

EUROOPA ÜHENDUSTE ESIMESE ASTME KOHUS

(Viies koda, laiendatud koosseis)

22 oktoober 2000*

kohtuasjas T-41/96

Bayer AG, registreeritud: Leverkusen (Saksamaa), esindajad J. Sedemund, Rechtsanwalt, Köln, dokumentide kättetoimetamise aadress Luxembourgis: advokaadibüroo A. May, 398 Route d'Esch,

hageja,

keda toetavad

European Federation of Pharmaceutical Industries' Associations, registreeritud: Genf (Šveits), algne esindaja advokaat C. Walker, hilisem esindaja advokaat T. Woodgate, dokumentide kättetoimetamise aadress Luxembourgis: advokaadibüroo A. May, 398 Route d'Esch,

menetlusse
astuja,

versus

Euroopa Ühenduste Komisjon, esindaja: W. Wils ja K. Wiedner komisjoni õigustalitusest, dokumentide kättetoimetamise aadress Luxembourgis: c/o õigustalituse juures tegutsev riigiametnik C. Gómez de la Cruz, Centre Wagner, Kirchberg,

kostja,

keda toetavad

Bundesverband der Arzneimittel-Importeure eV, registreeritud: Mülheim an der Ruhr (Saksamaa), esindajad W.A. Rehmann ja U. Zinsmeister Brüsseli advokatuur, dokumentide kättetoimetamise aadress Luxembourgis advokaadibüroo Bonn ja Schmitt, 7 Val Ste Croix,

menetlusse
astuja,

HAGIAVALDUS komisjoni 10. jaanuari 1996 otsuse 96/478/EÜ, mis puudutab menetlust vastavalt asutamislepingu 85 artiklile (kohtuasi IV/34.279/F3 - Adalat) (EÜT 1996 L 201, lk. 11) tühistamiseks,

- Menetluse keel: saksa keel

EUROOPA ÜHENDUSTE ESIMESE ASTME KOHUS (viies koda, laiendatud koosseis)

koosseisus: President J.D. Cooke, kohtunikud R. García-Valdecasas, P. Lindh, J. Pirrung ja M. Vilaras,

Kohtusekretär: haldur J. Palacio González,

arvestades kirjalikku menetlust ja sellele järgnenud ärakuulamist 28. oktoobril 1999,

on teinud järgmise

otsuse

Taust

1 Hageja, Bayer AG (edaspidi Bayer või Bayeri kontsern) on ühe euroopa juhtiva keemia- ja farmaatsiakontserni emaettevõtja ning tema rahvuslikud tütarettevõtted tegutsevad kõikides ühenduse liikmesriikides. Ta on aastaid tootnud ja turustanud kaubanime Adalat või Adalate all rida ravimpreparaate, mille aktiivseks koostisosaks on nifedipiin, mida kasutatakse südame-veresoonkonna haiguste raviks.

2 Enamikes liikmesriikides on Adalati hind rahvuslike tervishoiuametite poolt otseselt või kaudselt fikseeritud. 1989 aastast kuni 1993. aastani olid Hispaania ja Prantsusmaa tervishoiuametite poolt fikseeritud Adalati hinnad keskmiselt 40 % madalamad, kui Ühendkuningriigis.

3 Hinnaerinevuse tõttu hakkasid Hispaania hulгимүүгiettevõtted alates 1989. aastast Adalati Ühendkuningriiki eksportima. Alates 1991. aastast järgisid Prantsusmaa hulгимүүгiettevõtted nende eeskujul. Bayeri sõnul langes nimetatud paralleelimpordi tõttu tema Briti tütarettevõtja Bayer UKs ajavahemikul 1989-1993 Adalati läbimüük peaaegu poole võrra, mis põhjustas Bayer UKle 230 miljoni Saksa marga suuruse käibekahjumi, mis tähendas, et Bayeril jäi saamata 100 miljoni DEMi ulatuses tulu.

4 Selles olukorras muutis Bayeri kontsern oma tarnepoliitikat ja enam ei täitnud kõiki tellimusi, mille Hispaania ja Prantsusmaa hulгимүүүjad esitasid Bayeri Hispaania (Bayer Spain) ja Prantsusmaa (Bayer France) tütarettevõtetele ja mille hulk üha kasvas. Bayer Spain poolt saadud tellimuste osas leidis see muutus aset 1989. aastal ja Bayer France'i tellimuste osas 1991. aasta neljandas kvartalis.

5 Pärast mõne asjaga seotud hulгимүүүja kaebusi algatas komisjon haldusmenetluse Bayeri kontserni poolt väidetavalt Prantsusmaal ja Hispaanias toime pandud EÜ asutamislepingu artikli 85 lõike 1 (praegu artikkel 81 lõige 1 EÜ) rikkumise uurimiseks. 6 10. jaanuaril 1996 võttis komisjon vastu otsuse 96/478/EÜ, mis puudutab menetlust vastavalt asutamislepingu 85 artiklile (kohtuasi IV/34.279/F3 - Adalat) (EÜT 1996 L 201, lk. 11) ja mis on käeoleva hagi esemeks.

7 Otsuse artikli 1 sõnul: sellega, et Bayer AG keelas Prantsusmaalt teistesse liimesriikidesse Adalate and Adalate 20 mg LP suunduva ekspordi ning Hispaaniast teistesse

liimesriikidesse suunduva Adalat ja Adalat-Retardi ekspordi, mis alates 1991. aastast moodustas Bayer France ja hiljemalt alates 1989. aastast Bayer Spain ja nende hulgemüügipartnerite vahel sõlmitud pikaajaliste kaubanduskokkulepete osa, on Bayer AG rikkunud asutamislepingu lõiget 1.

8 Otsuse artikli 2 kohaselt:

Bayer AGd kohustatakse nimetatud rikkumise lõpetama ja eriti:

- saatma kahe kuu jooksul pärast käesolevast otsusest teadaandmist Prantsusmaa ja Hispaania hulgemüügifirmadele ringkirja, milles teatab, et eksport ühenduse piirides on lubatud ega karistamise alla,

- teatama kahe jooksul pärast käesolevast otsusest teadaandmist nendest asjaoludest selgesõnaliselt Prantsusmaal ja Hispaanias kohaldatavates müügitingimustes.

9 Vaidlustatud otsuse artiklis 3 määratakse Bayerile 3 miljoni eküü suurune rahatrahv.

10 Otsuse artiklis 4 määratakse 1000 eküü suurune karistusmaks iga päeva eest, millega Bayer viivitab artiklis 2 nimetatud erikohustuste täitmisega.

Menetlus ja poolte nõuded

11 Bayer esitas Esimese Astme Kohtu kantseleile 22 märtsis 1996 hagiavalduse otsuse tühistamiseks.

12 Samal päeval esitas hageja Kohtu kantseleisse eraldi dokumendi, milles palub peatada otsuse artikli 2 rakendamine. Esimese Astme Kohtu presidendi määrusega 3. juunist 1996 rahuldati hageja palve otsuse artikli 2 rakendamise peatamiseks ja kohtukulude küsimus jäeti edaspidiseks lahendamiseks.

13 Esimesel augustil 1996 esitas Saksamaa ravimiimportijate ühing Bundesverband der Arzneimittel-Importeure eV (BAI) avalduse komisjoni nõuete toetuseks menetlusse astumiseks.

14 Kahekümne kuuendal augustil 1996 esitas European Federation of Pharmaceutical Industries' Associations (EFPIA) - Euroopa kutseühing, kes esindab 16 farmaatsia sektori rahvusliku kutseühingu huve - Kohtule avalduse hageja nõuete toetuseks menetlusse astumiseks.

15 Kaheksandal novembril 1996 andis Esimese Astme Kohtu viienda koja (laiendatud koosseisu) president andis oma määruste nimetatud kahele ühingule menetlusse astuda. Menetlusse astujad esitasid menetlusse astuja seisukohad 12. veebruaril 1997. Pooled esitasid oma seisukohad menetlusse astujate seisukohtade kohta 11 aprillil 1997.

16 Pärast kohtunik-ettekandja ärakuulamist otsustas Esimese Astme Kohus alustada suulise menetlusega ja, vastavalt Kohtu kodukorra artiklile 64, esitada menetluse organiseerimise huvides hagejale ja komisjonile rea kirjalikke küsimusi, millele ta palus neil vastata kohtuistungil.

17 Pooled esitasid oma suulised argumendid ning vastasid Kohtu kirjalikele ja suulistele küsimustele 28. oktoobril 1999 toimunud kohtuistungil. Toetuseks mõnedele Kohtu küsimustele antud vastustele palus komisjon kohtuistungil luba lisada kohtutoimikusse mõned vastuväiteteatise lisad, mis hagejale haldusmenetluse vältel oli saadetud. Kuna hageja sellele vastu ei vaielnud ja väitis, et kõnealused dokumendid ei sisalda tema kohta konfidentsiaalset informatsiooni, jagati kõikidele pooltele, kaasa arvatud ka menetlusse astujatele, välja nende lisade koopiad ja neile anti võimalus kohtuistungil käigus nende kohta arvamust avaldada.

18 Hageja palub Esimese Astme Kohtul:

- tühistada otsus;
- alternatiivina tühistada hagejale määratud 3 000 000 eküü suurune rahatrahv;
- või eelneva alternatiivina, vähendada trahvisummat;
- mõista kohtukulud sisse komisjonilt.

19 EFPIA, kes astus menetlusse hageja toetuseks, palub Esimese Astme Kohtul:

- tühistada otsus;
- mõista tema menetlusse astumisega seotud kohtukulud sisse komisjonilt.

20 Komisjon palub Esimese Astme Kohtul:

- hagiavaldus tagasi lükata;
- mõista kohtukulud sisse hagejalt.

21 BAI, kes astus menetlusse komisjoni toetuseks, palub Esimese Astme Kohtul hagiavaldus tagasi lükata.

Otsus

22 Otsus puudutab toodet nimega Adalat, mis kuulub kaltsiumiantagonistide ravimikategooriasse ja mida kasutatakse teatud südameveresoonkonnahaiguste raviks (südame isheemiatõbi, kõrgvererõhutõbi ja kongestiivne südamepuudulikkus) (otsuse kaheksas põhjendav säte). Vaidlusaluse otsuse ulatus on siiski piiratud kahe Adalati tooterühma tootega - nimelt 10 mg kapslite (Ühendkuningriigis ja Hispaanias on selle toote nimi Adalat ja Prantsusmaal Adalate) ning 20 mg toimeainet modifitseeritult vabastavate tablettidega (Ühendkuningriigis ja Hispaanias on selle toote nimi Adalat-Retard ja Prantsusmaal Adalate 20 mg LP) (neljas põhjendav säte).

23 Geograafilise turu osas väidab otsus, et käesoleval juhul on asjassepuutuvad turud rahvuslikud turud (põhjendavad sätted 150-152), sest karistatud tegevuste toimumise ajal olid farmaatsiatööstuse turud põhiliselt rahvuslikud, kuna ravimite turustamiseks loa andmine kuulus liikmesriikide ainupädevusse. Lisaks mõjutas ravimite müüki liikmesriikide poolt rakendatav haldus- ja eriti ostupoliitika, seda eriti Hispaanias ja Prantsusmaal, kus ravimite hinnad määras otseselt rahvuslik pädev asutus. Lõpuks väidetakse otsuses, et erinevused

hindade määramises ja kompensatsioonimehhanismides tähendas seda, et liikmesriigiti võisid ravimite hinnad tunduvalt erineda.

24 Otsuses (põhjendav säte 153) väidetakse, et toote turg on määratletud näitajaga, et mitmel konkureerival tootel on sama kasutus ravis.

25 Vaidlustatud otsuse põhjendavas sättes 154 tõdetakse asjakohase turu osas, et selleks turuks peetakse esiteks Ühendkuningriiki, kuna lepingud mõjutavad otseselt seda turgu, kaitstes seda paralleelimpordi eest ja teiseks, Prantsusmaad ja Hispaaniat - turge, kust paralleelimpordid pärinevad - sest need turud on kunstlikult suletud paralleeleksportide takistamise tõttu.

26 Vaidlustatud otsuse põhjendavas sättes 23 täpsustatakse Bayeri Adalati turuosa kohta, et see turuosa on esitatud viidates toote põhilistele ravikasutusalaadele. Komisjon leidis, et Prantsusmaal moodustas Adalati turuosa 5.1% südameveresoonekonnahaiguste ravimite turust ja 4.1% kõrgvererõhutõve ravimite turust. Hispaanias moodustas Adalat 7.4% turuosa südameveresoonekonnahaiguste ravimite turust ja 8.7% kõrgvererõhutõve ravimite turust. Ühendkuningriigis olid vastavad turuosad 19.6% südameveresoonekonnahaiguste ravimite turust ja 16.6% kõrgvererõhutõve ravimite turust. Kogu Ühenduses (12 liikmesriigis) moodustas Adalati turuosa 7.6% südameveresoonekonnahaiguste ravimite turust ja 5.8% kõrgvererõhutõve ravimite turust (põhjendavad sättes 24 ja 27).

27 Otsuses kirjeldatakse Bayeri kontserni käitumist Adalati ekspordi ilmsikstulekul Hispaaniast ja Prantsusmaalt Ühendkuningriiki ning Bayer Spain ja Bayer France hulgimüüjate ja klientide sellekohast reaktsiooni.

28 Nimetatud käitumise õigusliku analüüsi osas öeldakse otsuses (põhistused 155-159), et Bayer France ja Bayer Spain rikkusid asutamislepingu artikli 85 lõiget 1 sellega, et nad oma kaubandussuhetes hulgimüüjatega kehtestasid ekspordikeelu ning et viimased olid teadlikud Bayer France ja Bayer Spain käitumise tegelikest põhjustest ja kohaldasid oma käitumist vastavalt Bayer France ja Bayer Spain nõudmistele. Otsuses leitakse, et nimetatud käitumine kujutab endast olulist konkurentsi kahjustamist ja sel on märkimisväärne negatiivne mõju liikmesriikide vahelisele kaubandusele.

Põhiküsimus

29 Hageja väidab asutamislepingu artikli 85 lõike 1 rikkumise suhtes, et vaidlustatud otsuses kirjeldatud käitumise kavandas ja viis ellu ainult tema ise ning seetõttu ei kuulu see nimetatud sätte rakendusala, kuna tema ja ta hulgimüüjate vahel ei eksisteeri mingit lepingut toodete ekspordi kohta Ühendkuningriiki. Alternatiivina väidab hageja, et komisjon tegi ilmse hinnanguvea, kui rakendas seda sätet käitumise suhtes, mis on täiesti seaduslik vastavalt Hispaania ühinemislepingu artiklile 47, mis puudutab patentide kaitset. Lisaks esitab hageja alternatiivina argumendi, mille kohaselt on rikutud õiguskindluse ja proportsionaalsuse põhimõtteid, kuna trahvi määramisel rakendati asutamislepingu artiklit 85 varasemast erineval moel, ja mille kohaselt on rikutud nõukogu 6. veebruari 1962. aasta määruse nr 17 (esimene määrus asutamislepingu artiklite 85 ja 86 rakendamise kohta, EÜT, English Special Edition 1959-1962, lk 87) artikli 15 lõiget 2.

Põhiargument, mille kohaselt on rikutud asutamislepingu artikli 85 lõiget 1, kuna komisjon leiab, et seda saab rakendada käesoleva asja faktide kohta

I - Poolte argumendid

30 Hageja sõnul saab käesolevas kohtuasjas asjasse puutuvad faktid võtta kokku järgnevalt: liikmesriigis, kus siseriiklikud tervishoiuametid on fikseerinud hinnad ülejäänud liikmesriikide hindadest märksa madalamale tasemele, võtab tootja, kes ei ole turgu valitsevas seisundis, hulгимүүјатelt vastu tellimusi ainult mahus, mis vastab nende traditsioonilistes tarnimispiirkondades tavaliselt läbi müüdud kogustele. Toodete tellimusi ei võetud osaliselt vastu, sest hulгимүүјад tõstsid tavaliselt tellitavaid koguseid ebaoproportsionaalselt, et eksportida ülejääk ja hinnavahe pealt kasumit teenida. Hageja jaoks ei ole selline käitumine soovitatav, sest see põhjustab tema teistes liikmesriikides tegutsevatele tüdarettevõtetele olulise käibelanguse ja seab ohtu nende majandusliku püsijäämise. Ei vältida asutamislepingu artikli 85 rikkumist, annab ta oma müügiosakondadele ranged juhised lahendada see probleem ainult sellega, et tellitud kogustele kehtestatakse ühepoolsed kvoodid, kuid hulгимүүјатele põhjendatakse olukorda kõigest lao defitsiidiga. Aja jooksul saavad hulгимүүјад tootja tegelikest põhjustest siiski teada. Kuna tootja võtab tellimuse vastu ainult siis, kui see on varem tellitud kogustega samal tasemel, teesklevad hulгимүүјад, et kohaldavad oma tellimusi vastavalt, kuid samal ajal omandavad eksportimiseks suuremaid koguseid sel teel, et paluvad teistel hulгимүүјатel nende eest tooteid osta. Tegelikuses paralleeleksport jätkub ja isegi kasvab.

31 Hageja märgib, et enamuses liikmesriikides fikseerivad Adalati hinda otseselt või kaudselt nende riikide tervishoiuametid, mis põhjustab liikmesriigiti tohutuid hinnavahesid, kuna hindade fikseerimiseks kasutatakse kardinaalselt erinevaid kriteeriume. Eriti kehtib see ajavahemiku 1989 - 1993 kohta, mil Hispaania ja Prantsusmaa riiklikud tervishoiuametid fikseerisid hinnad keskmiselt 40% madalamale tasemele, kui Ühendkuningriigis, kus farmaatsiatoodete hinnad on nendest erineva riikliku kontrolli all, mis põhineb farmaatsiafirmade kasumil.

32 Hispaania hulгимүүјад, kes tavaliselt varustavad farmaatsiatoodetega Hispaania müügipiirkondi ja ostavad Adalati hageja Hispaania tüdarettevõtelt, hakkasid sellise hinnaerinevuse tõttu 1989. aastal eksportima suuri Adalati koguseid Ühendkuningriiki ning teenisid sellega palju suuremat kasumit, kui nad oleks võinud saada ainult oma tavapärase Hispaania klientide varustamise eest (hageja väidab, et näiteks tellis üks hulгимүүја ootamatult sellise koguse ravimit, mis võrdus peaaegu poolega kogu Hispaania tarbeks vajamineva kogusega, vt. otsuse põhistus 114). Hageja lisab, et kuna sellise ekspordi pealt oli võimalik teenida hiigelkasumit, lõpetasid Hispaania hulгимүүјад peaaegu täiesti nende Hispaania apteekide varustamise, kellele nad tavaliselt tarnisid, et müüa kogu nende käsutuses olev Adalat maha Ühendkuningriigis. See tekitas olukorra, kus teatavates Hispaania piirkondades tekkis oluline Adalati defitsiit, mistõttu Bayer oli sunnitud patsientide kaitseks hakkama neid Hispaania hulгимүүјате poolt unarusse jäetud apteekide ise ja otse varustama.

33 Prantsuse hulгимүүјате osas väidab hageja, et Prantsusmaal algasid samasugused sündmused 1991 septembris-oktoobris, kui prantsuse hulгимүүјад hakkasid omakorda suuri Adalati koguseid Ühendkuningriiki eksportima.

34 Hageja jääb endale kindlaks, et just selle olukorra tõttu ja arvestades probleemidega, mis Bayer UKle oleks pikas perspektiivis tekkinud, tahtis ta reageerida paralleelimpordi nähtusele, mida vaagiti kõige kõrgemal otsuste langetamise ja vastutuse tasemel. Pärast põhjalikku arutelu ja võimalike meetmete üksikasjalist õiguslikku analüüsi ning arvestades

komisjoni otsuste langetamise praktika ja ühenduse vastava kohtupraktikaga otsustati, et selle asemel, et lõpetada hulгимүүјate varustamine täielikult ja võtta tarnimise kohustus enda peale, võetakse kasutusele pehmemad meetmed ja tarnitavaid koguseid vaid vähendatakse. Seetõttu otsustas hageja otsustas täita hulгимүүјate tellimusi ainult nende eelmise aasta tellimuste alusel ja lubada neil igal aastal tellitavaid koguseid suurendada umbes 10% võrra, mis on vastavuses tarbimise kasvule.

35 Hageja möönab, et tal on sisemine infosüsteemi, mida ta kasutab võimaluse korral paralleelimpordi olemasolu ja taseme tuvastamiseks, kuid eitab selle süsteemi otsuses väidetud ulatust ning väiteid selle tegeliku rakendamise kohta seoses Prantsuse ja Hispaania hulгимүүјatega, mille alusel komisjon ekslikult järeltas ekspordikeelu olemasolu. Ta selgitab, et see süsteem ei kujutanud endast midagi muud, kui eelmistel aastatel igale hulгимүүјale tarnitud koguste dokumenteerimist ning nende viitenumbrite põhjal - mida tõsteti umbes 10% võrra aastas, arvestades nii inflatsiooni kui üldise hinnaindeksi tõusu - iga-aastaste ja igakuiste tarnekoguste ettemääramist.

36 Hageja eitab komisjoni väidet, nagu ta oleks rakendanud tarnepoliitikat, mille tingimuseks oli seatud väidetava ekspordikeelu järgimine ja selgitab, et kasutusel olev süsteem ei hõlma järelkontrolli läbiviimist, et tuvastada, kas tarnitud koguseid eksporditakse.

37 Lõpuks rõhutab hageja, et hulгимүүјatel oli täielik vabadus neile tarnitud toodangut edasi eksportida, kuna nad teadsid, et Bayer ei kontrolli mingil moel nimetatud toodangu lõplikku sihtkohta ja seetõttu polnud neil vaja karta sanktsioone, kui selleks sihtkohaks osutus Ühendkuningriik. Hulгимүүјad kasutasid seda vabadust tegelikkuses laias ulatuses, eksportides tooteid, mis olid tarnitud neile või teistele hulгимүүјatele ja kohalikele edasimүүјatele.

38 Hageja jääb endale kindlaks, et komisjon ei ole tuvastanud Bayeri ja tema hulгимүүјate vahelise lepingu olemasolu ja väidab, et sellise kokkuleppe sõlmimise kavatsust ei olnud ei temal - kuna ta leidis, et ühepoolse tarnete limiteerimise poliitika rakendamine paralleel ekspordi raskendamiseks on seaduslik - ega ka hulгимүүјatel, kes oma käitumisega näitasid oma täielikku vastuseisu sellise poliitika rakendamisele. Hageja leiab, et komisjoni seisukoht tähendab teisisõnu seda, et asutamislepingu artiklis 85 mainitud ettevõtete vahelise kokkuleppe nõue on täidetud isegi siis kui tellija ainult teeskleb, et muudab oma käitumist, kuigi tema tegelik käitumine näitab, et ta ei soovi väidetavat kokkulepet järgida. Hageja väidab, et see suhtumine on vastuolus artikli 85 sõnastuse ja eesmärgiga, kuna sellise kokkuleppe kontseptsiooni puhul ei oleks enam vaja kokkuleppe definitsiooni keskset tunnust, milleks on ühise tahte olemasolu.

39 Lisaks väidab hageja, et selle uue lähenemise õigustuseks ei saanud komisjon tugineda ei varasematele otsustele ega praktikale, sest käesoleva asja faktid erinevad varem paralleel ekspordi takistamise küsimustes vastu võetud otsuste asjaoludest.

40 Hageja väidab, et siamaani ei ole vaidlustatud, et täielik või osaline tarnimisest keeldumine on ühepoolne akt, mis ei saa kuuluda asutamislepingu artikli 85 reguleerimisalasse. Kuna asutamislepingu artikli 85 tähenduses puudub kokkulepe, ei saa seda sätet selles asjas rakendada. Hageja sõnul laiendab komisjoni nägemus asutamislepingu artikli 85 reguleerimisala ühepoolsele tarnetest keeldumisele, mis saab kuuluda ainult asutamislepingu artikli 86 reguleerimisalasse ning et sellega kaob artiklite 85 ja 86 rakendamisalade vaheline piir.

41 Hageja sõnul tegi komisjon otsuse vastuvõtmisega eksperimendi, et kontrollida sellise poliitika elujõulisust, mis põhineb uuel erikorral paralleelimportide jaoks ja probleemide lahendamiseks, mida see konkurentsiküsimustes tekitab. See poliitika ulatub kaugemale kui praegune asutamisleping, mis - kuigi sellega püütakse luua siseturgu - ei lähe siiski nii kaugemale, et keelata konkurentsivõimeliste turupositsiooni mitte omavatele ettevõtjatele ühepoolsed meetmed ainsa põhjendusega, et need meetmed on mõeldud paralleel ekspordi takistamiseks.

42 Lisaks ulatub vaidlustatud otsuses sisaldava põhimõttelise otsuse rakendusala hageja sõnul käesolevast asjast palju kaugemale ja tekitab ettevõtetele, kes ei ole turgu valitsevas seisundis, laiaulatusliku kohustuse sõlmida lepinguid, kuna tootja ei saa eelnimetatud põhjustel keelduda täitmast tellimusi ilma, et ta sellega rikuks asutamislepingu artikli 85. Selline tulemus oleks kardinaalselt vastuolus asutamislepingu artiklitega 85 ja 86.

43 Järgmiseks kritiseerib hageja komisjoni selle eest, et ta eiras asjaolu, et farmaatsiatoodete alast konkurentsi moonutavad suuresti hinnaregulatsioonid, mis on liikmesriigiti väga erinevad. Hageja väidab, et neid hinnaregulatsioone on raske kokku viia EÜ asutamislepingu artikliga 30 (praegu artikkel 28 EÜ). Ta väidab ka, et üksteisest kardinaalselt erinevad siseriiklikud süsteemid farmaatsiatoodete hindade otseseks või kaudseks fikseerimiseks moonutavad oluliselt konkurentsi ja seega rikuvad asutamislepingu artiklit 30.

44 Ta märgib ka, et farmaatsiasektoris on ühendus siseturust veel kaugel ja kritiseerib asjaolu, et ettevõtjatega käitatakse nii, nagu see eesmärk oleks juba saavutatud, kuigi ühendus pole võtnud mingeid konkreetseid meetmeid siseriiklike hindade fikseerimise süsteemide harmoniseerimiseks, et lõpetada konkursitingimuste moonutamine.

45 Hageja eitab ka komisjoni väidet, et ühenduse reeglite kehtestamine pole vajalik, sest aja jooksul ühtlustab paralleelimport ravimite hinnad.

46 Hageja teeb ettepaneku tunnistajate ärakuulamiseks, tõendamaks esiteks, et teatavate Hispaania hulgimüüjate tegevus, kes olid kogu oma Adalati tagavara ekspordinud, seadis ohtu paljude Hispaania apteekide varustamise; teiseks, et otsus mitte enam täita kõiki tellimusi langetati alles pärast selle otsuse ja ühenduse seaduse kokkusobivuse üksikasjalist õiguslikku analüüsi; ja kolmandaks, et komisjon oli loobunud jätkamast uurimust, mida alustati enne hagi esemeks olevat uurimust ja mis hageja sõnul puudutas Bayeri tegevust paralleelimportijate vastu.

47 EFPIA, kes astus menetlusse hageja poolel, toetab hageja argumente.

48 Komisjon väidab, et rikkumine seisneb hageja ning Hispaania ja Prantsusmaa hulgimüüjate vahelises kokkuleppes, mis puudutab keeldu ekspordida Adalati teistesse liikmesriikidesse.

49 Komisjon jääb endale kindlaks, et Bayer France ja Bayer Spain kavandasid ja rakendasid ekspordikeelu ja et Bayeri kontsern võttis selle kehtestamiseks kasutusele paralleelimpordi jälgimise süsteemi, mille abil oli võimalik ekspordiga tegelevaid hulgimüüjaid identifitseerida, tarnete määra oluliselt kahandada, jälgida tarnitavate koguste sihtkohta ja karistada hulgimüüjaid, kes saadud tarneid ekspordisid, kahandades tulevikus neile eraldatavaid tarnete määra. Komisjoni arvates on tõendatud, et Bayer võttis nimetatud süsteemi kasutusele, ning et hulgimüüjad olid hageja motiividest teadlikud ja nõustusid ekspordikeeluga, kuna teadsid, et vastasel juhul on oodata, et nende tellimused täidetakse

ainult ulatuses, mis on vajalik siseriikliku turu vajaduste täitmiseks või sellest veelgi madalamal tasemel, mille määrab hageja.

50 Komisjon leiab, et tõele ei vasta väide, nagu oleks Bayer langetanud üldise otsuse, et kõikidele hulgimüüjatele tarnitakse vähemalt viitekogusega võrduvad kogused ehk teisisõnu, eelmise aasta kogus, mida tõstetakse 10% võrra. Nii ei vähendatud tarneid vastavalt väidetavale ühtsele viitetasandile mitte kõigi hulgimüüjate tellimuste puhul (vt. otsuse põhistus 96). Teatavate hulgimüüjate jaoks vähendati tellimust eelmise aasta tasemeni ilma, et sellele oleks lisatud 10% (näiteks CERP Lorraine juhtumi puhul, millele viidatakse otsuse põhistustes 87 ja 165, ning Hefame juhtumi puhul, millele viidatakse otsuse põhistustes 122 - 124 ja 168), kuna muudel juhtudel oli vähendati tarnitavaid koguseid nii palju, et see oleks isegi võinud kahjustada nimetatud hulgimüüjate võimet tarnida nende tavapärasele turgudele (Hufasa juhtumi puhul, millele viidatakse otsuse põhistustes 114, 127 ja 166, ja Cofares juhtumi puhul, millele viidatakse otsuse põhistustes 121 ja 169).

51 Seetõttu leidsid hulgimüüjad, et rakendatud piirangud pidid olema seotud ekspordidega ja et neil on võimalike vastuaktsioonidega arvestades mõistlik ekspordikeeluga vormiliselt nõustuda, mida nad ka tegid. Hulgimüüjad andsid hagejale nõusoleku Adalati mitte ekspordida, et saada vastutasuks piisavaid koguseid.

52 Komisjon väidab, et selle ekspordikeelu kehtestamisel oli hageja kindel, et hulgimüüjad nõustuvad sellega ja lisab, et asjaolu, et kokkuleppe osapooltel ei olnud kokkuleppe sõlmimisel sarnaseid huve, ei tähenda ühise tahte puudumist. Kokkuleppe asutamislepingu artikli 85 lõike 1 tähenduses eeldab ainult seda, et kokkuleppe osapooltel on selle ühine tahe seda sõlmida, kuid nende huvid ei pea olema samad. Kuna hulgimüüjatel oli huvi vältida tarnete piiramist ja hagejal oli huvi vältida või vähemalt piirata paralleleksporti, eksisteeris ka ühtne tahe paralleleksporti vältida või vähemalt piirata.

53 Komisjon väidab endiselt, et asjaolu, et hulgimüüjad ei loobunud täielikult ekspordist ei sea kahtluse seda, et käesoleval juhul on hagejad sõlminud ekspordikeelu puudutava kokkuleppe või sellega nõustunud. Kuigi komisjon möönab, et Hispaania ja Prantsuse hulgimüüjad oleksid eelistanud jätkata oma eksporditegevust Ühendkuningriiki, väidab ta, et nad olid vähendanud tellitavaid koguseid sel määral, et Bayeril pidi jääma mulje, et nad tegutsevad vastavalt tema soovile ja piiravad ise ennast ning tellivad kaupa ainult niipalju, et seda jätkuks nende tavapärase turu varustamiseks.

54 Komisjon väidab, et otsus on täielikult kooskõlas Euroopa Kohtu väljakujunenud kohtupraktikaga, sest Kohus on kokkuleppe mõistet samal viisil tõlgendanud muuhulgas ka kohtuasjas C-277/87 Sandoz vs komisjon EKL 1990, lk I-45, (avaldatud lühendatud kujul) ja kohtuasjas C-279/87 Tipp-Ex vs komisjon EKL 1990, lk I-261, (avaldatud lühendatud kujul) langetatud otsustes.

55 Komisjon eitab, et ta oleks kahtluse alla seadnud piiri asutamislepingu artikli 85 ja 86 reguleerimisalade vahel. Ta lisab, et käesolevas asjas kuuluvad faktid asutamislepingu artikli 85 reguleerimisalasse, sest hulgimüüjad otsustasid ise hageja tahte alluda ja nõustuda ekspordite piirama, et kindlustada endale piisavad tarded. Komisjon väidab, et sellepärast põhinevad hageja poolt esitatud õiguspoliitikat puudutavad seigad ekslikel eeldustel, mistõttu ei ole vajalik neid pikemalt uurida.

56 Komisjon ei ole nõus hageja väitega, et farmaatsiasektor kujutab endast eraldi turgu, mille kohta peaksid konkurentsireeglid kehtima ainult piiratud ulatuses. Ta möönab, et liikmesriigid sekkuvad endiselt farmaatsiatoodete turu toimimisse ja et arvestades sellega, kui

erinevad on nende suhtumised, on ka keskmised hinnad ja tarbimisharjumised erinevad. Komisjon meenutab, et leitakse, et ta ei tohi sekkuda kaupade vaba liikumist puudutavate reeglite najal puutuda hinnakontrollisüsteemidesse kui sellistesse, aga saab asutamislepingu artikli 30 alusel ainult võidelda nende võimalike diskrimineerivate tagajärgedega. Sel põhjusel on komisjon vastu astunud ainult sellistele riiklikele meetmetele, mis selgelt diskrimineerivad siseriikliku farmaatsiatööstuse või teadusuuringute kasuks.

57 Komisjoni sõnul ei tähenda asjaolu, et liikmesriikidel on hindade reguleerimiseks erinevad süsteemid seda, et siseturu väljaarendamise eesmärk ei puuduta farmaatsiasektorit. Komisjon leiab, et kuna hindade reguleerimise süsteemid jätavad igal juhul ettevõtetele piisavalt manööverdamisruumi, ei tohiks paralleelimpordi takistada ei riiklike meetmetega ega ka ettevõtete vahelist konkurentsi piirava tegevusega. Lisaks, kui riiklikud meetmed paralleel ekspordid takistamiseks on keelatud, siis peaks keelatud olema ka ettevõtete samasugust eesmärki taotlev tegevus, nagu on see ka käesoleval juhul. Komisjon väidab, et järelikult rikub asutamislepingu artiklit 85 juba ainuüksi paralleelimpordi takistamise fakt, nagu nähtub Sandozi kohtuasjas langetatud otsusest.

58 Komisjon lisab, et kohtuasjas 15/74 Centrafarm vs Sterling Drug, EKL 1974, lk 1147 ja liidetud kohtuasjades 55/80 ja 57/80 Musik-Vertrieb Membran vs GEMA, EKL 1981, lk 147 antud kohtuotsustes on Euroopa Kohus juba tõdenud, et ühenduse reeglid kaupade vaba liikumise kohta kehtivad kõikide sektorite kohta sõltumata sellest, kas asjasse puutuvaid siseriiklike sätteid on harmoniseeritud. Seetõttu leiab komisjon, et ka farmaatsia sektori ekspordikeeldude vastu võib võidelda, nagu selgesti nähtub Euroopa Kohtu kohtupraktikast. Asutamislepingu artikli 30 osas viitab komisjon viitab ennekõike kohtuasjadele 104/75 De Peijper, EKL 1976, lk 613, 102/77 Hoffman-La Roche vs Centrafarm, EKL 1978, lk 1139, ja 187/80 Merck vs Stephar ja Exler, EKL 1981, lk 2063 ning asutamislepingu artikli 85 lõike 5 osas eelpool mainitud Sandozi kohtuasjas antud otsusele.

59 Seejärel kinnitab komisjon, et ta lähtub põhimõttest, et paralleelimport toob pikas perspektiivis kaasa ravimite hinna ühtlustumise ja ta peab vastuvõetamatuks paralleelimpordi tõkestamist, mis võimaldab ettevõtetel kohaldada liiga kõrgeid hindu sellistes maades, kus hinnakontrolli ei rakendata kompensatsiooniks madalamate kasumite eest, mida saadakse hindu kontrollivatest liikmesriikidest.

60 BAI väidab, et ühelt poolt ei saa apteegid ravimiturul endale ei majanduslikel ega logistilistel põhjustel lubada, et nende laos oleks kogu aeg piisavas koguses kõiki ravimeid, ning teisest küljest, et hulgimüüjate seisund ja funktsioon turul kohustab neid pidama sellist kaubavalikut pidevalt laos, et tellimuse korral saaks apteegile kiiresti tarnida vajamineva kauba, sest vastasel juhul pöördub klient teise hulgimüüja poole, kellel on selline kaup olemas. Arvestades nii eelöeldu kui ka farmaatsiaturu struktuuri ja Bayeri poolt kasutusele võetud tarnete jälgimise süsteemiga, järeldab BAI, et hulgimüüjatel polnud muud väljapääsu, kui sellele kontrollile alluda, kahandada oluliselt tellimusi ja seetõttu vähendada ka ekspordi ilma, et tootja oleks pidanud neid otseselt ähvardama.

61 Ekspordikeelu osas on eksportivate hulgimüüjate vastu kasutatavate sanktsioonide olemasolu BAI jaoks vaieldamatu fakt, sest Bayer jälgis pidevalt oma toodete tarneid ja kohaldas oma käitumist turu arengutega. Selle järelduse toetuseks kinnitab ta, et otsuse põhistuses 87 sisalduv tabel Adalate 20 mg LP tellimuste kohta tõendab selgelt, et iga hulgimüüja, kes talle tarnitud kaupa eksportis, pidi arvestama, et kui ta seda teeb, kahandatakse talle müüdavaid koguseid, ja et Bayer reageeris alati hulgimüüjate tellimuste suurusele ning karistas eksportivaid hulgimüüjaid, kahandades neile tarnitava kauba koguseid oluliselt.

II - *Esimese Astme Kohtu hinnang*

A. *Eelmärkused*

62 Väljakujunenud kohtupraktika kohaselt peab Esimese Astme Kohus asutamislepingu artikli 85 lõike 1 tühistamishagi menetlemise juures korraldama põhjaliku uurimise, kas asutamislepingu artikli 85 lõike 1 rakendamise tingimused olid täidetud (kohtuasi 42/84 Remia vs komisjon, EKL 1985, lk 2545, lõige 34; liidetud kohtuasjad 142/84 ja 156/84 BAT ja Reynolds vs komisjon, EKL 1987, lk 4487, lõige 62).

63 Vastavalt asutamislepingu artikli 85 lõikele 1:

Ühisturuga on kokkusobimatud ja keelatud kõik sellised ettevõtjatevahelised kokkulepped, ettevõtjate ühenduste otsused ja kooskõlastatud tegevus, mis võivad mõjutada liikmesriikidevahelist kaubandust ning mille eesmärgiks või tagajärjeks on takistada, piirata või kahjustada konkurentsi ühisturu piires ...

64 Selle artikli sõnastusest on selge, et sellega antud keeld puudutab ainult kahe- või mitmepoolset koordineeritavat käitumist ettevõtjatevaheliste kokkulepete, ettevõtete liitude otsuste ja kooskõlastatud tegevuse vormis.

65 Käesoleval juhul leiab otsus, et eelnimetatud artikli tähenduses on olemas kokkulepe ettevõtete vahel. Hageja jääb endale siiski kindlaks, et otsus karistab teda käitumise eest, mis oli ühepoolne ja mis seetõttu ei kuulu nimetatud artikli reguleerimisalasse. Ta väidab, et komisjon on tõlgendanud kokkulepet asutamislepingu artikli 85 lõike 1 tähenduses erinevalt senisest kohtupraktikast ja selle tõlgenduse rakendamine käesoleva juhtumi kohta rikub asutamislepingu seda sätet. Komisjon väidab, et ta lähtus selle mõiste hindamisel täielikult kohtupraktikast ja rakendas seda käesoleva juhtumi faktidele täiesti asjakohaselt. Sellepärast tuleb hoolikalt uurida, kas arvestades sellele mõistele kohtupraktikas antud tõlgendusega oli komisjonil õigus leida, et otsusega tuvastatud käitumine sisaldas jooni, mis lubavad seda pidada kokkuleppeks asutamislepingu artikli 85 lõike 1 tähenduses.

B *Kokkuleppe mõiste asutamislepingu artikli 85 lõike 1 tähenduses*

66 Kohtupraktika näitab, et kui tootja otsus on ainult tema ühepoolne käitumine, ei puuduta asutamislepingu artikli 85 lõikes 1 antud keeld seda otsust (kohtuasi 107/82 AEG vs komisjon, EKL 1983, lk 3151, lõige 38; liidetud kohtuasjad 25/84 ja 26/84 Ford ja Ford Europe vs komisjon, EKL 1985, lk 2725, lõige 21; kohtuasi T-43/92 Dunlop Slazenger vs komisjon, EKL 1994, lk II-441, lõige 56).

67 Samuti on kohtupraktikast selge, et asutamislepingu artikli 85 lõike 1 tähenduses kokkuleppe olemasoluks piisab, et kõnealused ettevõtted on ilmutanud oma ühist kavatsust käituda turul teataval viisil (kohtuasi 41/69 ACF Chemiefarma vs komisjon, EKL 1970, lk 661, lõige 112; liidetud kohtuasjad 209/78 - 215/78 ja 218/78 Van Landewyck ja teised vs komisjon; EKL 1980, lk 3125, lõige 86; kohtuasi T-7/89 Hercules Chemicals vs komisjon., EKL 1991, lk II-1711, lõige 256).

68 Nimetatud ühise kavatsuse vormi osas piisab, et kokkuleppe tingimustes on välja toodud poolte tahe toimida lepingu tingimuste kohaselt (vt eriti, ACF Chemiefarma, lõige 112, ja Van Landewyck, lõige 86) ilma, et see peaks siseriikliku seaduse kohaselt kujutama endast kehtivat ja siduvat lepingut (Sandoz, lõige 13).

69 Sellest järeldub, et kokkuleppe definitsioonis asutamislepingu artikli 85 lõike 1 tähenduses ja sellisena, nagu seda on tõlgendatud kohtupraktikas, on kesksel kohal vähemalt kahe osapoolse ühine tahe ning sellel, millises vormis seda tahet ilmutatakse ei ole tähendust, niikaua kui see väljendab täpselt seda tahet.

70 Teatavatel juhtudel on meetmeid, mida tootja on näiliselt ühepoolset kasutusele võtnud või mida ta on pikaajalistes kaubandussuhetes oma tarnijate suhtes kohaldanud, loetud kokkuleppeks asutamislepingu artikli 85 lõike 1 tähenduses (liidetud kohtuasjad 32/78, 36/78-82/78 BMW Belgium ja teised vs komisjon, EKL 1979, lk 2435, lõiked 28 - 30; AEG, lõige 38; Ford ja Ford Europe, lõige 21; kohtuasi 75/84 Metro vs komisjon (Metro II, EKL 1986, lk 3021, lõiked 72 ja 73; Sandoz, lõiked 7 - 12; kohtuasi C-70/93 BMW vs ALD, EKL 1995, lk I-3439, lõiked 16 ja 17).

71 Kohtupraktikast nähtub, et tuleb teha vahet sellistel kohtuasjadel, kus ettevõtte on kasutusele võtnud tõeliselt ühepoolse meetme, milles teine ettevõtte ei osale ei otse ega vaikumisi ja kohtuasjadel, kus meetme ühepoolsus on vaid näiline. Kuigi esimesed neist ei kuulu asutamislepingu artikli 85 lõike 1 alla, tuleb viimatimainitud meetmeid lugeda ettevõtetevaheliseks kokkuleppeks ja seetõttu võivad nad kuuluda nimetatud artikli reguleerimisalasse. See on ennekõike nii praktikate ja meetmete puhul, mis - kuigi tootja on nad vastu võtnud oma lepinguliste suhete raames vahendajatega näiliselt ühepoolset - on nendel meetmetel vähemalt vahendajate vaikiv nõusolek.

72 Samuti on kohtupraktikast selge, et komisjon ei saa väita, et tootja näiliselt ühepoolne käitumine, mida rakendatakse tema ja vahendajate lepinguliste suhete raames, oleks tegelikkuses aluseks ettevõtjatevahelisele kokkuleppele asutamislepingu artikli 85 lõike 1 tähenduses, kui komisjon ei suuda tuvastada teiste poolte otsust või vaikivat nõusolekut tootja käitumisega (BMW Belgium, lõiked 28 - 30; AEG, lõige 38; Ford ja Ford Europe, lõige 21; Metro II, lõiked 72 ja 73; Sandoz, lõiked 7 - 12; BMW vs ALD, lõiked 16 - 17).

C Kokkuleppe mõiste rakendamine käesolevas asjas

73 Käesolevas asjas on komisjon leidnud, et kuigi poolte vahel ekspordi piiramise või vähendamise kohta sõlmitud kokkuleppe kohta puuduvad dokumentaalsed tõendid, ilmneb selle kokkuleppe aluseks olev ühtne tahe selgesti hageja ja hulгимүүјјate käitumisest, millele on vastavalt ka otsuses viidatud.

74 Nii tõdeb komisjon otsuses (põhistus 155), et Bayer France ja Bayer Spain rikkusid asutamislepingu artikli 85 lõiget 1 ja nimetatud artikli kohaldamise tingimused on täidetud, kuna nimetatud tütarettevõtjad seadsid sisse ekspordikeelu osana klientide ja tütarettevõtjate vaheliste jätkuvatest kaubandussuhetest. Seejärel väidab komisjon (põhistus 156), et Bayer France ja Bayer Spain käitumine oma hulгимүүјјate suhtes näitab, et Bayer France ja Bayer Spain kehtestasid oma kaubandussuhetes hulгимүүјјatega ekspordikeelu ja esitab asjaolu, et hulгимүүјјad olid selle ekspordikeeluga vaikumisi nõustunud, kui tõestatud fakti (põhistus 176).

75 Kui komisjon viitab otsuses ekspordikeelule, peab ta sellega silmas ühepoolset nõudmist, milles hageja ja hulгимүүјјad on kokku leppinud. Komisjon järeldas asutamislepingu artikli 85 lõike 1 vastase kokkuleppe olemasolu kuna ta leidis, et on tuvastatud fakt, et hageja soovis sõlmida ja sõlmiski Prantsuse ja Hispaania hulгимүүјјatega kokkuleppe, mille eesmärgiks oli paralleelimpordi piiramine.

76 Hageja möönab, et ta võttis kasutusele ühepoolse poliitika, mille eesmärgiks oli paralleelimpordi vähendamine. Sellegipoolest ta eitab, et ta oleks kavandanud või rakendanud ekspordikeeldu. Ta eitab, et ta oleks sellel teemal hulгимүүjatega kunagi isegi vestelnud, rääkimata sellest, et oleks nendega sõlminud kokkuleppe, et takistada neid eksportimast või piirata nende tegevust neile tarnitud koguste eksportimisel. Lisaks ta märgib, et hulгимүүjad ei järginud mingil moel tema ühepoolset poliitikat ega soovinudki seda teha.

77 Antud olukorras on selleks, et määratleda, kas komisjon on nõuetekohaselt tuvastanud pooltevahelise ühise tahte olemasolu paralleel ekspordi piiramise küsimuses, on vaja uurida, kas on õige hageja väide, et komisjon on nii Bayeri kui ka hulгимүүjate kavatsusi valesti hinnanud.

1. Hageja väidetav kavatsus kohaldada ekspordikeeldu

a) Eelmärkused

78 Otsuses esitatakse kui tuvastatud fakti, et hageja kohaldas oma Prantsuse ja Hispaania tütarettevõtjate vastu ekspordikeeldu, identifitseerides eksportivad hulгимүүjad ja rakendades nende suhtes neile tarnitavate koguste järkjärgulist vähendamist, kui ilmnes, et nad ekspordivad kogu või osa neile tarnitud toodangust. Otsuse põhjendava osa punkti 156 teise lõike kohaselt võib ekspordikeelu olemasolu järeldada järgmiste täiendavate tegurite põhjal: a) eksportivate hulгимүүjate identifitseerimise süsteem ja b) tarnitavate koguste järkjärguline vähendamine Bayer France ja Bayer Spain poolt, juhul kui hulгимүүjad ekspordisid kogu või osa neile tarnitud toodangust.

79 Otsuses toob komisjon välja (põhistused 160 - 170) põhjused, miks ta peab tuvastatud faktiks, et hageja vähendas järkjärgult Bayer France ja Bayer Spain poolt hulгимүүjatele tarnitavaid koguseid juhul, kui hulгимүүjad osa või kogu toodangu ekspordisid, mistõttu ekspordikeelu järgimine oli tarnimise eelduseks. Komisjon väidab otsuse põhjendava osa punkti 160 esimeses lõigus: Kui hulгимүүjad ekspordivad osa saadud toodangust, riskivad nad sellega, et Bayer France ja Bayer Spain vähendavad nende järgnevaid tellimusi. Põhistuses nr 163 lisab komisjon: Komisjoni käsutuses olevad tõestusmaterjal näitab, et tarnitavad kogused, millega Bayer France ja Bayer Spain nõustusid, sõltusid ekspordikeelu järgimisest. Bayer France ja Bayer Spain kavandasid tarnitavate koguste vähendamist selle alusel, kuidas hulгимүүjad ekspordikeelule reageerisid. Kui hulгимүүjad ekspordikeeldu rikkusid, põhjustas see neile automaatselt saadava kaubakoguse edasise vähendamise.

80 Komisjon järeldab sellest (põhistus 170): Kõik need Bayer France ja Bayer Spain käitumise aspektid näitavad, et nimetatud kaks ettevõtet hoidsid oma hulгимүүjaid pideva hirmu all, et nendele tarnitavaid koguseid võidakse vähendada ning viisid oma ähvarduse ka korduvalt ellu, kui hulгимүүjad ei allunud ekspordikeelule.

b) Hageja poolt Adalati vahendamise jälgimiseks kasutusele võetud süsteemi ulatus

81 Hageja möönab, et ta kasutas üldist süsteemi, mis võimaldas tal jälgida Adalati vahendamistegevust selleks, et rakendada oma poliitikat täita tellimusi ainult ulatuses, mis oli vajalik hulгимүүjate tavapärase klientide varustamiseks. Samuti möönab ta, et selleks, et nimetatud poliitikat õigesti rakendada, oli tal huvi teada, millised hulгимүүjad tegelevad ekspordiga. Kuid ta väidab vastu, et nimetatud infosüsteem ei võimaldanud tal läbi viia kontrolli pärast tarne toimumist, et kindlaks teha, kas tarnitud tooted tegelikkuses eksporditi või mitte. Süsteem võimaldas ainult määrata koguseid, mis igale hulгимүүjale eelnevate

aastate jooksul oli saadetud ja sellel alusel panna ette paika kogused, mida ta edaspidi kavatses igale hulгимүүjale eraldada. Seetõttu jääb hageja endale kindlaks, et on faktiliselt vale komisjoni väide, nagu oleks Bayer tarninud igale hulгимүүjale ainult sel tingimusel, et uue poliitika kohaselt tarnitud koguseid ei eksporditi edasi Ühendkuningriiki ja et ta seadis sisse süsteemi, mis võimaldas tal karistada hulгимүүjaid, kes pärast selle poliitika rakendamist ikkagi edasi ekspordisid.

82 Et kirjeldada hageja poolt Adalati vahendamise jälgimiseks kasutusele võetud süsteemi, tugineb komisjon otsuse põhistuses 109 toodud dokumendile, mis pärineb Bayer Spainilt ja mille komisjoni ametnikud leidsid Bayer France ruumidest. See dokument kujutab endast slaidiseeriat, mida üks Hispaania tüdarettevõtte juhtidest kasutas Bayer France ruumides toimunud koosolekul, et selgitada Adalati vahendamise jälgimiseks Hispaanias kasutusele võetud süsteemi. Komisjoni sõnul kirjeldab see dokument täielikult süsteemi, mida hageja kasutas tuvastamiseks, millised hulгимүүjad tegelevad ekspordiga.

83 Hageja möönis kohtuistungil, et need slaidid kirjeldavad tema poolt kasutatud süsteemi õigesti. Kuna tegu on dokumendiga, mis oli mõeldud ainuüksi Bayeri kontserni siseseks kasutamiseks, tuleks seda pidada heaks näiteks viisi kohta, kuidas Bayer otsustas paralleelimpordile vastu astuda.

84 Kohus sedastab, et slaidid algavad lühikese ülevaatega probleemi sisu kohta, milles märgitakse, et Adalati tellimuste maht tõusis paari nädala jooksul 300%, et tellimuste mahu tõus tõi kaasa laodefitsiidi, et see seadis ohtu kogu maa ühtlase varustamise, et see tekitas hulгимүүjates, siseriiklikes ja rahvusvahelistes müügiorganisatsioonides ja apteekides üldist pahameelt, ja lõpuks, et tungiva vajaduse tõttu Adalati järele sai häiritud tootmise rütm.

85 Järgmiseks näitavad slaidid, et hageja meelest oli parim lahendus probleemile, mille tekitas järsk ja peadpööriv tõus Adalati tellimuste mahus, määrata igale hulгимүүjale juba ette kindlaks talle tarnitav tootekogus, võttes sealjuures arvesse rida tegureid, kaasaarvatud nende eksportijate kindlakstegemine, kes tegelevad ekspordiga. Dokument näitab ka, et nimetatud kontrollisüsteemi rakendamiseks Hispaanias valmistus Bayeri kontsern pidama asjassepuutuvate hulгимүүjatega läbirääkimisi neile eraldatavate tarnete mahu üle. Selleks mõtles Bayeri kontsern välja esmase argumendi, mille pidid esitama kõik alama taseme tarnimisosakonnad: nimelt, et laos ei jätku kaupa ning seejärel nimetama ametisse isiku, kelle ülesandeks on pidada otsekontakte hulгимүүjatega, kes etteaimatavalt hakkavad nõudma, et ettemääratud tarnemahud uuesti läbi vaadataks.

86 Slaididelt on näha, et igale hulгимүүjale seatud piirangu rakendamiseks võimaldas süsteem automaatselt blokeerida tellimuse, mis ületas antud hulгимүүjale eraldatud koguse, et selline tellimus hiljem käsitsi läbi vaadata. Edasi toob dokument välja, et süsteemil on muude eeliste hulgas võimalus kindlaks teha kahtlasi hulгимүүjaid. Lõpuks näitavad slaidid käsitsi läbivaadatavate tellimuste suhtes ettevõetavate meetmete osas, et süsteemi kohaselt tellitavat kogust pigem vähendati, kui tühistati tellimus.

87 Selle kontrollisüsteemi praktilist rakendust illustreerib täpselt nendes slaidides sisalduv tabel pealkirjaga „Tulemus“, mis on ära toodud otsuse põhistuses 109. Tabel näitab, et Bayer Spain pani iga hulгимүүja tellimuste kohta ette paika igakuised ja - aastased limiidid ning et ta iga saatelehe alusel kontrollis, ega hulгимүүja pole seda limiiti ületanud.

88 Kuid slaididest ei ole näha, et Bayer oleks kavatsenud keelata ekspordid või kontrollida jälgimise all olevate hulгимүүjate poolt eksporditavaid koguseid ega selle alusel meetmeid võtta.

89 Sellepärast ei saa vastupidiselt komisjoni esitatud tõlgendusele väita, et eelmainitud asutusesisese dokumendi sisu näitab, et hageja strateegia põhines tarnitavate toodete lõpliku sihtkoha jälgimisel ja eksportivate hulгимүүjate karistamisel.

90 Järgmiseks on vaja uurida näiteid Prantsuse ja Hispaania hulгимүүjate kohta, kellele komisjon vihjab oma järelduse toetuseks, et tarnete vähendamine ei olnud ühepoolselt ette kindlaks määratud vaid kujutasid endast reageerimist hulгимүүja käitumisele tellimuste küsimuses ja seetõttu tõendavad, et eksportide süstemaatilise jälgimise poliitika oli olemas ja hulгимүүjatele, kes neile tarnitud kogused eksportisid, määrati selle eest karistus.

91 Seoses CERP Lorraine juhtumiga viitab komisjon tellimuste tabelile, mille esitas nimetatud Prantsuse hulгимүүja ja mis on toodud otsuse põhistuses 87. Komisjon väidab, et vastavalt sellele tabelile, et kuigi CERP Lorraine esitas 1991 jaanuari ja 1992 veebruari vahelisel perioodid iga kuu tellimuse 50 000 kuni 70 000 Adalati karbile ja sai Bayer France'ilt 1991 juulis 69 000 karpi Adalati, sai ta septembris 1991 ainult 35 000 karpi ja järgneva kolme kuu jooksul ainult 15 000 karpi kuus ja veebruaris 1992 ainult 7 500 karpi kuus. Komisjon väidab kindlalt, et sellised tarnete vähendamised tõendavad, et Bayer ei rakendanud alati sama kriteeriumi, nimelt eelmise aasta tellimusel põhinevat viitekogust.

92 Otsuse põhistusest 87 ilmneb, et alates 1991. a. septembrist vähendas Bayer võrreldes eelmiste kuudega oluliselt tarneid sellele hulгимүүjale, tuules põhjuseks laodefitsiidi Prantsuse turul. Tarnitud koguste võimalikku eksporti ei mainita. Seetõttu ei saa komisjon tugineda sellele tellimuste tabelile oma argumentide toetuseks, et tarnimisele oli asetatud tingimus. Vastupidi, otsuse samas põhistuses tuuakse ära kiri Bayer France'ilt CERP Lorraine'ile, milles komisjoni sõnul Bayer France rõhutab, et CERP Lorraine'i igakuine (keskmine) vajadus oli 9000 pakki ja seetõttu ei saanud Bayer France täita järgmisel aastal ootamatult kasvanud nõudmist. Seda tõdemust tuleb tõlgendada kui kinnitust hageja väitele, et tema uus tarnepoliitika põhines iga hulгимүүja tavapärasel vajadusel, mis CERP Lorraine'i puhul oli 7-9 korda vähem, kui kogused, mida ettevõtte uue poliitika rakendamisele eelnevatel kuudel tellis. Hageja väidet kinnitab ka otsuse põhistus 165, kus on kirjas, et Bayer France jälgis tähelepanelikult CERP Lorraine'i tellimusi ja nõustus talle tarnima ainult täpselt sama koguse, kui eelmisel aastal.

93 Prantsuse hulгимүүja OCP juhtum lubab teha samasuguse järelduse. Otsuse põhistuses 91 kirjeldatakse selle hulгимүүja olukorda, kes oli Bayer France'ile teada andnud, et ta kavatses 1992. a. märtsiks, aprilliks ja maiks tellida 50 000 pakki Adalati. Mainitakse OCP teleksit Bayer France'ile, milles kaevatakse, et nad said veebruaris ainult 15 000 pakki ja märtsis 5000. Kuid kuna teleksis ei mainita mingit ekspordikeeldu, ei saa komisjon kasutada seda toetuseks oma väitele, et tarnimisele oli seatud tingimus.

94 Hispaania hulгимүүja Hefame osas väidab komisjon, et tuvastati, et ka tema tegeleb paralleleleksportiga. Otsuse põhistuses 120, kus tuuakse ära selgitused, mida Hefame oli väidetavasti andnud Ühendkuningriigi rahulolematutele klientidele, väidab komisjon, et viide liiga suureks paisunud ja rahvusvahelise kontrolli alla sattunud paralleleleksportist (viimasega peetakse silmas Bayerit) näitab, et olukord oli hageja kontrolli all, et hageja teadis täpselt, millised hulгимүүjad tegelesid paralleleleksportiga ja et ta karistas neid selle eest. Kuid isegi kui see dokument peaks tõendama, et Bayer piiras tarneid Hefamele, mis tekitas viimase klientidele probleeme, ei toeta see sellegipoolest komisjoni väidet, et tarnimise tingimuseks seati kauba lõplik sihtkoht, kuna ühtegi neist teguritest ei saa tõlgendada kui tõendit, et Bayer proovis keelata tarnitud kauba eksportimist ja karistas sellise teguviisi eest. Vastupidi: näib, et fakti, et Bayer seadis sisse oma tarnetele limiidid vastavuses siseriiklikule vajadusele, kinnitavad järgnevad laused, mis sisalduvad otsuse põhistuses 120 toodud dokumendis:

Mõistan, et te pole selle uudisega rahul, kuid olukord on aastaga muutunud ning paralleleleksport on liiga suureks paisunud ja sattunud rahvusvahelise kontrolli alla. ... Meil on juba mõnda aega esinenud raskusi piisavate koguste Adalati hankimisega... ja toodete saamisega Hispaaniast. ... Paistab, et taas kord teevad Bayer ja (...) kõik neist oleneva, et hoida nende toodete kättesaadavus ranges kooskõlas Hispaania eeldatavate vajadustega, millega nad takistavad kaupade vaba liikumist EÜs. Kas nende firmade vastu ei oleks võimalik midagi ette võtta?

95 Otsuse põhjustes 122 – 124 tuuakse ära lepingud, mille Hefame oli teinud väiksemate hulgemüüjatega. Ühe sellise lepingu kohaselt, mis moodustab osa komisjoni dokumentidest, kohustus üks väiksem hulgemüüja aidata täiendada Hefame tootevalikut ja -varu tema käsutuses oleva kaubaga, võimaldades nii Hefamel täita välisklientide tavapärased tellimused. Komisjon väidab, et Hefame sõlmis sellised kokkulepped, kuna ta teadis, et temale, kui eksportijale uusi Adalati tarneid ei võimaldata. Komisjoni sõnul tõendab see, et tarned ei toimunud vastavalt varem määratud mahtudele või limiitidele, kuna teatavatele hulgemüüjatele, keda ei kahtlustatud, võimaldati ilma igasuguste raskusteta suuremaid koguseid, ja et hageja tegi väga selget vahet hulgemüüjatel, keda ta kahtlustas paralleleleksportis ja hulgemüüjatel, kelle kohta oli teada, et nad ei tegele paralleleleksportiga. Lõpuks on otsuses kirjas (põhistus 124), et hageja pani sellisele hulgemüüjate vahelisele tarnimisele kiiresti piiri, kuna ta luges ka need väiksemad hulgemüüjad paralleleleksportijateks ja vähendas vastavalt neile ettenähtud koguseid.

96 Kohus märgib, et need väljavõtted dokumentidest näitavad tõepoolest, et nimetatud hulgemüüja ja kohalike hulgemüüjate vahel oli kokkulepe, millega esimene püüdis hankida endale kaubakoguseid lisaks sellele, mille tarnis talle hageja. Kuid sellegipoolest ei sisalda nad tõendeid väitele, et hageja tarnepoliitika iga hulgemüüja suhtes sõltus selle hulgemüüja tegelikust käitumisest talle tarnitud toodete lõpliku sihtkoha osas. Vastupidiselt komisjoni väitele ei näita dokumendid, millele viidatakse otsuse põhjustes 122, et tarnimine uue poliitika kohaselt ei toimunud vastavalt eelnevalt paika pandud mahtudele või limiitidele tavapärase vajaduse alusel. Lisaks väidab ka komisjon ise otsuse põhjustes 124 ja 168, et kui Bayer, rakendades oma uut poliitikat piirduda tarnimisel tavapärase vajaduste täitmisega, avastas, et väiksemad hulgemüüjad tellivad võrreldes kohalike turgude tavaliste vajadustega erakordselt suuri koguseid, otsustas ta tarnida neile kaupa ainult koguses, mis vastas nende tavalistele vajadustele.

97 Cofarese juhtumi osas tsiteerib komisjon otsuse põhjustes 121 ütlust, mille nimetatud hulgemüüja väidetavalt tegi ajal, kui komisjon toimetas tema ruumides uurimist.

98 See ütlus vihjab kõigepealt üldiselt raskustele, mida teatavad ravimitehased tekitavad ekspordiks mõeldud toodete osas ja täpsemalt Cofarese ja Bayer Spain vahelistele aruteludele siseriikliku turu vajaduste suuruse kohta. Sellegipoolest: kuigi see ütlus vihjab varustamisraskustele, ei mainita seal mingit Bayeri poolt kehtestatud ekspordikeeldu ega Bayeri katset jälgida Hispaaniasse tarnitud kauba tegelikku lõplikku sihtkohta, et reageerida vastavalt, kui need tooted eksporditakse. Seetõttu ei saa komisjon tugineda sellele ütlusele oma argumentide toetuseks, et tarnimisele oli asetatud tingimus.

99 Hufasa osas tuuakse otsuse põhjustes 127 ära nimetatud hulgemüüja koostatud protokoll koosoleku kohta, millest võtsid osa Bayer Spaini esindajad ja mille eesmärgiks oli suuremate tarnete saamine Bayerilt; see oli ühtlasi dokument, millele komisjon omistas ekspordikeelu tuvastamise seisukohalt suurt tähtsust (otsuse põhjustes 166 ja 167).

100 Kuid Hufasa koostatud dokument ei sisalda mingeid viiteid hageja poolt kohaldatud ekspordikeelu kohta ega ka tema poolt tarnitud toodete tegeliku sihtkoha väidetavat

süsteematilist jälgimist pärast tarnimist. Vastupidiselt komisjoni väidetele ei viita selles dokumendis midagi Hufasa väidetavale vajadusele veenda Bayerit, et ta ei kavatse ekspordiga tegeleda.

101 Samuti tuleb märkida, et ka otsuses endas tuuakse välja faktid (põhistused 96 ja 159), mis kinnitavad hageja väiteid kasutusele võetud tarnepoliitika suhtes. Nõnda, kui põhistuses 96 väidetakse, et Bayer France peab loomulikult siseturu nõudmiste kasvamist või kahanemist 10 % ulatuses, räägib otsus sellega vastu komisjoni argumendile, et Bayer ei võtnud mainitud meedet kasutusele. Samasuguse tähelepaneku võib teha põhistuse 159 kohta, kus - viidates põhistustele 78 ja 79 - väidetakse, et komisjoni käsutuses on dokumendid, mis sisaldavad igakuiseid tabeleid tellitud koguste kohta ja milles on esile tõstetud tõus tellitud kogustes võrrelduna eelmise aasta statistiliste andmetega.

102 Lõpuks ei saa komisjon antud juhul vastu väita hageja ütlusele, et tarnitavate toodete kogused määrati ette vastavalt tellija tavapärastele nõudmistele, millele lisati 10%, arvestamata toodete võimaliku eksportimisega, tuginedes sellele, et seda poliitikat polnud alati võimalik järgida täpselt ja automaatselt. Nagu hageja kohtuistungil selgitas: kuna tema uue tarnimispoliitika kohaldamine viibis paari kuu võrra, on võimalik, et koguseid, mida tarniti hulgimüüjatele, kes olid selle poliitika kasutuselevõtu järgselt saanud väga suuri koguseid, vähendati hiljem vastavalt Bayeri kontserni sisestatistika määratletud tavapärastele vajadustele. Eriti kehtis see CERP Lorraine'i puhul (kirjeldatud otsuse põhistuses 87), kes 1991 aasta alguses sai kätte kõik tellimusele vastavad kogused, mis ületasid 60 000 pakki Adalati kuu kohta, kuid hiljem eraldati talle ainult 9000 pakki kuus, milline kogus vastas tema tellimustele enne paralleelimpordi probleemi esilekerkimist. Lisaks asjaolu, et hulgimüüjad, keda hageja eksportimises ei kahtlustanud, said lisakoguseid kätte kergemini kui need, keda peeti eksportijateks - mida ka hageja ei tundnud eitavat - ei lükka ümber ülalpool toodud väidet, et eksportide jälgimise süsteemi olemasolu ja tabatud eksportijate karistamise kohta puuduvad tegelikult tõendid.

103 Dokumentaalsete tõendite osas, mis Prantsusmaa kohta tuuakse üksikasjaliselt ära otsuse põhistustes 83 - 85 ja 96 - 103, ning Hispaania kohta põhistustes 110 - 131, ja millele komisjoni väite toetuseks viidatakse otsuse põhistuses 160, siis piisab, kui märkida, et - nagu ka äsja analüüsitud dokumendid - ei näita need mingil moel, et Bayer oleks sisse seadnud tarnepoliitika, mis seadis tarnete saamise tingimuseks väidetava ekspordikeelu järgimise.

104 Kohtuistungil ja oma vastuses kohtu küsimusele viitas komisjon otsuse põhistustele 80, 110, 140 ja 147, et toetada oma väidet, mille kohaselt seati ekspordikeelu järgimine tarnete saamise tingimuseks.

105 Nendes otsuse põhistustes tuuakse ära kirjad, mida vahetasid omavahel Briti ja Prantsuse tütarettevõtjad, Hispaania tütarettevõtja ja emaettevõtte Bayeri kontsern, Briti tütarettevõtte ja emaettevõtte, ning lisaks veel Bayer France juhatusesisene märgukiri. Kõik need dokumendid puudutavad uue tarnepoliitika rakendamist Bayeri kontsernis ning Adalati vahendamise jälgimise süsteemi paralleelimpordi vastu võitlemiseks. Need dokumendid tõendavad, et Bayeri kontsernil oli huvi teada saada, millised hulgimüüjad kavatsevad eksportida. Kuid kuna nendes dokumentides ei viidata kavatsusele jälgida hulgimüüjate tegevust ja karistada neid hulgimüüjaid, kes tarnitud kaupa ekspordivad, ei saa komisjon kasutada neid dokumente oma argumendi toetuseks.

106 Ka komisjoni argumendid, mis põhinevad hulgimüüjate subjektiivsel arusaamisel olukorrast, ei võimalda muuta eelpool toodud järeldusi, mis puudutavad hageja väidetavat kavatsust kehtestada ekspordikeeld ja kohaldada selle rikkumise eest karistusi.

107 Komisjon väidab, et hulгимүүжид olid hageja motiividest teadlikud ja et seepärast arvasid, et Bayeri kehtestatud piirangud on seotud ekspordiga. Ta lisab, et hulгимүүжиде huvis oli vormiliselt ekspordikeeldu järgida ja nad nõustusid selle keeluga, et kindlustada enda piisav varustamine Adalatiga. Lõpuks lisab ta, et hulгимүүжид, kes ekspordikeeldu ei järginud, seadsid ennast Bayeri-poolsete sanktsioonide ja ähvarduste ohu alla.

108 Kuid nagu eelpool öeldud, ei ole komisjon suutnud tuvastada, et hageja kehtestas poliitika tarnitud kauba lõpliku sihtkoha jälgimiseks ja seadis tarded sõltuvusse sellest sihtkohast. Seepärast on faktiliselt vale väide, et hulгимүүжиде huvis oli vormiliselt ekspordikeeldu järgida ja nad nõustusid selle keeluga, et kindlustada endale piisav Adalatiga varustamine. Lisaks ei ole komisjon suutnud nõuetekohaselt tõendada sanktsioonide olemasolu hulгимүүжиде vastu, kes saadud Adalati edasi saatsid ega ka Bayeri ähvardusi seoses sellega. Samuti ei ole komisjon esitanud mingeid tõendeid, mis isegi kaudselt viitaksid, et Bayer oleks hulгимүүжидelt nõudnud, et nad ei tohi neile tarnitud toodangut ekspordida ega et hulгимүүжид oleksid andnud Bayerile ekspordimise kohta kinnitusi. Vastupidi – nagu väidab hageja: kuna tarnitavate toodete lõplikku sihtkohta ei jälgitud, ei pidanud hulгимүүжид sanktsioone kartma, ega ka kartnudki neid, nagu näha otsuse põhistuses 185 tsiteeritud hulгимүүжиде ütlusest: Tähtis on tegelik tarne, mitte aga tellimus. Sellises olukorras ei piisa faktist, et hulгимүүжид teadsid hageja kavatsust takistada paralleelimporti, et luua väidetav seos tarnete piiramise ja hulгимүүжиде ekspordikäitumise vahel.

109 Eeltoodu põhjal tuleb järeldada, et komisjon ei ole nõuetekohaselt tõendanud, et Bayer France ja Bayer Spain kehtestasid oma hulгимүүжиде ekspordikeelu ega ka, et pärast uue tarnimispoliitika kehtestamist jälgis Bayer süstemaatiliselt hulгимүүжиде tarnitud Adalati lõplikke sihtkohti ega, et hageja oleks ekspordivate hulгимүүжиде suhtes võtnud tarvitusele ähvardused ja sanktsioonid ega, et ta oleks seadnud selle toote tarnimise tingimuseks väidetava ekspordikeelu järgimise.

110 Samuti ei näita otsuses toodud dokumendid, et hageja oleks püüdnud sõlmida hulгимүүжидега ükskõik millises vormis kokkuleppeid, mille eesmärgiks on tema poolt paralleelimpordi vähendamiseks kavandatud poliitika rakendamine.

2. Hulгимүүжиде väidetav kavatsus järgida hageja poliitikat, mille eesmärgiks oli paralleelimpordi vähendamine

a) Eelmärkused

111 Käesolevas kohtuasjas nõustub hageja, et ta kehtestas ja võttis ühepoolselt kasutusele uue tarnepoliitika, mille eesmärgiks oli raskendada hulгимүүжиде paralleel ekspordiga tegelemist. Nagu eespool märgitud, võib kohtupraktika kohaselt tootja näiliselt ühepoolne käitumine, mida rakendatakse lepinguliste suhete raames vahendajatega, tegelikkuses olla aluseks ettevõtjatevahelisele kokkuleppele asutamislepingu artikli 85 lõike 1 tähenduses, kui tuvastatakse, et ülejäänud lepingupooled on selgelt väljendanud või vihjanud, et nad nõustuvad tootja tegevusega.

112 Komisjoni väidab, et oma tarnete piiramise poliitika elluviimiseks arvestas hageja hulгимүүжиде nõusolekuga.

113 Seetõttu tuleb selles kohtuasjas ilmsiks tulnud asjaoludega arvestades kaaluda, kas komisjon on nõuetekohaselt tõendanud, et hulгимүүжид järgisid otseselt või kaudselt Bayeri poolt kasutusele võetud ühepoolset paralleelimpordi takistamise poliitikat.

b) Tõendid hulгимүүжиде kaudse nõusoleku kohta

114 Komisjon väidab otsuse põhistuses 176, et hulgimüüjate käitumine näitas kaudset nõusolekut ekspordikeeluga ja kirjeldab seda käitumist pikemalt põhistustes 181 – 185. Ta jõuab sellise järelduseni mitmete faktide põhjal, mida ta peab tõendatuks.

115 Esiteks märgib komisjon (põhistus 180), et ühelt poolt olid hulgimüüjad teadlikud ekspordikeelu olemasolust, milline tegur sai tema väitel otsustavaks Sandozi juhtumi puhul ja et sellele toetudes võis ainult seetõttu, et hulgimüüjad ekspordikeelule ei reageerinud, lugeda, et nad nõustusid sellega, mistõttu oli täidetud ka kokkuleppe olemasolu eeldus, ning teisest küljest, et - nagu ka Sandozi juhtumi puhul - moodustas ekspordikeeld osa jätkuvatest kaubandussuhetest Bayer France või Bayer Spain ja nende hulgimüüjate vahel.

116 Teiseks väidab komisjon (põhistus 180), et käesolevas kohtuasjas on Sandozi juhtumis oluliseks peetud elementidele lisaks veel üks seik – nimelt see, et hulgimüüjate käitumine näitab, et nad mitte ainult ei mõistnud, et ekspordikeeld puudutab neile tarnitavaid tooteid vaid, et nad kohaldasid oma käitumist selle keeluga.

117 Komisjoni arvates tõestab fakti, et hulgimüüjad kohaldasid oma tegevust Bayer France ja Bayer Spain nõudmistega see, et niipea, kui hulgimüüjad mõistsid Bayer France ja Bayer Spain tegelikke kavatsusi, näitasid nad vähemalt näiliselt, et nad jäävad nõusse ekspordikeeluga, mille nende varustaja oli nendevahelistes kaubandussuhetes kasutusele võtnud (põhistus 181). Nad kohaldasid oma käitumist Bayer France ja Bayer Spain nõudmistega, nagu nähtub ka nendest süsteemidest, mida nad endale tarnete kindlustamiseks käiku lasksid, eriti ekspordiks mõeldud kauba tellimuste jagamine erinevate Bayeri kontorite vahel ja väiksemate hulgimüüjate tehtavad tellimused (põhistus 182).

118 Otsuse kohaselt (põhistused 183 ja 184) jäid hulgimüüjad nõusse nende varustaja kehtestatud „siseriikliku kvoodiga“, pidades läbirääkimisi nende tõstmiseks maksimumini piires, mida võimaldas Bayer France ja Bayer Spain siseriikliku turu jaoks tavapäraseks peetud koguste range järgimine. Komisjoni väitel näitab see suhtumine, et hulgimüüjad olid teadlikud Bayer France ja Bayer Spain tegelikest motiividest ja taktikast, mida need kaks ettevõtjat kasutasid paralleel ekspordi lämmatamiseks – et täita oma varustaja nõudmisi, kohaldasid nad oma käitumist tema kehtestatud süsteemiga.

119 Kuid tuleb siiski meeles pidada, et esiteks – nagu eespool mainitud – et komisjon ei ole nõuetekohaselt tõendanud, et Bayer võttis kasutusele süstemaatilise poliitika jälgida hulgimüüjatele tarnitud Adalati lõplikke sihtkohti ega, et ta oleks ekspordivate hulgimüüjate suhtes võtnud tarvitusele ähvardusi ja sanktsioone ega, et seetõttu kehtestasid Bayer France ja Bayer Spain oma hulgimüüjatele ekspordikeelu ega ka, et ta oleks seadnud tarnimise tingimuseks väidetava ekspordikeelu järgimise.

120 Teiseks ei näita ükski Kohtule esitatud dokument, et Bayer France või Bayer Spain oleksid hulgimüüjatelt nõudnud neile tarnitud Adalati lõpliku sihtkoha suhtes mingit erilist käitumist või tellimuste esitamist mingil kindlal moel, kuna tema poliitika tähendas lihtsalt seda, et ta piiras ühepoolset tarneid ja pani tavapärase vajaduse põhjal tarnitavad kogused ette paika.

121 Lõpuks ei ole komisjon tuvastanud, et hageja oleks püüdnud saada hulgimüüjatelt kokkulepet või nõusolekut tema poliitika järgimiseks. Ta isegi ei väitnud, nagu oleks Bayer püüdnud mõjutada hulgimüüjaid, et need muudaksid oma tellimuste esitamise viisi.

122 Sellest järeldub, et otsuse põhised 181 – 185, mille põhjal komisjon leiab, et hulgimüüjad nõustusid väidetava ekspordikeeluga, ei põhine faktidel, kuna nende aluseks olnud asjaolud ei ole tuvastatud.

123 Kuna komisjonil käsutuses ole praegusel juhul ühtegi dokumenti, mis viitaks otseselt ekspordi puudutava kokkuleppe olemasolule Bayeri ja tema hulgimüüjate vahel ja mis näitaks ühtse tahte olemasolu, väidab komisjon, et ta järgis hulgimüüjate nõusoleku tuvastamiseks kohtupraktika eeskjuju ja uuris nende käitumist tegelikkuses. Nii väidab komisjon otsuse põhises 180: Praeguses asjas ... näitab hulgimüüjate käitumine, et nad mitte ainult ei saanud aru, et ekspordikeeld puudutab neile tarnitavat kaupa vaid ka viisid oma käitumise vastavusse selle keeluga. Hageja väidab vastupidi, et just hulgimüüjate käitumine näitab kõige selgemini, et ühtset tahet ei olnud.

124 Käesolevas kohtuasjas on seetõttu vaja määratleda, kas - arvestades hulgimüüjate tegeliku käitumisega pärast hageja uue tarnete piiramise poliitika kasutuselevõttu - oli õiguspärane komisjoni otsus, et hulgimüüjad olid selle poliitikaga nõustunud.

(i) Prantsuse hulgimüüjate käitumine

125 Alguseks tuleks meenutada, otsuse põhised 96, kus komisjon kirjeldab üldiselt viisi, kuidas kolm Prantsuse hulgimüüjat endale tarnete kindlustamiseks organiseerisid ja kus on kirjas:

Kolm hulgimüüjat kasutasid sama meetodit: nad lõpetasid ekspordiks tellimuste esitamise ja leppisid omavahel kokku tõsta tellimuste mahtu, mis oli ametlikult mõeldud Prantsuse turu jaoks.

Bayer France peab loomulikuks siseriikliku turu vajaduste 10 % tõusu või langust aastas. Hulgimüüjatel on kõikjal Prantsusmaal rida kohalikke agentuure, kes tavaliselt varustavad kohalikul tasemel.

Kõikide nende agentuuride kohalikud tellimused kasvasid, kuid nendes ei antud Bayer France'ile teada toodete sihtkohast. Tellimuste jagamisega mitme agentuuri vahel püüti jätta Bayer France'ile mulje, et siseriiklik nõudmine oli kasvanud. Seejärel suunati need tegelikult ekspordiks mõeldud kogused iga hulgimüüja organisatsioonis ümber, et neid oleks võimalik ekspordida.

126 Otsuse põhises 97 – 101, kus kirjeldatakse hulgimüüja CERP Roueni strateegiat, mis oli mõeldud Bayeri tarnete piiramise poliitika vältimiseks, tuuakse ära kirjavahetus, mis toimus 1991 aasta oktoobris ja 1992. aasta jaanuaris CERPi keskse ostuosakonna ja kontserni kohalike agentuuride direktorite vahel eesmärgiga hankida lisakoguseid Adalati Boulogne'i agentuuri tarbeks, kes oli kontsernisiseselt vastutav Ühendkuningriiki suunduva ekspordi eest. Kuid vastupidiselt komisjoni väidetele ei suuda väljalõiked nendest dokumentidest tõestada, et hulgimüüja nõustus ekspordi lõpetama, oma tellimusi vähendama või ekspordi piirama, või et ta andis Bayerile mõista, et ta kavatseb seda teha. Need kirjad näitavad ainult ettevõtte reaktsiooni, kes püüab oma eksporditegevust taastada nii suures ulatuses, kui võimalik. Puuduvad igasugused otsesed viited ja tõendid, et see hulgimüüja toetab Bayeri tarnete kärpimise poliitikat, millest ta oli täiesti teadlik, nagu näidatud otsuse põhises 94.

127 Otsuse põhises 102 ja 103 viidatud CERP Lorraine'i ja OCP'd puudutavate dokumentide uurimine kinnitab seda järeldust veelgi. Lisaks näitab põhised 102, et vaatamata Bayeri suhtumise põhjustatud takistustele õnnestus CERP Lorraine'il saada ekspordimiseks

märkimisväärseid koguseid. Nimetatud põhistuses on toodud lõik ühest CERP Lorraine'i siseettekandest, mille autor väidab:

Kuigi ma ei näe lähiajal Bayeri tarnete küsimusele soodsat lahendust (oleme agentuuride kaudu saanud minimaalseid tootekoguseid), arvan ma, et majandusaasta lõpuks peaks olema võimalik eelarve täita.

128 Põhistustes 105, 106 ja 107 toodud dokumendid näitavad komisjoni argumentidele vastupidist, kuna sealt selgub, et CERP Lorraine'i ja CERP Roueni hulгимүүjad ei kohaldanud tegelikult oma tellimusi Bayeri uuele tarnete kärpimise poliitikale. Nendest ilmneb, et Bayer blokeeris CERP Lorraine'i Adalati tellimuse (põhistus 105), et CERP Roueni nõudmine 1992. a. alguses ulatus 50 000 pakini kuus ja et ta sai sellest kogusest kätte ainult 7 000 pakki (põhistus 106), ja et OCP saatis 1992. a. veebruariks ja märtsiks algse tellimuse 50 000 paki kohta, kuid sai kätte ainult 15 000 pakki veebruaris ja 5000 pakki märtsis (põhistused 91 ja 107).

129 Sellest järeldeb, et otsuse põhistustes 96 – 107 toodud lõikudest ei piisa, et toetada väidet, mille kohaselt Prantsuse hulгимүүjad otseselt või kaudselt nõustusid Bayeri poolt kasutusele võetud poliitikaga. Nendest lõikudest ei ilmne mingil moel, et hulгимүүjad oleksid valmis Bayeri paralleleleksporti takistamise poliitikaga kaasa minema. Vastupidi, need tõendavad, et hulгимүүjad käitusid viisil, mis näitas nende kindlat ja vankumatut kavatsust võtta vastumeetmeid poliitika suhtes, mis oli nende põhihuvidega vastuolus.

(ii) Hispaania hulгимүүjate käitumine

130 Otsuse põhistused 113 – 130 ei näita ka Hispaania hulгимүүjate suhtes midagi, mis toetaks komisjoni väidet, et nad olid Bayeri poliitikaga vaikimisi nõustunud.

131 Vastupidi, põhistused 115, 118, 119 ja 120 räägivad sellele väitele vastu. Need põhistused näitavad, et Bayer Spain hoidis oma tarnete kärpimise poliitikat jätkuvalt tavapäraste vajaduste tasemel, ja et hulгимүүjad olid väga nõrдинud kahjumi üle, mille põhjustas asjaolu, et neil polnud võimalik saada nende Briti klientide varustamiseks vajalikke koguseid. Eriti tuleks tähele panna põhistust 115, kus tuuakse ära lõike kirjavahetusest CERP Roueni ja tema Hispaania tütarettevõtja Commercial Genové vahel: Ma tahan iga nädal saada Adalati ja ... ravimitehastele tehtud tellimuste koopiad ja neile vastavad saatelehed. Ma püüan koguda ravimitehaste vastu piisavalt tõendeid ... Teie tänase faksi osas, mis puudutas ... ja Bayeri ravimitehaseid, luban, et teen kõik endast oleneva, et saada meie oma vajadustest suuremaid koguseid. Ravimitehased ei taha meie väiteid kuulda võtta. Nad teavad, et kogustest, mis nad meile toimetavad, piisab küülaga Hispaania turu varustamiseks. Sarnaselt näitavad põhistus 118 – „nad ei tärni meile ... nii palju, kui meil vaja on. Meil on kaup ainult meie oma turu varustamiseks“ - ja põhistus 119 – „Bayer ei saada meile meie poolt tellitud koguseid“ – et vastupidiselt komisjoni väidetele ei kohaldanud hulгимүүjad oma tellimispoliitikat uue olukorraga ja jätkasid tavapärasest suuremate koguste tellimist.

132 Järgmisena tuleb uurida nende Hispaania hulгимүүjate olukorda, keda otsus puudutab.

133 Otsuse põhistuses 121 väidetakse Hispaania peamise hulгимүүja kohta, et tema nõusolekut tõestavad selle ettevõtte juhtide ütlused, mille nad andsid ajal, kui komisjon korraldas nende ruumides uurimist. Cofaresi tegevjuht olevat öelnud, et eksport moodustab ettevõtte kogukäibest väga väikese osa, arvestades, et teatud ravimitehastel (kaasaarvatud Bayeril) on oma toodangu eksportimisega suuri raskusi ja kui Bayer määras Cofaresile Adalati kvoodi, mis oli algusest peale siseriikliku vajaduse katmiseks ebapiisav ... siis ta

hoiatas neid, et ta võib nende piirangute vastu esitada kaebuse. Sellest saadik varustas Bayer Cofaresit kogustega, millest piisas toote siseriikliku tarbimise katteks.

134 Vastupidiselt komisjoni väidetele ei saa sellest dokumendist järeldada, et Cofares nõustus Bayer Spaini nõudmisega piirata oma tegevust siseriikliku turuga.

135 Esimene lause, mille kohaselt eksport moodustas ettevõtte kogukäibest väga väikese osa, arvestades, et teatud ravimitehastel (kaasaarvatud Bayeril) on oma toodangu eksportimisega suuri raskusi, ei näita otseselt, et hulgimüüjad ja Bayer Spain oleksid kokku leppinud, et tarnitud Adalati ei viida maalt välja. Asjaolu, et ekspordi osakaal oli väike, ei võimalda järeldada, et ekspordi polnud üldse või et see oli peatunud. Vastupidi, see väide võib näidata, et Cofares jätkas vähemalt osaliselt eksportimist. Asjaolu, et – teisiti kui teiste hulgimüüjate osas – otsusest ei ilmne, et Cofares oleks võtnud kasutusele Bayeri poliitikast möödahiilimise strateegia, ei näita, et Cofares oleks Bayeri uue poliitikaga nõustunud, mida komisjon peab alles tõestama. Kuna tegu oli Hispaania suurima hulgimüüjaga, kelle turuosa oli 20,6% (vastavalt otsuse põhistusele 112) ei oleks komisjon tohtinud järeldada, et otsuse põhistuses 121 ära toodud ütlus tõestab, et Cofares nõustus Bayeri nõudmisega piirata oma tegevust ainult siseriikliku turuga, ilma kontrollimata, kas Cofaresil oli tugev eksporditraditsioon ja ilma isegi kaalumata võimalust, et Cofares oli lihtsalt otsustanud, et eksport on tema jaoks ainult teisejärguline tegevus; arvestades asjaolu, kui raske oli saada tavapärasest vajadust ületavaid tootekoguseid, oleks selline otsus olnud kõige mõistlikum. See on nii isegi enam, kuna otsuses ei selgitata, kui suure osa moodustas Adalat Cofaresi kogu müügist.

136 Cofaresi tegevjuhi ütlus tähendab pigem seda, et Bayeri tarnete kärpimise poliitika koos teiste ravimitootjate põhjustatud raskustega põhjustas selle, et nimetatud hulgimüüja hakkas kaalutlema eksportimist alles siis, kui siseturu jaoks oli kindlustatud piisav kogus, aga mitte seda, et ta oleks ekspordikeeluga nõusse jäänud. Selline seletus on usutavam kui komisjoni oma, eriti arvestades asjaoluga, et hulgimüüjad on kohustatud tagama siseriikliku turu asjakohase ja stabiilse varustamise toodetega ning, et käesoleval juhul on tegemist juhtiva kohaliku hulgimüüjaga.

137 Otsuse põhistuse 137 kohaselt näitavad Cofaresi 1989 - 1993. aasta ekspordi müügiarvud, mille ta esitas komisjoni palvel, et ettevõtte ekspordimüük jäi minimaalsele tasemele ning see tõendab, et Cofares nõustus Bayer Spaini kehtestatud korraga ja piiras oma tegevuse rangelt Hispaania siseriikliku turuga.

138 Kuid nende arvude uurimine näitab pigem vastupidist, sest isegi kui Adalati ekspordimüük moodustab ainult väikese osa Cofaresi kogu läbimüügist, kasvas Adalati eksport siiski aastast aastasse ebaregulaarselt kuid pidevalt, nagu näitab ka asjaolu, et vaadeldud viie aasta jooksul oli väikseim protsendiosa just esimesel, ehk 1989. aastal. Lõpuks tuleks lisada, et komisjonil oli raske jõuda eelmainitud järelduseni ilma, et ta oleks olnud teadlik andmetest, mis puudutasid 1989. aastale eelnenud aastaid ehk teisisõnu – perioodi, mis eelnes Bayeri tarnete piirangu poliitika kehtestamisele. Ilma selle informatsioonita on võimatu määratleda, kas Cofares kohaldas oma ekspordikäitumist selle toote osas pärast seda, kui Bayer võttis kasutusele nimetatud poliitika.

139 Seoses ütluse osaga, mis puudutab Cofaresi tegevjuhi ja Bayer Spaini vahelisi keskustelusi ja milles ei viidata otseselt ega kaudselt õigusele saadud kogused eksportida, tuleb uurida, kas asjaolu, et osapooled olid siseriiklike vajaduste tagamiseks kokku leppinud Bayeri poolt neile määratud koguste tõstmise osas, tõestab, et hulgimüüja nõustus hageja poliitikaga, mille abil too püüdis paralleel ekspordi raskendada. Põhistus 143 sisaldab

dokumendi lõiku, mida tuleb puudutada, kuigi komisjon ei kasutanud seda otseselt praeguse küsimuse kontekstis, sest tegu on Bayer Spaini sisemise märgukirjaga, milles viidatakse samuti Bayeri poolt Cofaresile algselt eraldatud kvoodile, mis pidi katma kohaliku turu vajadused.

140 Sisemine märgukiri näitab, et Bayer Spain ja Cofares arutasid minimaalseid koguseid, mis võimaldaksid sellel hulгимүүјjal täita vajadused, mis tal kodumaisele turule pääsemise ja seal arenemise suhtes olid, ja et nad jõudsid nendele vajadustele vastavate arvude suhtes kokkulepele. Tundub vaieldamatu, et Bayer Spain kinnitas Cofaresile, et temale eraldatavad tarned vähemalt vastavad neile kogustele. Samuti ilmneb märgukirjast selgesti, et arvesse võttes Bayeri juriidilist ja moraalselt kohustust tagada Hispaania turu asjakohane varustamine oma toodetega, oli Bayer Spain valmis alguses kindlaksmääratud kärbitud tarnetaset uuesti üle vaatama, kui peaks ilmuma probleemid kohaliku turu varustamisega.

141 Kuid selles sisemises märgukirjas ei viita miski sellele, et oleks vähemalgi määral piiratud Cofaresi vabadust suunata pärast seda jutuajamist saadud tooted kohalikult turult ümber eksportimiseks. Seetõttu ei ole põhjendatud komisjoni argument, et Cofaresile anti tarneid alles pärast seda, kui ta oli Bayerile kinnitanud, et temale tarnitud toodang on mõeldud ainult siseturu tarbeks. Lõpuks tuleks märkida, et läbirääkimiste käigus väitis Bayer Spain, et hulгимүүјјate poolt unarusse jäetud apteekide varustab Bayer Spain ise. See asjaolu – selle asemel, et anda mõista, nagu oleks Bayer Spain hulгимүүјјaid takistanud või karistanud, kui need siseriikliku turu osalise hülgamise hinnaga otsustasid tooteid eksportida – tundub pigem näitavat, et tootja hoolitses selles osas puudujäävate tarnete eest ise.

142 Selle alusel on põhjust järeldada, et ei otsuse põhistuses 143 nimetatud dokument ega otsuse põhistuses 121 toodud Cofaresi tegevjuhi ütlus ei tõenda Bayer Spaini väidetavat nõudmist, et hulгимүүјјa piiraks oma tegevuse kohaliku turuga ega ka seda, et Cofares oleks selle nõudmisega nõustunud.

143 Järgmiseks kirjeldatakse otsuses (põhistus 122), kuidas Hispaania hulгимүүјјa Hefame seadis sisse süsteemi Adalati hankimiseks ekspordi tarbeks. Seal kirjeldatakse üksikasjalikult standardlepingut pealkirjaga Cooperation Agreement for External Markets (koostööleping välisurgude tarbeks), mille Hefame sõlmis mitmete väiksemate hulгимүүјјatega suurte ravimikoguste hankimiseks, mida oli kasulik eksportida ja mille hulgas oli ka Adalat. Kuid see dokument ei näita mingil moel, et Hefame oleks käitunud Bayeri uue poliitikaga kooskõlas.

144 Otsuse põhistustes 125 – 129 toodud CERP Roueni Hispaania tütarettevõtete Commercial Genové, Hufasa ja Disdasa käitumise kirjeldus kinnitab, et puudub igasugune tõendusmaterjal selle kohta, et nendel ettevõtetel oleks olnud paralleleleksporti takistamise küsimuses mingisugune ühine tahe ega ka, et nad oleks selle poliitikaga nõustunud.

145 Ka komisjon ise väidab otsuse põhistuses 126: Commercial Genové ruumidest leiti dokumendid, mis näitavad, et CERP Rouen kasutas oma Hispaania tütarettevõtjaid Commercial Genové, Hufasat and Disdasat Briti turu nõudmiste täitmiseks. Seega käitus CERP Rouen kui rahvusvaheline kontsern ja kasutas kogu oma tegevusulatust Hispaanias ja Prantsusmaal Briti klientide tarbeks vajaminevate koguste hankimiseks. Selle süsteemi alusel kasutati Hispaania tütarettevõtjad samal moel, kui Prantsuse piirkondlikke agentuure: neil paluti oma Hispaania turu tarbeks mõeldud tellimusi usutavuse piires tõsta ja sel viisil saadud kogused eksporditi Cerp Roueni nimel Briti klientidele.

146 Järgnevalt viitab otsus hulгимüüjale nimega Hufasa (põhistus 127), tsiteerides Hufasa ja Bayer Spaini vahelise koosoleku protokoll, mis väidetavalt näitab, et Hufasa võttis Bayer Spaini argumentid täielikult omaks ja nõustus oma tegevuse koondama siseriiklikule müügile. Selles osas tugineb komisjon põhiliselt järgmisele tsitaadile: jõudsimme Bayeriga kokkuleppele säilitada suuremad Adalati tarnemäärad, ning oli parem mitte esitada arve, mis poleks Hufasale sobinud ja mis oleks näidanud meie huvi suuri koguseid eksportida.

147 Sellest kokkuvõttest ilmneb, et Hufasa esindaja ja Bayer Spaini juhtide vahel toimus vestlus, mille käigus Bayeri juhid keeldusid tarnimast tellitud koguseid, kuna need oleksid katnud 50% siseriikliku turu vajadustest ja olid palju kõrgemad kui muudel sama piirkonna firmadel; et Hufasa esindaja vaidles sellele vastu, et tema ettevõtte vajab rohkem Adalati, sest kohaliku turu vajaduse prognoos oli tehtud ebatüüpilise aasta põhjal, mille vältel esines Hufasal probleeme, mis väljendus ebatavaliselt madalas Adalati ostutasemes; ja, et Bayer lubas selle vestluse lõpus tarnete limiidi üle vaadata ja tõsta seda ühe teise hulгимüüja tasemele, kelle nime ei mainita.

148 Sellest kokkuvõttest on selgesti näha, et CERP Roueni kontserni Hispaania tütarettevõtjate tõelised kavatsused ja tegelik käitumine oli kaugel sellest, et alluda Bayeri paralleelimpordi takistamise poliitikale või kohaldada oma käitumist sellega. Selles osas piisab, kui tsiteerida eelpool toodud lõigule järgnevat dokumendi osa ja lugeda seda CERP Roueni kontserni strateegia kontekstis: Mina arvan, et oleks tähtsam saada eksportimise tarbeks teatud kogus Adalati, mis põhineb usutatavatel arvudel, kui säilitada kõrge tellimuste tase, mida niikuinii pole võimalik kätte saada. Tähtis on see, mida on võimalik saada, aga mitte tellimus. See on kindlasti ka põhjus, miks ... tellib vähem, kui ette arvatud. Isegi kui oleks tõsi, et eeltoodud kokkuvõtte tõestab, et see firma püüdis igati Bayer Spaini veenda, et tema tavapärased vajadused kohalikul turul on kõrgemad ja need tuleb täita, ei saa seda asjaolu kasutada komisjoni väite toetuseks, mille kohaselt Hufasa oli täielikult nõustunud Bayer Spaini argumentidega ja lubanud oma tegevuse koondada siseriiklikule turule.

149 Lõpuks, kuigi Hufasa juht viitab selles kokkuvõttes kokkuleppele Bayeriga suuremate Adalati tarnete säilitamiseks, mille Hufasa väidetavalt tegi Bayer Spainiga, on selle ütluse tekstist ja kontekstist selge, et osapooled rääkisid läbi ainult täpsete koguste osas, mida see hulгимüüja tavaliselt vajab, ehk kriteeriumist, mille tõttu hageja oli otsustanud oma uut tarnepoliitikat korrigeerida ja tõsta siseturu tarbeks tarnitavaid koguseid ja seetõttu ka koguseid, mida Hufasal oli selle kriteeriumi kohaselt õigus saada. Kuna lause, mille kohaselt see andis põhjust arvata, et tähelepanuväärne osa tootest oli mõeldud ekspordiks, oli kõigest Hufasa juhi subjektiivne arvamus, ei saa seda pidada tõendiks Bayeri kavatsuse kohta tegeleda ekspordi või tarnitud toodete tegeliku sihtkoha küsimusega. Samuti ei ole see lause vastuolus kokkuvõtte üldise tähendusega, kuna kokkuvõtte peegeldab kõigest neid raskusi, mida Bayer Spain uue tarnete piiramise poliitika tõttu koges, kuid selles toodud faktid ei näita, et Bayer Spain ja Hufasa sõlmisid kokkuleppe tarnitud Adalati koguste paralleel ekspordi piiramiseks või takistamiseks. Ühise tahte puudumist ekspordi küsimuses kinnitab veelgi otsuse nimetatud põhistuse tekst, milles komisjon väidab: Kuid kokkuvõtte sõnastus on selge: Bayer Spainile avaldatud surve, mida põhjendati siseriikliku turu argumentidega, oli Hufasale kõigest viis, kuidas saada kätte ekspordiks mõeldud tootekogused.

150 Otsuse põhistustes 128 ja 129 tuuakse ära kirjad CERP Rouenilt oma tütarettevõtetele ja CERP Roueni tütarettevõtjalt Commercial Genovéltil oma emaettevõtetele, mis puudutavad samuti kontserni poolt kasutusele võetud süsteemi, kuidas hageja Hispaania osakonnalt saada kätte suuremaid tootekoguseid ja milles rõhutatakse raskusi lisakoguse Adalati saamisel. Komisjon ei saa tugineda ka nendele dokumentidele tõestamiseks oma väidet, nagu oleksid

CERP Roueni Hispaania tütarettevõtted soovinud järgida Bayer Spaini uut poliitikat, mille eesmärgiks oli tarnitud toodete paralleleleksporti piiramine.

151 Hulгимүүжate suhtumise ja tegeliku käitumise uurimine näitab, et komisjoni väide, nagu oleksid hulгимүүжad oma käitumise kohaldanud hageja paralleelimpordi piiramise poliitikaga, on põhjendamatu.

152 Tagasi tuleb lükata ka väide, mille kohaselt asjassepuutuvad hulгимүүжad vähendasid oma tellimuste mahtu teatavale tasemele, et jätta Bayerile mulje, nagu nad järgiksid tema poolt väljendatud kavatsust katta ainult hulгимүүжate tavapärase turu vajadused ja, et nad tegid seda sanktsioonide vältimiseks, kuna komisjon pole suutnud tõestada, et hageja on nõudnud, et hulгимүүжad peavad neile tarnitud Adalatiga teatud kindlal viisil ümber käima või pidanud nendega selle üle läbirääkimisi või, et hageja oleks ekspordiga tegelevatele hulгимүүжatele kohaldanud sanktsioone või ähvardanud neid sellega.

153 Samal põhjusel ei saa komisjon väita, et Bayer võis pidada tellimuste vähenemist ainult margina selle kohta, et hulгимүүжad olid tema nõudmistega nõustunud, ega saa ta ka väita, et kuna hulгимүүжad täitsid Bayeri nõudmised, pidid nad hankima ekspordiks mõeldud kogused teistelt hulгимүүжатelt, keda Bayer ei kahtlustanud ja kelle suuremad tellimused Bayer seetõttu ilma probleemideta täitis.

154 Lisaks ilmneb eelpool analüüsitud põhistustest, et hulгимүүжad püüdsid ka edaspidi ekspordiks Adalati hankida ja jätkasid seda käitumist, kuigi nad leidsid, et tarnete saamiseks on kasulikum kasutada muid teid: nimelt jagada ekspordiks mõeldud tellimused erinevate müügikontorite vahel ja esitada tellimused kaudselt väiksemate hulгимүүжate kaudu. Asjaolu, et hulгимүүжad muutsid oma tellimise poliitikat ja seadsid sisse erinevaid süsteeme tellimuste jagamiseks või diversifitseerimiseks, esitades neid kaudselt, ei saa seetõttu pidada tõendiks nende kavatsuse kohta toimida Bayeri poolt soovitud viisil või, et selline käitumine oli reaktsioon Bayeri nõudmistele. Vastupidi, seda asjaolu saab pidada tõendiks hulгимүүжate kindla tahte kohta jätkata Adalati paralleleleksporti.

155 Kuna puuduvad tõendid, et hageja oleks nõudnud, et hulгимүүжad käituksid neile tarnitud Adalati osas mingil kindlal moel, võib asjaolu, et nad püüdsid saada lisakoguseid, võtta ainult kui märki selle kohta, et nad taganesid oma väidetavast nõusolekust. Samal põhjusel peab Kohus tagasi lükkama ka komisjoni argumendi, et käesoleva juhtumi asjaolusid silmas pidades on loomulik, et teatud hulгимүүжad püüdsid saada lisakoguseid ümberkaudsel viisil, kuna nad olid Bayerile lubanud mitte ekspordida ja seetõttu tellisid vähendatud koguseid, mida ei olnud võimalik ekspordida.

156 Samuti ei ole komisjon suutnud tõestada, et hulгимүүжad soovisid Bayeri eesmärke täita ega ka jätta talle muljet, et nad seda teevad. Vastupidi, eelpool analüüsitud dokumendid näitavad, et hulгимүүжad asusid käituma viisil, mis oli mõeldud Bayeri uuest tellimuste siseriiklikule tasandini kärpimise poliitikast möödahiilimiseks.

157 Seetõttu ei vasta tõele komisjoni väide, et hulгимүүжate tegelik käitumine on juriidiliselt piisav tõend selle kohta, et hulгимүүжad nõustusid hageja poliitikaga, mis oli mõeldud paralleelimpordi takistamiseks.

3. Komisjoni loetletud pretsedendid kohtupraktikast

158 Komisjon väidab, et kokkuleppe kontseptsiooni osas on otsus täielikult kooskõlas komisjoni otsuste langetamise praktikaga ja Euroopa Kohtu kohtupraktikaga ning jääb endale kindlaks, et käesolevas asjas - nagu ka rea varasemate juhtumite puhul - eksisteerib tarnija ja

tema klientide jätkuvate kaubandussuhetega seonduv ekspordikeeld, mida kinnitab asjaolu, et hulгимүүјад esitasid tellimusi, need tellimused täideti regulaarselt ja nende eest esitati arved ja, et eksisteeris hagejate vaikiv nõusolek, mille kohta komisjon väidab, et seda tõestab tellimuste vähenemine.

159 Kuid komisjon ei suuda siiski eelpool toodud analüüsi vaidlustamiseks edukalt tugineda tema poolt esitatud kohtupraktika pretsedentidele, mistõttu Kohus järeltab, et käesolevas asjas ei ole tuvastatud hulгимүүјate nõusolekut Bayeri uue poliitikaga ja, et seetõttu ei ole komisjon suutnud kokkuleppe olemasolu tõestada.

160 Kõigepealt tugineb komisjon kohtuasjale Sandoz, kus ta – sarnaselt käesolevale asjale – väidab, et vahendajad olid ekspordikeeluga vaikimisi nõus, et säilitada oma ärisidemeid (kohtuotsuse paragrahv 11) ja kuigi neil polnud tahtmist ekspordist loobuda, nõustusid siiski tootja ekspordikeeluga, kuna nad tahtsid ka edaspidi kaupa saada.

161 See juhtum puudutab sanktsioone, mille komisjon määras rahvusvahelisele farmaatsiafirmale Sandoz, kes oli süüdi selles, et trükkis oma klientidele (hulгимүүјад, apteegid ja haiglad) saadetud arvetesse sõnad „eksport keelatud“. Sandoz ei eitanud, et sellised sõnad arvetes esinesid, kuid eitas kokkuleppe olemasolu asutamislepingu artikli 85 lõike 1 tähenduses. Euroopa Kohus lükkas hagi tagasi pärast hageja argumentidele vastamist. Kohus leidis, et selliste sõnadega arvete saatmine ei ole ühepoolne käitumine vaid vastupidi: see moodustas osa nimetatud ettevõtte ja tema klientide vahelistest üldistest kaubandussuhetest. Sellisele järeldusele jõudis Kohus pärast seda, kui oli uurinud selle ettevõtte käitumist enne, kui see andis uuele ettevõttele loa oma tooteid turustada, arvestades sealjuures iga müügitehingu juures ühtselt ja süsteemselt rakendatud tegevusi (kohtuotsuse paragrahv 10). Asja uurimise selles etapis käsitles Euroopa Kohus kaubanduspartnerite nõusolekut arvetes nimetatud ekspordikeeluga järgmiselt:

Tuleb samuti märkida, et Sandoz PF klientidele saadeti pärast iga tellimust või kauba kättesaamist samasugune arve. Kuna kliendid tellisid tooteid korduvalt ja seejärel tasusid protestimata summad, mis esitati arvel, kus oli kirjas „eksport keelatud“, siis järelikult olid kliendid vaikimisi nõus nii arvel esitatud tingimustega kui ka SandozPFi ja tema klientide vaheliste äriliste suhete laadiga. Seetõttu põhines SandozPFi poolt algselt antud heakskiit kliendi nõusolekul SandozPFi käitumisega kliendi suhtes.

162 Alles pärast neid järeldusi tõdes Euroopa Kohus, et komisjonil oli õigus, kui ta leidis, et kogu SandozPFi ja tema klientide vaheline pidevate kaubandussuhete kogum, millest tingimus „eksport keelatud“ moodustas lahutamatu osa, põhines eelnevalt paika pandud üldisel kokkuleppel, mis kehtis kõikide Sandozi toodete loendamatu tellimuste kohta. Selline kokkulepe kuulub asutamislepingu artikli 85 lõike 1 reguleerimisalasse.

163 Kuigi need kaks juhtumit meenutavad on sarnased selle poolest, et tegu on farmaatsiakontsernide suhtumisega, mis on suunatud ravimite paralleelimpordi takistamisele, erinevad nende juhtumite asjaolud üksteisest oluliselt. Esiteks, teisiti kui käesoleval juhul, oli Sandoz kõikidesse oma arvetesse otseselt sisestanud konkurentsi keelava tingimuse, mis seetõttu, et esines korduvalt kõiki tehinguid puudutavates dokumentides, moodustas lahutamatu osa Sandozi ja tema hulгимүүјate vahelistest lepingulistest suhetest. Teiseks näitas hulгимүүјate suhtumine sellesse klauslisse, mida nad tegelikkuses ja vastuvaidlemata täitsid, nende vaikset nõusolekut nii selle klausli, kui selle aluseks olevate kaubandussuhete laadiga. Käesoleva juhtumi asjaolud ei täida kumbagi Sandozi juhtumi põhilist tingimust: käesolevas asjas ei ole ekspordi keelavat ametlikku klauslit ega ole selles ei formaalselt ega tegelikult loobunud vaidlustamisest või antud nõusolekut.

164 Teiseks tugineb komisjon eelpool mainitud kohtuasjas Tipp-Ex vs. komisjon langetatud kohtuotsusele, millega Euroopa Kohus kinnitas otsuse, millega määrati sanktsioonid eksporti takistava kokkuleppe eest, ja milles, teisiti kui Sandozi asjas, ei esinenud eraldi kirjalikku tingimust ekspordikeelu kohta. Ta väidab, et ka Tipp-Ex – samuti kui hageja käesolevas kohtuasjas – oli Kohtule kinnitanud, et tegemist on ühepoolse meetmega, mis ei kuulu asutamislepingu artikli 85 lõike 1 alla ja et, kuna tarnija oli tegelikkuses kauba paralleleksportijale toimetanud, puudus ühine huvi paralleleksporti lõpetamiseks.

165 Nimetatud kohtuasi puudutas ainuõiguslikku tarnelepingut Tipp-Exi ja tema Prantsuse vahendaja DMI vahel, kes kuuletus tootja nõudmisele, et klientidelt küsitavat hinda tuleb tõsta nii palju, kui võimalik, et neil poleks enam paralleelimpordi vastu majanduslikku huvi. Lisaks tuvastati, et tootja inspekteris hiljem ainuõiguslikku vahendajat, et mõjutada teda tegelikkuses sellist käitumist rakendama (komisjoni 10. juuli 1987. aasta otsus 87/406/EMÜ, mis puudutab menetlust vastavalt asutamislepingu artiklile 85 (EÜT 1987 L 222, lk 1) põhistus 58)). Euroopa Kohtu esitatud järeldused ilmnevad kohtuotsuse paragrahvidest 18-21, milles Kohus - pärast tõdemust, et Tipp-Exi ja DMI vahel kehtis suuline ainuõigusliku vahendusõiguse kokkulepe ja pärast kohtuasja põhifaktide väljatoomist - vaatles hulгимүүija reaktsiooni ja tema käitumist pärast seda, kui tootja hakkas sanktsioone rakendama. Kohus leidis, et vahendaja oli reageerinud hindade tõstmisega 10-20% ainult ettevõtte ISA France osas. Pärast seda, kui ISA France'i ostud DMilt kogu 1980. aasta vältel seiskusid, keeldus DMI ise 1981. aasta alguses Tipp-Exi tooteid ISA France'ile tarnimast. Alles pärast neid tähelepanekuid tootja ja vahendaja käitumise kohta jõudis Kohus järeldusele kokkuleppe olemasolu kohta asutamislepingu artikli 85 lõike 1 tähenduses: sellega on tuvastatud, et DMI tegutses vastavalt Tipp-Exi palvele mitte müüa kaupa klientidele, kes müüvad selle kauba edasi teistes liikmesriikides (otsuse paragrahv 21).

166 Teisiti kui käesolevas kohtuasjas, ei olnud Tipp-Exi juhtumi puhul kahtlust, et tootja seadis sisse paralleelimpordi takistamise poliitika vahendajate kaasabil. Nagu sellest kohtuotsusest näha, oli selline kavatsus juba täide viidud kahe lepingupoolse vaheliste suuliste ja kirjalike lepingute näol (vt paragrahvid 19 ja 20, mis puudutavad vahendajat DMId ning 22 ja 23, mis puudutavad vahendajat Beiersdorfi) ning, kui peaks jääma veel mingit kahtlust, siis näitab tootja surve alla sattunud vahendajate käitumine väga selgelt, et nad nõustusid Tipp-Exi kavatsustega konkurentsi piirata. Komisjon ei tõestanud mitte sinult seda, et vahendajad olid tootjapoolsetele ähvardustele ja survele reageerinud vaid ka, et vähemalt üks neist oli tootjale saatnud tõendi oma koostöö kohta. Lõpuks märgib käesolevas kohtuasjas ka komisjon ise, et Tipp-Exi juhtum analüüsis Euroopa Kohus kõigepealt vahendajate reaktsiooni tootja paralleleksporti takistavale käitumisele ja järeldas just selle käitumise põhjal, et vahendaja ja Tipp-Exi vahel pidi olema kokkulepe paralleleksporti takistamiseks.

167 Järelikult kinnitab ülaltoodud kohtuasi, samuti kui ka Sandozi otsus, veelgi kohtupraktikat selles osas, et kuigi tootja näiliselt ühepoolne käitumine võib enda taga varjata ettevõtetevahelist kokkulepet asutamislepingu artikli 85 lõike 1 tähenduses, peab selleks olema võimalik hulгимүүijate või klientide pärastist käitumist tõlgendada kui de facto nõusolekut. Kuna see tingimus ei ole käesolevas asjas täidetud, ei saa komisjon tugineda nende kahe juhtumi vahelisele väidetavale sarnasusele oma väite toetuseks, et käesolevas asjas eksisteeris nõusolek.

168 Samal põhjusel ei saa komisjon ega BAI õigustatult tugineda Euroopa Kohtu hinnangutele kohtuasjades BMW Belgium, AEG ja Ford ja Ford Europe oma väite toetuseks, et käesolevas asjas eksisteeris hulгимүүijate nõusolek.

169 Et tuvastada, kas BMW Belgiumi asjas oli tegemist kokkuleppega asutamislepingu artikli 85 lõike 1 tähenduses BMW ja tema Belgia vahendajate vahel, vaatles Kohus meetmeid, mis võivad näidata kokkuleppe olemasolu ja milleks olid selles kohtuasjas BMW vahendajatele saadetud ringkirjad, mis oma tooni ning juriidilise ja faktilise konteksti poolest lubasid Kohtul järeldada, et kavatseti lõpetada kogu uute BMW sõidukite eksport Belgiasse (paragrahv 28). Ta lisas, et saates need kirjad laiali kõikidele Belgia vahendajatele, algatas BMW Belgium nende vahendajatega kokkuleppe nimetatud ekspordi täielikuks peatamiseks (paragrahv 29). Nimetatud kohtuotsuse paragrahv 30 näitab, et Kohus kavatses kinnitada, et hulгимүүjate nõusolek oli olemas.

170 AEG juhtumis, kus tootja ja vahendajate vastavad kavatsused ei tule nii selgelt välja ja kus hageja tugines täielikult oma käitumise ühepoolsele iseloomule, leidis Kohus, et valikturustussüsteemi kontekstis ei ole kujuta endast ühepoolset käitumist selline praktika, kus tootja, sooviga säilitada kõrget hinnataset või välistada teatavaid kaasaegsemaid turustuskanaleid, keeldus teenindamast vahendajaid, kes täitsid tema koostatud süsteemi kvalitatiivsed kriteeriumid, mistõttu pole ka tegemist ettevõtte ühepoolse käitumisega, mis on vabastatud asutamislepingu artikli 85 lõikes 1 sätestatud keelust, nagu väidab AEG. Vastupidi, selline käitumine moodustab osa ettevõtte ja edasimüüjate vahelistest lepingulistest suhetest (paragrahv 38). Seejärel soovis Kohus selgitada, kas vahendajate nõusolek oli olemas, öeldes: Kui vahendaja kiidetakse heaks, siis põhineb see poolte vaikival või otsesel nõusolekul AEG poliitikaga, mis eeldab muuhulgas, et vahendajate võrgustikust arvatakse välja sellised ettevõtted, kes küll täidavad vahendajaks saamise tingimused, kuid kes ei ole nõus seda poliitikat järgima (paragrahv 38). Sellist suhtumist kinnitavad ka muud kohtuotsused, mille Euroopa Kohus on langetanud valikturustuse küsimuses (Ford ja Ford Europe, paragrahv 21; Metro II, paragrahvid 72 ja 73; BMW vs. ALD, paragrahvid 16 ja 17).

171 Järelikult ei saa komisjon tugineda nendele kohtupraktika pretsedentidele, millele ta viitas, et tõestada kokkuleppe olemasolu käesolevas asjas.

4. Komisjoni argument, et kokkuleppe olemasolu tõestamiseks piisab sellest, kui saab tuvastada, et pooled jätkasid oma kaubandussuhteid.

172 Komisjoni poolt esitatul põhjal on näha - kuigi ebaselgelt (vt. otsuse struktuuri, mis on lühidalt kokku võetud põhistustes 155 ja 156 ning mida arendatakse edasi põhistustes 171-188) - et komisjon jääb endale kindlaks, et ainuüksi faktiline järeldus, mille kohaselt hulгимүүjad ei katkestanud oma kaubandussuhteid Bayeriga pärast seda, kui viimane seadis sisse uue poliitika, eesmärgiga ekspordi piirata, on piisavaks aluseks väita, et on tuvastatud ettevõtjatevahelise kokkuleppe olemasolu asutamislepingu artikli 85 lõike 1 tähenduses.

173 Selline argument ei ole vastuvõetav. Tõend ettevõtjatevahelise kokkuleppe olemasolu kohta asutamislepingu artikli 85 lõike 1 tähenduses peab põhinema sellel, et kokkuleppe kontseptsioonile iseloomulikku subjektiivset elementi, nimelt seda, et ettevõtjatel on olnud ühine tahe võtta kasutusele teatud poliitika, taotleda teatud eesmärki või võtta omaks teatud tegevusviis turul, saab otseselt või kaudselt tõestada, vaatamata sellele, mil viisil pooled ilmutasid oma tahet käituda turul nimetatud kokkuleppe kohaselt (vt. eriti ACF Chemiefarma, paragrahv 112; Van Landewyck ja teised, paragrahv 86). Komisjon ei arvesta ühise tahte kontseptsiooniga, kui ta leiab, et kaubandussuhete jätkamine tootjaga pärast seda, kui too võttis ühepoolset kasutusele uue poliitika, tähendab, et hulгимүүjad nõustusid sellega, kuigi nad tegelikkuses tegutsesid selgesti selle poliitika vastu.

174 Lisaks võidakse kooskõlas asutamislepingu üldise ülesehitusega määrata ettevõttele ühenduse konkurentsioiguse kohaseid sanktsioone ainult siis, kui see ettevõtte on rikkunud

asutamislepingu artikli 85 lõikes 1 sisalduvaid keelde. Tuleb märkida, et asutamislepingu artikli 85 lõiget 1 saab rakendada ainult teatud tingimustel, nimelt a) peab eksisteerima kokkulepe vähemalt kahe ettevõtja vahel, või näiteks otsus ettevõtjatevahelise ühenduse moodustamise kohta või kooskõlastatud tegevus, b) selline kokkulepe peab suutma mõjutada ühendusesisest kaubandust ja c) selle eesmärgiks või tulemuseks peab olema konkurentsi piiramine olulises ulatuses. Sellest järeldub, et nimetatud artikli kontekstis saab vaadelda tagajärgi, mida ettevõtte käitumine avaldas konkurentsile ühisturul ainult siis, kui on juba tuvastatud, et eksisteeris kokkulepe, otsus ettevõtjatevahelise ühenduse moodustamise kohta või kooskõlastatud tegevus asutamislepingu artikli 85 lõike 1 tähenduses (kohtuasi 56/65 Société Technique Mini re vs Maschinenbau Ulm, EKL 1966, lk 235, paragrahv 248 ja järgmised paragrahvid). Sellest järeldub, et selle sätte eesmärgiks ei ole täielikult eemaldada t kked  hendusevahelise kaubanduse teelt vaid, et eesmärk on piiratum, sest see sätte keelab ainult sellised konkurentsit kked, mis on paika pandud vähemalt kahe osapoolle ühise tahte tulemusel.

175 Euroopa Kohus tõlgendas asutamislepingu artikli 85 lõiget 1 samamoodi ka kohtuasjas C-73/95 P Viho vs komisjon, EKL 1996, lk I-5457 antud kohtuotsuse paragrahvides 15-17, kui ta Esimese Astme Kohtu otsuse kinnituseks leidis, et kuigi teatav emat ettev tja poliitika, mille kohaselt too jagas erinevad kohalikud turud oma tütarettevõtjate vahel, võib endaga kaasa tuua tagajärgi, mis ulatuvad kontserni piiridest kaugemale ja võivad mõjutada kolmandate poolte konkurentsivõimet, ei piisa sellest asutamislepingu artikli 85 lõike 1 rakendamiseks isegi siis, kui seda lugeda koos Eü asutamislepingu artikliga 2 ja artikliga 3 punktidega c) ja g). Teisest küljest võib aga selline ühepoolne käitumine kuuluda asutamislepingu artikli 86 alla, kui on täidetud selle rakendamise tingimused, mis on toodud nimetatud artiklis.

176 Eeltoodu põhjal ja vastupidiselt komisjoni ja BAI väidetele: kui tootja on olukorras, kus tema huvid on sarnaselt käesolevale juhtumile ohustatud, reguleerivad asutamislepingu konkurentsi puudutavad sätted tema õigust lahendada olukord temale sobival moel ainult siis, kui olukord kuulub asutamislepingu artiklite 85 ja 86 reguleerimisalasse. Tootja võib niisiis kasutusele võtta temale sobiva tarnepoliitika eeldusel, et ta ei v arkasuta sealjuures oma juhtivat turuseisundit ning tema ja hulgem ijate vahel puudub ühine tahe, kuigi see, et selle poliitika kasutuselevõtuga taotletakse paralleelksporti takistamisele sarnast eesmärki, võib piirata konkurentsi ja mõjutada liikmesriikidevahelist kaubandust.

177 Komisjon viitab selles osas Euroopa Kohtu otsusele liidetud kohtuasjades C-267/95 ja C-268/95 Merck ja Beecham, EKL 1996, lk I-6285 oma v ite toetuseks, et paralleelimpordi tuleb igal juhul kaitsta. Ta väidab, et Euroopa Kohus tegi selle otsusega lõpu eelpool mainitud kohtuasjas Merck vs Stephar ja Exler, EKL 1981, lk 2063 langetatud otsuse ulatust puudutavatele vaidlustele t dedes, et hindade kontroll teatavates liikmesriikides ei õigusta mingisugust kõrvalekaldumist kaupade vaba liikumise põhimõttest ja paralleelimpordi takistamise võimalus tooks endaga kaasa kohalike turgude ebasoovitava eristumise. Seetõttu väidab komisjon, et isegi farmaatsiasektoris ei tohi paralleelimpordi takistada ei siseriiklike meetmete ega ka ettevõtjatevaheliste kokkulepetega.

178 Kuid tuleb silmas pidada, et nimetatud otsuses piirdub komisjoni vastus küsimusega, mis puudutab esitaks teatavate Hispaania Kuningriigi ja Portugali Vabariigi ühinemislepingus sisalduvate üleminekusätete kehtivusaega ( hinemislepingu artiklid 47 ja 209), mis lubasid takistada farmaatsiatoodete paralleelksporti nendest maadest teistesse  henduse maadesse ning teiseks, õiguslikku režiimi, mis hakkab kehtima paralleelimpordi kohta pärast vastava üleminekuperioodi lõppu ning küsimust, kas kohtuasjas Merck vs Stephar ja Exler lahendi

ulatus tuleks uuesti läbi vaadata. Euroopa Kohtu järeldused, mille ta esitas eelnimetatud kohtuasjas Merck ja Beecham langetatud otsuses, ei puuduta käesoleva kohtuasja sisu, mis ei kuulu EÜ asutamislepingu artiklites 30, 34 ja 36 (pärast muutmist artiklid 28 EÜ, 29 EÜ ja 30 EÜ) sätestatud kaupade vaba liikumise õiguse rakendusalasle ning, vastupidiselt komisjoni väidetele, ei sätesta see mingil moel üldist paralleleleksporti takistamise keeldu, mis kehtiks lisaks liikmesriikidele igal juhul ka ettevõtete kohta.

179 Selle asemel, et nimetatud kohtuotsus toetaks komisjoni väidet, see tegelikult vaid kinnitab, et asutamislepingu süsteemi kohaselt ei saa komisjon püüda saavutada teatud tulemust, nagu ravimite turuhindade ühtlustamist, laiendades või liialdades asutamislepingu neljanda ja esimese peatüki esimese jaotise (ettevõtjatele kohaldatavad reeglid) ulatust, eriti kuna asutamisleping annab komisjonile mitmeid võimalusi sellise ühtlustamise taotlemiseks juhul, kui on vaieldamatu, et suured erinevused ravimi hindades eri liikmesriikides – nagu ka käesoleval juhul – on tingitud erinevustest hindade fikseerimise riiklikes mehhanismides ja kompensatsioonireeglites (vt. otsuse põhistused 151 ja 152). Nagu Kohus tõdes eelmainitud kohtuasjas Merck ja Beecham antud kohtuotsuse paragrahvis 47, ilmneb väljakujunenud kohtupraktikast, et ühe liikmesriigi erineva hinnaseadusandluse põhjustatud moonutuste korrigeerimine kuulub ühenduse ülesannetesse (vt. kohtuasi 16/74 Centrafarm vs Winthrop, EKL 1974 1183, paragrahv 17; Musik-Vertrieb Membran ja K-tel International vs GEMA, paragrahv 24; liidetud kohtuasjad C-427/93, C-429/93 ja C-436/93 Bristol-Myers Squibb ja teised, EKL 1996, lk I-3457, paragrahv 46; Merck ja Beecham, paragrahv 47).

180 Asutamislepingu artikli 85 lõike 1 reguleerimisala ulatuse laiendamine komisjoni ettepanud viisil viiks vastuolulise olukorrani, kus müügist keeldumist karistatakse rangemini artikli 85 lõike 1 kontekstis kui artikli 86 kontekstis, sest artikli 85 lõikes 1 nimetatud keeld puudutaks tootjat, kes otsustab keelduda edasistest tarnetest või neid piirata ilma, et ta täielikult katkestaks kliendiga kaubandussuhted, kuna artikli 86 kohaselt oleks tarnimisest keeldumine, isegi kui see on täielik, keelatud ainult siis, kui tegu on kuritarvitusega. Euroopa Kohtu kohtupraktika tunnistab kaudselt, et ettevõtlusvabaduse kaitsmine on asutamislepingu konkurentsireeglite rakendamise juures tähtis, sest seal tõdetakse otseselt, et ka turgu valitsev ettevõtja võib teatavatel juhtudel keelduda müümast või muuta oma tarnete või kauba kättetoimetamise poliitikat ilme, et tema kohta kehtiks artiklis 86 nimetatud keeld (vt kohtuasi 27/76 United Brands vs komisjon, EKL 1978, I-207, paragrahvid 182-191).

181 Komisjon ei saa oma väidete toetuseks ka kasutada täiesti alusetut väidet, mille kohaselt paralleelimport viib pikas perspektiivis ravimite hinna ühtlustumiseni. Sama kehtib ka komisjoni väite kohta, mille kohaselt ei ole võimalik nõustuda paralleelimpordi takistamisega, mille tõttu farmaatsiafirmad võivad nõuda ülikõrgeid hindu maades, kus hinnajärelevalve puudub, et kompenseerida madalamat kasumit sellistes liikmesriikides, kus riik sekkub rohkem hindade küsimusse.

182 Järelikult ei ole juriidiliselt paikapidav komisjoni väide, et hulгимүүјјate ja tootja vaheline kokkulepe on tõestatud ainult sellega, et nad jätkasid juba olemasolevat kaubandussuhet.

D. *Resolutiivosa*

183 Kogu eeltoodu põhjal järeldub, et komisjon hindas ebaõigesti käesoleva kohtuasja fakte ja tegi vea nende õiguslikus analüüsis, kui ta leidis, et on tuvastatud fakt, et Bayeril ja otsuses nimetatud hulгимүүјјatel oli ühine tahe, mille alusel võis järeldada, et nende vahel eksisteeris asutamislepingu artikli 85 lõikes 1 nimetatud kokkulepe, millega sooviti takistada või piirata Adalati eksporti Prantsusmaalt ja Hispaaniast Ühendkuningriiki.

184 Järelikult tuleb käesoleva hagiga tõstatatud põhiargument kuulutada põhjendatuks. Seetõttu tuleb vaidlusalune otsus tühistada ilma hageja nimetatud tunnistajaid ära kuulamata ning ilma läbi vaatamata hageja esitatud alternatiivseid argumente, milles väidetakse, et asutamislepingu artikli 85 lõiget 1 kohaldati vale tegevuse kohta, mis Hispaania ühinemislepingu artikli 47 kohaselt on seaduslik, ja et hagejale trahvi määramisega kohaldati valesti määruse nr 17 artiklit 15.

Kohtukulud

185 Vastavalt Kohtu kodukorra artikli 87 lõikele 2 tuleb kohtukulud sisse nõuda poolelt, kelle kahjuks otsus on tehtud, kui pool, kelle kasuks otsus tehti on seda oma avaldustes taotlenud. Kuna komisjon on käeoleva kohtuasja kaotanud ja hageja taotles kohtukulude sissenõudmist kaotajalt poolelt, tuleb komisjonil tasuda oma enda kohtukulud ja lisaks hageja kulud, kaasaarvatud hagejale ajutise vabastuse menetlemisest tekkinud kulud.

186 Kohtu kodukorra artikli 84 lõike 4 kohaselt võib Esimese Astme Kohus määrata, et menetlusse astujad, välja arvatud eelnevas alalõigus nimetatud isikud, peavad oma kohtukulud tasuma ise. Käesolevas asjas määratakse, et EFPIA, kes astus menetlusse hageja poolel ja BAI, kes astus menetlusse komisjoni poolel, tasuvad oma kohtukulud ise.

Esitatud põhjendustest lähtudes

EUROOPA ÜHENDUSTE ESIMESE ASTME KOHUS

(Viies koda, laiendatud koosseis)

otsustab:

- 1. Tühistada komisjoni 10. jaanuari 1996 otsuse 96/478/EÜ, mis puudutab menetlust vastavalt asutamislepingu 85 artiklile (kohtuasi IV/34.279/F3 - Adalat);**
- 2. Määrata, et komisjon tasub oma kohtukulud ise ja nõudma temalt sisse hageja kohtukulud, kaasaarvatud ajutise vabastuse menetlemise käigus tekkinud kulud;**
- 3. Määrata, et European Federation of Pharmaceutical Industries' Associations ja Bundesverband der Arzneimittel-Importeure eV tasuvad oma kohtukulud ise.**

Cooke

Garcia-Valdecasas

Lindh

Pirrung

Vilaras

Kuulutatud avalikul kohtuistungil 26. augustil 2000 Luxembourgis.

H. Jung

Kohtusekretär

J.D. Cooke

President