

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT

ANTONIO TIZZANO

fremsat den 22. maj 2003¹

Indhold

I — Faktiske omstændigheder og retsforhandlinger	I - 27
De faktiske omstændigheder, der ligger til grund for tvisten	I - 27
Den omtvistede beslutning	I - 28
Retsforhandlingerne ved Retten og den appellerede dom	I - 31
Retsforhandlingerne ved Domstolen	I - 37
II — Retlig analyse	I - 37
Indledning	I - 37
Anbringender vedrørende konstateringen af de faktiske omstændigheder	I - 38
i) Ufuldstændig hensyntagen til de faktiske omstændigheder for så vidt angår den kontrol, som Bayer angiveligt har udøvet med de bestilte varers endelige bestemmelsessted	I - 39
ii) Fordrejning af eller manglende hensyntagen til beviselementerne vedrørende grossisternes ønske om at lade Bayer tro, at de fremover kun ville bestille varer til dækning af behovene på hjemmemarkedet	I - 40
Anbringenderne om retsspørgsmål: generelle betragtninger	I - 43
i) Sandoz-dommen	I - 45
ii) AEG-, Ford- og Bayerische Motorenwerke-dommene	I - 48
En specifik undersøgelse af de forskellige anbringender om retsspørgsmål	I - 54
i) Kravet om, at der skal findes et kontrol- og sanktionssystem som en nødvendig forudsætning for, at der kan siges at foreligge en aftale om eksportforbud	I - 54

1 — Originalsprog: italiensk.

ii) Kravet om, at fabrikanten kræver en bestemt adfærd fra forhandlerens side eller søger at opnå deres tilslutning til sin politik, der går ud på at forhindre parallelimport, for at der kan siges at foreligge en aftale om eksportforbud	I - 56
iii) Bevisbyrden	I - 58
iv) Manglende overensstemmelse mellem grossisternes erklærede vilje og deres reelle vilje	I - 60
v) De kun tilsyneladende ensidige foranstaltninger vedtaget af Bayer	I - 61
Afsluttende betragtninger	I - 62
III — Sagens omkostninger	I - 62
IV — Forslag til afgørelse	I - 63

1. Disse sager vedrører en appel iværksat af Bundesverband der Arzneimittel-Importeure eV (herefter »BAI«) og Kommissionen til prøvelse af dom afsagt af Retten i Første Instans den 26. oktober 2000 i sag T-41/96, Bayer mod Kommissionen (herefter »den appellerede dom«)², om annullation af Kommissionens beslutning 96/478/EF af 10. januar 1996 »om en procedure i henhold til EF-traktatens artikel 85« (herefter »den omtvistede beslutning«)³.

I — Faktiske omstændigheder og retsforhandlinger

De faktiske omstændigheder, der ligger til grund for tvisten

2. I den appellerede dom beskrives de faktiske omstændigheder, der ligger til grund for tvisten, således:

»1. Sagsøgeren, Bayer AG (herefter »Bayer« eller »Bayer-koncernen«), er moderselskabet i en af de største europæiske kemiske og farmaceutiske koncerner og har datterselskaber i alle Fællesskabets medlemsstater. Sagsøgeren har i adskillige år produceret og forhandlet en række

2 — Sml. II, s. 3383.

3 — EFT L 201, s. 1.

lægemidler under navnet »Adalat« eller »Adalate«, der indeholder det virksomme stof nifedipin, som bruges til behandling af hjerte-/karsygdomme.

franske datterselskaber. Ændringen blev foretaget med virkning fra 1989 for de ordrer, der var indgået til Bayer Spanien, og med virkning fra fjerde kvartal af 1991 for de ordrer, som var indgået til Bayer Frankrig.«

2. Prisen på Adalat fastsættes i de fleste medlemsstater direkte eller indirekte af de nationale sundhedsmyndigheder. Fra 1989 til 1993 var de priser, som var fastsat af de spanske og franske sundhedsmyndigheder, gennemsnitligt 40 % lavere end priserne i Det Forenede Kongerige.

Den omtvistede beslutning

3. På grund af disse prisforskelle begyndte fra 1989 grossister i Spanien at eksportere Adalat til Det Forenede Kongerige og fra 1991 grossister i Frankrig. Ifølge sagsøgeren er det britiske datterselskab Bayer UK's salg af Adalat fra 1989 til 1993 blevet næsten halveret på grund af parallelimport, hvorved datterselskabet har mistet en omsætning på 230 mio. tyske mark (DEM), hvilket gav Bayer et indtægtstab på 100 mio. DEM.

3. Efter klage fra visse af de pågældende grossister indledte Kommissionen en administrativ undersøgelsesprocedure for at kontrollere de hævdede overtrædelser af EF-traktatens artikel 85, stk. 1 (nu artikel 81, stk. 1, EF)⁴. Efter afslutningen af denne undersøgelse vedtog Kommissionen den omtvistede beslutning, hvori den:

- konstaterede en tilsidesættelse af traktatens artikel 85, stk. 1, bestående i »[d]et forbud mod at eksportere produkterne Adalate og Adalate 20 mg LP fra Frankrig og produkterne Adalat og Adalat-Retard fra Spanien til andre medlemsstater, som har været aftalt siden 1991 mellem Bayer Frankrig og

4. Som følge heraf ændrede Bayer-koncernen sin leveringspolitik og besluttede ikke længere at efterkomme de stadigt stigende ordrer, som indgik fra grossister i Spanien og Frankrig til koncernens spanske og

4 — Denne bestemmelse har følgende velkendte ordlyd: »Alle aftaler mellem virksomheder, alle vedtagelser inden for sammenslutninger af virksomheder og alle former for samordnet praksis, der kan påvirke handelen mellem medlemsstater, og som har til formål eller til følge at hindre, begrænse eller fordreje konkurrencen inden for fællesmarkedet, er uforenelige med fællesmarkedet og er forbudt [...]«

dennes grossister og siden i hvert fald 1989 mellem Bayer Spanien og dennes grossister i forbindelse med deres faste forretningsforbindelser« (artikel 1)

- pålagde Bayer at »bringe den konstaterede overtrædelse til ophør og i forbindelse hermed især: a) senest to måneder efter meddelelsen af [...] beslutning fremsende en rundskrivelse til deres grossister i Frankrig og Spanien, hvori det klart anføres, at det er tilladt at eksportere inden for EF, og at sådan eksport ikke vil medføre nogen sanktioner«, b) »senest to måneder efter meddelelsen af [...] beslutning angive dette klart i de almindelige salgsbetingelser, der anvendes i Frankrig og Spanien« (artikel 2)

- og pålagde Bayer en bøde på 3 000 000 ECU (artikel 3).

5. Hvad nærmere bestemt angår det første aspekt forsøgte Kommissionen at påvise, at der fandtes en aftale i henhold til traktatens artikel 85, stk. 1, ved at anføre, at det fremgik af dokumenter i dens besiddelse dels, at Bayer Frankrig og Bayer Spanien havde pålagt grossisterne et eksportforbud (156.-170. betragtning), dels at indførelsen af dette forbud ikke var resultatet af en ensidig adfærd, da det var et led i de vedvarende forretningsforbindelser mellem de to selskaber i Bayer-koncernen og deres kunder (171.-185. betragtning).

6. Den omstændighed, at grossisterne pålægges et eksportforbud, kunne ifølge Kommissionen udledes af to »supplerende elementer«: i) systematisk indkredsning af eksporterende grossister gennemført af Bayer Frankrig og Bayer Spanien; ii) successiv beskæring af Bayer Frankrigs og Bayer Spaniens leverancer til grossister, der eksporterer alle eller en del af de bestilte varer.

4. Kommissionen har i begrundelsen for beslutningen navnlig søgt at påvise: i) at Bayer Frankrig og Bayer Spanien havde indgået en aftale med grossisterne om indførelse af et eksportforbud (156.-188. betragtning); ii) at aftalen havde til formål eller til følge at begrænse konkurrencen (189.-197. betragtning); iii) at denne aftale påvirkede samhandelen mellem medlemsstater på en mærkbar måde (198. betragtning).

7. Hvad angår disse beskæringer har Kommissionen navnlig gjort gældende, at »det af de oplysninger, Kommissionen var i besiddelse af, fremgik, at levering af de mængder, Bayer Frankrig og Bayer Spanien gik med til at levere, foruds[atte] overholdelse af et eksportforbud. Hvor meget Bayer Frankrig og Bayer Spanien beskar leverancerne, afpassedes efter grossisternes adfærd i relation til eksport. Hvis grossisterne overtr[ådte] forbuddet mod at eksportere, vil

[le] de automatisk få deres leverancer yderligere beskåret«⁵. Efter en grundig gennemgang af de relevante dokumenter konkluderede Kommissionen, at »alle disse elementer i Bayer Frankrigs og Bayer Spaniens adfærd viste, at de udsatte deres grossister for en permanent trussel om at beskære leverancerne til dem, og at denne trussel var blevet ført ud i livet gentagne gange, hvis grossisterne ikke havde rettet sig efter eksportforbuddet«⁶.

— »Bayer Spanien og Bayer Frankrig havde indført et eksportforbud, der blev håndhævet systematisk og ensartet ved alt salg til deres respektive grossister, i det omfang, hvor de [var] vidende om, at disse grossister eksportere[de]«⁸.

— »grossisterne havde i denne sag udvist en adfærd, som svare[de] til en udtrykkelig anerkendelse af eksportforbuddet«⁹.

8. Da Kommissionen således havde godtgjort, at Bayer Frankrig og Bayer Spanien havde indført et eksportforbud, og derefter påvist, at dette forbud indgik i de vedvarende forretningsforbindelser med grossisterne (og derfor ikke var en ensidig adfærd) bemærkede den følgende:

— »ordrerne blev afgivet og fornyet med jævne mellemrum af grossisterne, hvilket vis[te], at der for produktet Adalat best[od] vedvarende, faste forretningsforbindelser«⁷

9. Denne underforståede accept udledes navnlig af den adfærd, grossisterne anlagde, og som viste, »at de ikke alene var klar over, at de leverede varer var underlagt eksportforbud, men også, at de tilpassede sig til dette forbud«¹⁰. I denne forbindelse har Kommissionen præciseret, at »grossisterne søgte på forskellig vis at skaffe sig de ønskede leverancer, bl.a. ved at fordele eksportordrerne på de forskellige afdelinger [...] og ved at afgive ordrer til små grossister, der ikke blev kontrolleret [...]; de tilpassede sig ved deres ordreafgivelser efter Bayer Frankrigs og Bayer Spaniens forbud mod at eksportere. Ved afgivelsen af ordrer til Bayer Frankrig henholdsvis Bayer Spa-

5 — Beslutningens 163. betragtning.

6 — 170. betragtning.

7 — 174. betragtning.

8 — 175. betragtning.

9 — 176. betragtning.

10 — 180. betragtning.

nien begyndte grossisterne kun at bestille varer til dækning af behovet på deres hjemmemarked. Og efterhånden som de blev klar over, hvad der foregik, begyndte de endog at overholde de nationale 'kvoter', deres leverandører pålagde dem. De gjorde dog deres bedste for at få dem sat så højt som muligt ved samtidig at underkaste sig en streng overholdelse af de mængder, som Bayer Frankrig og Bayer Spanien anså for at være normale til forsyningen af det nationale marked«¹¹. Kommissionen mener, at »[d]ette vis[te], at grossisterne var vidende om Bayer Frankrigs og Bayer Spaniens egentlige motiver og de ordninger, disse havde indført for at forhindre parallel-eksport: De tilpassede sig det system, leverandøren havde indført, og overholdt de af ham stillede krav. Denne adfærd vis[te], at de accepterede det eksportforbud, der indgik i de vedvarende forretningsforbindelser mellem Bayer Frankrig og Bayer Spanien og deres grossister«¹².

Retsforhandlingerne ved Retten og den appellerede dom

10. Ved stævning registreret på Rettens Justitskontor den 22. marts 1996 anlagde Bayer sag med påstand om annullation af Kommissionens beslutning.

11. Den 1. august 1996 anmodede BAI (en tysk sammenslutning af lægemiddelimportører) om at måtte intervenere til støtte for Kommissionens påstande Den 26. august 1996 anmodede European Federation of Pharmaceutical Industries' Associations (herefter »EFPIA«) (en europæisk branchesammenslutning, som varetager interesserne hos 16 nationale brancheforeninger inden for lægemiddelsektoren) om at måtte intervenere i sagen til støtte for Bayers påstande. Ved kendelse af 8. november 1996 gav formanden for Rettens Femte Udvidede Afdeling tilladelse til, at de to sammenslutninger intervenerede i sagen.

12. Ved dom af 26. oktober 2000 tilsluttede Retten sig Bayers første anbringende om anvendelse af artikel 85, stk. 1, i dette tilfælde og annullerede den omtvistede beslutning med den begrundelse, at »Kommissionen havde foretaget en urigtig vurdering af de faktiske omstændigheder i sagen og begået en fejl i den retlige vurdering ved at anse det for godtgjort, at der forelå en samstemmende vilje hos Bayer og de grossister, som er nævnt i beslutningen, der gav grundlag for at slutte, at der var indgået en aftale i traktatens artikel 85, stk. 1's forstand, som havde til formål at forhindre eller begrænse udførelserne af Adalat fra Frankrig og Spanien til Det Forenede Kongerige«¹³.

13. Ved vurderingen af sagsøgerens klagepunkt fortolkede Retten i første omgang Fællesskabets retspraksis med hensyn til begrebet aftale mellem virksomheder i

11 — 182. og 183. betragtning.

12 — 184. betragtning.

13 — Præmis 183.

medfør af traktatens artikel 85, stk. 1. I denne forbindelse blev det navnlig understreget, at »når en fabrikants beslutning udgør en ensidig adfærd fra virksomhedens side, falder beslutningen uden for forbuddet i traktatens artikel 85, stk. 1«¹⁴, da begrebet aftale i denne bestemmelses forstand »forudsætter, at to parter i det mindste har en samstemmende vilje, hvorved det ikke er afgørende, i hvilken form denne manifesterer sig, forudsat den udgør en korrekt afspejling af parternes vilje«¹⁵. Hvad angår anvendelsen af den pågældende bestemmelse bør der således »sondres mellem de tilfælde, hvor en virksomhed har truffet en egentlig ensidig foranstaltning, dvs. uden en anden virksomheds udtrykkelige eller stiltiende medvirken, og de tilfælde, hvor foranstaltningens ensidige karakter kun er tilsyneladende. De førstnævnte tilfælde falder ikke ind under traktatens artikel 85, stk. 1, hvorimod de sidstnævnte må anses for at vise, at der foreligger en aftale mellem virksomheder, der således kan falde ind under traktatbestemmelsens anvendelsesområde. Det gælder navnlig konkurrencebegrænsende adfærd og foranstaltninger, som en fabrikant tilsyneladende vedtager ensidigt som led i sin forretningsforbindelse med sine sælgere, men som dog opnår disses, i det mindste stiltiende, samtykke«¹⁶.

14. Da dette var fastslået, bemærkede Retten dernæst, idet den gik over til spørgsmålet om anvendelse af artikel 85, stk. 1, på de faktiske omstændigheder i

sagen, at »sagsøgeren erkendte at have ført en ensidig politik til begrænsning af parallelimport. Selskabet bestred dog at have fastsat og pålagt et eksportforbud. I så henseende anførte det, at det aldrig har drøftet, endsige indgået, en aftale med grossisterne for at forhindre dem i at eksportere eller begrænse dem i eksporten af de leverede mængder. Desuden anfør[te] selskabet, at grossisterne ingenlunde havde tilsluttet sig dets ensidige politik og ikke havde [haft] nogen hensigt til at gøre det«¹⁷. Stillet over for disse påstande fra sagsøgerens side skønnede Retten under disse omstændigheder, at »for at kunne afgøre, om Kommissionen under disse forhold havde ført tilstrækkelig bevis for, at der forelå en samstemmende vilje hos parterne om at begrænse paralleleksporten, måtte det, som anført af sagsøgeren, undersøges, om Kommissionen havde foretaget en fejlagtig vurdering af Bayers og grossisternes respektive hensigter«¹⁸.

15. På grundlag af »sagsøgerens påståede hensigt til at pålægge et eksportforbud« og efter en grundig gennemgang af de dokumenter, der nævnes i beslutningen, konkluderede Retten, »at Kommissionen ikke havde godtgjort, hverken at Bayer Frankrig og Bayer Spanien havde pålagt deres respektive grossister et eksportforbud, eller at Bayer [havde] foret[aget] en systematisk kontrol med det endelige bestemmelsessted for de pakker af Adalat, som blev leveret efter vedtagelsen af selskabets nye leve-

14 — Præmis 66.

15 — Præmis 69.

16 — Præmis 71.

17 — Præmis 76.

18 — Præmis 77.

ringspolitik, eller at sagsøgeren havde anvendt en politik med trusler og sanktioner over for de eksporterende grossister, eller at selskabet havde gjort leveringerne af dette produkt betinget af det påståede eksportforbuds overholdelse«. Ifølge Retten »fremgik det heller ikke af de dokumenter, som var gengivet i beslutningen, at sagsøgeren forsøgte at opnå noget som helst samtykke fra grossisterne til den praktiske gennemførelse af selskabets politik om begrænsning af parallelimporten«¹⁹.

16. Hvad angår »påstanden om grossisternes hensigt til at tilslutte sig sagsøgerens politik om begrænsning af parallelimporten« bemærkede Retten for det første:

— at som fastslået overfor, har »Kommissionen hverken godtgjort, at Bayer vedtog en systematisk politik til kontrol med det endelige bestemmelsessted for de leverede pakker af Adalat, at selskabet anvendte en politik med trusler og sanktioner over for de grossister, som havde eksporteret pakkerne, at Bayer Frankrig og Bayer Spanien havde pålagt deres respektive grossister et eksportforbud, eller at leveringerne var blevet gjort betinget af det påståede eksportforbuds overholdelse«²⁰

— at »det ikke fremgår af noget element i sagens akter, at Bayer Frankrig eller Bayer Spanien havde stille[t] noget krav til grossisternes adfærd hvad angår det endelige bestemmelsessted for de leverede pakker af Adalat eller til, at ordreafgivelserne blev afgivet på en bestemt måde, da selskabets politik udelukkende bestod i en ensidig begrænsning af leveringerne ved en forudfastsættelse af de mængder, der kunne leveres på grundlag af den sædvanlige efterspørgsel«²¹

— at »Kommissionen ikke [har] godtgjort, at sagsøgeren har gjort noget forsøg på at opnå en aftale med grossisterne eller at opnå disses samtykke til gennemførelsen af sin politik. Den havde endog ikke hævdet, at Bayer havde forsøgt [...] at udvirke, at grossisterne ændrede deres metode for formuleringen af ordrerne«²².

17. På baggrund af disse betragtninger konkluderede Retten, at Kommissionens antagelse om, at »grossisterne havde rettet sig efter det påståede eksportforbud, savnede derfor faktisk grundlag, da den berøde på faktiske omstændigheder, som ikke var bevist«²³.

19 — Præmis 109 og 110.

20 — Præmis 119.

21 — Præmis 120.

22 — Præmis 121.

23 — Præmis 122.

18. Herefter foretog Retten en indgående undersøgelse af, »om Kommissionen på grundlag af den adfærd, som grossisterne udviste efter sagsøgerens vedtagelse af sin nye politik for begrænsning af leveringerne, kunne konkludere, at de samtykkede i denne politik«²⁴. Efter at have undersøgt de i beslutningen omtalte dokumenter bekræftede Retten i denne henseende følgende:
- »151. Det fremgår af en gennemgang af grossisternes holdning og faktiske adfærd, at Kommissionen ikke har grundlag for sin påstand om, at grossisterne tilsluttede sig sagsøgerens politik med begrænsning af parallelimporten.
152. Argumentet om, at de pågældende grossister havde begrænset deres ordrer til et bestemt niveau for at give Bayer indtryk af, at de handlede i overensstemmelse med selskabets erklærede ønske om herved kun at dække efterspørgslen på deres traditionelle markeder, og at de handlede på denne måde for at undgå sanktioner, må forkastes, da det stadig påhviler Kommissionen at bevise, at sagsøgeren over for grossisterne rejste krav om eller forhandlede sig frem til, at disse fulgte en bestemt adfærd hvad angår eksport af leverede pakker af Adalat, og at sagsøgeren pålagde de eksporterende grossister sanktioner eller truede hermed.
153. Af de samme grunde kan Kommissionen ikke med rette gøre gældende, at nedskæringen af ordrerne alene kunne forstås af Bayer som et tegn på, at grossisterne havde accepteret selskabets krav, eller fastholde, at fordi de opfyldte dette krav, måtte de skaffe sig de supplerende mængder til eksport hos grossister, som ikke var 'suspekter' i selskabets øjne, og fra hvem de mere omfattende ordrer derfor skulle være blevet efterkommet uden vanskeligheder.
154. Det fremgår desuden klart af de betragtninger i beslutningen, som er gennemgået ovenfor, at grossisterne fortsat søgte at skaffe sig Adalat-pakker til eksport og fastholdt denne aktivitet, selv om de til dette formål fandt det mere hensigtsmæssigt at anvende forskellige systemer til at skaffe sig leveringer, nemlig dels et system til at fordele eksportordrerne på forskellige afdelinger, dels et system, hvorved ordrerne blev afgivet indirekte via små grossister. Under disse forhold kan den omstændighed, at grossisterne ændrede deres ordrepolitik og indførte forskellige systemer til fordeling eller diversificering af ordrerne ved at afgive dem indirekte, ikke fortolkes som et bevis på deres vilje til at imødekomme Bayer eller som et svar på en anmodning eller indtrængende

24 — Præmis 124.

henstilling fra denne. Tværtimod kan denne omstændighed anses for udtryk for grossisterne faste forsæt til at blive ved med at foretage paralleleksport af Adalat.

at grossisterne i deres adfærd omgik den nye politik, Bayer indførte for at begrænse leveringerne til omfanget af de sædvanlige ordrer.

155. I mangel af bevis for, at sagsøgeren har stillet noget krav til grossisterne adfærd hvad angår eksporten af de leverede pakker af Adalat, kan den omstændighed, at de traf foranstaltninger for at skaffe sig supplerende mængder, kun fortolkes som bevis på, at de ikke samtykkede, sådan som Kommissionen har påstået. Af samme grunde kan der ikke gives Kommissionen medhold i argumentet om, at det under de i sagen foreliggende omstændigheder var normalt, at visse grossister forsøgte at skaffe sig supplerende mængder ad omveje, fordi de over for Bayer måtte forpligte sig til ikke at eksportere og følgelig nedskære deres ordrer til et kvantum produkter, som ikke kunne eksporteres.

156. Endelig må det konstateres, at Kommissionen ikke har godtgjort, at grossisterne havde til hensigt at forfølge de mål, som Bayer havde sat sig, eller at de ville give denne indtryk heraf. Tværtimod viser de ovenfor gennemgåede dokumenter,

157. Kommissionen har derfor med urette antaget, at grossisterne faktiske adfærd godtgør, at de samtykkede i sagsøgerens politik til forhindring af parallelimport.«

19. Som svar på den af Kommissionen påberåbte retspraksis (160.-170. betragtning) analyserede Retten dernæst de domme, som den sagsøgte institution havde fremhævet for at påvise, at denne ikke »med støtte i hidtidig praksis kan anfægte den analyse, som Retten ha[vde] foretaget i det foregående, og som før[te] den til den konklusion, at det ikke i den foreliggende sag er godtgjort, at grossisterne samtykkede i Bayers nye politik, hvorfor Kommissionen ikke har bevist, at der foreligger en aftale«²⁵.

20. Retten afviste endelig den forudsætning, der lå til grund for Kommissionens ræsonnement, og i henhold til hvilken »den

²⁵ — Præmis 159.

simple konstatering af, at grossisterne ikke har afbrudt deres forretningsforbindelser med Bayer, efter at denne havde iværksat sin nye politik til begrænsning af eksporten, gjorde det berettiget at anse det for godtgjort, at der var indgået en aftale mellem virksomheder i traktatens artikel 85, stk. 1's forstand«²⁶.

21. I denne forbindelse understregede den navnlig, at »bevist for, at der foreligger en aftale mellem virksomheder i traktatens artikel 85, stk. 1's forstand, skal være baseret på en direkte eller indirekte konstatering af det subjektive element, som kendetegner selve begrebet aftale, nemlig at der foreligger en samstemmende vilje mellem erhvervsdrivende vedrørende iværksættelsen af en politik, tilstræbes et mål eller følges en bestemt adfærd på markedet, uanset hvorledes parternes vilje til at forholde sig på markedet er kommet til udtryk ifølge aftalens ordlyd«. Ifølge Retten havde Kommissionen ikke i tilstrækkelig grad taget hensyn til betingelsen »om parternes samstemmende vilje«, da den antog, »at grossisterne fortsættelse af forretningsforbindelsen med fabrikanten i det tilfælde, hvor denne vedtager en ny politik, han iværksætter ensidigt, må betragtes som et samtykke fra disse til denne politik, selv om deres adfærd de facto klart er i modstrid med denne politik«²⁷.

22. Med henvisning til den antagelse, som Kommissionen gik ud fra, præciserede Retten endvidere, at formålet med artikel 85, stk. 1, »ikke helt generelt er at 'fjerne' hindringer for samhandelen inden for Fællesskabet, men er mere begrænset, da det kun er de hindringer for konkurrencen, der er opstået som følge af en samstemmende vilje hos mindst to parter, som er forbudt efter denne bestemmelse«²⁸. Følgelig konkluderede Retten, at »en fabrikant, forudsat han ikke misbruger en dominerende stilling, i mangel af samstemmende vilje mellem ham og hans grossister, kan anvende den leveringspolitik, som han anser for nødvendig, selv om anvendelsen af en sådan politik, når den tilsigter at hindre parallelimport, i kraft af selve sit formål kan medføre konkurrencebegrænsninger og påvirke samhandelen mellem medlemsstaterne«²⁹.

23. I lyset af alle ovenstående betragtninger besluttede Retten derfor at annullere beslutningen uden at behandle de subsidiære anbringender, som Bayer havde fremsat: i) en urigtig anvendelse af traktatens artikel 85, stk. 1; ii) den omtvistede handlemådes lovlighed efter artikel 47 i akten vedrørende Spaniens tiltrædelse af De Europæiske Fællesskaber; iii) en urigtig anvendelse af

26 — Præmis 172.

27 — Præmis 173.

28 — Præmis 174.

29 — Præmis 176.

artikel 15 i Rådets forordning nr. 17 af 6. februar 1962³⁰ ved pålæggelsen af en bøde til Bayer.

26. Under retsforhandlingerne ved Domstolen fremsatte både Bayer og EFPIA et svarskrift i henhold til procesreglementets artikel 115, hvori de begge nedlagde påstand om, at appelsagerne forkastes.

Retsforhandlingerne ved Domstolen

24. Ved stævning indgivet den 5. januar 2001 anmodede BAI (sag C-2/01 P) og Kommissionen (sag C-3/01 P) Domstolen om at ophæve Rettens dom og direkte forkaste appellen i første instans eller subsidiært hjemvise sagen til Retten. Ved kendelse afsagt af Domstolens præsident den 28. marts 2001 blev de to sager forenet med henblik på den skriftlige og den mundtlige forhandling samt domsafsigelsen.

II — Retlig analyse

Indledning

25. Ved begæringer af 9. og 23. april 2001 anmodede European Association of European Pharmaceutical Companies (en sammenslutning af europæiske lægemiddelvirksomheder, herefter »EAEP«) og Kongeriget Sverige om at måtte intervenere i sagen til støtte for appellanternes påstande³¹. Ved kendelser af 25. juni 2001 (Kongeriget Sverige) og 26. september 2001 (EAEP) gav Domstolens præsident tilladelse til, at de to sammenslutninger intervererede i sagen.

27. Til støtte for sin appel har BAI fremsat tre anbringender, nemlig en ufuldstændig hensyntagen til de faktiske omstændigheder, der lå til grund for beslutningen, en tilsidesættelse af bevisbyrdereglerne og en retlig fejl med hensyn til de juridiske kriterier, i henhold til hvilke det bestemmes, om der foreligger en aftale i traktatens artikel 85, stk. 1's, forstand.

28. Kommissionen har først fremsat en generel kritik af den restriktive fremgangsmåde, som Retten har fulgt i den appellerede dom, og understregede de alvorlige konsekvenser, som denne ville kunne få for dens bestræbelser på at fjerne de konkurrencebegrænsninger, der følger af opdelin-

30 — Første forordning om anvendelse af bestemmelserne i traktatens artikel 85 og 86 (EFT 1959-1962, s. 81).

31 — EAEP anmodede nærmere bestemt om at måtte intervenere til støtte for BAI's og Kommissionens påstande, mens Kongeriget Sverige anmodede om at måtte intervenere til støtte for Kommissionens påstande alene.

gen af de nationale markeder. Efter denne kritik har den fremført fem anbringender, der hovedsageligt vedrører en alt for restriktiv fortolkning af begrebet aftale i traktatens artikel 85's forstand, en retlig fejl i anvendelsen af den nævnte bestemmelse og en forkert gengivelse af beviserne.

29. Af hensyn til redegørelsens logiske sammenhæng og klarhed mener jeg, at det vil være hensigtsmæssigt at undersøge de anbringender, der vedrører Rettens konstatering af de faktiske omstændigheder, så retsspørgsmålene kan behandles, når enhver tvivl med hensyn til de relevante faktiske omstændigheder er fjernet.

Anbringender vedrørende konstateringen af de faktiske omstændigheder

30. Både BAI og Kommissionen anfægter konstateringen af de faktiske omstændigheder i den appellerede dom og gør især gældende: i) en ufuldstændig hensyntagen til de faktiske omstændigheder for så vidt angår den kontrol, som Bayer angiveligt har udøvet med de bestilte varers endelige bestemmelsessted; ii) en fordrejning eller en manglende hensyntagen til beviselementerne vedrørende grossisternes ønske om at lade Bayer tro, at de fremover kun ville

bestille varer til dækning af behovene på hjemmemarkedet.

31. Bayer og EFPIA har imidlertid anført, at disse anbringender må afvises, idet de har gjort gældende, at appellanterne ikke ved Domstolen kan anfægte den vurdering af de faktiske omstændigheder, som Retten havde foretaget i første instans.

32. I denne forbindelse skal straks henvises til, at i henhold til artikel 225 EF og artikel 51 i Domstolens statut er appel af Rettens domme »begrænset til retsspørgsmål«. Det følger af fast retspraksis, at »det således alene er Retten, der er kompetent til dels at fastlægge de faktiske omstændigheder i sagen, når bortses fra tilfælde, hvor den indholdsmæssige urigtighed af dens konstateringer følger af de akter, den har fået forelagt i sagen, dels at tage stilling til disse faktiske omstændigheder. Når Retten har fastlagt eller vurderet de faktiske omstændigheder, har Domstolen i henhold til EF-traktatens artikel 168 A (nu artikel 225 EF) kompetence til at gennemføre en kontrol med den retlige vurdering af disse faktiske omstændigheder og de retlige konsekvenser, Retten har draget [...] Domstolen har således ikke kompetence til at fastlægge de faktiske omstændigheder og i princippet heller ikke til at bedømme de beviser, som Retten har lagt til grund ved fastlæggelsen

af disse faktiske omstændigheder. Når disse beviser er blevet forskriftsmæssigt tilvejebragt, og de almindelige retsgrundsætninger og de processuelle regler om bevisbyrde og bevisførelse er blevet overholdt, er det alene Retten, der har kompetence til at vurdere, hvilken bevisværdi der skal tillægges de oplysninger, den har fået forelagt [...] Denne vurdering udgør derfor ikke et retsspørgsmål — medmindre beviserne er gengivet forkert — og er dermed ikke undergivet Domstolens prøvelsesret«³².

33. Det er således kun inden for de snævre grænser, der er anført i denne faste retspraksis, at Domstolen kan behandle de to anbringender vedrørende Rettens konstatering af de faktiske omstændigheder.

i) Ufuldstændig hensyntagen til de faktiske omstændigheder for så vidt angår den kontrol, som Bayer angiveligt har udført med de bestilte varers endelige bestemmelsessted

34. Med sit første anbringende bestrider BAI Rettens konklusion om, at Kommissionen ikke i tilstrækkelig grad har godtgjort, »at Bayer foretog en systematisk kontrol med det endelige bestemmelsessted for de pakker af Adalat, som blev leveret efter vedtagelsen af selskabets nye leve-

ringspolitik«³³. Denne vurdering afhænger netop af en ufuldstændig hensyntagen til de faktiske omstændigheder, idet man kunne udlede af de to dokumenter, der nævnes i beslutningen, at Bayer i nogle tilfælde havde kunnet identificere spanske grossister ved hjælp af batchnumrene på partier fundet i Det Forenede Kongerige³⁴. På baggrund af disse dokumenter burde man ifølge BAI tage i betragtning, at Bayer har foretaget kontrol med bestemte partier af Adalats endelige bestemmelsessted (selv om det måske udelukkende er sket i form af stikprøvekontrol).

35. Både Bayer og EFPIA påstår dette anbringende afvist, da man herved bestrider den faktuelle vurdering, som Retten har foretaget. Bayer præciserer endvidere, at selv om batchnumrene gjorde det muligt at finde frem til de eksporterende grossister, betyder dette ikke, at der i dette tilfælde rent faktisk er foretaget en kontrol. Under alle omstændigheder bestrider Bayer, at batchnumrene gør det muligt at identificere bestemte erhvervsdrivende, da et bestemt nummer normalt findes på partier sendt til forskellige grossister.

36. Formalitetsindsigelsen forekommer mig at være begrundet. Alt taget i betragtning gør BAI således ikke gældende, at det fremgår af de dokumenter, der blev forelagt

32 — Domstolens dom af 28.5.1998, sag C-7/95 P, Deere, Sml. I, s. 3111, præmis 21 og 22. I samme retning bl.a. dom af 2.3.1994, sag C-53/92 P, Hilti mod Kommissionen, Sml. I, s. 667, præmis 42 og 43, og af 28.5.1998, sag C-8/95 P, New Holland Ford mod Kommissionen, Sml. I, s. 3175, præmis 26.

33 — Præmis 109.

34 — BAI henviser i denne forbindelse til de to dokumenter, som Kommissionen citerer i beslutningens 140. og 180. betragtning.

for Retten, at den konstatering, som denne har foretaget, er behæftet med en materiel unøjagtighed, og selskabet gør heller ikke gældende, at de faktiske omstændigheder eller beviselementerne er fordrejet. Tværtimod bestrider det Rettens vurdering af relevansen af nogle af de dokumenter, som Kommissionen har nævnt, og navnlig muligheden for at udlede af disse dokumenter, at Bayer har foretaget en systematisk kontrol med det endelige bestemmelsessted for de partier af Adalat, der var sendt til grossisterne. Da appellanten således anfægter en vurdering af de faktiske omstændigheder, som Retten har foretaget (idet den helt klart har taget hensyn til indholdet af de nævnte dokumenter³⁵), mener jeg, at dette anbringende bør afvises.

ii) Fordrejning af eller manglende hensyntagen til beviselementerne vedrørende grossisterens ønske om at lade Bayer tro, at de fremover kun ville bestille varer til dækning af behovene på hjemmemarkedet

37. Med sit tredje anbringende kritiserer Kommissionen Retten for at have fordrejet eller undladt at tage hensyn til visse beviselementer. I modsætning til hvad der fremgår klart af sagens akter, skulle den have konkluderet, at der ikke findes beviser for, at grossisterne ønskede at give Bayer det indtryk, at de fremover kun ville afgive

ordrer til dækning af behovene på hjemmemarkedet³⁶.

38. Med henvisning til grossisterens strategi, der går ud på at fordele »eksportordrerne på de forskellige afdelinger«³⁷, bemærker Kommissionen dels, at Retten ikke har taget hensyn til den omstændighed, at de lokale kontorer efter Bayer Frankrigs afvisning af at efterkomme ordrer udelukkende beregnet til eksport var blevet anmodet om at handle med diskretion³⁸, dels at Retten ikke har taget i betragtning, at fordelingen af ordrerne mellem de lokale kontorer ikke kunne have andet formål end at skjule for Bayer, at ordrerne var beregnet til eksport. Hvad angår sidstnævnte aspekt understreger Kommissionen navnlig, at det fremgår af de forskellige dokumenter, der nævnt i beslutningen, at grossisterne

36 — Kommissionen henviser i sin appel hovedsageligt til vurderingen i præmis 126 i den appellerede dom, hvoraf det fremgår, at de dokumenter, der er nævnt i beslutningens 97.-101. betragtning, vedrørende »den strategi, grossisten CERP Rouen anvendte for at omgå Bayers politik for begrænsning af leveringerne [...] dog ikke [godtgør], som hævded af Kommissionen, at denne grossist accepterede ikke at ville eksportere længere, at nedskære sine ordrer eller at begrænse sine udførsler, eller at grossisten forsøgte at give Bayer det indtryk, at han ville gøre det. Det eneste, disse passager illustrerer, er, at virksomheden reagerede på en måde, der viste, at den i videst muligt omfang ville fortsætte med udførslerne. Der er ikke direkte nævnt eller angivet noget indicium for, at grossisten havde til hensigt at tilslutte sig Bayers politik til hindring af udførslerne, som denne var fuldt ud bekendt med, således som det er anført i beslutningens 94. betragtning« (min fremhævelse). I sit svarskrift henviser Kommissionen tværtimod til dommens præmis 156, hvori Retten konstaterer, at »Kommissionen ikke hafvde] godtgjort, at grossisterne havde til hensigt at forfølge de mål, som Bayer havde sat sig, eller at de [havde] ville[!] give denne indtryk heraf« (min fremhævelse).

37 — 182. betragtning til den omtvistede beslutning.

38 — Kommissionen henviser i denne forbindelse til et brev fra en fransk grossist, der nævnes i 98. betragtning tildensomtvede beslutning, og som har følgende ordlyd: »HASTER For at hjælpe BOULOGNE med at få samlet 20 000 Adalate LP 20 mg, PHON:TE 360, sammen, beder vi Dem venligst afgive følgende ordrer: [...] Leverancerne bedes videreckspederet til Boulogne straks ved modtagelse. Tak for Deres medvirken og Deres diskretion.« (min fremhævelse).

35 — Jf. navnlig den appellerede doms præmis 103 og 104.

ønskede at omgå Bayer³⁹, og at en sådan adfærd var nødvendig⁴⁰, fordi de var overbevist om, at de ikke længere ville modtage leverancer eller kun med vanskelighed ville opnå leverancer, hvis de lod forstå, at de havde til hensigt at eksportere varerne.

39. Hertil svarer Bayer og EFPIA først og fremmest, at det ikke kunne bebrejdes Retten, at den ikke havde taget hensyn til

39 — Kommissionen henviser i denne forbindelse til dokumenter.

- i) For det første henviser den til et referat af et møde mellem en spansk grossist og Bayer Spanien (beslutningens 127. betragtning), og den citerer navnlig følgende passage: »Efter den sidste samtale med Bayer-lederne erklærede de, at de ikke kunne acceptere de mængder, HUFASA havde bestilt, for det første fordi de svarer til 50 % af hjemmemarkedet, og for det andet fordi de er langt større end de mængder, andre virksomheder i samme område har bestilt [...] De måtte derfor antage, at en stor del af varerne var bestemt til eksport.

Over for disse påstande anførte jeg, at HUFASA havde behov for store mængder af Adalat, under henvisning til følgende:

[...] måtte man *undgå at nævne tal*, som ikke ville blive accepteret for HUFASA, og som lod ane, at man var *interessert i at eksportere større mængder*. Derfor fandt jeg det vigtigst at opnå en *plausibel mængde af Adalat* til eksport frem for at køre videre med meget store ordrer, som siden ikke bliver leveret. Det vigtigste er, hvad vi opnår, ikke hvad vi bestiller. Det er sikkert også derfor, at [...] bestiller mindre end forventet« (Kommissionens fremhævelser).

- ii) For det andet henviser Kommissionen til et brev fra en spansk grossist, der er omhandlet i beslutningens 129. betragtning, og understreger navnlig følgende passage: »jeg [giver] Dem hermed mit ord på, at jeg gør alt, hvad der er menneskeligt muligt for at få leveret *mere, end vi selv har brug for*« (Kommissionens fremhævelse).

40 — Kommissionen henviser i denne forbindelse til et brev fra en spansk grossist, der nævnes i beslutningens 129. betragtning, og understreger navnlig følgende: »[...] hvis det drejer sig om et produkt, der sælger godt på vores marked, kan man holde ordrene på det normale niveau, men ellers *kan vi ikke skjule det*« (Kommissionens fremhævelse).

visse beviser, da det fremgår af den appellerede dom, at Retten har foretaget en meget indgående undersøgelse af alle de dokumenter, som Kommissionen har citeret. Hvad angår den påståede fordrejning af beviserne bemærker Bayer og EFPIA endvidere dels, at Retten flere steder i den appellerede dom klart har angivet, at visse grossister har foregivet behov, der ligger over deres faktiske behov på hjemmemarkedet⁴¹, uden derfor at fordreje de beviser, som Kommissionen har fremlagt, dels at Kommissionen end ikke har forsøgt at påvise, hvilken betydning den påståede fordrejning af beviserne har haft på bilæggelsen af tvisten, men i virkeligheden har begrænset sig til at anfægte Rettens konstateringer.

40. Jeg er for det første enig med Bayer og EFPIA i, at Retten ikke har undladt at tage hensyn til de dokumenter, som Kommissionen har nævnt, og at der tværtimod klart henvises hertil i passager i dommen vedrørende det pågældende spørgsmål, nemlig »om Kommissionen på grundlag af den adfærd, som grossisterne udviste efter sagsøgerens vedtagelse af sin nye politik for begrænsning af leveringerne, kunne konkludere, at de samtykkede i denne politik«⁴².

41 — Bayer og EFPIA henviser navnlig til beslutningens 125., 128., 131. samt 143.-152. betragtning.

42 — Præmis 124. Der henvises navnlig til de dokumenter, som Kommissionen nævnte i beslutningens 126., 129., 130., 144. samt 146.-150. betragtning.

41. Hvad dernæst angår den påståede fordrejning af de pågældende dokumenter bør der hertil indvendes, at Retten ikke har afvist, at visse grossister har forsøgt at reagere på Bayers nye politik, der går ud på kun at levere de mængder af Adalat, der er nødvendige til dækning af behovet på hjemmemarkedet. Retten har navnlig ikke afvist, at visse grossister som reaktion på denne politik har foretrukket at afgive ordrer, som, samtidig med at de gjorde det muligt at samle et vist antal pakker af Adalat til eksport, frembød de bedste chancer for at blive imødekommet, da Bayer kunne betragte dem som værende i overensstemmelse med de nationale behov. Med andre ord har Retten ikke benægtet, at visse grossister for at omgå Bayers politik har forsøgt at overbevise selskabet om, at deres ordrer svarede til behovene på hjemmemarkedet. Retten har heller ikke benægtet, at visse grossister for at nå dette mål har samarbejdet med andre aktører, der lettere kunne afgive ordrer, som Bayer ville kunne opfatte som værende i overensstemmelse med de nationale behov.

42. Tværtimod anerkendte Retten udtrykkeligt, at de forsyningssystemer, som visse grossister anvendte, havde til formål »at omgå Bayers politik for begrænsning af leveringerne«⁴³. I denne forbindelse blev det navnlig understreget, »at grossisterne

fortsat søgte at skaffe sig Adalat-pakker til eksport og fastholdt denne aktivitet, selv om de til dette formål fandt det mere hensigtsmæssigt at anvende forskellige systemer til at skaffe sig leveringer, nemlig dels et system til at fordele eksportordrerne på forskellige afdelinger, dels et system, hvorved ordrerne blev afgivet indirekte via små grossister«⁴⁴.

43. Under disse omstændigheder mener jeg ikke, at Retten kan kritiseres for at have fordrejet indholdet af de dokumenter, som Kommissionen havde nævnt, og hvoraf det simpelt hen fremgår, at visse grossister bestræbte sig på at bestille Adalat i mængder, som Bayer kunne betragte som værende i overensstemmelse med deres behov på hjemmemarkedet. Jeg mener derfor, at dette anbringende bør anses for at være ugrundet.

44. Når dette er sagt, vil jeg gerne tilføje, at dette anbringende ligeledes må delvist afvises, hvis det, ud over påstanden om fordrejning af de pågældende dokumenter, også havde til formål at bestride Rettens vurdering af de pågældende dokumenters bevisværdi, idet der således også sættes spørgsmålstegn ved vurderingen af de faktiske omstændigheder i den appellerede dom. Med andre ord, bør dette anbringende ligeledes afvises delvist, hvis Kommissionen via dette anbringende også sætter spørgsmålstegn ved Rettens vurdering af, at

43 — Dommens præmis 126. I samme retning se dommens præmis 135, hvoraf det fremgår, at visse grossister »anvendte en strategi for omgåelse af Bayers politik«, og præmis 136, hvori det præciseres, at de dokumenter, som Retten havde gennemgået, »[viste], at grossisterne i deres adfærd omgik den nye politik, Bayer indførte for at begrænse leveringerne til omfanget af de traditionelle ordrer«.

44 — Dommens præmis 154.

de pågældende dokumenter ikke var bevis for, at grossisterne havde accepteret (eller ønskede at give indtryk af at have accepteret) Bayers påståede eksportforbud ved kun at afgive ordrer på de varer, der strengt taget var nødvendige til dækning af behovet på hjemmemarkedene.

Anbringenderne om retsspørgsmål: generelle betragtninger

45. Efter at have afsluttet undersøgelsen af anbringenderne om konstatering af de faktiske omstændigheder (med en benægtende besvarelse) kan jeg nu gå over til at undersøge klagepunkterne om de retlige fejl, som Retten skulle have begået, og som — for nu at gentage det endnu en gang — ikke kan rejse tvivl vedrørende vurderingerne af de faktiske omstændigheder i den appellerede dom.

46. Det skal først og fremmest bemærkes, at disse klagepunkter for størstedelens vedkommende — på en mere eller mindre direkte og klar måde — rejser et vigtigt og ømtåleligt problem i tilknytning til fortolkningen af traktatens artikel 85, stk. 1, og navnlig begrebet »aftale«, der anvendes i denne bestemmelse. Det drejer sig nærmere bestemt om at klarlægge, om Retten har fortolket den pågældende bestemmelse overdrevent restriktivt ved at udelukke, at en »aftale«, der indebærer et eksportforbud, kan anses for at være indgået i en situation som den, der behandles i dette tilfælde.

47. Det drejer sig særligt om at klarlægge, om en »aftale«, der indebærer et eksportforbud, kan anses for at være indgået, når:

- a) en fabrikant for at forhindre eller begrænse parallelimport indfører et særligt system med kvotering af salget, som indebærer, at fabrikanten kun forsyner grossister i visse lande med de mængder af varen, som han mener er nødvendige til dækning af deres sædvanlige behov på hjemmemarkedet, uden dog på nogen måde at kræve, at disse grossister ikke eksporterer varerne; uden at kræve en bestemt adfærd af grossisterne for så vidt angår de leverede varers endelige bestemmelsessted; uden at kræve, at de følger en bestemt metode til formulering af ordrerne; uden at foretage systematisk kontrol af de leverede varers faktiske endelige bestemmelsessted; uden at anvende eller true med at anvende sanktioner over for de grossister, der har eksporteret varerne; uden at gøre leverancerne betinget af, at eksportforbuddet respekteres; og uden at søge at opnå en aftale med grossisterne om gennemførelse af fabrikantens politik for at nedbringe parallelimporten
- b) der består langvarige vedvarende forretningsforbindelser mellem grossisterne og fabrikanten, som dog ikke er omfattet af en distributionsaftale, men som konkretiseres i en række salgskontrakter om den mængde af varen, der bestilles fra gang til gang

c) grossisterne efter indførelsen af ovenfor nævnte kvoteringssystem, hvis formål de er bekendt med, fortsætter med at købe forsyninger fra den pågældende fabrikant, idet de fra gang til gang forhandler om de mængder, de ønsker leveret

d) grossisterne for at kunne fortsætte med at eksportere forsøger at omgå det kvoteringssystem, som fabrikanten har indført, ved at bestræbe sig på at opnå den størst mulige mængde af varen.

48. Selv om det fortolkningsspørgsmål i forbindelse med traktatens artikel 85, stk. 1, som jeg henviser til, naturligvis hænger sammen med de faktuelle omstændigheder i tilknytning til dette tilfælde (da der i dette tilfælde er tale om Rettens fortolkning), har det en stor principiel betydning i forbindelse med anvendelse af denne bestemmelse på forholdet mellem producenter og distributører. Ifølge Kommissionen er der fare for, at den appellerede dom, der fraviger tidligere retspraksis, definerer de kriterier, der gør det muligt at påvise, at der findes aftaler om eksportforbud, på en overdrevent restriktiv måde, så der sættes spørgsmålstegn ved Kommissionens politik, der går ud på at fjerne de begrænsninger af konkurrencen, som indførelsen af hindringer for parallelimporten medfører. For at understrege den praktiske betydning af dette spørgsmål gør Kommissionen i øvrigt gældende, at forskellige fabrikanter (ikke blot inden for lægemiddel-

sektoren) allerede er ved at kopiere det system med kvotering af salget, som Bayer har indført, for ustraffet at kunne opdele de nationale markeder.

49. Inden jeg går over til at foretage en mere specifik analyse af de forskellige klagepunkter, som appellanterne har rejst i denne forbindelse, mener jeg, at det vil være hensigtsmæssigt at foretage en generel undersøgelse af ovennævnte grundlæggende spørgsmål for at kunne vurdere Rettens fortolkning i lyset af Domstolens tidligere retspraksis. Jeg vil således i det følgende undersøge, om Rettens fortolkning af artikel 85, stk. 1, som appellanterne hævder, er i modstrid med Domstolens fortolkning: i) i Sandoz-dommen om et eksportforbud, der pålægges af fabrikanten inden for rammerne af dennes fortsatte forretningsforbindelser med grossisterne⁴⁵; ii) i AEG-dommen⁴⁶, Ford-dommen⁴⁷ og Bayerische Motorenwerke-dommen⁴⁸, der vedrører bestemte foranstaltninger, som fabrikanterne indfører inden for rammerne af et selektivt distributionssystem⁴⁹.

45 — Domstolens dom af 11.1.1990, sag C-277/87, Sandoz prodotti farmaceutici mod Kommissionen, Sml. I, s. 45, summarisk offentliggørelse.

46 — Domstolens dom af 25.10.1983, sag 107/82, AEG mod Kommissionen, Sml. s. 3151.

47 — Domstolens dom af 17.9.1985, forenede sager 25/84 og 26/84, Ford og Ford Europe mod Kommissionen, Sml. s. 2725.

48 — Domstolens dom af 24.10.1995, sag C-70/93, Bayerische Motorenwerke, Sml. I, s. 3439.

49 — I denne forbindelse henviser parterne ligeledes mere eller mindre direkte til nogle af Rettens domme, der skulle have fulgt den fortolkning, der er stadfæstet i ovennævnte domme afsagt af Domstolen (der er navnlig tale om dom af 7.7.1994, sag T-43/92, Dunlop Slazenger International, Sml. II, s. 441, af 11.12.1996, sag T-49/95, Van Megen Sports Group, Sml. II, s. 1799, og af 6.7.2000, sag T-62/98, Volkswagen, Sml. II, s. 2707). I forbindelse med denne appel forekommer det imidlertid hensigtsmæssigt udelukkende at koncentrere sig om Domstolens retspraksis for at kontrollere, om Retten har holdt sig til de fortolkningskriterier, der er fastlagt heri.

i) Sandoz-dommen

50. BAI og Kommissionen, der på dette punkt støttes af EAEPK, mener for det første, at Rettens fortolkning af artikel 85, stk. 1, er i strid med Sandoz-dommen, i hvilken der findes en »aftale« i henhold til denne bestemmelse, blot hvis en fabrikant har pålagt grossisterne et eksportforbud som led i dennes faste forretningsforbindelser med grossisterne, uanset disses adfærd og endog selv om fabrikanten ikke foretager kontrol eller indfører sanktioner.

ligger til grund for forretningsforholdet mellem Sandoz PF og dets kunder. Sandoz PF's indledende godkendelse var således baseret på en stiltiende accept fra kundernes side af Sandoz PF's adfærd over for dem«⁵². Følgelig erklærede Domstolen, at

»Kommissionen med rette fastslog, at alle de vedvarende forretningsforbindelser mellem Sandoz PF og dennes kunder, hvori klausulen »[ikke] må eksporteres« indgik som integrerende del, var reguleret af en allerede bestående almindelig aftale omfattende de talrige individuelle ordrer på Sandoz' varer«⁵³.

51. I dette tilfælde, understreger appellanterne, har Domstolen præciseret, at når en fabrikant systematisk fremsender fakturaer med påtegningen »må ikke eksporteres«, er dette ikke en »ensidig handling« fra Sandoz PF's side⁵⁰, da den indgår i »de generelle rammer for virksomhedens forretningsforbindelser med dens kunder«⁵¹. I dommen understreges det navnlig, at »gentagne ordrer på varer og kundens efterfølgende betaling, uden at kunden gør indsigelse mod beløbene på fakturaer forsynet med påskriften om, at varen ikke må eksporteres, er et udtryk for kundens stiltiende accept af klausulerne på fakturaen og af den form for forretningsforbindelser, der

52. Følgelig konkluderer appellanterne, at Retten i lyset af retspraksis i Sandoz-dommen ikke kunne udelukke, at der i dette tilfælde fandtes en aftale i artikel 85, stk. 1's forstand, da Bayers politik, der gik ud på at forhindre eller begrænse parallelimport, var kendt af grossisterne og indgik i Bayers vedvarende forretningsforbindelser med dem.

53. Bayer og EFPIA er af en helt anden opfattelse. Efter deres mening er Rettens fortolkning af artikel 85, stk. 1, således ikke i modstrid med Domstolens fortolkning i

50 — Sandoz prodotti farmaceutici, italiensk datterselskab i Sandoz-koncernen.

51 — Sandoz-dommen, præmis 10.

52 — Præmis 11.

53 — Præmis 12.

Sandoz-dommen, da de faktiske omstændigheder i forbindelse med tvistens oprindelse var meget forskellige, eftersom der i Sandoz-sagen fandtes en skriftlig aftale om eksportforbud.

mod ikke i denne sag. Her er hverken fastsat nogen udtrykkelig klausul om eksportforbud eller er blevet fulgt en adfærd, der afspejlede føjelighed eller viste samtykke, det være sig formelt eller reelt.«

54. Hvad angår forskellene mellem Sandoz-sagen og den foreliggende sag henviser parterne imidlertid ligeledes til Rettens vurderinger i den appellerede doms præmis 163, der har følgende ordlyd:

55. Jeg mener ligeledes, at de forskellige løsninger, som Domstolen er nået frem til i Sandoz-dommen, og Retten er nået frem til i den appellerede dom, er begrundet i den omstændighed, at der er tale om forskellige situationer, selv om det ikke helt er med den begrundelse, som Bayer og EFPIA har nævnt.

»Selv om de to sager ligner hinanden i den forstand, at de vedrører medicinalkoncerners handlemåde med henblik på at forhindre parallelimport af lægemidler, er der afgørende forskel på de konkrete omstændigheder i sagerne. For det første havde fabrikanten i Sandoz-sagen i modsætning til, hvad der er tilfældet i den foreliggende sag, udtrykkeligt forsynet alle sine fakturaer med en konkurrencebegrænsende klausul, som var gentaget i dokumenterne vedrørende samtlige transaktioner og derfor udgjorde en integrerende bestanddel i forretningsforbindelsen mellem selskabet og dets grossister. For det andet viste grossisternes faktiske handlemåde hvad angår klausulen — som de de facto havde respekteret uden diskussion — at de stiltiende samtykkede i klausulen og i den type forretningsforbindelse, der bestod mellem parterne. De to omstændigheder, som var afgørende i Sandoz-sagen, foreligger deri-

56. Til forskel fra disse parter mener jeg således ikke, at der var blevet indgået en skriftlig aftale om et eksportforbud i Sandoz-sagen, hvilket i øvrigt fremgår klart af den omstændighed, at grossisternes accept blot havde været »stiltiende«. Endvidere forekommer det mig heller ikke relevant, at Sandoz skriftligt har givet udtryk for et ønske om et eksportforbud; det er således velkendt, at den form, hvorunder parternes vilje kommer til udtryk i forbindelse med anvendelse af artikel 85, stk. 1, ikke har nogen betydning⁵⁴.

54 — Jf. i denne forbindelse Domstolens dom af 15.7.1970, sag 41/69, ACF Chemiefarma mod Kommissionen, Sml. 1970, s. 107, org.ref. Rec. s. 661, præmis 12, og af 29.10.1980, forenede sager 209/78-215/78 og 218/78, Van Landewyck m.fl. mod Kommissionen, Sml. s. 3125, præmis 86, der ligeledes er omhandlet i den appellerede dom (præmis 68).

57. En væsentlig forskel mellem Sandoz-sagen og den foreliggende sag er derimod efter min mening, at Sandoz ved at forsyne sine fakturaer med påtegningen »må ikke eksporteres« gav udtryk for, hvilken adfærd virksomheden ønskede, at grossisterne skulle udvise med hensyn til de bestilte varers endelige bestemmelsessted. Med andre ord, krævede (eller pålagde) Sandoz med denne påtegning grossisterne, at de ikke eksporterede de bestilte varer, og at de dermed via denne adfærd samarbejdede med Sandoz om at nå det mål, der gik ud på at fjerne eller begrænse parallelimporten.

59. Der er således en indlysende forskel mellem de to tilfælde, der hovedsageligt består i den omstændighed, at mens Sandoz forsøgte at få grossisterne til at samarbejde med det formål at fjerne eller begrænse parallelimport (for deres samarbejde var helt klart nødvendigt for, at det ønskede mål kunne nås), har Bayer ikke bedt om eller krævet en bestemt adfærd fra grossisterne side for så vidt angår de bestilte varers endelige bestemmelsessted, men har udarbejdet en strategi, der gjorde det muligt for Bayer selv at nå målet om at fjerne eller begrænse parallelimporten, uden at der var behov for samarbejde fra grossisterne side.

58. I den foreliggende sag fremgår det derimod af dommen afsagt i første instans dels, at »det [fremgår] ikke af noget element i sagens akter, at Bayer Frankrig eller Bayer Spanien stillede noget krav til grossisterne adfærd hvad angår det endelige bestemmelsessted for de leverede pakker af Adalat eller til, at ordreafgivelserne blev afgivet på en bestemt måde, da selskabets politik udelukkende bestod i en ensidig begrænsning af leveringerne ved en forudfastsættelse af de mængder, der kunne leveres på grundlag af den sædvanlige efterspørgsel«, dels at »Kommissionen ikke [har] godtgjort, at appellanten gjorde noget forsøg på at opnå en aftale med grossisterne eller at opnå disses samtykke til gennemførelsen af sin politik«⁵⁵.

60. Det er dette aspekt, der forekommer mig at være afgørende i forbindelse med denne analyse. Jeg mener således, at Domstolen først, da den blev stillet over for Sandoz' krav (eller tvang) om ikke at eksportere, kunne konstatere en form for »stiltiende accept« i den omstændighed, at grossisterne fortsatte med regelmæssigt og uden indsigelser at afgive ordrer til fabrikanten, da et forslag eller et krav — uanset hvordan det kommer til udtryk, selv underforstået — efter min mening altid er nødvendigt for, at der kan siges at være indgået en aftale med grossisterne stiltiende accept.

61. Selv om Sandoz-dommen allerede fortolkede begrebet »aftale« meget vidt, mener jeg ikke, at man kan gå så langt som til at sige, at der er indgået en aftale om eksportforbud, blot fordi grossisterne fortsætter med at afgive ordrer til en fabrikant,

55 — Præmis 120 og 121.

der forsøger at fratage dem muligheden for at eksportere uden dog at kræve noget som helst af dem. Gjorde man det, ville man nå frem til den absurde konklusion, at en sådan aftale ligeledes kan være indgået via stiltiende accept af et forslag, der aldrig er blevet fremsat (end ikke underforstået)!

— AEG-dommen, hvori Domstolen tilsyneladende betragter en foranstaltning truffet af en fabrikant, der »i det øjemed at opretholde et højt prisniveau eller at udelukke bestemte moderne distributionsformer afslår at autorisere forhandlere, der opfylder de for systemet [for selektiv distribution] fastsatte kvalitative betingelser«⁵⁶, som en aftale

62. I lyset af ovenstående betragtninger mener jeg således ikke, at Rettens fortolkning af traktatens artikel 85, stk. 1, er i modstrid med Sandoz-dommen.

— Ford-dommen, hvori en bilfabrikants beslutning om ikke at levere højrestyrede køretøjer til tyske forhandlere for at fratage dem muligheden for at eksportere til det britiske marked betragtes som en aftale

ii) AEG-, Ford- og Bayerische Motorenwerke-dommene

— Bayerische Motorenwerke-dommen, hvori en bilfabrikants opfordring til sine forhandlere om kun at levere køretøjer til »uafhængige leasingselskaber, såfremt køretøjerne stilles til rådighed for leasingtagere, der har forretningssted inden for den pågældende forhandlers aftaleområde«⁵⁷, betragtes som en aftale.

63. Ifølge BAI og Kommissionen, der på dette punkt støttes af Kongeriget Sverige og EAEPK, er den appellerede dom ud over at være i strid med Sandoz-sagen også i strid med forskellige af Domstolens afgørelser, hvori tilsyneladende ensidige foranstaltninger truffet af fabrikanterne som led i et selektivt distributionssystem betragtes som »aftaler« i henhold til artikel 85, stk. 1. Disse parter henviser navnlig til

64. Også i disse tilfælde understreger BAI og Kommissionen har Domstolen antaget,

56 — Præmis 37.

57 — Præmis 19.

at der var tale om en aftale i betydningen i artikel 85, stk. 1, da de foranstaltninger, som fabrikanterne traf, indgik i »de kontraktmæssige forbindelser, som virksomheden opretholder med sine forhandlere«⁵⁸ eller var led i »en helhed af faste forretningsforbindelser, der er reguleret ved en på forhånd truffet generel aftale«⁵⁹, uden at forhandlernes egentlige adfærd eller fabrikanternes indførelse af kontrol- og sanktionssystemer i denne forbindelse tillægges nogen som helst betydning.

de nationale bestemmelser, der pålagde dem til stadighed at være i besiddelse af et passende lager af lægemidler.

66. Bayer og EFPIA mener derimod ikke, at de domme, som appellanterne nævner, er relevante, da de omhandler foranstaltninger truffet af fabrikanterne som led i et selektivt distributionssystem. Mens forholdet mellem fabrikanterne og grossisterne i disse tilfælde således var omfattet af en selektiv distributionsaftale, hvori tilsyneladende ensidige foranstaltninger truffet af producenterne indgik, er der i den foreliggende sag ikke indgået nogen distributionsaftale mellem Bayer og grossisterne, idet deres gensidige forbindelser udelukkende konkretiseres i indgåelsen af salgskontrakter om de mængder af varen, der bestilles fra gang til gang. Disse parter bemærker endvidere, at de juridiske krav, som grossisterne er underlagt, ikke har noget at gøre med en selektiv distributionsaftale indgået mellem producenter og grossister.

65. I lyset af disse domme burde Retten således have anerkendt, at der i den foreliggende sag var indgået en aftale efter betydningen i artikel 85, stk. 1, da den havde konstateret, at Bayers politik, der gik ud på at forhindre eller begrænse parallelimport, indgik i selskabets vedvarende forretningsforhold med grossisterne. I denne forbindelse bemærker appellanterne i øvrigt, at de tætte forbindelser mellem Bayer og dets grossister kan sammenlignes med et selektivt distributionssystem, da selskabet dels kun kunne benytte grossister, der opfyldte de juridiske krav i tilknytning til salg af lægemidler, og grossisterne dels måtte købe ind hos Bayer for at overholde

67. Jeg er ligeledes af den opfattelse, at AEG-, Ford- og Bayerische Motorenwerkdommene ikke kan støtte appellanternes påstand, da de efter min mening har et helt

58 — AEG-dommen, præmis 38, og Ford-dommen, præmis 21.

59 — Bayerische Motorenwerke-dommen, præmis 16.

andet anvendelsesområde end det, som BAI og Kommissionen forsøger at give dem.

respekterede de betingelser, der var fastlagt i retspraksis⁶⁰.

68. Jeg mener således ikke, at Domstolen i disse domme har fastslået, at foranstaltninger vedtaget af producenten i sig selv udgjorde aftaler i betydningen i artikel 85, stk. 1, blot fordi de indgik i producenternes vedvarende forretningsforbindelse med forhandlerne. Alt taget i betragtning har Domstolen ikke undersøgt, om foranstaltninger vedtaget af fabrikanterne udgjorde aftaler i sig selv, men har derimod behandlet spørgsmålet om, hvorvidt disse foranstaltninger var selvstændige og særskilte i forhold til de aftaler, der oprettede og regulerede de selektive distributionssystemer, og dermed var »ensidige«, eller om de tværtimod var omfattet af disse aftaler, som de på sin vis udgjorde en integrerende del af. Med andre ord havde Domstolens analyse ikke til formål at fastslå, om vedtagelsen af de pågældende foranstaltninger svarede til indgåelsen af aftaler i betydningen i artikel 85, stk. 1, men mere enkelt at undersøge, om det var nødvendigt at tage hensyn til disse foranstaltninger for at kunne vurdere, hvorvidt de selektive distributionsaftaler, sådan som parterne rent konkret anvender dem, er forenelige med konkurrencereglerne. Da de begrænsninger af konkurrencen, som er et ibøende træk ved de selektive distributionsaftaler, i henhold til Fællesskabets retspraksis således kun kan accepteres på visse betingelser, drejede det sig i disse tilfælde om at kontrollere, om aftalerne om disse systemer, sådan som de anvendes af parterne,

69. Dette fremgår med særlig tydelighed i sagerne AEG og Ford, i hvilke det netop drejede sig om at fastslå, om Kommissionen kunne anvende en fabrikants adfærd i forbindelse med anvendelsen af en selektiv distributionsaftale som grundlag for at fastslå, at *denne aftale*, sådan som den »i praksis« blev anvendt, var i modstrid med traktatens artikel 85, stk. 1 (AEG-dommen), eller »således som den [var blevet] anvendt« af fabrikanten, ikke kunne drage

60 — I denne forbindelse blev det navnlig understreget i AEG-dommen, at »de aftaler, som et selektivt distributionssystem er baseret på, nødvendigvis påvirker konkurrencen på det fælles marked. Som fastslået i Domstolens praksis findes der imidlertid legitime behov — som f.eks. opretholdelsen af en specialhandel, der er i stand til at levere særlige ydelser for teknisk højt udviklede produkter af høj kvalitet — der kan begrunde en begrænsning af konkurrencen på priserne til fordel for konkurrence på andre faktorer end priserne. Selektive distributionssystemer udgør derfor et led i konkurrencen, der er i overensstemmelse med artikel 85, stk. 1, eftersom de har et lovligt formål, nemlig at styrke konkurrencen dér, hvor den ikke kun udøves på grundlag af priserne. De med et selektivt distributionssystem forbundne begrænsninger er imidlertid kun lovlige under forudsætning af, at de faktisk tilsigter at forbedre konkurrencen i den nævnte forstand. I modsat fald ville de savne enhver berettigelse, eftersom deres eneste virkning ville bestå i at begrænse priskonkurrencen. For at sikre, at de selektive distributionssystemer kun tjener dette formål og ikke indføres eller benyttes med henblik på formål, der er i strid med fællesskabsretten, har Domstolen i dom af 25.10.1977, sag 26/76, Metro mod Kommissionen, Sml. s. 1875, fastslået, at sådanne systemer er lovlige, »såfremt udvælgelsen af videreforhandlere sker på grundlag af objektive kvalitetskriterier for videreforhandlerens og hans personales faglige dygtighed og hans salgslokalers beskaffenhed, og såfremt disse betingelser fastsættes ens for alle mulige videreforhandlere og anvendes uden forskelsbehandling!«. Det følger heraf, at anvendelsen af et selektivt distributionssystem, der bygger på andre kriterier end de nævnte, udgør en overtrædelse af artikel 85, stk. 1. Det samme gælder i det tilfælde, hvor en salgsbinding, der i princippet er i overensstemmelse med fællesskabsretten, i praksis er blevet anvendt på en måde, der er uforenelig hermed« (præmis 33-36).

fordel af en fritagelse i henhold til traktatens artikel 85, stk. 3 (Ford-dommen)⁶¹. At det faktisk var det, der var spørgsmålet, blev i øvrigt udtrykkeligt understreget af Domstolen i Ford-dommen, hvori den præciserede, at »sagsøgerne og Kommissionen er enige om, at hovedproblemet i [...] sagen er, om Kommissionen kunne nægte Ford AG's hovedforhandleraftale fritagelse i medfør af traktatens artikel 85, stk. 3, med den begrundelse, at virksomheden var ophørt med at levere højrestyrede køretøjer til de tyske forhandlere«⁶².

70. Det var altså i forbindelse med dette spørgsmål, at Domstolen i AEG- og Ford-dommene præciserede, at producentens handlemåde eller beslutning »ikke udgør en sådan ensidig handling fra virksomhe-

dens side« og dermed en selvstændig og særskilt handling i forhold til de selektive distributionsaftaler, men derimod indgik »i de kontraktmæssige forbindelser, som virksomheden opretholder med sine forhandlere«⁶³. Med henblik herpå understregede den navnlig, at vedtagelsen af de pågældende foranstaltninger på sin vis var fastlagt i aftalerne om oprettelse af og regler for de selektive distributionssystemer, således at forhandlerne, da de accepterede disse aftaler, i det væsentlige havde accepteret at underlægge sig de foranstaltninger, som fabrikanterne måtte træffe.

71. I AEG-dommen understregede Domstolen således, at »når en forhandler optages i distributionssystemet, bygger autorisationen nemlig på medkontrahenternes udtrykkelige eller stiltiende accept af den af AEG fulgte politik, hvorefter bl.a. forhandlere, der opfylder betingelserne for at blive autoriseret, men ikke er indforstået med at føle denne politik, udelukkes fra forhandlerorganisationen«. Ifølge Domstolen måtte det således »antages, at også beslutningerne om at afslå autorisation er handlinger, der indgår i de kontraktmæssige forbindelser med de autoriserede forhandlere, eftersom deres formål er at sikre overholdelsen af de konkurrencebegrænsende aftaler, der ligger til grund for kontrakterne mellem fabrikanterne og de autoriserede forhandlere«⁶⁴.

61 — Nærmere bestemt anfægtede fabrikanten i AEG-sagen en beslutning, hvori Kommissionen havde udtalt, at »AEG ved anvendelsen af salgsbindingen i praksis har begået en overtrædelse af EØF-traktatens artikel 85, stk. 1«; endvidere »AEG havde anvendt salgsbindingen ulovligt, idet selskabet havde udøvet forskelsbehandling over for bestemte forhandlere samt direkte eller indirekte havde påvirket de salgspriser, som de autoriserede forhandlere skulle anvende, i det øjemed principielt at udelukke bestemte distributionsformer samt holde priserne på et bestemt niveau« (præmis 5; min fremhævelse). I Ford-sagen anfægtede fabrikanten derimod en beslutning, hvori Kommissionen dels havde udtalt, at »Ford AG's hovedforhandleraftale begrænse[de] konkurrencen og påvirke[de] handelen mellem medlemsstater i den i traktatens artikel 85, stk. 1, anvendte betydning«, dels nægtede at give en »fritagelse til hovedforhandleraftalen, således som den ha [vde] været anvendt af Ford AG siden den 1.5.1982«, det tidspunkt, da Ford AG's rundskrivelse, hvori Ford meddelte de tyske forhandlere, at man ikke længere ville acceptere ordrer på højrestyrede biler, trådte i kraft (dommens præmis 10; mine fremhævelser).

62 — Præmis 12.

63 — AEG-dommens præmis 38 og Ford-dommens præmis 21.

64 — Præmis 38 og 39.

72. I samme perspektiv bemærkede Domstolen i Ford-dommen, at »aftaler, som udgør et selektivt distributionssystem, og som — ligesom i det foreliggende tilfælde — har til formål at opretholde et specialiseret erhverv, der kan yde den særlige service, der er nødvendig i forbindelse med højteknologiske produkter, bliver normalt indgået med henblik på at regulere distributionen af disse produkter i et vist antal år. Da det ikke altid er muligt at forudse, hvordan den tekniske udvikling vil være i så lang en periode, må[te] disse aftaler nødvendigvis overlade det til fabrikanten senere at træffe afgørelse vedrørende visse spørgsmål. Som [...] med rette har påpeget, kan der i henhold til bilag 1 til Ford AG's hovedforhandleraftale da også træffes sådanne senere afgørelser, for så vidt ang[ik] de modeller, der leveres i henhold til aftalen«. Som i AEG-sagen understregede Domstolen altså, at »for at få adgang til Ford AG's forhandlerorganisation må kontrahenterne nemlig acceptere Fords politik med hensyn til, hvilke modeller der skal leveres på det tyske marked«⁶⁵. Følgelig konkluderede den i denne henseende, at »Kommissionen ved sin gennemgang af hovedforhandleraftalen med henblik på en eventuel fritagelse i medfør af traktatens artikel 85, stk. 3, var berettiget til at tage Ford AG's afbrydelse af leverancerne af højrestyrede køretøjer til de tyske forhandlere i betragtning«⁶⁶.

73. Selv om problemstillingen og begrundelsen ikke fremgår så klart af Domstolens argumentation i Bayerische Motorenwerke-

dommen, mener jeg, at den samme logik ligger til grund for denne dom, i hvilken det drejede sig om at foretage en (præjudiciel) vurdering af spørgsmålet, »om EØF-traktatens artikel 85, stk. 1, skal fortolkes således, at den er til hinder for, at en motorkøretøjsfabrikant, der sælger sine køretøjer gennem et selektivt salgssystem, aftaler med sine autoriserede forhandlere, at de ikke leverer køretøjer til uafhængige leasingselskaber, såfremt disse, som ikke tilbyder option på køb, stiller dem til rådighed for leasingtagere, der har bopæl eller forretningssted uden for den pågældende forhandlers aftaleområde, eller opfordrer de nævnte forhandlere til at optræde på denne måde«⁶⁷.

74. Domstolen henviste da også i forbindelse med løsningen af dette spørgsmål til Ford-dommen og understregede, at »opfordringen til ikke at levere til de uafhængige leasingselskaber, der er indeholdt i rundskrivelsen af 12. februar 1988, [indgik] som et led i de kontraktmæssige forbindelser mellem BMW og dennes forhandlere«, og at »[r]undskrivelsen henvis[te] [...] udtrykkeligt og flere gange til forhandlerkontrakten«⁶⁸. Det kan således antages, at Domstolen også i Bayerische Motorenwerke-sagen anså vedtagelsen af den pågældende foranstaltning for at være et led i den selektive distributionsaftale, og at den foranstaltning, som bilfabrikanten havde truffet, følgelig — som i AEG- og Ford-sagerne — måtte tages i betragtning ved vurderin-

65 — Præmis 20 og 21.

66 — Præmis 26.

67 — Præmis 14.

68 — Præmis 17.

gen af, hvorvidt denne aftale, sådan som den rent konkret blev anvendt, var forenelig med konkurrencereglerne. Det er på denne måde, at Domstolens konstatering af, at bilfabrikantens opfordring må »betragtes som en aftale i traktatens artikel 85, stk. 1's forstand«⁶⁹, efter min mening skal læses.

75. I modsætning til, hvad appellerterne hævder, fremgår det ikke af en undersøgelse af disse domme, at en aftale i betydningen i artikel 85, stk. 1, må anses for at være indgået, blot fordi en fabrikant har vedtaget særlige salgskvoteringsforanstaltninger som led i dennes faste forretningsforbindelser med forhandlerne. Som det fremgår, var der i den foreliggende sag netop ikke tale om at påvise, at der var indgået aftaler i betydningen i artikel 85, stk. 1 (da kontrakterne om de selektive distributionssystemer udgjorde aftaler i henhold til denne bestemmelse), og der var blot tale om at klarlægge, om de foranstaltninger, som fabrikanterne havde truffet, på en eller anden måde var omfattet af de selektive distributionsaftaler, og dermed måtte tages i betragtning ved vurderingen af, om disse var forenelige med konkurrencereglerne.

76. De domme, som appellerterne henviser til, kan altså ikke anvendes i en sag som den

foreliggende (hvor fabrikanten og grossisterne ikke har indgået nogen distributionsaftale) til støtte for påstanden om, at eksistensen af en aftale i betydningen i artikel 85, stk. 1, kan påvises blot ved at konstatere, at de foranstaltninger, som fabrikanten har truffet for at forhindre eller begrænse parallelimport, indgår i dennes vedvarende forretningsforbindelser med grossisterne. Når der ikke findes en distributionsaftale, som de foranstaltninger, fabrikanten har truffet, kan henføres under, kan en aftale om disse foranstaltninger ikke anses for at være indgået, før parterne har givet udtryk for en fælles vilje (uanset i hvilken form denne kommer til udtryk).

77. Jeg mener i øvrigt ikke, at man kan nå frem til nogen anden konklusion, hvis man tager de krav, der pålægges grossisterne i henhold til de nationale bestemmelser om distribution af lægemidler, i betragtning, som — ifølge BAI og Kommissionen — i hovedsagen skulle gøre det muligt at side-stille forbindelserne mellem Bayer og dets grossister med et selektivt distributionssystem. Når det drejer sig om at identificere en aftale i betydningen i artikel 85, stk. 1, forekommer det mig faktisk indlysende, at de juridiske krav, der påhviler grossisterne, helt sikkert ikke kan erstatte en distributionsaftale, som de foranstaltninger, fabrikanten har truffet, kan henføres under.

78. I lyset af ovenstående betragtninger mener jeg således, at Rettens fortolkning af traktatens artikel 85, stk. 1, heller ikke er

69 — Præmis 18.

i modstrid med de af Domstolens domme, som appellanterne henviser til.

forudsætning for, at der kan siges at foreligge en aftale om eksportforbud.

En specifik undersøgelse af de forskellige anbringender om retsspørgsmål

79. Efter denne generelle gennemgang af den del af Domstolens retspraksis, som appellanterne har henvist til, kan jeg nu gå over til en hurtig undersøgelse af de forskellige anbringender, som disse har fremført, idet jeg så vidt muligt henviser til de ovenfor nævnte betragtninger.

i) Kravet om, at der skal findes et kontrol- og sanktionssystem som en nødvendig forudsætning for, at der kan siges at foreligge en aftale om eksportforbud

80. Kommissionen (det første anbringende) og BAI [første led, punkt i), af det tredje anbringende], der i denne forbindelse støttes af Kongeriget Sverige, kritiserer Retten for at have fortolket traktatens artikel 85, stk. 1, overdrevent restriktivt, idet den fejlagtigt skulle have anset et kontrol- og sanktionssystem for at være en nødvendig

81. Kommissionen kritiserer nærmere bestemt Retten for at have fastslået, at der først foreligger en aftale om eksportforbud, når der er indført et *system med efterfølgende kontrol* med de bestilte varers faktiske endelige bestemmelsessted, og når der anvendes *repressive sanktioner* for at sikre, at varerne ikke eksporteres. Ifølge Kommissionen foreligger der derimod ligeledes en sådan aftale, når fabrikanten som en *forebyggende foranstaltning* begrænser ordrerne, når der er tegn på, at eksport finder sted, og *således på forhånd straffer en eventuel eksport*. Med et sådant system vil det faktisk ikke være nødvendigt at forbyde eksport direkte på grund af det indirekte forbud, der indføres ved ordreafgivelsen. Kommissionen understreger endvidere, at Retten ved at have fortolket artikel 85, stk. 1, overdrevent restriktivt har afvejet fra Sandoz-dommen, hvori Domstolen konstaterede, at der forelå en aftale om eksportforbud, selv om fabrikanten ikke havde indført noget kontrol- og sanktionssystem.

82. Tilsvarende betragtninger fremsættes af BAI, der understreger, at selv om et kontrol- og sanktionssystem kan være et tegn på, at der findes en aftale om eksportforbud, så betyder det dog ikke, at man, når der ikke findes et sådant system, dermed kan udelukke ipso facto, at der er indgået en aftale.

Til støtte for denne påstand henviser BAI navnlig til Sandoz- og Ford-dommene, der netop skulle have påvist, at et kontrol- og sanktionssystem ikke er nødvendigt for, at der kan foreligge en aftale om eksportforbud.

ringerne af dette produkt betinget af det påståede eksportforbuds overholdelse»⁷⁰.

83. Bayer og EFPIA indvender hertil, at appellanterne med denne påstand først og fremmest søger at bestride Rettens konstateringer af de faktiske omstændigheder. Men de indvender navnlig, at dette klagepunkt er baseret på en fejlagtig fortolkning af dommen, da Retten aldrig har konstateret, at et kontrol- og sanktionssystem er en nødvendig forudsætning for, at der kan siges at foreligge en aftale om eksportforbud.

85. Når dette er sagt, er jeg enig med Bayer og EFPIA i, at Retten rent faktisk ikke har konstateret, at der udelukkende kan findes en aftale om eksportforbud, når fabrikanten har indført et kontrol- og sanktionssystem. Det er faktisk Kommissionen, der hævder, at eksportforbuddet i dette tilfælde »kan udledes af følgende supplerende elementer: systematisk indkredsning af eksporterende grossister (a) og successiv beskæring af Bayer Frankrigs og Bayer Spaniens leverancer til de grossister, der eksporterer alle eller en del af de leverede varer (b)«⁷¹. I forbindelse med dette aspekt har Retten således begrænset sig til at vurdere rigtigheden af Kommissionens konstateringer ved navnlig at kontrollere, om det fremgik »af de oplysninger, Kommissionen var i besiddelse af [...], at levering af de mængder, Bayer Frankrig og Bayer Spanien gik med til at levere, forudsatte overholdelse af et eksportforbud«⁷², som det fremgår af den omtvistede beslutning, og om »disse elementer i Bayer Frankrigs og Bayer Spaniens adfærd vis[te], at de udsatte deres grossister for en permanent trussel om at beskære leverancerne til dem, og at denne trussel blev ført ud i livet gentagne gange, hvis grossisterne ikke rettede sig efter eksportforbuddet«⁷³. I modsætning til hvad appellanterne hævder, har Retten ikke

84. Jeg skal først og fremmest understrege, at det pågældende klagepunkt ikke, da det i så tilfælde må afvises, kan svække den faktuelle konstatering, som Retten har foretaget, og i henhold til hvilken »Kommissionen ikke har godtgjort [...], at Bayer foretog en systematisk kontrol med det endelige bestemmelsessted for de pakker af Adalat, som blev leveret efter vedtagelsen af selskabets nye leveringspolitik, eller at appellanten anvendte en politik med trusler og sanktioner over for de eksporterende grossister, eller at selskabet gjorde leve-

70 — Den appellerede doms præmis 109; min fremhævelse.

71 — 156. betragtning til den omtvistede beslutning.

72 — 163. betragtning.

73 — 170. betragtning.

på nogen måde ved at fremsætte disse specifikke betragtninger konstateret, at indførelsen af et kontrol- og sanktions-system generelt er en nødvendig forudsætning for, at der kan siges at foreligge en aftale om eksportforbud.

86. Følgelig er det klagepunkt, der behandles her, baseret på en fejlagtig fortolkning af den appellerede dom, og det bør derfor betragtes som værende ugrundet.

ii) Kravet om, at fabrikanten kræver en bestemt adfærd fra forhandlerens side eller søger at opnå deres tilslutning til sin politik, der går ud på at forhindre parallelimport, for at der kan siges at foreligge en aftale om eksportforbud

87. Kommissionen (det andet anbringende) og BAI [andet led, punkt ii), af det tredje anbringende] kritiserer Retten for at have fortolket traktatens artikel 85, stk. 1, på en overdrevent restriktiv måde, idet den fejlagtigt skulle have konstateret, at en aftale om eksportforbud kun kan siges at foreligge, hvis fabrikanten kræver en bestemt adfærd fra grossisterens side eller søger at opnå deres tilslutning til sin politik, der går ud på at forhindre parallelimport.

88. Kommissionen gør nærmere bestemt gældende, at Retten med denne fortolkning er afvejet fra AEG- og Ford-dommene, hvori Domstolen ikke havde overvejet spørgsmålet om, hvorvidt fabrikanterne havde krævet en bestemt adfærd af forhandlerne eller havde forsøgt at opnå en billigelse af de vedtagne foranstaltninger. Kommissionen kritiserer endvidere Retten for ikke at have taget hensyn til den omstændighed, at grossisterne i dette tilfælde havde forstået, at Bayer via sin politik pålagde dem at begrænse sig til kun at afgive ordrer på Adalat-pakker til dækning af behovet på hjemmemarkedet.

89. Ud fra den samme tankegang og navnlig med henvisning til Sandoz- og Ford-dommene gør BAI gældende, at en aftale i betydningen i artikel 85, stk. 1, må anses for at være indgået, alene fordi grossisterne fortsætter med at afgive ordrer til en fabrikant, som har givet udtryk for sit ønske om at forhindre eksport, da de derved reelt accepterer fabrikantens politik.

90. Bayer og EFPIA bestrider for det første anbringendets antagelighed, da et sådant klagepunkt efter deres mening bestrider Rettens konstateringer af de faktiske omstændigheder i den appellerede dom. Under alle omstændigheder mener de, at anbringendet bør forkastes, da Retten ikke i generelle vendinger har konstateret, at en aftale om eksportforbud kun kan siges at være indgået, hvis fabrikanten kræver en

bestemt adfærd fra grossisterne side eller forsøger at opnå deres tilslutning til sin politik, der går ud på at forhindre parallelimport. Disse parter gør endvidere gældende, at den foreliggende sag ikke svarer til Sandoz-, AEG- og Ford-sagerne, og de bestrider følgelig, at Retten skulle være afvejet fra Domstolens retspraksis.

hvis fabrikanten kræver en bestemt adfærd fra grossisterne side eller søger at opnå deres tilslutning til sin politik, der går ud på at forhindre parallelimport. Det er faktisk Kommissionen, der i den omtvistede beslutning påstår, at Bayer Frankrig og Bayer Spanien havde pålagt grossisterne et »eksportforbud«, og at de således havde krævet af disse, at de ikke eksporterede de bestilte Adalat-pakker. Retten har således blot kontrolleret rigtigheden af Kommissionens konstateringer.

91. Indledningsvis skal jeg bemærke, at det pågældende klagepunkt ikke, da det i så tilfælde må afvises, kan bestride den konstatering af de faktiske omstændigheder, som Retten har foretaget, og i henhold til hvilken »det ikke fremgår af noget element i sagens akter, at Bayer Frankrig eller Bayer Spanien stillede noget krav [...] om, at ordreafgivelserne blev afgivet på en bestemt måde«⁷⁴. Kommissionen kan således ikke gøre gældende, at Bayer via sin politik reelt krævede en ændring af retningslinjerne for grossisterne afgivelse af ordrer ved at lade dem forstå, at de skulle begrænse sig til kun at afgive ordrer til dækning af behovet på hjemmemarkedet.

93. Endvidere mener jeg i modsætning til appellanterne ikke, at Retten ved at undersøge spørgsmålet om, hvorvidt Bayer havde krævet noget af sine grossister, afveg fra Domstolens tidligere retspraksis.

92. Når dette er sagt, er jeg, for at vende tilbage til klagepunktets realitet, enig med Bayer og EFPIA i, at Retten rent faktisk ikke har konstateret, at en aftale om eksportforbud kun kan siges at foreligge,

94. Som jeg har understreget ovenfor med henvisning til Sandoz-dommen (punkt 55-62), mener jeg faktisk, at et forslag eller et krav — uanset hvordan det kommer til udtryk, selv underforstået — altid er nødvendigt for, at der kan siges at være indgået en aftale med grossisterne stiltiende accept. Da Kommissionen har forsøgt at påvise, at der fandtes en sådan aftale, på grundlag af den omstændighed, at »grossisterne i denne sag har udvist en adfærd, som svarer til en udtrykkelig

⁷⁴ — Den appellerede doms præmis 120; min fremhævelse. I den efterfølgende præmis (121) præciserede Retten endvidere, at Kommissionen endog ikke »har hævdet, at Bayer forsøgte at udvirke, at grossisterne ændrede deres metode for formuleringen af ordrerne«.

anerkendelse af eksportforbuddet⁷⁵, som Bayer havde pålagt dem, mener jeg, at Retten med føje har foretaget en vurdering af, hvorvidt selskabet havde krævet noget af sine grossister.

princip, som Domstolen fastslog i Anicdommen⁷⁶, hvoraf det fremgår, at når de elementer, som Kommissionen har samlet, er tilstrækkelige til umiddelbart at påvise, at der er indgået en aftale, påhviler det den pågældende virksomhed at bevise, at der ikke findes nogen samstemmende vilje.

95. Hvad angår endvidere AEG- og Forddommene mener jeg, at jeg til fulde har påvist, at disse domme ikke kan gøres gældende i den foreliggende sag, da de salgskvoteringsforanstaltninger, som Bayer har truffet, ikke kan henføres til nogen form for distributionsaftale indgået med grossisterne (jf. punkt 67-78).

98. I dette tilfælde fremgik eksistensen af en aftale mellem Bayer og grossisterne ifølge BAI umiddelbart dels af den omstændighed, at Bayer på de forskellige møder med grossisterne havde meddelt, at det havde til hensigt at forhindre parallelimport ved hjælp af en salgskvotering, dels af den omstændighed, at grossisterne efter nogle indledende meningsforskelle og hårde forhandlinger reelt accepterede denne kvotering og stillede sig tilfreds med, at de ville modtage begrænsede mængder Adalat. Stillet over for disse faktiske omstændigheder, som Kommissionen havde konstateret, og som Bayer ikke havde bestridt, burde Retten have pålagt sidstnævnte at føre bevis for, at der ikke var tale om en fælles vilje.

96. I lyset af disse betragtninger mener jeg således, at dette klagepunkt bør forkastes.

iii) Bevisbyrden

97. Med sit andet anbringende kritiserer BAI Retten for at have begået en retlig fejl ved udelukkende at pålægge Kommissionen at føre bevis for, at der er indgået en aftale i medfør af traktatens artikel 85, stk. 1. Dermed skulle Retten have underkendt det

99. Også dette klagepunkt påstår Bayer og EFPIA afvist, idet de gør gældende, at BAI i hovedsagen bestrider nogle af Rettens konstateringer for at klarlægge, om der var blevet ført bevis for, at der var indgået en aftale. For så vidt angår realiteten mener de

75 — 176. betragtning til den omtvistede beslutning.

76 — Dom af 8.7.1999, sag C-49/92 P, Kommissionen mod Anic, Sml. I, s. 4125, præmis 96.

ikke, at Anic-dommen kan gøres gældende til støtte for appellantens påstand, da den vedrørte et tilfælde, hvor det til forskel fra den foreliggende sag var blevet konstateret, at der var indgået en aftale. I denne dom havde Domstolen netop begrænset sig til at præcisere, at når det var godtgjort, at der på et møde mellem konkurrerende virksomheder var indgået en aftale i betydningen i artikel 85, stk. 1, kunne en virksomhed, der deltog i det pågældende møde, kun gøre gældende, at den i virkeligheden ikke havde til hensigt at deltage i anvendelsen af denne aftale, hvis den havde held til at bevise dette.

100. Jeg mener, at dette anbringende ikke skal afvises, men dog ikke kan lægges til grund.

101. Hvad angår formaliteten skal jeg navnlig bemærke, at BAI som formelt *retsspørgsmål* har bestridt den fordeling af bevisbyrden, som den appellerede dom er baseret på. I modsætning til Bayers og EFPIA's påstand har BAI ikke bestridt Rettens konstateringer af de faktiske omstændigheder, men har blot gjort gældende, at en analyse af de faktiske omstændigheder på grundlag af et andet kriterium for fordeling af bevisbyrden ville have medført en juridisk konklusion med hensyn til eksistensen af en aftale i artikel 85, stk. 1's forstand, der var den modsatte af den, som Retten nåede frem til.

102. Til gengæld forekommer dette anbringende mig ikke at være begrundet, da Retten med føje har holdt sig til følgende princip: »Kommissionen skal i tilfælde af tvist om, hvorvidt der foreligger en overtrædelse af konkurrencereglerne, føre bevis for de fastslåede overtrædelser og for, at de omstændigheder, som udgør overtrædelsen, faktisk foreligger«⁷⁷. Jeg mener således ikke, at Domstolen har vendt op og ned på dette grundlæggende princip i Anic-dommen, for efter min mening har denne dom ikke pålagt Kommissionen kun at føre umiddelbart bevis for, at der var indgået en aftale.

103. Som Bayer og EFPIA med rette har understreget i den foreliggende sag, havde Kommissionen faktisk til fulde bevist, at konkurrerende virksomheder havde afholdt nogle møder, »hvorpå prisinitiativerne var blevet besluttet, tilrettelagt og kontrolleret«⁷⁸, og at der dermed var blevet indgået konkurrencebegrænsende aftaler, jf. traktatens artikel 85, stk. 1. Det var først, da den blev stillet over for dette bevis, at Domstolen præciserede, at såfremt en af de virksomheder, der havde deltaget i disse møder, ønskede at gøre gældende, at den ikke havde tilsluttet sig de prisinitiativer, der var blevet besluttet på disse møder, så skulle den føre bevis for sin påstand.

77 — Anic-dommen, præmis 86.

78 — Anic-dommen, præmis 96.

104. I lyset af ovenstående betragtninger mener jeg således, at dette anbringende bør betragtes som ugrundet.

iv) Manglende overensstemmelse mellem grossisternes erklærede vilje og deres reelle vilje

105. Med sit fjerde anbringende kritiserer Kommissionen støttet af EAEPK Retten for at have begået en retlig fejl ved at henvise til grossisternes reelle vilje (også afgive ordrer til eksport) og ikke deres erklærede vilje (kun afgive ordrer til dækning af behovet på hjemmemarkedet). I denne forbindelse gør Kommissionen navnlig gældende, at Domstolen i Sandoz-dommen og Atochem-dommen⁷⁹ ikke tillægger virksomhedernes reelle vilje eller »mentale forbehold« nogen betydning, da det i forbindelse med indgåelse af en aftale i medfør af artikel 85, stk. 1, kun er de pågældende virksomheders erklærede vilje, der er afgørende. Til støtte for denne påstand henviser EAEPK i øvrigt ligeledes til Courage-dommen⁸⁰, hvoraf det fremgår, at der er tale om en aftale i medfør af artikel 85, stk. 1, selv om en af parterne er tvunget til at indgå den mod sin vilje.

106. Ifølge Bayer og EFPIA må også dette anbringende afvises, da det nærmere bestemt bestrider Rettens konstatering, i henhold til hvilken forhandlerne via deres handle måde i forbindelse med ordreafgivelse og deres forsøg på at opnå større mængder af varen, hverken udtrykkeligt eller stiltiende har accepteret et eksportforbud⁸¹. Med hensyn til realiteten tilføjer Bayer endvidere, at det først er, når der er tale om »en udtrykkelig erklæret vilje«, at den »erklærede vilje« er afgørende, uden at der er grund til at tage hensyn til et eventuelt »mentalt forbehold«. Når der derimod som i den foreliggende sag er tale om et »stiltiende erklæret ønske«, skal der kun tages hensyn til den pågældende parts »reelle ønske«, sådan som det følger af dennes adfærd. EFPIA begrænser sig derimod til at fastslå, at Sandoz- og Atochem-dommene ikke er relevante, da de vedrører en anden situation end den, der er tale om i den foreliggende sag.

107. Jeg skal allerførst bemærke, at dette anbringende ikke bør afvises, da det ikke bestrider Rettens konstatering af de faktiske omstændigheder, men den juridiske værdi, som Retten har tillagt grossisternes reelle ønske i en situation, hvor deres erklærede ønske var det modsatte.

79 — Rettens dom af 24.10.1991, sag T-3/89, Atochem mod Kommissionen, Sml. II, s. 1177.

80 — Domstolens dom af 20.9.2001, sag C-453/99, Courage og Crehan, Sml. I, s. 6297.

81 — Bayer henviser i denne forbindelse navnlig til den appellerede doms præmis 151-153.

108. Dette anbringende forekommer mig imidlertid ugrundet, da det går ud fra den ukorrekte antagelse, at der i dette tilfælde er tale om en »erklæret vilje« fra grossisterne side om at indgå den anfægtede aftale (om et påstået eksportforbud, som Bayer skulle have indført), som står i modsætning til et »reelt ønske«, der går i den modsatte retning, eller om man vil et »mentalt forbehold«. Denne præmis forekommer mig faktisk at være dementeret af Rettens konstatering af de faktiske omstændigheder (som ikke på dette tidspunkt kan bestrides), i henhold til hvilken det ikke fremgår af de dokumenter, der nævnes i den omtvistede beslutning, at grossisterne over for Bayer havde givet udtryk for deres vilje til i fremtiden at begrænse sig til kun at bestille de mængder Adalat, der strengt taget var nødvendige til dækning af behovet på hjemmemarkedet, idet de således forpligtede sig til at respektere et formodet eksportforbud, som selskabet skulle have indført.

109. Med andre ord har Retten ikke i dette tilfælde ment, at det var godtgjort, at grossisterne på en eller anden måde havde »erklæret« over for Bayer, at de kun ville bestille varer til dækning af behovet på hjemmemarkedet, eller at de ikke ville eksportere de bestilte varer, så de tilpassede deres fremtidige adfærd til et formodet eksportforbud, som selskabet skulle have indført. Ifølge Rettens fortolkning var der altså ikke tale om nogen »erklæret vilje« fra grossisterne side med hensyn til indgåelsen af den anfægtede aftale.

110. Den omstændighed, at grossisterne samtidig med, at de ikke over for Bayer »erklærede«, at de kun ville bestille varer til dækning af behovet på hjemmemarkedet,

eller at de ville afholde sig fra at eksportere, fortsatte med at bestille varer fra dette selskab, idet de modtog de mængder Adalat, som virksomheden mente svarede til behovene på hjemmemarkedet, kunne ganske vist tages i betragtning for at påvise, at der i overensstemmelse med Sandozdommen var tale om en »stiltiende accept« af det formodede eksportforbud, som Bayer skulle have indført. Men som anført ovenfor (punkt 55-62) ville dette forudsætte, at Bayer rent faktisk havde krævet eller pålagt (selv på en underforstået måde) grossisterne kun at bestille varer til dækning af behovet på hjemmemarkedet eller ikke at eksportere, hvilket ifølge Rettens konstateringer ikke er blevet godtgjort.

111. Når det tages i betragtning, at der ifølge konstateringen af de faktiske omstændigheder i den appellerede dom ikke i dette tilfælde fandtes en »erklæret vilje« fra grossisterne side om indgåelse af den anfægtede aftale, mener jeg ikke, at Retten kan kritiseres for ikke at have taget hensyn hertil. Derfor bør dette anbringende efter min mening betragtes som ugrundet.

v) De kun tilsyneladende ensidige foranstaltninger vedtaget af Bayer

112. Med sit tredje anbringende, første led, punkt iii), og andet led, kritiserer BAI

nærmere bestemt Retten for at have undladt at kontrollere, om de omtvistede foranstaltninger kun tilsyneladende var ensidige, da de indgik som et led i de faste forretningsforbindelser med grossisterne. Nærmere bestemt kritiserer denne part Retten for ikke at have taget hensyn til den omstændighed, at grossisterne efter indførelsen af Bayers nye politik fortsatte med at købe fra dette selskab og accepterede at modtage begrænsede mængder af Adalat.

mene, må de efter min mening forkastes af de årsager, der er angivet i de afsnit, hvori de pågældende domme gennemgås.

Afsluttende betragtninger

113. Ud fra den samme tankegang kritiserer Kommissionen med sit femte anbringende Retten for at have anvendt traktatens artikel 85, stk. 1, fejlagtigt ved at kræve bevis for grossisternes ønske med hensyn til de foranstaltninger, som Bayer havde truffet, selv om disse indgik som et led i de vedvarende forretningsforbindelser mellem fabrikanten og forhandlerne.

115. Da alle BAI's og Kommissionens anbringender efter min mening bør afvises, henholdsvis forkastes, foreslår jeg, at Domstolen forkaster appelsagerne i deres helhed.

III — Sagens omkostninger

114. Da appellanterne med disse klagepunkter i hovedsagen kritiserer Retten for i flere henseender at have afvejet fra Domstolens retspraksis i Sandoz-, AEG-, Ford- og Bayerische Motorenwerke-dom-

116. I medfør af procesreglementets artikel 69, stk. 2 og 4, og henset til mit forslag om at forkaste appelsagerne, mener jeg, at BAI og Kommissionen bør tilpligtes at betale sagens omkostninger, herunder EFPIA's omkostninger. Kongeriget Sverige og EAEPK bærer derimod deres egne omkostninger.

IV — Forslag til afgørelse

I lyset af ovenstående betragtninger foreslår jeg derfor, at Domstolen afsiger følgende dom:

- Appelsagerne forkastes.

- BAI og Kommissionen betaler sagens omkostninger.

- Kongeriget Sverige og EAEPC bærer deres egne omkostninger.