren för Konungariket Spanien och Republiken Portugal och anpassningarna av fördragen (EGT L 302, 1985, s. 23) och en felaktig tillämpning av artikel 15 i rådets förordning nr 17 av den 6 februari 1962, första förordningen om tillämpning av fördragets artiklar 85 och 86 (EGT 13, 1962, s. 204; svensk specialutgåva, område 8, volym 1, s. 8) genom att Bayer ålades böter.

### Förfarandet och parternas yrkanden

- 30 Genom beslut av den 28 mars 2001 förenade domstolens ordförande målen C-2/01 P och C-3/01 P vad gäller det skriftliga och det muntliga förfarandet samt domen.
- 31 Den 9 april 2001 ansökte European Association of Euro Pharmaceutical Companies (nedan kallad EAEPC), en europeisk organisation som företräder europeiska läkemedelsbolag, om att få intervensera till stöd för BAI:s och kommissionens yrkanden. Genom beslut av den 26 september 2001 tillät domstolens ordförande EAEPC att intervensera.
- 32 Den 23 april 2001 ansökte Konungariket Sverige, med stöd av artikel 37 första stycket i EG-stadgan för domstolen, om att få intervensera till stöd för kommissionens yrkanden. Genom beslut av den 25 juni 2001 tillät domstolens ordförande Konungariket Sverige att intervensera.

33 BAI har yrkat att domstolen skall

- upphäva den överklagade domen och ogilla Bayers yrkanden i första instans,
  
- i andra hand återförvisa målet till förstainstansrätten, och
  
- förplikta Bayer att ersätta rättegångskostnaderna, inbegripet de kostnader som BAI har åsamkats till följd av sin intervention i första instans.

34 Kommissionen har yrkat att domstolen skall

- upphäva den överklagade domen och ogilla Bayers talan om ogiltigförklaring av det omtvistade beslutet, och
  
- förplikta Bayer i egenskap av motpart i överklagandet och sökande i första instans att ersätta rättegångskostnaderna i förfarandena vid domstolen och förstainstansrätten.

- 35 Bayer, som var sökande i första instans, har yrkat att domstolen skall
- ogilla kommissionens överklagande i sin helhet, och
  - förplikta kommissionen att ersätta de rättegångskostnader som hänför sig till överklagandet.
- 36 EFPIA, som intervenerade till stöd för Bayers yrkanden i första instans, har yrkat att domstolen skall
- ogilla kommissionens och BAI:s överklaganden, och
  - förplikta kommissionen att ersätta EFPIA:s rättegångskostnad.
- 37 Konungariket Sverige, som har intervenerat till stöd för kommissionens yrkanden, har yrkat att den överklagade domen skall upphävas.
- 38 EAEPC, som har intervenerat till stöd för BAI:s och kommissionens yrkanden, har yrkat att domstolen skall
- upphäva den överklagade domen och ogilla Bayers yrkande i första instans,

- i andra hand återförvisa målet till förstainstansrätten, och
  
- förplikta Bayer att ersätta rättegångskostnaderna.

### Sammanfattning av de grunder som parterna har åberopat

- 39 BAI har åberopat tre grunder till stöd för sitt överklagande. Den första grunden avser att de faktiska omständigheter som låg till grund för det omtvistade beslutet inte har beaktats till fullo, den andra grunden avser att förstainstansrätten gjorde en felaktig bedömning av bevisningen, i strid med bevisbördereglererna, och den tredje grunden avser att det skett en felaktig rättstillämpning i fråga om de juridiska kriterier som använts för att fastställa huruvida det föreligger ett avtal i den mening som avses i artikel 85.1 i fördraget.
- 40 Kommissionen har allmänt kritiserat förstainstansrättens restriktiva synsätt vid tillämpningen av artikel 85.1 i fördraget på exportbegränsningar. Den har vidare åberopat fem mer exakta grunder som i huvudsak avser att begreppet avtal i den mening som avses i ovannämnda bestämmelse har tolkats alltför restriktivt, att det skett en felaktig rättstillämpning vid tillämpningen av denna bestämmelse och att bevisningen har missuppfattats.
- 41 De grunder som avser förstainstansrättens juridiska bedömning beträffande begreppet avtal i den mening som avses i artikel 85.1 i fördraget väcker allmänt frågan huruvida förstainstansrätten har godtagit en alltför restriktiv tolkning av denna bestämmelse, genom att utesluta att ett avtal som innehåller ett importförbud kan anses ha slutits i en sådan situation som den som bedömdes i förevarande mål.

## Inledande anmärkning

- 42 Innan domstolen prövar de grunder som har åberopats skall det påpekas att kommissionen i det omtvistade beslutet noggrant avgränsade sin prövning till att avse enbart en anmärkning, nämligen huruvida det förelåg ett avtal i den mening som avses i artikel 85.1 i fördraget mellan Bayer och dess grossister, på en marknad som definierats i förhållande till den aktuella produktens, det vill säga Adalats, främsta terapeutiska indikationer. Det skall följaktligen påpekas att förevarande mål inte avser en eventuell tillämpning av andra delar av artikel 85 eller av artikel 86 i EG-fördraget (nu artikel 82 EG) eller andra möjliga definitioner av den relevanta marknaden.

## De grunder som avser fastställandet av de faktiska omständigheterna

- 43 Både BAI och kommissionen har ifrågasatt det sätt på vilket förstainstansrätten fastställde de faktiska omständigheterna, genom att hävda att förstainstansrätten inte till fullo beaktade de faktiska omständigheter som låg till grund för kommissionens beslut, vad avser de kontroller som Bayer påstås ha utfört vad gäller slutdestinationen för de beställda varorna och grossisternas vilja att låta Bayer tro att de hädanefter gjorde sina beställningar enbart för att täcka behovet på sina nationella marknader.

## *De kontroller som Bayer påstås ha utfört*

### Parternas argument

- 44 Som första grund har BAI anfört att förstainstansrättens bedömning i punkt 109 i den överklagade domen, enligt vilken kommissionen inte hade styrkt att Bayer



hade infört en kontroll av den slutliga destinationen för de varor som levererades till de spanska och franska grossisterna, är felaktig. Förstainstansrätten gjorde följaktligen en felaktig juridisk bedömning, eftersom den drog slutsatsen att det inte förelåg något avtal i den mening som avses i artikel 85.1 i fördraget genom att bortse från relevanta uppgifter bland handlingarna i målet.

- 45 Med stöd av ordalydelsen i de handlingar som kommissionen hänvisade till i punkterna 140 och 80 i det omtvistade beslutet har BAI understrukit att Bayer hade lyckats spåra varorna ända till de spanska grossisterna med hjälp av serienumren på de partier som påträffades i Förenade kungariket. Till skillnad från vad förstainstansrätten bedömde anser BAI att det framgår av dessa handlingar att sådana kontroller ägde rum, även om de bara avsåg ett begränsat antal partier.
- 46 Både Bayer och EFPIA anser att överklagandet inte kan prövas på denna grund, eftersom denna grund endast syftar till att ifrågasätta förstainstansrättens bedömning av de faktiska omständigheterna i punkterna 105, 108 och 109 i den överklagade domen. Bayer har uppgett att grunden är baserad på en felaktig tolkning av de faktiska omständigheterna, eftersom serienumren — även om de ”kan” leda fram till de exporterande grossisterna — inte bevisar att sådana kontroller faktiskt skett. Bayer har under alla omständigheter förnekat att bestämda aktörer kan identifieras genom serienumren, eftersom ett visst nummer vanligen återfinns på partier som skickats till flera grossister.

### Domstolens bedömning

- 47 Enligt artikel 225 EG och artikel 58 i domstolens stadga skall ett överklagande till domstolen vara begränsat till rättsfrågor. Förstainstansrätten är dels ensam behörig att fastställa de faktiska omständigheterna, utom då det av handlingarna i målet framgår att uppgifterna om de fastställda omständigheterna är materiellt

oriktiga, dels ensam behörig att bedöma dessa faktiska omständigheter, förutom när bevisningen har missuppfattats. När förstainstansrätten har fastställt eller bedömt de faktiska omständigheterna, är domstolen enligt artikel 225 EG endast behörig att pröva förstainstansrättens rättsliga bedömning av dessa omständigheter och de rättsliga följderna därav (dom av den 28 maj 1998 i mål C-7/95 P, Deere mot kommissionen, REG 1998, s. I-3111, punkt 21).

- 48 Genom sin första grund har BAI emellertid endast ifrågasatt förstainstansrättens bedömning av de faktiska omständigheterna och i synnerhet det faktum att förstainstansrätten, samtidigt som den beaktade de handlingar som omnämndes i det omtvistade beslutet, drog slutsatsen att kommissionen inte i tillräcklig grad hade styrkt att Bayer genomförde en "systematisk kontroll" av den slutliga destinationen för de partier Adalat som levererades till grossisterna efter det att dess nya policy för leverans av läkemedel hade genomförts. Domstolen anser följaktligen att Bayers och EFPIAs invändning om att överklagandet inte kan prövas på denna grund är befogad och lämnar följaktligen BAI:s första grund utan avseende.

*Grossisternas vilja att låta Bayer tro att de hädanefter gjorde sina beställningar enbart för att täcka behovet på sina nationella marknader*

#### Parternas argument

- 49 Som tredje grund har kommissionen anfört att förstainstansrätten underlät att beakta eller missuppfattade viss befintlig bevisning när den, i punkt 126 i den överklagade domen, fann att de handlingar som kommissionen hade åberopat i det omtvistade beslutet inte styrkte att grossisterna ville ge Bayer intrycket att de följde Bayers nya affärspolicy.

- 50 Kommissionen har gjort gällande att förstainstansrätten inte beaktade det faktum att grossisternas lokala agenturer, mellan vilka de beställningar som var avsedda för export fördelades, hade uppmanats att visa diskretion efter det att Bayer Frankrike hade vägrat att tillgodose de beställningar som uttryckligen var avsedda för export och att förstainstansrätten inte tog hänsyn till det faktum att fördelningen av de önskade kvantiteterna mellan de lokala agenturerna inte kunde ha något annat syfte än att föra Bayer bakom ljuset när det gällde deras exportplaner.
- 51 Kommissionen har dessutom understrukit grossisternas vilja att föra Bayer bakom ljuset i fråga om vilket behov som förelåg på den nationella marknaden, vilket framgår av de skrivelser som avses i det omtvistade beslutet, och att ett sådant tillvägagångssätt var nödvändigt, med tanke på att grossisterna ville fortsätta att exportera läkemedel och att Bayers policy var att endast leverera läkemedel för att täcka behoven på den nationella marknaden.
- 52 Bayer och EFPIA har invänt att påståendet att förstainstansrätten inte beaktade viss bevisning omgående skall underkännas, eftersom förstainstansrätten i den överklagade domen ingående bedömde och beaktade alla de handlingar som kommissionen omnämnde i det omtvistade beslutet, och grunden följaktligen avser endast de faktiska omständigheter som förstainstansrätten fastställde. När det gäller anmärkningen om att bevisningen missuppfattades har Bayer och EFPIA gjort gällande dels att förstainstansrätten, i punkterna 125, 128, 131 och 143–152 i den överklagade domen, uttryckligen beaktade att vissa företag hade föregivit ett behov på den nationella marknaden som var större än det faktiska behovet, dels att kommissionen inte ens har försökt att visa att förstainstansrätten gjorde en annan bedömning, genom att beakta bevisning som påstås ha ”missuppfattats”. I själva verket har kommissionen på nytt försökt att sätta i fråga förstainstansrättens fastställande av de faktiska omständigheterna.

## Domstolens bedömning

- 53 Domstolen påpekar först att förstainstansrätten beaktade samtliga handlingar som kommissionen hade åberopat i det omtvistade beslutet, vid sin prövning av frågan huruvida det — i avsaknad av bevis för att Bayer hade försökt att få till stånd en överenskommelse med grossisterna eller få deras samtycke till sin nya affärspolicy — av grossisternas faktiska agerande framgick att de samtyckt till denna policy.
- 54 I det avseendet konstaterade inte förstainstansrätten att grossisterna inte hade för avsikt att föra Bayer bakom ljuset i fråga om deras exportplaner. Förstainstansrätten konstaterade endast att de handlingar som kommissionen hade åberopat inte styrkte att grossisterna hade velat ge Bayer intryck av att de var beredda att minska sina beställningar till en viss nivå för att tillmötesgå Bayers uttalade vilja.
- 55 Vad beträffar påståendet att bevisningen missuppfattats skall det påpekas att förstainstansrätten inte alls invände mot det faktum att vissa grossister, för att motverka Bayers policy, hade föredragit att göra beställningar genom att fördela dessa på de lokala agenturerna under förevändning att de beställningar som officiellt sett var avsedda för den nationella marknaden hade ökat.
- 56 Förstainstansrätten slog vidare uttryckligen fast att grossisterna hade fört hårda förhandlingar med Bayer för att få företaget att godta att grossisternas traditionella nationella behov var högre och att det var nödvändigt att tillgodose dessa behov. Förstainstansrätten drog dock slutsatsen att denna omständighet inte kunde användas för att styrka att grossisterna hade samtyckt till Bayers policy.

- 57 Följaktligen kan överklagandet inte bifallas på kommissionens tredje grund.

**Bevisbördan för att det föreligger ett avtal i den mening som avses i artikel 85.1 i fördraget**

*Parternas argument*

- 58 Som andra grund har BAI anfört att förstainstansrätten gjorde sig skyldig till en felaktig rättstillämpning genom att godta principen enligt vilken bevisbördan för att det föreligger ett avtal i den mening som avses i artikel 85.1 i fördraget mellan Bayer och de berörda grossisterna enbart åligger kommissionen (punkterna 119–121 i den överklagade domen). Förstainstansrätten åsidosatte därigenom den princip som domstolen slog fast i domen av den 8 juli 1999 i mål C-49/92 P, kommissionen mot Anic Partecipazioni (REG 1999, s. I-4125, punkt 96), enligt vilken det åligger det berörda företaget, om de uppgifter som kommissionen har inhämtat räcker för att *prima facie* styrka att det föreligger ett avtal, att bevisa att det inte finns någon gemensam vilja mellan företaget och dess distributörer.
- 59 BAI har i det avseendet gjort gällande att enligt vad kommissionen konstaterat, utan att detta bestritts av Bayer, förekom det samtal mellan Bayer och grossisterna med anledning av de exportrestriktioner som Bayer införde. Vid dessa samtal gav Bayer klart uttryck för sin vilja att förhindra parallellimport genom en kvotering av försäljningen. Denna vilja uppfattades dessutom av grossisterna som till slut godtog en sådan kvotering. Trots att förstainstansrätten på ett korrekt sätt angav samtliga dessa omständigheter drog den en felaktig juridisk slutsats av dessa. Enligt BAI borde förstainstansrätten, enligt domen i det ovannämnda målet kommissionen mot Anic Partecipazioni, ha dragit slutsatsen att det *prima facie* hade styrkts att det förelåg ett avtal i den mening som avses i artikel 85.1 i fördraget, vilket fick till konsekvens att det ankom på Bayer att bevisa att det inte förelåg någon gemensam vilja. Denna felaktiga rättstillämpning låg således även till grund för den överklagade domen.

60 Både Bayer och EFPIA har bemött detta argument genom att göra gällande att domen i det ovannämnda målet kommissionen mot Anic Partecipazioni rörde andra faktiska omständigheter än dem som är för handen i förevarande mål och att resonemanget i den domen därför inte kan överföras till detta mål. Bayer anser, med stöd av EFPIA, att denna invändning i själva verket avser förstainstansrättens fastställande av den faktiska omständigheten att kommissionen inte hade lyckats styrka att det förelåg ett avtal i den mening som avses i denna bestämmelse och att invändningen som sådan skall lämnas utan avseende eller underkännas.

### Domstolens bedömning

61 Vad gäller Bayers och EFPIA:s invändning om att överklagandet inte kan prövas på denna grund räcker det att konstatera att frågan om fördelningen av bevisbördan utgör en rättsfråga, även om den kan inverka på de av förstainstansrätten fastställda faktiska omständigheterna. Följaktligen skall invändningen om att överklagandet inte kan prövas på denna grund underkännas.

62 I sak skall det påpekas att domstolen i domen i det ovannämnda målet kommissionen mot Anic Partecipazioni — i motsats till vad BAI har hävdad — inte ändrade principen enligt vilken det, i fall då en tvist rör förekomsten av en överträdelse av konkurrensreglerna, ankommer på kommissionen att förete bevisning om den överträdelse som den har konstaterat och förebringa den bevisning som krävs för att på ett tillfredsställande sätt visa förekomsten av de faktiska omständigheter som utgör en sådan överträdelse.

63 I det ovannämnda målet kommissionen mot Anic Partecipazioni var det nämligen styrkt att ett avtal i den mening som avses i artikel 85.1 i fördraget hade ingåtts vid ett möte mellan flera deltagare. Domstolen fastställde följaktligen att ett företag som deltagit vid detta möte hade bevisbördan, om det senare ville göra gällande att det inte hade velat delta i genomförandet av det avtal som hade styrkts. Härav följer att bevisbördan i det målet kastades om efter det att det hade styrkts att det förelåg ett avtal som ingåtts vid ett möte mellan tre företag.

Möjligheten för det företag som hade bevisbördan bestod dessutom i att visa att det tagit avstånd från det styrkta avtalet och inte att förneka dess existens. Följaktligen kan BAI inte med framgång åberopa domen i det ovannämnda målet kommissionen mot Anic Partecipazioni till stöd för den andra grunden. Överklagandet kan följaktligen inte bifallas på den andra grunden.

**De grunder som avser begreppet avtal i den mening som avses i artikel 85.1 i fördraget**

- 64 Både BAI och kommissionen har gjort gällande att den juridiska bedömningen, på grundval av vilken förstainstansrätten slog fast att det inte förelåg något avtal rörande ett exportförbud som omfattades av tillämpningsområdet för artikel 85.1 i fördraget, var alltför restriktiv.

*Allmänna synpunkter rörande förstainstansrättens syn på begreppet avtal i den mening som avses i artikel 85.1 i fördraget*

- 65 Kommissionen anser att den överklagade domen avviker från rättspraxis rörande begreppet avtal i den mening som avses i artikel 85.1 i fördraget och att de kriterier som krävs för att styrka att det föreligger ett exportförbud och ett avtal på området därigenom har omdefinierats. Den restriktiva tolkningen av dessa begrepp, liksom de hårdare kraven på bevisning för att det har ingåtts ett avtal mellan en tillverkare och en grossist som innehåller ett exportförbud, sätter i fråga kommissionens politik för att bekämpa de konkurrensbegränsningar som beror på system för att förhindra parallellimport.

- 66 EAEPK har i det avseendet hävdade att parallellhandeln är en följd av att den inre marknaden har genomförts. Konungariket Sverige har framfört liknande argument genom att påpeka att läkemedelssektorn inte är fullständigt harmoniserad på europeisk nivå och att parallellimport därför bör uppmuntras för att förhindra att det uppställs ytterligare hinder på marknaden, vilken redan är känslig för illojala beteenden som syftar till att permanenta prisskillnaderna mellan medlemsstaterna.
- 67 EAEPK har erinrat om att det är förbjudet för medlemsstaterna att på något sätt begränsa den fria rörligheten för varor i den mån det inte är berättigat enligt fördraget, och den har gjort gällande att statliga begränsningar inte får ersättas av begränsningar som uppställs av enskilda.
- 68 Bayer har, med stöd av EFPIA, gjort gällande att det är uppenbart att de påståenden som avser tillämpningsområdet för artikel 85.1 i fördraget är ogrundade. Beslut och rättspraxis i fråga om tillämpningen av denna bestämmelse på exportförbud avser enbart fall då en tillverkare i förväg, uttryckligen eller underförstått, hade ingått ett avtal med distributörer som avsåg ett sådant exportförbud, och tillverkaren inom ramen för detta avtal i efterhand kontrollerade om exportförbudet följdes och vidtog sanktionsåtgärder mot de företag som inte följde avtalet. Så är inte fallet i förevarande mål och följaktligen kan dessa prejudikat inte tillämpas i detta fall.
- 69 I själva verket är kommissionens verkliga syfte att utvidga tillämpningsområdet för artikel 85.1 i fördraget och göra så att "hinder för parallellimport", som omfattas av principen om fri rörlighet för varor i artikel 30 i EG-fördraget (nu artikel 28 EG i ändrad lydelse), i praktiken i sig medför en överträdelse av artikel 85.1 i fördraget. Enligt Bayer har kommissionen i detta mål uttryckligen för avsikt att harmonisera priserna på läkemedel genom att tillämpa denna bestämmelse, utan att harmonisera medlemsstaternas lagstiftningar, trots att det är dessa som är orsaken till prisskillnaderna. Det är nämligen medlemsstaterna och inte läkemedelsindustrin som är ansvariga för att priserna för samma



läkemedel är olika i medlemsstaterna. Dessa konkurrensnedvridningar kan endast undanröjas genom en tillämpning av artikel 30 i fördraget och genom en harmonisering av de nationella bestämmelserna om prissättning av läkemedel.

- 70 Förslaget att artikel 85.1 i fördraget skall användas för att bestraffa ett företag som inte har en dominerande ställning, och som beslutar att vägra leverera till grossister för att förhindra dem från att bedriva parallellimport, strider uppenbart mot de nödvändiga villkoren för att tillämpa artikel 85 och mot fördragets systematik. Enligt fördragets systematik är åtgärder som vidtas av en medlemsstat och som förhindrar parallelexport visserligen förbjudna enligt artikel 30 i fördraget, men ensidiga åtgärder som vidtas av privata företag omfattas, enligt fördragets principer, endast av restriktioner om det är fråga om ett företag med en dominerande ställning på marknaden i den mening som avses i artikel 86 i fördraget, vilket inte är fallet i förevarande mål.
- 71 Det är mot denna bakgrund som domstolen skall pröva de olika grunder som avser att förstainstansrätten gjorde en alltför restriktiv tolkning av begreppet avtal i den mening som avses i artikel 85.1 i fördraget.

*Huruvida ett kontroll- och sanktionssystem är ett nödvändigt villkor för att det skall kunna fastställas att ett avtal om exportförbud har ingåtts*

#### Parternas argument

- 72 BAI, genom den tredje grundens första del under i), och kommissionen, genom den första grunden, har kritiserat förstainstansrätten — och de har på denna punkt fått stöd av Konungariket Sverige — för att den har tolkat artikel 85.1 i

fördraget alltför restriktivt, eftersom den felaktigt har ansett att förekomsten av ett system med kontroller av den slutliga destinationen för partier med Adalat som levererades till de exporterande grossisterna och ett system med sanktioner mot dessa utgjorde ett nödvändigt villkor för att det skulle kunna anses att ett avtal om exportförbud hade ingåtts.

- 73 BAI har understrukt att även om ett sådant kontroll- och sanktionssystem kan vara ett tecken på att det föreligger ett avtal som är förbjudet enligt artikel 85.1 i fördraget, eftersom det kan medföra att berörda affärspartners tvingas hålla sina löften, är det därmed inte sagt att avsaknaden av ett sådant system i kraft av själva sakförhållandet (*ipso facto*) betyder att det skall uteslutas att ett avtal har ingåtts. BAI har i det avseendet åberopat domarna i de ovannämnda målen Sandoz prodotti farmaceutici mot kommissionen och Ford mot kommissionen, i vilka domstolen slog fast att det förelåg ett konkurrensbegränsande avtal utan att några sådana kontroller förekom. Det utgör således en felaktig rättstillämpning att som krav uppställa att ett sådant kontroll- och sanktionssystem skall ha införts, i egenskap av kumulativa villkor som gör det möjligt att fastställa att det föreligger ett avtal om exportförbud som är förbjudet enligt denna bestämmelse.
- 74 Kommissionen har särskilt kritiserat förstainstansrätten för att den har ansett att ett avtal om exportförbud föreligger endast om det införs ett system för kontroll i efterhand av de levererade varornas faktiska slutdestination och om sanktioner tillämpas för att det skall säkerställas att varorna inte exporteras. Enligt kommissionen föreligger ett sådant avtal när det, som i detta fall, används en mer subtil teknik av förebyggande karaktär, varigenom det införs leveransbegränsningar så snart det finns tillräckliga indicier som tyder på att export förekommer. Med en sådan leveranspolicy ersätts det direkta förbudet vid en konkret leverans med ett indirekt förbud som uppställs vid den tidpunkt när beställningarna placeras.

- 75 I det avseendet har såväl Konungariket Sverige som EAEPK noterat att Bayer, i stället för att uppställa exportförbud som uppenbart strider mot gemenskapsrätten, för närvarande tillämpar subtila leveransbegränsningar som, tillsammans med kravet på att ständigt ha ett tillräckligt lager av läkemedel, har samma effekt som ett exportförbud. Att det saknas bevis för att ett system med kontroller i efterhand förekommer är följaktligen inte av avgörande betydelse.
- 76 Som svar har både Bayer och EFPIA hävdat att denna grund i själva verket endast avser de faktiska omständigheter som förstainstansrätten fastställde och att överklagandena följaktligen inte kan prövas på denna grund. Klagandenas argument avser för övrigt en tolkning av artikel 85.1 i fördraget som inte förekommer i den överklagade domen. Genom att understryka att förstainstansrätten endast kontrollerade det argument rörande de faktiska omständigheterna som kommissionen åberopade, enligt vilket Bayer hade utfört en kontroll i efterhand av den levererade varans destination, har Bayer, med stöd av EFPIA, gjort gällande att det i den överklagade domen inte har slagits fast att det endast kan föreligga ett avtal om exportförbud om tillverkaren i efterhand kontrollerar om grossisten har exporterat den levererade varan och om tillverkaren i ett sådant fall vidtar sanktioner mot grossisten genom att minska leveranserna eller genom att vägra att leverera läkemedlen.
- 77 Beträffande påståendet att rättspraxis på området inte har följts har Bayer i sin duplik påpekat att i samtliga de mål som kommissionen har omnämnt och i samtliga de mål som domstolen hittills har tagit ställning till har tillverkaren, till skillnad från vad som är fallet i förevarande mål, snarare försökt att förhindra export av de levererade kvantiteterna, oavsett om de i förväg har kvoterats, genom uttryckliga eller underförstådda exportförbud.

### Domstolens bedömning

- 78 Genom dessa grunder har klagandena kritiserat förstainstansrätten för att den ansåg att genomförandet av ett system med kontroller av den slutliga

destinationen för partier med Adalat och ett system med sanktioner mot de exporterande grossisterna utgjorde ett nödvändigt villkor för att det skulle föreligga ett avtal i den mening som avses i artikel 85.1 i fördraget.

79 Det framgår dock inte på något sätt av den överklagade domen att förstainstansrätten ansåg att det endast kan föreligga ett avtal om exportförbud om det föreligger ett sådant system med kontroller och sanktioner gentemot grossisterna.

80 Vid prövningen av Bayers påstådda vilja att ålägga ett exportförbud slog förstainstansrätten fast att ”kommissionen inte i tillräcklig grad har styrkt vare sig att Bayer Frankrike och Bayer Spanien har ålagt flera av sina respektive grossister ett exportförbud, att Bayer har genomfört en systematisk kontroll av den faktiska slutliga destination[en] för de Adalat-förpackningar som levererades efter det att dess nya leveranspolicy hade genomförts ... eller att [Bayer] som förutsättning för leverans av denna produkt har uppställt ett krav på att detta påstådda exportförbud följdes” (punkt 109 i den överklagade domen).

81 Vid den kompletterande prövningen av grossisternas påstådda vilja att ansluta sig till Bayers policy påpekade förstainstansrätten, genom att hänvisa till vad den just slagit fast, att ”kommissionen inte i tillräcklig grad har styrkt vare sig att Bayer har antagit en policy som innebär en systematisk kontroll av den slutliga destinationen för levererade Adalatförpackningar eller att en policy bestående av hotelser och sanktioner gentemot de exporterande grossisterna har tillämpats eller följaktligen att Bayer Frankrike och Bayer Spanien har ålagt flera av sina respektive grossister ett exportförbud eller slutligen att det som en förutsättning för leverans uppställdes krav på att det påstådda exportförbudet skulle följas” (punkt 119 i den överklagade domen).

82 Det framgår av den överklagade domen att förstainstansrätten, genom att dra slutsatsen att Bayer inte hade infört något system med kontroller i efterhand och sanktioner, för det första avsåg att bemöta det av kommissionen åberopade

argumentet rörande de faktiska omständigheterna, enligt vilket Bayer hade ålagt grossisterna ett exportförbud, vilket genomfördes på så sätt att de exporterande grossisterna identifierades och de levererade volymerna av läkemedel successivt minskades om det visade sig att de exporterade samtliga eller en del av dessa produkter.

- 83 För det andra har förstainstansrätten under alla omständigheter inte ansett att avsaknaden av ett system med kontroller i efterhand och sanktioner i sig innebar att det inte förelåg något avtal som var förbjudet enligt artikel 85.1 i fördraget. Avsaknaden av ett sådant system ansågs däremot vara en relevant omständighet vid analysen av Bayers påstådda vilja att ålägga ett exportförbud och följaktligen vid analysen av om det förelåg ett avtal i detta fall. Även om förekomsten av ett avtal inte nödvändigtvis följer av det faktum att det föreligger ett system med kontroller i efterhand och sanktioner, kan införandet av ett sådant system icke desto mindre utgöra ett indicium på att ett sådant avtal föreligger.
- 84 Vad beträffar de invändningar som avser den påstådda underlåtenheten att följa domarna i de ovannämnda målen Sandoz prodotti farmaceutici mot kommissionen och Ford mot kommissionen, på grund av att domstolen i dessa domar inte undersökte huruvida det förelåg ett system med kontroller i efterhand och sanktioner innan den drog slutsatsen att det förelåg ett avtal som var förbjudet enligt artikel 85.1 i fördraget, skall det upprepas att det inte i samtliga fall är nödvändigt att kontrollera huruvida ett sådant system föreligger för att ett avtal som strider mot denna bestämmelse skall anses ha ingåtts.
- 85 I det ovannämnda målet Sandoz prodotti farmaceutici mot kommissionen hade tillverkaren skickat fakturor till sina leverantörer i vilka det uttryckligen stod angivet "export förbjuden", vilket leverantörerna underförstått hade godtagit (se punkt 23 i förevarande dom). Domstolen kunde således slå fast att det förelåg ett avtal som var förbjudet enligt denna bestämmelse, utan att behöva styrka avtalet genom förekomsten av ett system med kontroller i efterhand.

- 86 I domen i det ovannämnda målet Ford mot kommissionen likställde domstolen en biltillverkares beslut att inte leverera högerstyrda fordon till tyska återförsäljare, i syfte att beröva dem möjligheten att exportera fordonen till den brittiska marknaden, med ett avtal. Inom ramen för denna grund räcker det att konstatera att i det målet rörde det sig enbart om en säljvägran och inte om en försäljning som påstods vara underkastad vissa villkor för distributörerna och att ett system med kontroller i efterhand följaktligen hur som helst skulle ha varit överflödigt.
- 87 Vad beträffar de argument som har framförts av kommissionen, Konungariket Sverige och EAEPK, enligt vilka det förebyggande leveranssystem som Bayer infört krävde ett system med kontroller i efterhand, skall det påpekas att dessa argument tenderar att understryka att Bayers agerande var ensidigt i fråga om begränsningen av parallellimport.
- 88 Enbart den omständigheten att den ensidiga kvotpolicy som Bayer genomförde, jämte de nationella kraven på att grossisterna har ett fullständigt sortiment, har samma inverkan som ett exportförbud innebär inte att tillverkaren hade uppställt ett sådant förbud eller att det förelåg ett avtal som var förbjudet enligt artikel 85.1 i fördraget.
- 89 Förstainstansrätten gjorde följaktligen inte någon felaktig rättstillämpning när den fastställde att kommissionen inte i tillräcklig grad hade kunnat styrka att det förelåg ett system med kontroller i efterhand och sanktioner mot grossisterna. Följaktligen kan överklagandena inte bifallas på den grund som BAI och kommissionen har åberopat, och som avser att ett sådant system med kontroller i efterhand och sanktioner mot grossisterna inte utgör ett nödvändigt villkor för att det skall föreligga ett avtal i den mening som avses i artikel 85.1 i fördraget.

*Den grund som avser att det är nödvändigt för tillverkaren att kräva ett bestämt agerande från grossisternas sida eller försöka få dem att samtycka till tillverkarens policy*

## Parternas argument

- 90 BAI, genom den tredje grundens första del under ii), och kommissionen, genom den andra grunden, har gjort gällande att förstainstansrätten har gjort en alltför restriktiv tolkning av artikel 85.1 i fördraget, eftersom den felaktigt har ansett att ett avtal om exportförbud kan anses ha ingåtts endast om tillverkaren kräver ett bestämt agerande från grossisternas sida eller försöker att få dem att ansluta sig till dennes policy, som syftar till att förhindra parallellimport. De anser särskilt att det inte är nödvändigt att bevisa att Bayer uppställde ett uttryckligt exportförbud för grossisterna för att kunna styrka att det föreligger ett avtal som är förbjudet enligt artikel 85.1 i fördraget.
- 91 BAI har särskilt åberopat domarna i målen Sandoz prodotti farmaceutici mot kommissionen och Ford mot kommissionen och hävdade att det skall anses att ett avtal i den mening som avses i artikel 85.1 i fördraget har ingåtts enbart på grund av att grossisterna fortsätter att göra sina inköp hos en tillverkare som har gett uttryck för sin vilja att förhindra export, eftersom de på detta sätt faktiskt har godtagit tillverkarens affärspolicy.
- 92 På samma sätt har kommissionen understrukit att det, för att det skall föreligga ett avtal i den mening som avses i artikel 85.1 i fördraget, räcker att företagen i fråga har uttryckt en gemensam vilja att agera på ett bestämt sätt på marknaden. Kommissionen har kritiserat förstainstansrätten för att inte ha beaktat den omständigheten att Bayer i detta fall på ett tillräckligt tydligt sätt hade uttryckt sin vilja att grossisterna skulle ändra sitt tillvägagångssätt i fråga om beställningar och leveranser och att denna omständighet i kombination med grossisternas ändrade beteende följaktligen kunde vara uttryck för en gemensam vilja mellan

Bayer och grossisterna. Kommissionen har i det avseendet hänvisat till domarna i de ovannämnda målen AEG mot kommissionen och Ford mot kommissionen, i vilka domstolen inte undersökte huruvida tillverkaren hade krävt ett bestämt agerande från handlarnas sida, eller rent av försökt få deras samtycke till de åtgärder som denne vidtagit.

93 BAI, EAEPK och Konungariket Sverige har påpekat att när en tillverkare kvoterar leveranserna till grossisterna utifrån behovet på den nationella marknad där de är verksamma, kan det utgöra ett exporthinder när det kombineras med en ytterligare skyldighet att företrädesvis leverera till en viss marknad. Något uttryckligt förbud krävs inte. En sådan begränsning av leveranserna har oundvikligen samma effekt som ett exportförbud och medför således en konstlad avskärmning av marknaderna, eftersom leveranserna inte längre räcker för att möjliggöra export. Konungariket Sverige har dessutom påpekat att enligt gemenskapens rättspraxis, bland annat domen i det ovannämnda målet Ford mot kommissionen, kan Bayers agerande karakteriseras som partiell säljvägran som tillämpats på ett enhetligt och systematiskt sätt gentemot samtliga grossister som är etablerade i Frankrike och Spanien, och ett sådant agerande kan anses utgöra avtalsinnehåll som strider mot artikel 85.1 i fördraget.

94 Både Bayer och EFPIA anser att grunden inte kan godtas, eftersom den följer av en felaktig tolkning av den överklagade domen. Förstainstansrätten ansåg nämligen inte alls att det krävdes att Bayer uttryckligen hade "krävt" eller aktivt "försökt" förmå grossisterna att ansluta sig till ett exportförbud för att det skulle föreligga ett "avtal om exportförbud". För övrigt avser denna grund i själva verket inte något rättsligt argument, utan sätter i fråga fastställandet av de faktiska omständigheterna som förstainstansrätten gjorde i punkt 157 i den överklagade domen för att underkänna ett faktiskt påstående som kommissionen själv hade framfört. Förstainstansrätten fastställde att grossisternas faktiska agerande inte utgjorde tillräckliga bevis för att styrka att de hade godtagit den policy som syftade till att förhindra parallellimport. Följaktligen kan grunden inte prövas.



- 95 Vad beträffar påståendet att den rättspraxis som följer av domarna i de ovannämnda målen AEG mot kommissionen och Ford mot kommissionen inte beaktades, vilken undersöktes av förstainstansrätten, har både Bayer och EFPIA gjort gällande att situationen i förevarande mål skiljer sig från den som förelåg i de mål som föranledde de ovannämnda domarna och de har följaktligen förnekat att förstainstansrätten skulle ha avvikit från denna rättspraxis.

### Domstolens bedömning

- 96 Det framgår inte av den överklagade domen att förstainstansrätten ansåg att det endast kan föreligga ett avtal i den mening som avses i artikel 85.1 i fördraget om ena affärspartnern kräver ett visst agerande från den andres sida.
- 97 I punkt 69 i den överklagade domen utgick i stället förstainstansrätten från principen enligt vilken begreppet avtal, i den mening som avses i artikel 85.1 i fördraget, ”bygger på att det föreligger en gemensam vilja mellan minst två parter, där uttrycksformen inte har någon betydelse så länge den utgör ett troget uttryck för parternas vilja”. I punkt 67 i samma dom påpekade förstainstansrätten dessutom att det är fråga om avtal i den mening som avses i denna bestämmelse så snart de aktuella företagen har gett uttryck för sin gemensamma vilja att agera på marknaden på ett bestämt sätt.
- 98 Frågan i detta fall är emellertid huruvida en åtgärd som vidtagits eller föreskrivits på ett av allt att döma ensidigt sätt från en tillverkares sida inom ramen för de pågående relationer som denne upprätthåller med sina grossister utgör ett avtal i den mening som avses i artikel 85.1 i fördraget. Förstainstansrätten prövade kommissionens argument, såsom de angavs i punkt 155 i det omtvistade beslutet, enligt vilka Bayer hade gjort sig skyldigt till en överträdelse av denna artikel på grund av att det hade föreskrivits ”ett exportförbud ... som införlivats [med Bayer

Frankrikes och Bayer Spaniens] fortlöpande affärsförbindelser med kunderna”, ett förbud i förhållande till vilket grossisterna hade intagit ”ett förhållningssätt som [kunde] betecknas som ett konkludent samtycke” (punkt 74 i den överklagade domen).

- 99 När det gäller argumentet att förstainstansrätten felaktigt ansåg att det var nödvändigt att styrka att det förelåg ett uttryckligt exportförbud från Bayers sida, framgår det av den analys som förstainstansrätten gjorde, avseende systemet med kontroller av distributionen av levererade partier av Adalat (se punkterna 44–48 i förevarande dom), att förstainstansrätten inte alls har krävt bevis för att det förelåg ett uttryckligt förbud.
- 100 Vad beträffar klagandenas argument att förstainstansrätten borde ha medgett att den omständigheten att Bayer uttryckt sin vilja att begränsa parallellimport kunde utgöra grunden för ett avtal som var förbjudet enligt artikel 85.1 i fördraget, är det visserligen riktigt att man av de berörda parternas agerande kan sluta sig till att det föreligger ett avtal i den mening som avses i denna bestämmelse.
- 101 Ett sådant avtal kan dock inte grundas enbart på en ensidig policy som en av avtalsparterna har gett uttryck för, vilken kan genomföras utan hjälp av någon annan. Om det skulle anses att det förelåg ett sådant avtal som är förbjudet enligt artikel 85.1 i fördraget enbart på grundval av att det har getts uttryck för en ensidig policy som syftar till att förhindra parallellimport, skulle nämligen tillämpningsområdet för artikel 85 i fördraget förväxlas med tillämpningsområdet för artikel 86 i fördraget.
- 102 För att ett avtal i den mening som avses i artikel 85.1 i fördraget skall anses ha ingåtts genom ett underförstått godkännande är det nödvändigt att den vilja som en av avtalsparterna ger uttryck för i ett konkurrensbegränsande syfte utgör en uttrycklig eller underförstådd uppmaning till den andra parten att gemensamt förverkliga ett sådant syfte, i synnerhet när — som i detta fall — ett sådant avtal vid första anblicken inte ligger i den andra partens, det vill säga grossisternas, intresse.

- 103 Följaktligen var det korrekt av förstainstansrätten att undersöka huruvida Bayers agerande gjorde det möjligt att dra slutsatsen att företaget, som villkor för framtida avtalsförhållanden, hade krävt att grossisterna skulle följa dess nya affärspolicy.
- 104 Vad beträffar de sakförhållanden som prövades i domen i det ovannämnda målet Sandoz prodotti farmaceutici mot kommissionen, vilka har åberopats av klagandena, är det ostridigt att tillverkaren i det målet hade försökt att samarbeta med grossisterna för att avskaffa eller minska parallellimporten, eftersom det — med hänsyn till omständigheterna i det målet — var nödvändigt att samarbeta med dem för att kunna uppnå detta mål. I ett sådant sammanhang var den omständigheten att tillverkaren angav "export förbjuden" på fakturorna likvärdig med en begäran om att grossisterna skulle agera på ett särskilt sätt. Så är inte fallet i förevarande mål.
- 105 Klagandena har dessutom åberopat domarna i de ovannämnda målen AEG mot kommissionen och Ford mot kommissionen och hävdad att domstolen i dessa domar, i samband med av allt att döma ensidiga åtgärder som tillverkaren vidtagit i förhållande till sina distributörer, dragit slutsatsen att det förelåg ett avtal i den mening som avses i artikel 85.1 i fördraget, utan att ställa sig frågan huruvida det förelåg något krav från tillverkarens sida.
- 106 I de ovannämnda målen var det emellertid inte nödvändigt att styrka att det hade ingåtts ett avtal i den mening som avses i artikel 85.1 i fördraget. Däremot uppkom frågan huruvida de åtgärder som tillverkaren hade vidtagit ingick i de selektiva distributionsavtal som tidigare hade ingåtts mellan tillverkarna och deras distributörer och, följaktligen, huruvida dessa åtgärder skulle beaktas vid bedömningen av huruvida avtalen var förenliga med konkurrensreglerna.

- 107 I domen i det ovannämnda målet AEG mot kommissionen hade tillverkaren, vid tillämpningen av ett selektivt distributionsavtal som tidigare hade slagits fast vara förenligt med artikel 85.1 i fördraget, börjat vägra att auktorisera distributörer som uppfyllde de kvalitativa kriterierna i avtalet, i syfte att upprätthålla en hög prisnivå eller utesluta vissa moderna distributionskanaler. Det var således fråga om att fastställa huruvida kommissionen kunde stödja sig på tillverkarens agerande vid tillämpningen av ett selektivt distributionsavtal för att avgöra huruvida avtalet, såsom det konkret tillämpades, stred mot artikel 85.1 i fördraget.
- 108 I punkt 12 i domen i det ovannämnda målet Ford mot kommissionen angavs det att ”sökandena och kommissionen [var] eniga om att den huvudsakliga frågan i målet [var] huruvida kommissionen kunde vägra att bevilja Ford AG:s återförsäljningsavtal ett undantag i enlighet med artikel 85.3 i fördraget, på grund av att detta företag hade upphört att leverera högerstyrda motorfordon till sina tyska återförsäljare”.
- 109 Eftersom det redan hade slagits fast att det förelåg ett avtal som kunde strida mot artikel 85.1 i fördraget kunde domstolen i ovannämnda mål nöja sig med att undersöka frågan huruvida de åtgärder som tillverkaren senare vidtog ingick i avtalet i fråga och om de följaktligen skulle beaktas vid prövningen av huruvida avtalet var förenligt med denna bestämmelse. En sådan fråga motsvarar således inte den fråga som är aktuell i förevarande mål, nämligen huruvida det i sig har styrkts att det föreligger ett konkurrensbegränsande avtal. Klagandena kan följaktligen inte med framgång åberopa domarna i de ovannämnda målen AEG mot kommissionen och Ford mot kommissionen till stöd för sitt påstående att det föreligger ett avtal som är förbjudet enligt artikel 85.1 i fördraget.
- 110 Vad beträffar Konungariket Sveriges och EAEPK:s argument, att det uppställs ett krav till följd av den kombinerade effekten av Bayers kvoteringspolicy och den nationella skyldighet som åligger grossisterna att hålla läkemedel i lager, utan att

det behöver föreligga ett uttryckligt krav på exportbegränsning, räcker det att domstolen påpekar att ett sådant argument endast styrker att Bayers affärspolicy hade beslutats ensidigt och kunde genomföras utan medverkan från grossisternas sida. Det har slagits fast att domarna i de ovannämnda målen AEG mot kommissionen och Ford mot kommissionen inte är tillämpliga i förevarande fall och det skall påpekas att intervenienterna inte heller med framgång kan åberopa dessa domar till stöd för sina argument. Enbart den omständigheten att det föreligger ett hinder mot parallellimport räcker följaktligen inte för att styrka att det föreligger ett avtal som är förbjudet enligt artikel 85.1 i fördraget.

- 111 Mot bakgrund av det ovan anförda kan överklagandena inte bifallas på den grund som avser att det var nödvändigt för tillverkaren att kräva ett bestämt agerande från grossisternas sida.

*Den grund som avser att grossisternas verkliga vilja felaktigt beaktades*

#### Parternas argument

- 112 Som fjärde grund har kommissionen anfört att förstainstansrätten gjorde en felaktig rättstillämpning genom att anse att villkoren för en gemensam vilja inte var uppfyllda på grund av att grossisternas uttalade vilja (beställa läkemedel endast för den nationella marknadens behov) inte överensstämde med deras verkliga vilja (beställa läkemedel även för export). Förstainstansrätten gjorde således en felaktig tolkning av begreppet avtal i den mening som avses i artikel 85.1 i fördraget, eftersom den endast hänvisade till grossisternas verkliga vilja.

- 113 Kommissionen har i detta avseende särskilt gjort gällande att domstolen, i domen i det ovannämnda målet Sandoz prodotti farmaceutici mot kommissionen, inte fäste någon vikt vid företagets verkliga vilja eller vid deras eventuella ”mentala förbehåll”, eftersom endast de berörda företagets uttalade vilja är avgörande för att ett avtal enligt artikel 85.1 i fördraget skall ingås.
- 114 EAEPK och BAI, den sistnämnda inom ramen för sin tredje grunds första del under iii), har på samma sätt hävdad att det faktum att grossisterna har motsatt sig en policy som strider mot deras intressen juridiskt sett inte vederlägger det faktum att de, när allt kommer omkring, har anslutit sig till denna policy. Även om det enligt fast rättspraxis krävs att det föreligger en gemensam vilja för att det skall föreligga ett avtal som är förbjudet enligt artikel 85.1 i fördraget, krävs det dock inte att parterna har gemensamma intressen (se kommissionens beslut 80/1283/EEG av den 25 november 1980 om ett förfarande enligt artikel 85 i EEG-fördraget (IV/29.702, Johnson & Johnson) (EGT L 377, s. 16, punkt 28) och beslut 87/406/EEG, punkt 49, och domen i det ovannämnda målet Ford mot kommissionen). EAEPK har dessutom hänvisat till domen av den 20 september 2001 i mål C-453/99, Courage och Crehan (REG 2001, s. I-6297), av vilken det framgår att det föreligger ett avtal i den mening som avses i artikel 85.1 i fördraget, även om en av parterna till avtalet tvingas ingå det mot sin vilja.
- 115 Enligt Bayer och EFPIA kan överklagandena inte prövas på denna grund, eftersom den i huvudsak innebär att förstainstansrättens fastställande av de faktiska omständigheterna ifrågasätts. Genom att likställa grossisternas uttalade vilja med en förhållningsorder, enligt vilken de endast beställde de berörda läkemedlen för att täcka behovet på den nationella marknaden, har klagandena för avsikt att kringgå vad förstainstansrätten fastställt i punkterna 151–153 i den överklagade domen, nämligen att de handlingar som avsågs i det omtvistade beslutet inte styrkte en eventuell tendens hos grossisterna att på ett eller annat sätt följa Bayers policy.
- 116 I sak har Bayer gjort gällande att när det föreligger en uttrycklig viljeförklaring är endast den av betydelse, medan en vilja som inte har uttryckts eller ett ”mentalt förbehåll” som skiljer sig från den uttryckliga viljan inte har någon som helst

betydelse. När det däremot, såsom i förevarande fall, föreligger ”underförstådda viljeförklaringar” är det endast den berörda partens verkliga vilja som skall beaktas, såsom den uttrycks genom partens agerande.

### Domstolens bedömning

- 117 När det gäller Bayers och EFPIA:s invändning om att överklagandena inte kan prövas på denna grund påpekar domstolen att den grund som avser att det inte fanns någon gemensam vilja inte på något sätt ifrågasätter förstainstansrättens fastställande av de faktiska omständigheterna. Däremot syftar grunden till att ifrågasätta den rättsliga betydelse som förstainstansrätten tillskrev grossisternas verkliga vilja trots deras uttalade vilja. Följaktligen saknas det fog för invändningen om att överklagandena inte kan prövas på denna grund.
- 118 I sak skall det erinras om att förstainstansrätten utgick från den allmänna principen, enligt vilken ”det är fråga om avtal i den mening som avses i artikel 85.1 i fördraget så snart de aktuella företagen har gett uttryck för sin gemensamma vilja att agera på marknaden på ett bestämt sätt” (punkt 67 i den överklagade domen). Efter att, vid prövningen av Bayers påstådda vilja att ålägga ett exportförbud, ha dragit slutsatsen att Bayer inte hade uppställt något sådant förbud, gjorde förstainstansrätten en analys av grossisternas agerande för att fastställa huruvida det trots detta förelåg ett avtal som var förbjudet enligt artikel 85.1 i fördraget.
- 119 I det sammanhanget underkände förstainstansrätten påståendet att ett avtal hade upprättats på grund av grossisternas underförstådda samtycke till det påstådda exportförbudet, eftersom — enligt vad förstainstansrätten just hade slagit fast — kommissionen inte i tillräcklig grad hade styrkt att Bayer hade uppställt ett sådant förbud eller att det som en förutsättning för läkemedelsleverans uppställdes krav på att det påstådda exportförbudet skulle följas (se punkterna 119 och 122 i den överklagade domen).

- 120 Under dessa omständigheter undersökte förstainstansrätten huruvida ”kommissionen, med tanke på grossisternas faktiska agerande efter det att sökanden antagit sin nya policy om leveransbegränsningar, rätteligen kunde dra slutsatsen att de samtyckte till denna policy” (punkt 124 i den överklagade domen).
- 121 Förstainstansrätten försökte på så sätt fastställa huruvida grossisterna, i avsaknad av ett exportförbud, icke desto mindre delade Bayers vilja att förhindra parallellimport. Vid denna analys gjorde förstainstansrätten inte någon felaktig rättstillämpning genom att hänvisa till grossisternas ”verkliga” vilja att fortsätta beställa läkemedel för export och för behovet på den nationella marknaden.
- 122 Som generaladvokaten har påpekat i punkt 108 i sitt förslag till avgörande förutsätter under alla omständigheter grunden att det saknades en gemensam vilja att det förelåg en uttalad vilja från grossisternas sida att ansluta sig till Bayers vilja att förhindra parallellimport. Som har konstaterats i punkterna 52 och 53 i denna dom slog förstainstansrätten emellertid fast att de handlingar som kommissionen hade ingett inte styrkte att grossisterna hade velat ge Bayer intryck av att de hade bestämt sig för att minska sina beställningar till en viss nivå för att tillmötesgå Bayers uttalade vilja.
- 123 Grossisternas strategi syftade tvärtom till att låta Bayer tro att behoven på de nationella marknaderna hade ökat genom att fördela beställningar avsedda för export på olika agenturer. Denna strategi styrker inte alls att det förelåg en gemensam vilja, utan den utgjorde endast ett försök från grossisternas sida att vända tillämpningen av Bayers ensidiga policy till deras fördel, vilken kunde genomföras utan att det krävdes någon medverkan från deras sida.



- 124 Av det ovan anförda följer att överklagandena inte kan bifallas på den grund som avser att det var felaktigt av förstainstansrätten att konstatera att det inte förelåg någon överensstämmelse mellan Bayers respektive grossisternas vilja när det gällde Bayers policy som syftade till att minska parallellimporten.

*Huruvida det krävs ett senare samtycke till åtgärder som ingår i de fortlöpande affärsförbindelserna som regleras av på förhand fastställda allmänna avtal*

#### Parternas argument

- 125 Som femte grund har kommissionen, med stöd av EAEPK, gjort gällande att förstainstansrätten tillämpade artikel 85.1 i fördraget felaktigt genom att — till skillnad från i domen i det ovannämnda målet Sandoz prodotti farmaceutici mot kommissionen — kräva bevis på grossisternas vilja att anpassa sig till de av Bayer vidtagna åtgärderna, trots att dessa ingick som en del i de fortlöpande affärsförbindelserna mellan grossisterna och tillverkaren. Kommissionen har dessutom hävdats att förstainstansrätten gjorde en felaktig rättstillämpning, eftersom den nekade kommissionen rätten att återropa domarna i de ovannämnda målen AEG mot kommissionen, Ford mot kommissionen och BMW Belgium m.fl. mot kommissionen för att tolka grossisternas agerande efter det att Bayers nya policy för läkemedelsleveranser hade införts som ett samtycke *de facto* till denna policy.
- 126 På samma sätt har BAI, genom den tredje grunden, första delen, kritiserat förstainstansrätten för att ha underlåtit att kontrollera huruvida de åtgärder som Bayer vidtog endast skenbart var ensidiga, eftersom de ingick som en del i företagets bestående affärsförbindelser med grossisterna. BAI har särskilt hävdats att de vanliga affärsförbindelserna inom branschen för grossisthandel med

läkemedel är jämförbara med det selektiva distributionssystem som var i fråga i de ovannämnda målen AEG mot kommissionen, Ford mot kommissionen och BMW Belgium m.fl. mot kommissionen, och BAI har således kritiserat förstainstansrätten för att den slog fast att domarna i dessa mål inte var tillämpliga i detta fall.

- 127 Kommissionen har intagit en liknande ståndpunkt genom att hävda att läkemedelsförsäljningen har vissa av de inslag som är kännetecknande för selektiv distribution. I det avseendet har klagandena hävdade att när en grossist får tillträde till det aktuella distributionssystemet innebär det att grossisten har gett sitt samtycke till tillverkarens förhållningsorder.
- 128 Enligt BAI har grossisterna en nyckelroll när det gäller inköp på läkemedelsmarknaden, en roll som liknar återförsäljarens i ett selektivt distributionssystem. Genom att understryka det nära beroendeförhållandet mellan affärspartners på läkemedelsmarknaden har BAI gjort gällande att grossisterna är bundna av tillverkarens leveranspraxis. BAI har påpekat att grossisterna är beroende av tillverkarna av läkemedelsprodukter, eftersom de inte kan ersätta Adalat med andra läkemedel, och den har i sin replik gjort gällande att grossisterna är tvungna att gå med på en kompromiss för att upprätthålla vinsterna på högsta möjliga nivå, även om det får till följd att tredje man som är etablerad utanför det område där de berörda grossisterna är verksamma inte längre kan få leveranser. Grossisterna utsätts således för leveransbegränsningar som tillverkaren har infört, och att ge sitt samtycke till det konkurrensbegränsande avtalet utgör för dem ett sätt att försäkra sig om att affärsförbindelserna upprätthålls.
- 129 Mot bakgrund av detta har BAI dragit slutsatsen att grossisternas samtycke till begränsningen av de kvantiteter som tillverkaren levererar räcker för att anse att det föreligger ett avtal som har till syfte att avskärma marknader på ett konstlat sätt och således snedvrider konkurrensen inom den gemensamma marknaden i

strid med artikel 85.1 i fördraget. Om förstainstansrätten hade gjort en korrekt rättslig bedömning av de faktiska omständigheterna skulle den oundvikligen ha dragit slutsatsen att det förelåg ett avtal mellan, å ena sidan, Bayer Frankrike och Bayer Spanien och, å andra sidan, de berörda grossisterna.

130 EAEPK har anslutit sig till denna ståndpunkt och påpekat att ett faktiskt agerande — det vill säga att grossisterna har följt avtalet utan att göra några invändningar — inte krävs enligt domen i det ovannämnda målet Sandoz prodotti farmaceutici mot kommissionen. Till skillnad från förstainstansrättens tolkning av denna dom, konstaterades i denna dom enbart att det för att fastställa att det föreligger ett underförstått samtycke från grossisternas sida räcker att nya beställningar görs efter det att villkoren för dessa har ändrats. I detta fall böjde sig grossisterna för Bayers vilja att begränsa leveranserna av Adalat genom att fortsätta att göra beställningar. Deras ändrade agerande är ett klart indicium på att de samtyckte till Bayers nya affärspolicy.

131 I det ovannämnda målet Sandoz prodotti farmaceutici mot kommissionen var det inte heller nödvändigt att fastställa grossisternas faktiska agerande, därför att kommissionen och domstolen begränsade sig till att fastställa syftet med den klausul som förbjöd export av de aktuella produkterna och de beaktade inte effekterna av en sådan klausul. Eftersom syftet framgår redan i samband med tillverkarens anbud räcker ett underförstått samtycke till den avgörande klausulen, eftersom grossisten genom att göra en ny beställning även godkänner detta avtalsvillkor.

132 När det gäller argumenten att rättspraxis inte har följts anser både Bayer och EFPIA att kommissionen försöker ge intryck av att sakförhållandena som föranledde domarna i de ovannämnda målen AEG mot kommissionen och Ford mot kommissionen domen av den 24 oktober 1995, Bayerische Motorenwerke mot ALD, C-70/93, REG 1995, s. I-3439 är identiska med dem som föreligger i förevarande mål. I de ovannämnda målen ingick dock tillverkarnas ”skenbart ensidiga” åtgärder i själva verket i på förhand upprättade och fortlöpande distributionsavtal som var varaktiga, varför det inte krävdes något uttryckligt eller underförstått samtycke från distributörerna. EFPIA har åberopat detta

argument genom att påpeka att i samtliga dessa mål var det fråga om selektiva distributionssystem. I förevarande tvist föreligger inte några sådana avtal. Det är nämligen uppenbart att Bayer inte använder ett sådant distributionsnät. Både Bayer och EFPIA har vidare noterat att de lagstadgade kraven på grossisternas verksamhet som föreskrivs i nationell rätt inte på något sätt utgör en omfattande, på förhand upprättad och fortlöpande, ram för avtalsförhållandet mellan tillverkaren och grossisterna.

133 I repliken har kommissionen påpekat att, till skillnad från Bayers påstående att det levererade till grossisterna endast från fall till fall, affärsförbindelserna mellan Bayer och de franska grossisterna föreligger sedan decennier tillbaka och att Bayer inte hade kunnat avbryta dessa från en dag till en annan.

134 När det gäller Bayers invändning mot att lagstadgade krav skall anses ingå i affärsförbindelserna mellan företaget och grossisterna, till skillnad från avtalsvillkor, har kommissionen erinrat om att det framgår av domstolens rättspraxis att för att en grossist skall få tillträde till ett selektivt distributionssystem som är varaktigt förutsätts att grossisten samtycker till vissa av tillverkarens åtgärder, vilka enbart till följd av detta förlorar sin ensidiga karaktär och infogas i befintliga avtalsförhållanden. Detta gäller inte bara inom ramen för selektiva distributionssystem utan även vid andra varaktiga avtalsförhållanden.

135 I det avseendet saknar det betydelse huruvida det rör sig om att uppfylla avtalsenliga kriterier eller lagstadgade krav. Varje avtalsförhållande mellan en läkemedelstillverkare och en grossist i Frankrike eller Spanien förutsätter att den

lagstadgade leveransskyldigheten iakttas, eftersom grossistens auktorisation är beroende av detta.

- 136 Kommissionen har analogt åberopat de sakförhållanden som bedömdes i domen i det ovannämnda målet Ford mot kommissionen. Den har understrukt att avtalsförhållandet mellan Bayer och de franska grossisterna föreligger sedan decennier tillbaka och den har påpekat att avtalen med nödvändighet måste innehålla ett förbehåll om att tillverkaren i ett senare beslut skall reglera vissa aspekter av avtalsförhållandet, såsom leveransvolymerna som fluktuerar och som således inte kan fastställas på förhand.
- 137 Den kvantitet av ett visst läkemedel som tillverkaren levererar, vilken har beställts inom ramen för tillverkarens varaktiga avtalsförhållanden med sina grossister, utgör av det skälet inte någon ensidig åtgärd som kan bli föremål för ett sådant avtal som avses i artikel 85.1 i fördraget. Tvärtom ingår en sådan åtgärd i denna typ av avtalsförhållanden.
- 138 I dupliken har Bayer dragit slutsatsen att kommissionen, genom den grund som avser att domstolens rättspraxis har "kringgåtts", i själva verket vill göra gällande att även om det inte föreligger något sådant avtal skall en föregående ensidig kvotering behandlas på samma sätt som ett "repressivt" exportförbud, i egenskap av ett "förebyggande" hinder för parallellimport.
- 139 Enligt Bayer döljer detta argument ett försök att införa ett allmänt förbud i gemenskapens konkurrensrätt mot varje "hinder för parallellimport", vilket saknar samband med det system som infördes genom artiklarna 85 och 86 i

fördraget utan förefaller allmänt behöva grundas på syftet att förverkliga den inre marknaden. I den överklagade domen konstaterades däremot att ensidiga förebyggande åtgärder som vidtas av ett privat företag, vilka inte omfattas av tillämpningsområdet för artikel 85.1 i fördraget, om det inte föreligger något avtal, inte berörs av fördragets konkurrensregler, till skillnad från en statlig åtgärd som vidtas enligt artikel 30 i fördraget.

### Domstolens bedömning

- 140 Genom dessa grunder har klagandena försökt ifrågasätta förstainstansrättens bedömning att kommissionen inte ”med framgång [kunde] göra gällande den praxis som åberopats för att ifrågasätta ... bedömning[en], med stöd av vilken förstainstansrätten har funnit att grossisternas samtycke till Bayers nya policy i förevarande fall inte har styrkts” (punkt 159 i den överklagade domen).
- 141 I det avseendet skall det påpekas att förevarande mål avser frågan huruvida det föreligger ett avtal som är förbjudet enligt artikel 85.1 i fördraget. Enbart det faktum att det samtidigt föreligger ett avtal, vilket i sig är neutralt, och en ensidigt vidtagen åtgärd som begränsar konkurrensen innebär inte att det föreligger ett avtal som är förbjudet enligt denna bestämmelse. Enbart det faktum att en åtgärd som vidtagits av en tillverkare, vilken åtgärd har till syfte eller resultat att begränsa konkurrensen, ingår i fortlöpande avtalsförhållanden mellan tillverkaren och grossisterna räcker följaktligen inte för att dra slutsatsen att det föreligger ett sådant avtal.
- 142 Det ovannämnda målet Sandoz prodotti farmaceutici mot kommissionen avsåg ett exportförbud som en tillverkare hade uppställt inom ramen för varaktiga avtalsförhållanden med sina grossister. Domstolen drog slutsatsen att det förelåg

ett avtal som var förbjudet enligt artikel 85.1 i fördraget. Som förstainstansrätten påpekade i punkterna 161 och 162 i den överklagade domen var denna slutsats emellertid grundad på att det förelåg ett exportförbud som tillverkaren hade uppställt, vilket grossisterna underförstått hade godtagit. I det avseendet slog domstolen fast följande i punkt 11 i domen i målet Sandoz prodotti farmaceutici mot kommissionen: ”De upprepade beställningarna av produkter och de på varandra följande betalningarna utgjorde, utan att kunden invände mot de belopp som angavs på fakturorna som innehöll anteckningen ’export förbjuden’, från kundens sida ett underförstått samtycke till de bestämmelser som fakturan innehöll och till den typ av affärsförbindelser som låg bakom affärsförhållandet mellan Sandoz PF och dess kundkrets.” Fastställandet att det förelåg ett förbjudet avtal i det målet vilade således inte enbart på konstaterandet att grossisterna hade fortsatt att göra sina inköp hos en tillverkare som hade gett uttryck för sin vilja att förhindra export, utan på det faktum att ett exportförbud hade uppställts av tillverkaren, vilket underförstått hade godtagits av grossisterna. Klagandena kan följaktligen inte med framgång åberopa domen i målet Sandoz mot kommissionen till stöd för den grund som avser att förstainstansrätten gjorde en felaktig rättstillämpning genom att kräva samtycke från grossisternas sida till de åtgärder som tillverkaren vidtagit.

143 När det gäller de sakförhållanden som bedömdes i domarna i de ovannämnda målen AEG mot kommissionen, Ford mot kommissionen och Bayerische Motorenwerke mot ALD, kan klagandena inte heller åberopa att dessa domar är tillämpliga i förevarande mål, genom att hävda att affärsförbindelserna inom branschen för grossisthandel med läkemedel är jämförbara med ett selektivt distributionssystem som det som var i fråga i dessa mål. Som framgår av punkt 141 i denna dom är nämligen den relevanta frågan huruvida det föreligger ett avtal i den mening som avses i artikel 85.1 i fördraget.

144 Som har påpekats i punkt 106 i förevarande dom rörde emellertid domarna i de ovannämnda målen AEG mot kommissionen och Ford mot kommissionen inte huruvida det var nödvändigt att styrka att det förelåg ett avtal i den mening som

avses i artikel 85.1 i fördraget. Eftersom det redan hade styrkts att det förelåg ett avtal som kunde stå i strid med denna bestämmelse, var frågan huruvida de åtgärder som tillverkaren hade vidtagit ingick i avtalet och följaktligen skulle beaktas vid bedömningen av huruvida avtalet var förenligt med bestämmelsen. I det avseendet var det korrekt av förstainstansrätten att påpeka att domstolen, i nämnda domar, hade konstaterat att när en distributör tas upp i systemet grundar sig auktorisationen på att denne ansluter sig till den politik som tillverkaren för (se punkt 170 i den överklagade domen).

145 En sådan analys skall jämföras med domen i det ovannämnda målet Bayerische Motorenwerke mot ALD, vilken rörde frågan ”om artikel 85.1 i EEG-fördraget skall tolkas så att en biltillverkare, som säljer sina fordon genom ett selektivt distributionssystem, är förhindrad att genom avtal komma överens med sina återförsäljare att inte leverera några fordon till oberoende leasingbolag när de senare — utan att köpmöjlighet medges — ställer fordonen till sådana leasagares förfogande som har sitt hemvist eller säte utanför den berörde återförsäljarens avtalade område och att uppmana de nämnda återförsäljarna att anta ett sådant handlingsätt” (punkt 14).

146 Härav följer att förstainstansrätten inte gjorde någon felaktig rättstillämpning när den slog fast att den rättspraxis som hade åberopats av BAI och kommissionen inte var tillämplig i detta fall. Följaktligen kan överklagandena inte bifallas på de grunder som avser att artikel 85.1 i fördraget har tillämpats felaktigt.



- 147 BAI:s och kommissionens överklaganden har inte kunnat prövas på vissa grunder och är i övrigt ogrundade, och de skall därför ogillas.

### Rättegångskostnader

- 148 Enligt artikel 69.2 i rättegångsreglerna, vilken är tillämplig i mål om överklagande enligt artikel 118 i dessa rättegångsregler, skall tappande part förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna, om detta har yrkats. Bayer och EFPIA har i mål C-3/01 P yrkat att kommissionen skall förpliktas att ersätta de rättegångskostnader som hänför sig till det överklagande som den ingett. Eftersom kommissionen har tappat målet, skall Bayers och EFPIA:s yrkanden bifallas.
- 149 Enligt artikel 69.4 första stycket i rättegångsreglerna, vilken även är tillämplig i mål om överklagande enligt artikel 118, skall medlemsstater och institutioner som har intervenerat bära sina rättegångskostnader. Konungariket Sverige skall således bära sin rättegångskostnad.
- 150 Vad beträffar det överklagande som har ingetts av BAI (mål C-2/01 P) har varken Bayer eller EFPIA yrkat att BAI skall förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna. Domstolen beslutar därför att vardera parten skall bära sin rättegångskostnad.

På dessa grunder beslutar

DOMSTOLEN

följande dom:

- 1) Överklagandena ogillas.
- 2) Bundesverband der Arzneimittel-Importeure eV, Bayer AG och European Federation of Pharmaceutical Industries' Associations skall vardera bära sin rättegångskostnad i mål C-2/01 P.
- 3) Europeiska gemenskapernas kommission skall ersätta rättegångskostnaderna i mål C-3/01 P.
- 4) Konungariket Sverige skall bära sin rättegångskostnad.

Skouris

Jann

Timmermans

Cunha Rodrigues

Edward

La Pergola

Puissochet

Schintgen

Macken

Colneric

von Bahr

Avkunnad vid offentligt sammanträde i Luxemburg den 6 januari 2004.

R. Grass

Justitiesekreterare

V. Skouris

Ordförande