

ΑΠΟΦΑΣΗ ΤΟΥ ΔΙΚΑΣΤΗΡΙΟΥ
της 6ης Ιανουαρίου 2004 *

Στις συνεκδικαζόμενες υποθέσεις C-2/01 P και C-3/01 P,

Bundesverband der Arzneimittel-Importeure eV, με έδρα το Mülheim an der Ruhr (Γερμανία), εκπροσωπούμενη από τους U. Zinsmeister και W. A. Rehmann, Rechtsanwälte, με τόπο επιδόσεων στο Λουξεμβούργο,

αναιρεσείουσα,

υποστηριζόμενη από την

European Association of Euro Pharmaceutical Companies (EAEPC), με έδρα τις Βρυξέλλες (Βέλγιο), εκπροσωπούμενη από τους M. Epping και M. Lienemeyer, Rechtsanwälte, με τόπο επιδόσεων στο Λουξεμβούργο,

παρεμβαίνουσα,

* Γλώσσα διαδικασίας: η γερμανική.

Επιτροπή των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων, εκπροσωπούμενη από τους Κ. Wiedner και W. Wils, επικουρούμενους από τον Η.-J. Freund, Rechtsanwalt, με τόπο επιδόσεων στο Λουξεμβούργο,

αναιρεσείουσα,

υποστηριζόμενη από το

Βασίλειο της Σουηδίας, εκπροσωπούμενο από τον Α. Kruse, με τόπο επιδόσεων στο Λουξεμβούργο,

και την

European Association of Euro Pharmaceutical Companies (EAEPIC),

παρεμβαίνοντες,

που έχει ως αντικείμενο δύο αιτήσεις αναιρέσεως που ασκήθηκαν κατά της αποφάσεως που εξέδωσε στις 26 Οκτωβρίου 2000 το Πρωτοδικείο των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων (πέμπτο πενταμελές τμήμα) στην υπόθεση T-41/96, Bayer κατά Επιτροπής των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων (Συλλογή 2000, σ. II-3383), με την οποία ζητείται η εξαφάνιση της αποφάσεως αυτής,

όπου οι λοιποί διάδικοι είναι

η Bayer AG, με έδρα το Leverkusen (Γερμανία), εκπροσωπούμενη από τον J. Sedemund, Rechtsanwalt, με τόπο επιδόσεων στο Λουξεμβούργο,

προσφεύγουσα πρωτοδίκως,

και

η European Federation of Pharmaceutical Industries' Associations, με έδρα τη Γενεύη (Ελβετία), εκπροσωπούμενη από τον A. Woodgate, solicitor, με τόπο επιδόσεων στο Λουξεμβούργο,

παρεμβαίνουσα πρωτοδίκως,

ΤΟ ΔΙΚΑΣΤΗΡΙΟ,

συγκείμενο από τους B. Σκουρή, Πρόεδρο, P. Jann, C. W. A. Timmermans και J. N. Cunha Rodrigues, προέδρους τμήματος, D. A. O. Edward (εισηγητή), A. La Pergola, J.-P. Puissochet και R. Schintgen, F. Macken, N. Colneric και M. S. von Bahr, δικαστές,

γενικός εισαγγελέας: A. Tizzano
γραμματέας: H. A. Rühl, κύριος υπάλληλος διοικήσεως,

έχοντας υπόψη την έκθεση ακροατηρίου,

αφού άκουσε τις αγορεύσεις των διαδίκων κατά τη συνεδρίαση της 12ης Νοεμβρίου 2002, κατά την οποία η Bundesverband der Arzneimittel-Importeure eV εκπροσωπήθηκε από τον W. A. Rehmann, η Επιτροπή των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων από τον K. Wiedner, επικουρούμενο από τον H.-J. Freund, η European Association of Euro Pharmaceutical Companies (EAEPIC) από τον A. Martin-Ehlers, Rechtsanwalt, η Bayer AG από τον J. Sedemund, και η European Federation of Pharmaceutical Industries' Associations από τον A. Woodgate,

αφού άκουσε τον γενικό εισαγγελέα που ανέπτυξε τις προτάσεις του κατά τη συνεδρίαση της 22ας Μαΐου 2003,

εκδίδει την ακόλουθη

Απόφαση

- 1 Με δύο δικόγραφα που κατέθεσαν στην Γραμματεία του Δικαστηρίου στις 5 Ιανουαρίου 2001, η Bundesverband der Arzneimittel-Importeure eV (στο εξής: BAI) και η Επιτροπή των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων άσκησαν, δυνάμει του άρθρου 49 του Οργανισμού ΕΚ του Δικαστηρίου, αναίρεση κατά της αποφάσεως του Πρωτοδικείου της 26ης Οκτωβρίου 2000, T-41/96, Bayer κατά Επιτροπής (Συλλογή 2000, σ. II-3383, στο εξής: αναιρεσιβαλλόμενη απόφαση), με την οποία το Πρωτοδικείο ακύρωσε την απόφαση 96/478/ΕΚ της Επιτροπής, της 10ης Ιανουαρίου 1996, σχετικά με διαδικασία εφαρμογής του άρθρου 85 της Συνθήκης ΕΚ (Υπόθεση IV/34.279/F3 — Adalat) (ΕΕ L 201, σ. 1, στο εξής: επίδικη απόφαση).

Ιστορικό της διαφοράς

Τα πραγματικά περιστατικά της υποθέσεως

- 2 Τα πραγματικά περιστατικά της υποθέσεως εκτίθενται στην αναιρεσιβαλλόμενη απόφαση ως εξής:
 - «1 Η προσφεύγουσα, η Bayer AG (στο εξής: Bayer ή όμιλος Bayer), είναι η μητρική εταιρία ενός από τους κύριους ευρωπαϊκούς χημικούς και φαρμακευτικούς ομίλους και είναι παρούσα σε όλα τα κράτη μέλη της Κοινότητας μέσω των εθνικών θυγατρικών της. Παράγει και εμπορεύεται από πολλών ετών, υπό το σήμα “Adalat” ή “Adalate”, μια σειρά φαρμάκων των οποίων το δραστικό συστατικό είναι η νιφεδιπίνη και τα οποία προορίζονται για τη θεραπεία καρδιαγγειοπαθειών.
 - 2 Στα περισσότερα κράτη μέλη, η τιμή του Adalat καθορίζεται, άμεσα ή έμμεσα, από τις εθνικές υγειονομικές αρχές. Από το 1989 έως το 1993, οι τιμές που καθόρισαν οι ισπανικές και γαλλικές υγειονομικές υπηρεσίες ήσαν, κατά μέσο όρο, χαμηλότερες κατά 40 % από εκείνες που ίσχυαν στο Ηνωμένο Βασίλειο.
 - 3 Λόγω αυτών των διαφορών στις τιμές, ορισμένοι χονδρέμποροι εγκατεστημένοι στην Ισπανία άρχισαν από το 1989 να εξάγουν Adalat προς το Ηνωμένο Βασίλειο. Από το 1991, διάφοροι εγκατεστημένοι στη Γαλλία χονδρέμποροι ακολούθησαν το παράδειγμά τους. Κατά την [Bayer], από το 1989 έως το 1993 οι πωλήσεις του Adalat που πραγματοποίησε η βρετανική θυγατρική της, η Bayer UK, μειώθηκαν κατά το ήμισυ περίπου, λόγω των παράλληλων εισαγωγών, προκαλώντας έτσι στη βρετανική θυγατρική εταιρία μια απώλεια κύκλου εργασιών ύψους 230 εκατομμυρίων γερμανικών μάρκων (DEM), ποσό που αντιπροσωπεύει για την Bayer απώλεια εσόδων ύψους 100 εκατομμυρίων DEM.

- 4 Ενόψει της καταστάσεως αυτής, ο όμιλος Bayer άλλαξε την πολιτική παραδόσεων και άρχισε να μην εκτελεί όλες τις παραγγελίες, όλο και πιο σημαντικές, που έδιδαν οι εγκατεστημένοι στην Ισπανία και στη Γαλλία χονδρέμποροι στην ισπανική και στη γαλλική θυγατρική της. Η αλλαγή αυτή επήλθε το 1989 για τις παραγγελίες που έλαβε η Bayer Ισπανίας και κατά το τέταρτο τρίμηνο του 1991 για τις παραγγελίες που έλαβε η Bayer Γαλλίας.»

Η επίδικη απόφαση

- 3 Κατόπιν των καταγγελιών που υπέβαλαν ορισμένοι εμπλεκόμενοι χονδρέμποροι, η Επιτροπή κίνησε διοικητική διαδικασία έρευνας όσον αφορά τις φερόμενες παραβάσεις του άρθρου 85, παράγραφος 1, της Συνθήκης ΕΚ (νυν άρθρου 81, παράγραφος 1, ΕΚ) που διέπραξαν οι θυγατρικές της Bayer στη Γαλλία (στο εξής: Bayer Γαλλίας) και στην Ισπανία (στο εξής: Bayer Ισπανίας). Στις 10 Ιανουαρίου 1996 η Επιτροπή εξέδωσε την επίδικη απόφαση.
- 4 Κατά την Επιτροπή, η Bayer Γαλλίας και η Bayer Ισπανίας παρέβησαν το άρθρο 85, παράγραφος 1, της Συνθήκης, προβλέποντας απαγόρευση των εξαγωγών εντασόμενη στο πλαίσιο των διαρκών εμπορικών σχέσεων των θυγατρικών αυτών με τους αντίστοιχους πελάτες τους. Η Επιτροπή υποστηρίζει ότι η συμφωνία αυτή περιόριζε σημαντικά τον ανταγωνισμό και επηρέαζε εξίσου σημαντικά το εμπόριο μεταξύ κρατών μελών (αιτιολογικές σκέψεις 155 έως 199 της επίδικης αποφάσεως).
- 5 Ειδικότερα, η Επιτροπή συνάγει την ύπαρξη της εν λόγω απαγορεύσεως των εξαγωγών από την εξέταση της συμπεριφοράς της Bayer και ιδίως από την ύπαρξη, αφενός, ενός συστήματος εντοπισμού των χονδρεμπόρων που πραγματοποιούν εξαγωγές και, αφετέρου, σταδιακών μειώσεων του όγκου των εμπορευμάτων που παρέδιδαν η Bayer Ισπανίας και η Bayer Γαλλίας στις περιπτώσεις που οι οικείοι χονδρέμποροι εξήγγαν το σύνολο ή μέρος των προϊόντων αυτών.

- 6 Σύμφωνα με την ανάλυση της Επιτροπής, η Bayer Γαλλίας και η Bayer Ισπανίας εκτελούσαν τις συμφωνηθείσες παραδόσεις υπό τον όρον ότι τηρείτο η απαγόρευση των εξαγωγών. Η μείωση του όγκου των παραδόσεων της Bayer Γαλλίας και της Bayer Ισπανίας διαμορφωνόταν σε συνάρτηση με τη στάση των χονδρεμπόρων έναντι της εν λόγω απαγορεύσεως των εξαγωγών. Η παραβίασή της επέσυρε αυτομάτως για τους χονδρεμπόρους νέα μείωση των παραδόσεων φαρμακευτικών προϊόντων.
- 7 Υπό το πρίσμα των σκέψεων αυτών, η Επιτροπή κατέληξε, με την αιτιολογική σκέψη 170 της επίδικης αποφάσεως, ότι η Bayer Γαλλίας και η Bayer Ισπανίας επέσειαν συνεχώς στους χονδρεμπόρους την απειλή ότι θα μειώσουν τις ποσότητες των παραδόσεών τους και ότι η απειλή αυτή πραγματοποιήθηκε επανειλημμένως σε περιπτώσεις μη συμμορφώσεως με την απαγόρευση των εξαγωγών.
- 8 Η Επιτροπή έκρινε ότι η συμπεριφορά των χονδρεμπόρων έδειχνε ότι όχι μόνον κατανόησαν ότι απαγορεύεται να εξάγουν τα παραδιδόμενα εμπορεύματα, αλλά και ότι συμμορφώθηκαν προς την εν λόγω απαγόρευση. Συνεπώς, οι χονδρέμποροι έδειξαν έναντι της Bayer Γαλλίας και της Bayer Ισπανίας την προσχώρησή τους, τουλάχιστον κατ' επίφαση, στον όρο της απαγορεύσεως των εξαγωγών που επέβαλε ο προμηθευτής τους στο πλαίσιο των διαρκών εμπορικών τους σχέσεων. Συναφώς, η Επιτροπή επισήμανε με τις αιτιολογικές σκέψεις 182 και 183 της επίδικης αποφάσεως:

«182 Οι επιχειρήσεις χονδρικής πώλησης, χρησιμοποιώντας διάφορες μεθόδους για να προμηθευτούν εμπορεύματα, ιδιαίτερα τη μέθοδο του επιμερισμού των παραγγελιών που προορίζονταν για εξαγωγή σε διάφορα καταστήματα [...] και τη μέθοδο της διαβίβασης παραγγελιών διά μέσου άλλων μικρών επιχειρήσεων χονδρικής πώλησης που δεν υπέκειντο σε έλεγχο [...], προσάρμοσαν τις παραγγελίες τους στην απαίτηση της Bayer Γαλλίας και της Bayer Ισπανίας να μην εξάγουν το προϊόν.

183 Άρχισαν να παραγγέλλουν μόνο τις ποσότητες που χρειάζονταν για τις ανάγκες της εθνικής αγοράς, σε ό,τι αφορά τα στοιχεία των παραγγελιών τους έναντι του προμηθευτή τους, δηλαδή της Bayer Γαλλίας ή της Bayer Ισπανίας. Από τη στιγμή που οι εν λόγω εταιρείες αντιλήφθηκαν την πρώτη αυτή μέθοδο, οι επιχειρήσεις χονδρικής πώλησης άρχισαν να τηρούν τις εθνικές “ποσοστώσεις” που επέβαλε ο εταίρος τους και άρχισαν να διαπραγματεύονται για να τις διογκώσουν κατά το δυνατόν περισσότερο, στο βαθμό που ενέδωσαν στην αυστηρή εφαρμογή και τήρηση των ορίων που η Bayer Γαλλίας και η Bayer Ισπανίας θεώρησαν φυσιολογικά για τον εφοδιασμό της εθνικής αγοράς.»

9 Η Επιτροπή εκτιμά, με την αιτιολογική σκέψη 184 της επίδικης απόφασης, ότι από τη συμπεριφορά αυτή προκύπτει ότι οι επιχειρήσεις χονδρικής πώλησης συμμορφώθηκαν με την απαγόρευση εξαγωγής εμπορευμάτων, η οποία εντασσόταν στο πλαίσιο των διαρκών εμπορικών σχέσεων μεταξύ της Bayer Γαλλίας και της Bayer Ισπανίας και των συναλλασσόμενων με αυτές χονδρεμπόρων. Επομένως, η Επιτροπή θεωρεί ότι υφίστατο συμφωνία κατά την έννοια του άρθρου 85, παράγραφος 1, της Συνθήκης.

10 Κατά συνέπεια, η Επιτροπή διαπίστωσε με το άρθρο 1 της επίδικης απόφασης ότι «[η] απαγόρευση εξαγωγών των προϊόντων Adalat και Adalat 20 mg LP από τη Γαλλία και των προϊόντων Adalate και Adalate Retard από την Ισπανία, προς άλλα κράτη μέλη, η οποία συμφωνήθηκε στο πλαίσιο των αδιαλείπτων εμπορικών σχέσεων μεταξύ της Bayer Γαλλίας και των χονδρεμπόρων της από το 1991 και μεταξύ της Bayer Ισπανίας και των χονδρεμπόρων της τουλάχιστον από το 1989, συνιστά παράβαση του άρθρου 85, παράγραφος 1, της Συνθήκης εκ μέρους της Bayer AG».

11 Σύμφωνα με το άρθρο 2 της επίδικης απόφασης, η Bayer όφειλε:

«[...] να παύσει την παράβαση και ιδιαίτερα:

- να αποστείλει, εντός δύο μηνών από την κοινοποίηση της παρούσας απόφασης, εγκύκλιο στις επιχειρήσεις χονδρικής πώλησης που εφοδιάζουν στη Γαλλία και στην Ισπανία όπου θα διευκρινίζεται ότι επιτρέπονται οι εξαγωγές εντός της Ευρωπαϊκής Ένωσης και ότι οι εξαγωγές αυτές δεν προκαλούν την επιβολή αντιμέτρων,
 - να αρχίσει να αναγράφει, εντός δύο μηνών από την κοινοποίηση της παρούσας απόφασης, τα εν λόγω στοιχεία κατά τρόπο σαφή στους γενικούς όρους πώλησης που εφαρμόζονται στη Γαλλία και στην Ισπανία.»
- 12 Δυνάμει του άρθρου 3 της επίδικης αποφάσεως επιβλήθηκε στην Bayer AG πρόστιμο ύψους 3 000 000 ECU, ενώ το άρθρο 4 καθορίζει χρηματική ποινή ύψους 1 000 ECU για κάθε ημέρα καθυστέρησης κατά την εκπλήρωση των ειδικών υποχρεώσεων που αναφέρονται στο άρθρο 2 της εν λόγω αποφάσεως, επιβαλλόμενη μετά την παρέλευση της προβλεπόμενης δέμηνης προθεσμίας για την εκτέλεση αυτής.

Η διαδικασία ενώπιον του Πρωτοδικείου και η αναιρεσιβαλλόμενη απόφαση

- 13 Με δικόγραφο που πρωτοκολλήθηκε στη Γραμματεία του Πρωτοδικείου στις 22 Μαρτίου 1996, η Bayer άσκησε προσφυγή ακυρώσεως κατά της επίδικης αποφάσεως. Με χωριστό δικόγραφο που πρωτοκολλήθηκε στη Γραμματεία του Πρωτοδικείου αυθημερόν, υπέβαλε αίτηση αναστολής εκτελέσεως του άρθρου 2 της αποφάσεως αυτής. Με διάταξη της 3ης Ιουνίου 1996, ο Πρόεδρος του Πρωτοδικείου χορήγησε την αναστολή εκτελέσεως και επιφυλάχθηκε ως προς τα δικαστικά έξοδα.
- 14 Την 1η Αυγούστου 1996, μια γερμανική ένωση εισαγωγέων φαρμάκων, η BAI, ζήτησε να παρέμβει προς στήριξη των αιτημάτων της Επιτροπής. Στις 26 Αυγούστου 1996, η European Federation of Pharmaceutical Industries' Associations (στο εξής:

ΕΦΡΙΑ), μια ευρωπαϊκή επαγγελματική ένωση που εκπροσωπεί τα συμφέροντα δεκαέξι εθνικών επαγγελματικών ενώσεων του τομέα των φαρμάκων, ζήτησε να παρέμβει προς στήριξη των αιτημάτων της Bayer. Με διατάξεις της 8ης Νοεμβρίου 1996, ο πρόεδρος του πέμπτου πενταμελούς τμήματος του Πρωτοδικείου επέτρεψε στις αιτούσες να παρέμβουν.

- 15 Κατόπιν εκθέσεως του εισηγητή δικαστή, το Πρωτοδικείο αποφάσισε να προχωρήσει στην προφορική διαδικασία και, στο πλαίσιο λήψεως μέτρων οργάνωσης της διαδικασίας βάσει του άρθρου 64 του Κανονισμού Διαδικασίας, να θέσει εγγράφως σειρά ερωτήσεων στην Bayer και στην Επιτροπή, καλώντας τες να απαντήσουν κατά την επ' ακροατηρίου συζήτηση. Οι διάδικοι αγόρευσαν και απάντησαν στις γραπτές και προφορικές ερωτήσεις που έθεσε το Πρωτοδικείο κατά τη συνεδρίαση της 28ης Οκτωβρίου 1999.
- 16 Με την αναιρεσιβαλλόμενη απόφαση, το Πρωτοδικείο ακύρωσε την επίδικη απόφαση και καταδίκασε την Επιτροπή στα δικαστικά έξοδα στα οποία υποβλήθηκε η Bayer, με την αιτιολογία ότι η Επιτροπή εκτίμησε εσφαλμένως τα πραγματικά περιστατικά της υποθέσεως και πλανήθηκε κατά τη νομική εκτίμησή τους, κρίνοντας αποδεδειγμένη τη σύμπτωση βουλήσεων μεταξύ της Bayer και των οικείων χονδρεμπόρων, βάσει της οποίας μπορούσε να συναχθεί η ύπαρξη συμφωνίας κατά την έννοια του άρθρου 85, παράγραφος 1, της Συνθήκης, αποβλέπουσας στην παρεμπόδιση ή στον περιορισμό των εξαγωγών του Adalat από τη Γαλλία και την Ισπανία προς το Ηνωμένο Βασίλειο.
- 17 Προκειμένου να καταλήξει στο συμπέρασμα αυτό, το Πρωτοδικείο συνόψισε, με τις σκέψεις 66 έως 72 της αναιρεσιβαλλόμενης αποφάσεως, τη νομολογία περί της έννοιας της «συμφωνίας» κατά το άρθρο 85, παράγραφος 1, της Συνθήκης και, ειδικότερα, τη νομολογία που στηρίζει την ύπαρξη συμφωνίας αυτού του είδους κατά τα φαινόμενα μονομερή συμπεριφορά του παραγωγού. Συναφώς, το Πρωτοδικείο υπογράμμισε μεταξύ άλλων ότι «όταν μια απόφαση του παραγωγού συνιστά μονομερή συμπεριφορά της επιχειρήσεως, η απόφαση αυτή δεν εμπίπτει στην απαγόρευση του άρθρου 85, παράγραφος 1, της Συνθήκης» (σκέψη 66). Εν συνεχεία, διευκρίνισε ότι «πρέπει να διακριθούν οι περιπτώσεις στις οποίες μια επιχείρηση έλαβε ένα πράγματι μονομερές μέτρο και, συνεπώς, χωρίς τη ρητή ή σιωπηρή συμμετοχή άλλης επιχειρήσεως, από εκείνες στις οποίες ο μονομερής χαρακτήρας είναι μόνο φαινομενικός. Οι μεν πρώτες περιπτώσεις δεν εμπίπτουν στο άρθρο 85,

παράγραφος 1, της Συνθήκης, ενώ από τις δεύτερες πρέπει να θεωρηθεί ότι προκύπτει συμφωνία μεταξύ επιχειρήσεων και συνεπώς μπορούν να εμπίπτουν στο πεδίο εφαρμογής του άρθρου αυτού. Τούτο συμβαίνει, μεταξύ άλλων, στην περίπτωση των πρακτικών και των μέτρων που περιορίζουν τον ανταγωνισμό και τα οποία, λαμβανόμενα κατά τα φαινόμενα μονομερώς από τον παραγωγό στο πλαίσιο των συμβατικών σχέσεών του με τους μεταπωλητές του, τυγχάνουν εντούτοις της τουλάχιστον σιωπηλής συναινέσεως των εν λόγω μεταπωλητών» (σκέψη 71).

- 18 Το Πρωτοδικείο, στο πλαίσιο αυτό και ενόψει του ισχυρισμού της Bayer ότι μολονότι εφάρμοσε μια μονομερή πολιτική αποσκοπούσα στη μείωση των παράλληλων εισαγωγών, εντούτοις ούτε προέβλεψε ούτε επέβαλε απαγόρευση των εξαγωγών, έκρινε ότι, υπό τις συνθήκες αυτές, «προκειμένου να καθοριστεί αν η Επιτροπή απέδειξε επαρκώς κατά νόμο την ύπαρξη συμπτώσεως βουλήσεων μεταξύ των μερών σχετικά με τον περιορισμό των παράλληλων εξαγωγών, [έπρεπε] να εξεταστεί αν, όπως υποστηρίζει η [Bayer], η Επιτροπή εκτίμησε κατά τρόπο εσφαλμένο τις αντίστοιχες βουλήσεις της Bayer και των χονδρεμπόρων» (σκέψη 77 της αναιρεσιβαλλόμενης αποφάσεως).

- 19 Ως εκ τούτου, όσον αφορά τη φερόμενη βούληση της Bayer να επιβάλει απαγόρευση των εξαγωγών, το Πρωτοδικείο αποφάνθηκε με τη σκέψη 109 της αναιρεσιβαλλόμενης αποφάσεως ότι η Επιτροπή δεν απέδειξε επαρκώς κατά νόμο «ούτε ότι η Bayer Γαλλίας και η Bayer Ισπανίας επέβαλαν απαγόρευση των εξαγωγών στους αντίστοιχους χονδρεμπόρους τους, ούτε ότι η Bayer έθεσε σε εφαρμογή έναν συστηματικό έλεγχο του πραγματικού τελικού προορισμού των κουτιών Adalat που παραδόθηκαν μετά την υιοθέτηση της νέας πολιτικής παραδόσεων, ούτε ότι η [Bayer] εφάρμοσε μια πολιτική που συνίστατο σε απειλές και κυρώσεις έναντι των χονδρεμπόρων εξαγωγέων, ούτε ότι εξάρτησε τις παραδόσεις του προϊόντος αυτού από την τήρηση της εν λόγω φερόμενης απαγορεύσεως των εξαγωγών». Κατά το Πρωτοδικείο, από τα διαλαμβανόμενα στην επίδικη απόφαση έγγραφα δεν προκύπτει ούτε ότι η Bayer επιδίωξε να επιτύχει οποιαδήποτε συμφωνία εκ μέρους των χονδρεμπόρων σε σχέση με τη θέση σε εφαρμογή της πολιτικής της που αποσκοπούσε στη μείωση των παράλληλων εισαγωγών. Στα έγγραφα που επικαλέστηκε η Επιτροπή δεν υπάρχει κανένα αποδεικτικό στοιχείο προς στήριξη της απόψεως ότι η Bayer εξαρτούσε την πολιτική παραδόσεων προς κάθε χονδρέμπορο από την συμπεριφορά αυτού όσον αφορά τον τελικό προορισμό των παραδιδόμενων προϊόντων.

20 Εν συνεχεία, το Πρωτοδικείο εξέτασε, με τις σκέψεις 111 έως 157 της αναιρεσιβαλλόμενης αποφάσεως, τη στάση και την πραγματική συμπεριφορά των χονδρεμπόρων στο πλαίσιο της εξετάσεως της υπάρξεως συμφωνίας κατά το άρθρο 85, παράγραφος 1, της Συνθήκης. Κατ' αρχάς, έκρινε ότι ο ισχυρισμός της Επιτροπής ότι οι χονδρέμποροι συμμορφώθηκαν προς τη φερόμενη απαγόρευση των εξαγωγών είναι αβάσιμος, ιδίως διότι η Επιτροπή δεν απέδειξε επαρκώς κατά νόμο ούτε ότι η Bayer είχε επιβάλει απαγόρευση των εξαγωγών στους εξαγωγείς της ούτε ότι οι παραδόσεις εξαρτώνταν από την τήρηση της εν λόγω φερόμενης απαγορεύσεως των εξαγωγών (σκέψεις 119 και 122 της αναιρεσιβαλλόμενης αποφάσεως).

21 Συνεπώς, το Πρωτοδικείο εξέτασε το ζήτημα αν, ενόψει της πραγματικής συμπεριφοράς των χονδρεμπόρων κατόπιν της υιοθετήσεως εκ μέρους της Bayer της νέας πολιτικής περιορισμού των παραδόσεων, η Επιτροπή μπορούσε να συναγάγει την ύπαρξη συναινέσεως τους όσον αφορά την πολιτική αυτή (σκέψη 124). Αφού έλαβε υπόψη τα διαλαμβανόμενα στην επίδικη απόφαση έγγραφα, το Πρωτοδικείο έκρινε ως εξής:

«151 Από την εξέταση της στάσεως και της πραγματικής συμπεριφοράς των χονδρεμπόρων προκύπτει ότι δεν είναι βάσιμος ο ισχυρισμός της Επιτροπής ότι οι χονδρέμποροι συμμορφώθηκαν με την πολιτική της [Bayer] που αποσκοπούσε στη μείωση των παράλληλων εισαγωγών.

152 Το επιχείρημα που αντλείται από το γεγονός ότι οι ενδιαφερόμενοι χονδρέμποροι είχαν μειώσει τις παραγγελίες τους σε ορισμένο επίπεδο για να δώσουν στη Bayer την εντύπωση ότι ανταποκρίνονταν στη δηλωθείσα βούλησή της να μην καλύπτει παρά μόνο τις ανάγκες της παραδοσιακής αγοράς τους και ότι ενεργούσαν κατ' αυτόν τον τρόπο για να αποφύγουν τις κυρώσεις της πρέπει να απορριφθεί, δεδομένου ότι η Επιτροπή δεν απέδειξε ότι η [Bayer] απαίτησε ή διαπραγματεύθηκε την εκ μέρους των χονδρεμπόρων υιοθέτηση κάποιας συμπεριφοράς σχετικά με τον εξαγωγικό περιορισμό των παραδιδόμενων κουτιών Adalat και ότι επέβαλε κυρώσεις στους χονδρεμπόρους εξαγωγείς ή απείλησε να το πράξει.

- 153 Για τους ίδιους λόγους, η Επιτροπή δεν μπορεί να ισχυρίζεται ότι τη μείωση των παραγγελιών μπορούσε να αντιληφθεί η Bayer μόνο ως σημάδι ότι οι χονδρέμποροι είχαν δεχθεί τις απαιτήσεις της ούτε μπορεί να υποστηρίζει ότι οι χονδρέμποροι, επειδή ικανοποίησαν τις απαιτήσεις της [Bayer], χρειάστηκε να προμηθευθούν πρόσθετες ποσότητες προοριζόμενες για εξαγωγή από χονδρεμπόρους τους οποίους η προσφεύγουσα δεν αντιμετώπιζε ως “υπόπτους” και των οποίων οι μεγαλύτερες παραγγελίες θα υλοποιούνταν συνεπώς χωρίς δυσκολία.
- 154 Επιπλέον, από τις εξετασθείσες ανωτέρω αιτιολογικές σκέψεις της [επίδικης αποφάσεως] προκύπτει σαφώς ότι οι χονδρέμποροι συνέχιζαν να προσπαθούν να λάβουν κουτιά Adalat για εξαγωγή και ενέμειναν σ’ αυτή τη γραμμή δράσεως, έστω και αν προς τούτο έκριναν ότι ήταν χρησιμότερο να χρησιμοποιήσουν διάφορα συστήματα για να προμηθευθούν εμπορεύματα, ήτοι, αφενός, το σύστημα του επιμερισμού των παραγγελιών που προοριζόνταν για εξαγωγή σε διάφορα καταστήματα και, αφετέρου, το σύστημα που συνίστατο στην έμμεση πραγματοποίηση των παραγγελιών μέσω μικρής εμβέλειας χονδρεμπόρων. Υπό τις περιστάσεις αυτές, το γεγονός ότι οι χονδρέμποροι άλλαξαν την πολιτική τους σχετικά με τις παραγγελίες και εφάρμοσαν διάφορα συστήματα κατανομής ή διαφοροποιήσεως των παραγγελιών, πραγματοποιώντας τις κατά τρόπο έμμεσο, δεν μπορεί να ερμηνευθεί ως απόδειξη της βουλήσεώς τους να ικανοποιήσουν τη Bayer ούτε ως απάντηση σε κάποιο αίτημα ή έκκληση [αυτής]. Αντιθέτως, το γεγονός αυτό μπορεί να θεωρηθεί ότι αποδεικνύει τη σταθερή πρόθεση των χονδρεμπόρων να συνεχίσουν να πραγματοποιούν παράλληλες εξαγωγές Adalat.
- 155 Ελλείπει αποδείξεως οποιασδήποτε απαιτήσεως εκ μέρους της [Bayer] σχετικά με τη συμπεριφορά των χονδρεμπόρων όσον αφορά τις εξαγωγές των παραδιδομένων κουτιών Adalat, το γεγονός ότι αυτοί έλαβαν μέτρα για να προμηθευθούν πρόσθετες ποσότητες δεν μπορεί να ερμηνευθεί παρά μόνον ως διάψευση της φερομένης συναινεσεώς τους. Για τους ίδιους αυτούς λόγους πρέπει να απορριφθεί το επιχείρημα της Επιτροπής ότι, υπό τις συγκεκριμένες περιστάσεις, είναι εύλογο ότι ορισμένοι χονδρέμποροι προσπάθησαν να προμηθευθούν με έμμεσους τρόπους πρόσθετες ποσότητες, δεδομένου ότι έπρεπε να δεσμευθούν έναντι της Bayer να μην προβούν σε εξαγωγές και να παραγγείλουν κατά συνέπεια μειωμένες ποσότητες μη δυνάμενες να εξαχθούν.

156 Τέλος, επιβάλλεται η διαπίστωση ότι η Επιτροπή δεν απέδειξε ότι οι χονδρέμποροι θέλησαν να επιδιώξουν τους στόχους της Bayer ούτε ότι θέλησαν να της δημιουργήσουν την πεποίθηση αυτή. Αντιθέτως, τα ανωτέρω εξετασθέντα έγγραφα αποδεικνύουν ότι οι χονδρέμποροι υιοθέτησαν μια συμπεριφορά αποσκοπούσα στην καταστρατήγηση της νέας πολιτικής της Bayer όσον αφορά τον περιορισμό των παραδόσεων στο επίπεδο των παραδοσιακών παραγγελιών.

157 Επομένως, κακώς η Επιτροπή έκρινε ότι η πραγματική συμπεριφορά των χονδρεμπόρων αποδεικνύει επαρκώς κατά νόμο τη συναίνεσή τους προς την πολιτική της [Bayer] που αποσκοπούσε στην παρεμπόδιση των παραλλήλων εισαγωγών.»

22 Τέλος, το Πρωτοδικείο, συνεχίζοντας τη συλλογιστική του με την εξέταση νομολογίας την οποία επικαλέστηκε η Επιτροπή προκειμένου να αποδείξει, εν προκειμένω, την ύπαρξη συμφωνίας κατά την έννοια του άρθρου 85, παράγραφος 1, της Συνθήκης, κατέληξε, με τη σκέψη 171 της αναιρεσιβαλλόμενης αποφάσεως, ότι η Επιτροπή δεν μπορούσε να επικαλεστεί λυσιτελώς τη νομολογία αυτή προκειμένου να αμφισβητήσει το συμπέρασμα του Πρωτοδικείου ότι, εν προκειμένω, δεν διαπιστώθηκε συναίνεση των χονδρεμπόρων στη νέα πολιτική της Bayer και ότι, κατά συνέπεια, η Επιτροπή δεν απέδειξε την ύπαρξη σχετικής συμφωνίας.

23 Όσον αφορά την απόφαση της 11ης Ιανουαρίου 1990, C-277/87, Sandoz prodotti farmaceutici κατά Επιτροπής (Συλλογή 1990, σ. I-45), το Πρωτοδικείο έκρινε ως εξής:

«161 Η υπόθεση αυτή αφορούσε την εκ μέρους της Επιτροπής επιβολή κυρώσεως σε θυγατρική μιας πολυεθνικής φαρμακευτικής επιχειρήσεως, της Sandoz, λόγω του ότι περιελάμβανε στα τιμολόγια που απέστειλε στους πελάτες (χονδρεμπόρους, φαρμακεία και νοσοκομεία) τη ρητή μνεία “απαγορεύεται η εξαγωγή”. Η Sandoz δεν είχε αμφισβητήσει την παρουσία της μνείας αυτής στα τιμολόγιά της, αλλά είχε αρνηθεί την ύπαρξη συμφωνίας υπό την έννοια του άρθρου 85, παράγραφος 1, της Συνθήκης. Το Δικαστήριο απέρριψε την

προσφυγή, αφού απάντησε σε καθένα από τα επιχειρήματα που προέβλεπε η προσφεύγουσα. Έτσι, το Δικαστήριο θεώρησε ότι η αποστολή των τιμολογίων με την ως άνω μνεία δεν αποτελούσε μονομερή συμπεριφορά αλλά εντασσόταν, αντιθέτως, στο γενικό πλαίσιο των εμπορικών σχέσεων που η επιχείρηση διατηρούσε με τους πελάτες της. Το Δικαστήριο κατέληξε στο συμπέρασμα αυτό αφού εξέτασε τον τρόπο κατά τον οποίο η επιχείρηση ενεργούσε προτού επιτρέψει σ' ένα νέο πελάτη να εμπορεύεται τα προϊόντα της και αφού έλαβε υπόψη τις πρακτικές που επαναλαμβάνονταν και εφαρμόζονταν κατά ομοιόμορφο και συστηματικό τρόπο σε κάθε πράξη πωλήσεως (σκέψη 10 της αποφάσεως). Σ' αυτό το στάδιο της συλλογιστικής του (σκέψη 11), το Δικαστήριο έκρινε ως εξής το ζήτημα της συναινεσεως των εμπορικών εταιρών προς την αναγραφόμενη στο τιμολόγιο απαγόρευση των εξαγωγών:

“Πρέπει να τονιστεί, επιπλέον, ότι στους πελάτες της Sandoz PF απευθυνόταν το ίδιο τυποποιημένο τιμολόγιο μετά από κάθε επιμέρους παραγγελία ή, αναλόγως της περιπτώσεως, μετά την παράδοση των προϊόντων. Οι επανειλημμένες παραγγελίες προϊόντων και οι χωρίς διαμαρτυρία εκ μέρους του πελάτη διαδοχικές εξοφλήσεις των τιμών που αναγράφονταν στα τιμολόγια, που περιείχαν τη μνεία ‘απαγορεύεται η εξαγωγή’, συνιστούσαν εκ μέρους του πελάτη σιωπηρή συναίνεση προς τους αναγραφόμενους στο τιμολόγιο όρους και προς το είδος των εμπορικών σχέσεων στις οποίες στηρίζονταν οι επιχειρηματικές σχέσεις μεταξύ της Sandoz PF και των πελατών της. Η αρχικώς παρεχόμενη από την Sandoz PF έγκριση στηριζόταν συνεπώς στη σιωπηρή αποδοχή εκ μέρους των πελατών της συμπεριφοράς που είχε υιοθετήσει έναντι αυτών η Sandoz PF.”

- 162 Πρέπει όμως να τονισθεί ότι μόνο μετά τις διαπιστώσεις αυτές το Δικαστήριο κατέληξε ότι η Επιτροπή δικαίως θεώρησε ότι “το σύνολο των διαρκών εμπορικών σχέσεων, των οποίων αναπόσπαστο τμήμα αποτελούσε ο όρος περί απαγορεύσεως της εξαγωγής και οι οποίες υφίσταντο μεταξύ της Sandoz PF και των πελατών της διέπονταν από μια εκ των προτέρων κατηρητισμένη γενική συμφωνία εφαρμοζόμενη στις πολυάριθμες επιμέρους παραγγελίες προϊόντων Sandoz. Μια τέτοια συμφωνία εμπίπτει στις διατάξεις του άρθρου 85, παράγραφος 1, της Συνθήκης”.

163 Μολονότι οι δύο υποθέσεις είναι παρόμοιες, καθόσον αφορούν συμπεριφορές φαρμακευτικών ομίλων που αποσκοπούν στην παρεμπόδιση των παράλληλων εισαγωγών φαρμάκων, οι συγκεκριμένες περιστάσεις που τις χαρακτηρίζουν είναι πολύ διαφορετικές. Πρώτον, αντίθετα προς την παρούσα υπόθεση, στην υπόθεση Sandoz [prodotti farmaceutici κατά Επιτροπής] ο παραγωγός είχε εισαγάγει ρητώς σε όλα τα τιμολόγια του μια περιοριστική του ανταγωνισμού ρήτρα η οποία, εμφανιζόμενη διαρκώς στα έγγραφα που αφορούσαν όλες τις συναλλαγές, αποτελούσε κατά συνέπεια αναπόσπαστο τμήμα των συμβατικών σχέσεων μεταξύ του παραγωγού και των χονδρεμπόρων του. Δεύτερον, η έναντι της ρήτρας αυτής πραγματική συμπεριφορά των χονδρεμπόρων, οι οποίοι την είχαν τηρήσει de facto και χωρίς να τη συζητήσουν, απεδείκνυε τη σιωπηρή συναίνεσή τους προς την εν λόγω ρήτρα και προς το είδος των εμπορικών σχέσεων στις οποίες η ρήτρα αυτή στηριζόταν. Αντιθέτως, στα πραγματικά περιστατικά της παρούσας υποθέσεως, δεν υφίσταται καμία από τις δύο κύριες περιστάσεις της υποθέσεως Sandoz [prodotti farmaceutici κατά Επιτροπής]: δεν υπάρχει ούτε τυπική ρήτρα απαγορεύσεως των εξαγωγών ούτε συμπεριφορά μη αμφισβητήσεως ή συναινέσεως, ούτε τυπικά ούτε στην πραγματικότητα.»

24 Όσον αφορά την επίσης τυχούσα επικλήσεως από την Επιτροπή απόφαση της 8ης Φεβρουαρίου 1990, C-279/87, Turr-Ex κατά Επιτροπής (Συλλογή 1990, σ. I-261), με την οποία το Δικαστήριο επικύρωσε την απόφασή της περί επιβολής κυρώσεων για μια συμφωνία αποσκοπούσα στην παρεμπόδιση των εξαγωγών μολονότι, αντιθέτως προς την απόφαση Sandoz prodotti farmaceutici κατά Επιτροπής, δεν υφίστατο έγγραφη ρήτρα σχετική με την απαγόρευση των εξαγωγών, το Πρωτοδικείο αποφάνθηκε:

«165 Στην περίπτωση αυτή, επρόκειτο για σύμβαση αποκλειστικής διανομής μεταξύ της Turr-Ex και του Γάλλου διανομέα της, της DMI, η οποία είχε συμμορφωθεί με την απαίτηση του παραγωγού να αυξάνει όσο χρειάζεται τις τιμές που ζητεί από ένα πελάτη για να του αφαιρεί κάθε οικονομικό συμφέρον για παράλληλες εισαγωγές. Επιπλέον, είχε αποδειχθεί ότι ο παραγωγός πραγματοποιούσε εκ των υστέρων ελέγχους για να ωθήσει τον αποκλειστικό διανομέα να υιοθετήσει πράγματι τη συμπεριφορά αυτή [αιτιολογική σκέψη 58 της αποφάσεως 87/406/ΕΟΚ της Επιτροπής, της 10ης Ιουλίου 1987, σχετικά με τη διαδικασία του άρθρου 85 της Συνθήκης ΕΟΚ (ΕΕ L 222, σ. 1)]. Από τις σκέψεις 18 έως 21 της αποφάσεως προκύπτει η συλλογιστική που ακολούθησε το Δικαστήριο το οποίο, αφού διαπίστωσε την ύπαρξη προφορικής συμφωνίας περί αποκλειστικής διανομής στη Γαλλία

μεταξύ της TIPP-Ex και της DMI και αφού υπενθύμισε τα κύρια πραγματικά περιστατικά, θέλησε να εξετάσει την αντίδραση και συνεπώς τη συμπεριφορά που τήρησε ο διανομέας κατόπιν της συνισταμένης στην επιβολή κυρώσεων στάσης που υιοθέτησε ο παραγωγός. Το Δικαστήριο διαπίστωσε ότι ο διανομέας “αντέδρασε αυξάνοντας κατά 10 έως 20 % τις τιμές που εφάρμοξε σε μόνη την επιχείρηση ISA France. Μετά την διακοπή, καθόλο το 1980, των αγορών της ISA France από την DMI, η τελευταία αυτή εταιρία αρνήθηκε, στις αρχές του 1981, να παραδώσει η ίδια προϊόντα TIPP-Ex στην ISA France”. Το Δικαστήριο, μόνο μετά τις διαπιστώσεις αυτές σχετικά με τη συμπεριφορά του παραγωγού και του διανομέα, κατέληξε στο συμπέρασμα του περί της υπάρξεως συμφωνίας υπό την έννοια του άρθρου 85, παράγραφος 1, της Συνθήκης:

“απεδείχθη συνεπώς ότι η DMI ικανοποίησε το αίτημα της TIPP-Ex να μην πωλεί σε πελάτες που μεταπωλούν τα προϊόντα TIPP-Ex σε άλλα κράτη μέλη” (σκέψη 21 της αποφάσεως).

- 166 Κατά συνέπεια, αντίθετα προς την παρούσα υπόθεση, στην υπόθεση επί της οποίας εκδόθηκε η προπαρατεθείσα απόφαση TIPP-Ex κατά Επιτροπής, δεν υπήρχαν αμφιβολίες ως προς το ότι η συνιστάμενη στην παρεμπόδιση των παραλλήλων εξαγωγών πολιτική είχε εφαρμοστεί από τον παραγωγό με τη συνεργασία των διανομέων. Όπως αναφέρεται στην εν λόγω δικαστική απόφαση, η βούληση αυτή ήταν ήδη πρόδηλη στις προφορικές και γραπτές συμβάσεις που υφίσταντο μεταξύ των δύο μερών (βλ. σκέψεις 19 και 20 της αποφάσεως όσον αφορά τον διανομέα DMI και 22 και 23 όσον αφορά τον διανομέα Beiersdorf) και, μολονότι κάποιες αμφιβολίες μπορούσαν να εξακολουθούν να υφίστανται, η ανάλυση της συμπεριφοράς των διανομέων, που πιέζονταν από τον παραγωγό, καταδεικνυε σαφέστατα τη συναίνεσή τους προς τις περιοριστικές του ανταγωνισμού προθέσεις της TIPP-Ex. Η Επιτροπή είχε αποδείξει όχι μόνον ότι οι διανομείς είχαν αντιδράσει στις απειλές και στις πιέσεις του παραγωγού, αλλ’ επίσης ότι τουλάχιστον ένας από αυτούς είχε αποστείλει στον παραγωγό τις αποδείξεις της συνεργασίας του. Τέλος, πρέπει να προστεθεί ότι η ίδια η Επιτροπή παρατηρεί στην παρούσα υπόθεση ότι το Δικαστήριο στην υπόθεση TIPP-Ex [κατά Επιτροπής], για να κρίνει αν υπήρχε συμφωνία, ακολούθησε την πορεία που συνίσταται στην ανάλυση της αντιδράσεως των παραγωγών έναντι της συμπεριφοράς του παραγωγού που ήταν αντίθετη προς τις παράλληλες εξαγωγές και ότι το Δικαστήριο, λαμβάνοντας υπόψη την αντίδραση αυτή του διανομέα, κατέληξε στο συμπέρασμα ότι μεταξύ του διανομέα και της TIPP-Ex υφίστατο συμφωνία αποσκοπούσα στην παρεμπόδιση των παραλλήλων εξαγωγών.

167 Επομένως, η ανωτέρω απόφαση, όπως και η απόφαση Sandoz prodotti farmaceutici κατά Επιτροπής, απλώς επιβεβαιώνει τη νομολογία σύμφωνα με την οποία η φαινομενικά μονομερής συμπεριφορά του παραγωγού μπορεί να συνεπάγεται συμφωνία μεταξύ επιχειρήσεων υπό την έννοια του άρθρου 85, παράγραφος 1, της Συνθήκης, υπό την προϋπόθεση ότι η μετέπειτα συμπεριφορά των χονδρεμπόρων ή των πελατών μπορεί να ερμηνευθεί ως de facto συναίνεση. Δεδομένου ότι η προϋπόθεση αυτή δεν πληρούται εν προκειμένω, η Επιτροπή δεν μπορεί να προβάλλει τη φερόμενη ομοιότητα μεταξύ των δύο αυτών υποθέσεων για να στηρίξει την άποψή της περί υπάρξεως συναίνεσης στην υπό κρίση υπόθεση.»

25 Ως προς τις υποθέσεις που κατέληξαν στις αποφάσεις της 25ης Οκτωβρίου 1983, 107/82, AEG κατά Επιτροπής (Συλλογή 1983, σ. 3151), και της 17ης Σεπτεμβρίου 1985, 25/84 και 26/84, Ford κατά Επιτροπής (Συλλογή 1985, σ. 2725), το Πρωτοδικείο διαπίστωσε:

«170 Στην προπαρατεθείσα απόφαση AEG κατά Επιτροπής, στην οποία οι αντίστοιχες βουλήσεις του παραγωγού και των διανομέων δεν ήταν προφανείς και στην οποία ο προσφεύγων προέβαλε ρητώς το μονομερές της συμπεριφοράς του, το Δικαστήριο έκρινε ότι, στο πλαίσιο ενός συστήματος επιλεκτικής διανομής, μια πρακτική βάσει της οποίας ο παραγωγός, προκειμένου να διατηρήσει υψηλό επίπεδο τιμών ή να αποκλείσει ορισμένους μοντέρνους τρόπους εμπορίας, αρνείται να εγκρίνει διανομές που πληρούν τα ποιοτικά κριτήρια του συστήματος “δεν συνιστά μονομερή πράξη της επιχειρήσεως η οποία, όπως υποστηρίζει η AEG, εκφεύγει της απαγορεύσεως του άρθρου 85, παράγραφος 1, της Συνθήκης. Η πρακτική αυτή εντάσσεται, αντιθέτως, στις συμβατικές σχέσεις που η επιχείρηση διατηρεί με τους μεταπωλητές της” (σκέψη 38). Εν συνεχεία όμως το Δικαστήριο θέλησε να διαπιστώσει την ύπαρξη της συναίνεσεως των διανομέων διευκρινίζοντας τα εξής: “Συγκεκριμένα, στην περίπτωση που ένας διανομέας γίνεται δεκτός, η έγκριση στηρίζεται ρητή ή σιωπηρή αποδοχή εκ μέρους των συμβαλλομένων της πολιτικής που ακολουθεί η AEG, βάσει της οποίας απαιτεί, μεταξύ άλλων, τον αποκλεισμό από το δίκτυο των διανομέων που έχουν τις ιδιότητες για να γίνουν δεκτοί αλλά δεν είναι διατεθειμένοι να προσχωρήσουν στην πολιτική αυτή” (σκέψη 38). Η προσέγγιση αυτή επιβεβαιώθηκε στις λοιπές περιπτώσεις επιλεκτικής διανομής που έκρινε το Δικαστήριο (βλ. προαναφερθείσα απόφαση Ford κατά Επιτροπής, σκέψη 21· αποφάσεις της 22ας Οκτωβρίου 1986, 75/84, Metro κατά Επιτροπής, καλούμενη Metro II, Συλλογή 1986, σ. 3021, σκέψεις 72 και 73, και της 24ης Οκτωβρίου 1995, C-70/93, Bayerische Motorenwerke, Συλλογή 1995, σ. I-3439, σκέψεις 16 και 17).»

- 26 Όσον αφορά την απόφαση της 12ης Ιουλίου 1979, συνεκδικαζόμενες υποθέσεις 32/78, 36/78 έως 82/78, BMW Belgium κ.λπ. κατά Επιτροπής (Συλλογή τόμος 1979/Π, σ. 177), το Πρωτοδικείο έκρινε ως εξής:

«169 Συγκεκριμένα, στην προπαρατεθείσα απόφαση BMW Belgium κ.λπ. κατά Επιτροπής, το Δικαστήριο, προκειμένου να καθορίσει αν υφίστατο συμφωνία υπό την έννοια του άρθρου 85, παράγραφος 1, της Συνθήκης μεταξύ της BMW Belgium και των Βέλγων αντιπροσώπων της, εξέτασε τις πράξεις που θα μπορούσαν να αποδείξουν την ύπαρξη συμφωνίας, εν προκειμένω τις αποσταλείσες στους αντιπροσώπους BMW εγκυκλίους, “τόσο από απόψεως περιεχομένου όσο και σε σχέση με το νομικό και πραγματικό πλαίσιο στο οποίο [τοποθετούνταν] και σε σχέση με τη συμπεριφορά των μερών” και κατέληξε στο συμπέρασμα ότι οι εν λόγω εγκύκλιοι “[συνιστούσαν] εκδήλωση βουλήσεως που αποσκοπ[ούσε] στο να παύσουν όλες οι εξαγωγές καινούργιων οχημάτων BMW από το Βέλγιο” (σκέψη 28). Το Δικαστήριο προσέθεσε ότι “η BMW Belgium, απευθύνοντας αυτές τις εγκυκλίους σε όλους τους Βέλγους αποκλειστικούς αντιπροσώπους, υπήρξε ο υποκινητής της συνάψεως με τους αποκλειστικούς αντιπροσώπους της συμφωνίας, αποσκοπούσας στη γενική παύση αυτών των εξαγωγών” (σκέψη 29). Από τη σκέψη 30 της αποφάσεως αυτής προκύπτει όμως ότι το Δικαστήριο θέλησε να επιβεβαιώσει την ύπαρξη συναιδέσεως εκ μέρους των αντιπροσώπων.»

- 27 Επιπλέον, το Πρωτοδικείο ατέρριψε, με τις σκέψεις 173 έως 181 της αναιρεσιβαλλόμενης αποφάσεως, τον ισχυρισμό της Επιτροπής, σύμφωνα με τον οποίο η απλή διαπίστωση του γεγονότος ότι οι χονδρέμποροι δεν διέκοψαν τις εμπορικές σχέσεις τους με την Bayer μετά την εφαρμογή της νέας της πολιτικής που αποσκοπούσε στον περιορισμό των εξαγωγών επιτρέπει στην Επιτροπή να θεωρήσει αποδεδειγμένη την ύπαρξη συμφωνίας μεταξύ επιχειρήσεων υπό την έννοια του άρθρου 85, παράγραφος 1, της Συνθήκης. Αντιθέτως, έκρινε ότι η απόδειξη της υπάρξεως συμφωνίας κατά την έννοια της διατάξεως αυτής πρέπει να στηρίζεται στην άμεση ή έμμεση διαπίστωση του υποκειμενικού στοιχείου που χαρακτηρίζει την ίδια την έννοια της συμφωνίας, ήτοι της συμπτώσεως των βουλήσεων των επιχειρηματιών.

- 28 Ειδικότερα, με τις σκέψεις 179 έως 182 της αναιρεσιβαλλόμενης αποφάσεως, το Πρωτοδικείο προσάπτει στην Επιτροπή ότι επιχειρήσε να διευρύνει το πεδίο εφαρμογής των «εφαρμοστέων επί των επιχειρήσεων κανόνων» που περιλαμβάνονται στο τρίτο μέρος, τίτλος V, κεφάλαιο 1, τμήμα 1, της Συνθήκης.

- 29 Κατά συνέπεια, το Πρωτοδικείο ακύρωσε την επίδικη απόφαση χωρίς να εξετάσει τους επικουρικούς προβληθέντες από την Βayer λόγους, οι οποίοι αντλούνται από εσφαλμένη εφαρμογή του άρθρου 85, παράγραφος 1, της Συνθήκης σε συμπεριφορές που είναι νόμιμες σύμφωνα με το άρθρο 47 της Πράξεως για τους όρους προσχωρήσεως του Βασιλείου της Ισπανίας και της Πορτογαλικής Δημοκρατίας και για τις προσαρμογές των Συνθηκών (ΕΕ L 302, σ. 23) και εσφαλμένη εφαρμογή, κατά την επιβολή προστίμου στην Βayer, του άρθρου 15 του κανονισμού 17 του Συμβουλίου, της 6ης Φεβρουαρίου 1962, πρώτου κανονισμού εφαρμογής των άρθρων 85 και 86 της Συνθήκης (ΕΕ ειδ. έκδ. 08/001, σ. 25).

Διαδικασία και αιτήματα των διαδίκων

- 30 Με διάταξη του Προέδρου του Δικαστηρίου της 28ης Μαρτίου 2001, αποφασίσθηκε η συνεκδίκαση των υποθέσεων C-2/01 P και C-3/01 P προς διευκόλυνση της έγγραφης και της προφορικής διαδικασίας και προς έκδοση κοινής αποφάσεως.
- 31 Στις 9 Απριλίου 2001 η European Association of Euro Pharmaceutical Companies (στο εξής: ΕΑΕΡC), ευρωπαϊκή ένωση που εκπροσωπεί τα συμφέροντα ευρωπαϊκών φαρμακευτικών εταιριών, ζήτησε να παρέμβει υπέρ της ΒΑΙ και της Επιτροπής. Με διάταξη της 26ης Σεπτεμβρίου 2001, ο Πρόεδρος του Δικαστηρίου επέτρεψε την παρέμβαση της ΕΑΕΡC.
- 32 Στις 23 Απριλίου 2001 το Βασίλειο της Σουηδίας ζήτησε, δυνάμει του άρθρου 37, πρώτο εδάφιο, του Οργανισμού ΕΚ του Δικαστηρίου των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων, να παρέμβει υπέρ της Επιτροπής. Με διάταξη της 25ης Ιουνίου 2001, ο Πρόεδρος του Δικαστηρίου επέτρεψε την παρέμβαση του Βασιλείου της Σουηδίας.

33 Η ΒΑΙ ζητεί από το Δικαστήριο:

- να εξαφανίσει την αναιρεσιβαλλόμενη απόφαση και να απορρίψει τα αιτήματα που υπέβαλε η Bayer ενώπιον του Πρωτοδικείου·

- επικουρικώς, να αναπέμψει την υπόθεση στο Πρωτοδικείο·

- να καταδικάσει την Bayer στα δικαστικά έξοδα, περιλαμβανομένων των εξόδων στα οποία υποβλήθηκε η ΒΑΙ ως πρωτοδίκως παρεμβαίνουσα.

34 Η Επιτροπή ζητεί από το Δικαστήριο:

- να εξαφανίσει την αναιρεσιβαλλόμενη απόφαση και να απορρίψει την προσφυγή της Bayer κατά της επίδικης αποφάσεως·

- να καταδικάσει την Bayer, υπό τις ιδιότητές της ως αναιρεσίβλητης και προσφεύγουσας, στα έξοδα των διαδικασιών ενώπιον του Δικαστηρίου και ενώπιον του Πρωτοδικείου.

35 Η Βayer, προσφεύγουσα πρωτοδίκως, ζητεί από το Δικαστήριο:

- να απορρίψει στο σύνολό της την αίτηση αναιρέσεως της Επιτροπής·
- να καταδικάσει την Επιτροπή στα σχετικά με την αναίρεση δικαστικά έξοδα.

36 Η ΕΦΡΙΑ, παρεμβαίνουσα πρωτοδίκως υπέρ της Bayer, ζητεί από το Δικαστήριο:

- να απορρίψει την αίτηση αναιρέσεως της Επιτροπής και της ΒΑΙ·
- να υποχρεώσει την Επιτροπή να της αποδώσει τα έξοδα στα οποία υποβλήθηκε.

37 Το Βασίλειο της Σουηδίας, παρεμβαίνον πρωτοδίκως υπέρ της Επιτροπής, ζητεί την εξαφάνιση της αναιρεσιβαλλόμενης απόφασης.

38 Η ΕΑΕΡC, παρεμβαίνουσα πρωτοδίκως υπέρ της ΒΑΙ και της Επιτροπής, ζητεί από το Δικαστήριο:

- να εξαφανίσει την αναιρεσιβαλλόμενη απόφαση και να απορρίψει το αίτημα που υπέβαλε η Bayer ενώπιον του Πρωτοδικείου·

- επικουρικός, να αναπέμψει την υπόθεση στο Πρωτοδικείο·

- να καταδικάσει την Bayer στα δικαστικά έξοδα.

Περίληψη των λόγων αναιρέσεως των διαδικίων

- 39 Προς στήριξη της αιτήσεώς της αναιρέσεως, η ΒΑΙ προβάλλει τρεις λόγους που αντλούνται, πρώτον, από την ελλιπή εκτίμηση των πραγματικών περιστατικών στα οποία στηρίζεται η επίδικη απόφαση, δεύτερον, από την εσφαλμένη εκτίμηση εκ μέρους του Πρωτοδικείου των αποδεικτικών στοιχείων κατά παράβαση των κανόνων περί του βάρους αποδείξεως και, τρίτον, από πλάνη περί το δίκαιο ως προς τα νομικά κριτήρια που γίνονται δεκτά για την απόδειξη της υπάρξεως συμφωνίας κατά την έννοια του άρθρου 85, παράγραφος 1, της Συνθήκης.
- 40 Η Επιτροπή ασκεί, κατ' αρχάς, μια γενική κριτική στη συστατική προσέγγιση του Πρωτοδικείου ως προς την εφαρμογή του άρθρου 85, παράγραφος 1, της Συνθήκης στους περιορισμούς των εξαγωγών και, εν συνεχεία, προβάλλει πέντε ειδικότερους λόγους που αντλούνται, κατ' ουσίαν, από την ιδιαιτέρως συστατική ερμηνεία της έννοιας της «συμφωνίας» κατά την εν λόγω διάταξη, από πλάνη περί το δίκαιο ως προς την εφαρμογή αυτής και από αλλοίωση των αποδεικτικών στοιχείων.
- 41 Οι λόγοι που αφορούν τη νομική εκτίμηση του Πρωτοδικείου ως προς την έννοια της «συμφωνίας» κατά το άρθρο 85, παράγραφος 1, της Συνθήκης εγείρουν, γενικώς, το ζήτημα αν το Πρωτοδικείο προέβη σε ιδιαιτέρως συστατική ερμηνεία της διατάξεως αυτής, αποκλείοντας την περίπτωση να έχει συναφθεί συμφωνία προβλέπουσα απαγόρευση εξαγωγών σε πλαίσιο όπως αυτό της υπό κρίση υποθέσεως.

Προκαταρκτική παρατήρηση

- 42 Προτού εξετασθούν οι προβληθέντες λόγοι, επιβάλλεται να τονισθεί ότι με την επίδικη απόφαση η Επιτροπή περιορίστηκε αυστηρώς στην εξέταση μιας μόνον αιτιάσεως, η οποία αφορά την ύπαρξη «συμφωνίας», κατά την έννοια του άρθρου 85, παράγραφος 1, της Συνθήκης, μεταξύ της Bayer και των χονδρεμπόρων αυτής στο πλαίσιο της αγοράς που προσδιορίστηκε βάσει των κύριων θεραπευτικών ιδιοτήτων του επίμαχου προϊόντος, ήτοι του Adalat. Κατά συνέπεια, επιβάλλεται η διευκρίνιση ότι με την παρούσα διαδικασία δεν κρίνονται ούτε η ενδεχόμενη εφαρμογή άλλων στοιχείων του άρθρου 85 ή του άρθρου 86 της Συνθήκης ΕΚ (νυν άρθρα 81 και 82 ΕΚ) ούτε περαιτέρω πιθανοί τρόποι προσδιορισμού της οικείας αγοράς.

Επί των λόγων αναιρέσεως που αφορούν τις διαπιστώσεις περί των πραγματικών περιστατικών

- 43 Τόσο η BAI όσο και η Επιτροπή αμφισβητούν τις διαπιστώσεις του Πρωτοδικείου περί των πραγματικών περιστατικών, υποστηρίζοντας ότι δεν έλαβε υπόψη το σύνολο των πραγματικών περιστατικών στα οποία στηρίχθηκε η Επιτροπή και τα οποία αφορούν, αντιστοίχως, τους ελέγχους που φέρεται ότι διενεργούσε η Bayer ως προς τον τελικό προορισμό των παραγγεληθέντων προϊόντων και τη βούληση των χονδρεμπόρων να δημιουργήσουν στην Επιτροπή τη βεβαιότητα ότι έδιδαν πλέον παραγγελίες μόνο βάσει των αναγκών της εθνικής τους αγοράς.

Επί των ελέγχων που φέρεται ότι διενεργούσε η Bayer

Επιχειρήματα των διαδίκων

- 44 Με τον πρώτο της λόγο αναιρέσεως, η BAI αμφισβητεί ως εσφαλμένη τη διαπίστωση του Πρωτοδικείου στη σκέψη 109 της αναιρεσιβαλλόμενης αποφάσεως, ότι η Επι-

τροπή δεν απέδειξε επαρκώς κατά νόμο ούτε ότι η Bayer έθεσε σε εφαρμογή ένα συστηματικό έλεγχο του τελικού προορισμού των προϊόντων που παραδίδονταν στους Ισπανούς και στους Γάλλους χονδρεμπόρους. Κατά συνέπεια, το Πρωτοδικείο κατέληξε σε εσφαλμένη νομική εκτίμηση, δεδομένου ότι έκρινε υπέρ της απουσίας συμφωνίας κατά την έννοια του άρθρου 85, παράγραφος 1, της Συνθήκης δίχως να λάβει υπόψη όλα τα κρίσιμα στοιχεία της δικογραφίας.

45 Στηριζόμενη στην ορολογία των εγγράφων στα οποία παραπέμπει η Επιτροπή με τις αιτιολογικές σκέψεις 140 και 80 της επίδικης αποφάσεως, η ΒΑΙ τονίζει ότι η Bayer κατόρθωσε να εντοπίσει τους Ισπανούς χονδρεμπόρους αξιοποιώντας τους αύξοντες αριθμούς σειράς των παρτίδων εμπορευμάτων που εντοπίστηκαν στο Ηνωμένο Βασίλειο. Αντιθέτως προς την κρίση του Πρωτοδικείου, η ΒΑΙ εκτιμά ότι από τα εν λόγω έγγραφα προκύπτει ότι διενεργήθηκαν έλεγχοι αυτού του είδους, έστω και αν αφορούσαν περιορισμένο αριθμό παρτίδων.

46 Τόσο η Bayer όσο και η ΕΦΠΑ απορρίπτουν τον λόγο αυτό ως απαράδεκτο, στο μέτρο που σκοπεί αποκλειστικώς στην αμφισβήτηση της εκτιμήσεως του Πρωτοδικείου περί των πραγματικών περιστατικών με τις σκέψεις 105, 108 και 109 της αναιρεσιβαλλόμενης αποφάσεως. Η Bayer διευκρινίζει ότι ο λόγος αυτός στηρίζεται σε εσφαλμένη εκδοχή των πραγματικών περιστατικών, δεδομένου ότι, μολονότι οι αριθμοί σειράς «μπορούν» να άγουν στους εξαγωγείς χονδρεμπόρους, εντούτοις δεν αποδεικνύουν ότι πράγματι διενεργήθηκαν έλεγχοι αυτού του είδους. Εν πάση περιπτώσει, η Bayer αρνείται ότι οι αριθμοί σειράς μπορούν να άγουν σε συγκεκριμένους επιχειρηματίες, δεδομένου ότι ένας συγκεκριμένος αριθμός σειράς εντοπίζεται συνήθως σε παρτίδες που προορίζονται σε περισσότερους του ενός χονδρεμπόρους.

Εκτίμηση του Δικαστηρίου

47 Δυνάμει των άρθρων 225 ΕΚ και 58 του Οργανισμού ΕΚ του Δικαστηρίου, κατά τα οποία η αίτηση αναρρέσεως ενώπιον του Δικαστηρίου περιορίζεται στα νομικά ζητήματα, το Πρωτοδικείο είναι το μόνο αρμόδιο, αφενός, για την εξακρίβωση των πραγματικών περιστατικών, εκτός αν η ανακρίβεια του περιεχομένου των διαπιστώσεών του προκύπτει από τα στοιχεία της δικογραφίας που του υποβλήθηκαν,

και, αφετέρου, για την εκτίμηση αυτών των πραγματικών περιστατικών, με την επιφύλαξη της αλλοιώσεως των αποδεικτικών στοιχείων. Όταν το Πρωτοδικείο έχει εξακριβώσει ή εκτιμήσει τα πραγματικά περιστατικά, το Δικαστήριο είναι αρμόδιο, δυνάμει του εν λόγω άρθρου 225 ΕΚ, να ασκήσει έλεγχο μόνον ως προς τον νομικό χαρακτηρισμό των πραγματικών αυτών περιστατικών και τις έννομες συνέπειες που συνήγαγε το Πρωτοδικείο (απόφαση της 28ης Μαΐου 1998, C-7/95 P, Deere κατά Επιτροπής, Συλλογή 1998, σ. ΙΙ-3111, σκέψη 21).

48

Όμως, με τον πρώτο λόγο αναιρέσεως η ΒΑΙ αμφισβητεί ακριβώς την εκτίμηση του Πρωτοδικείου περί των πραγματικών περιστατικών και ιδίως το γεγονός ότι το Πρωτοδικείο, λαμβάνοντας υπόψη τα διαλαμβανόμενα στην επίδικη απόφαση έγγραφα, κατέληξε ότι η Επιτροπή δεν απέδειξε επαρκώς κατά νόμο ότι η Bayer ασκούσε «συστηματικό έλεγχο» του τελικού προορισμού των παρτίδων Adalat που παραδόθηκαν στους χονδρεμπόρους μετά την υιοθέτηση της νέας της πολιτικής παραδόσεων φαρμάκων. Επομένως, η προβληθείσα από τις Bayer και ΕΦΡΙΑ ένσταση απαραδέκτου είναι βάσιμη και ο πρώτος λόγος αναιρέσεως της ΒΑΙ πρέπει να απορριφθεί.

Επί της βουλήσεως των χονδρεμπόρων να δημιουργήσουν στην Επιτροπή την πεποίθηση ότι έδιδαν πλέον παραγγελίες μόνο βάσει των αναγκών της εθνικής τους αγοράς

Επιχειρήματα των διαδίκων

49

Με τον τρίτο λόγο της αναιρέσεως, η Επιτροπή υποστηρίζει ότι το Πρωτοδικείο παρέλειψε να λάβει υπόψη ή αλλοίωσε ορισμένα αποδεικτικά στοιχεία, κρίνοντας, με τη σκέψη 126 της αναιρεσιβαλλόμενης αποφάσεως, ότι τα έγγραφα που επικαλέσθηκε η Επιτροπή με την επίδικη απόφαση δεν αποδεικνύουν ότι οι χονδρέμποροι επιθυμούσαν να δημιουργήσουν στην Bayer την εντύπωση ότι ακολουθούσαν τη νέα εμπορική πολιτική της.

- 50 Η Επιτροπή ισχυρίζεται, αφενός, ότι το Πρωτοδικείο δεν έλαβε υπόψη το γεγονός ότι, κατόπιν της αρνήσεως της Bayer Γαλλίας να εκτελέσει τις παραγγελίες που προορίζονταν ρητώς προς εξαγωγή, ζητήθηκε εχεμύθεια από τα τοπικά καταστήματα των χονδρεμπόρων μεταξύ των οποίων είχαν επιμερισθεί οι προοριζόμενες προς εξαγωγή παραγγελίες και, αφετέρου, ότι το Πρωτοδικείο δεν έλαβε υπόψη το γεγονός ότι ο επιμερισμός αυτός των επιθυμητών ποσοτήτων μεταξύ των τοπικών καταστημάτων αποκλειστικό σκοπό είχε να εξαπατήσει την Bayer ως προς τα εξαγωγικά τους σχέδια.
- 51 Επιπλέον, η Επιτροπή τονίζει ότι υφίστατο βούληση των χονδρεμπόρων, προκύπτουσα από τη διαλαμβανόμενη στην επίδικη απόφαση αλληλογραφία, να εξαπατήσουν την Bayer στο επίπεδο των αναγκών της εγχώριας αγοράς και ότι το συμπέρασμα αυτό προκύπτει κατ' ανάγκην, αφενός, από τη βούληση των χονδρεμπόρων να εξακολουθήσουν τις εξαγωγές φαρμακευτικών προϊόντων και, αφετέρου, από την πολιτική της Bayer να τους παραδίδει εμπορεύματα μόνο για τις ανάγκες της εν λόγω αγοράς.
- 52 Η Bayer και η ΕΦΡΙΑ απαντούν ότι η αιτίαση που αφορά τη φερόμενη απουσία εκτιμήσεως ορισμένων αποδεικτικών στοιχείων πρέπει να απορριφθεί ευθύς εξαρχής, διότι το Πρωτοδικείο εξέτασε και συνεκτίμησε εμπειριστατωμένως με την αναιρεσιβαλλόμενη απόφαση όλα τα έγγραφα για τα οποία έκανε λόγο η Επιτροπή στην επίδικη απόφαση και ότι, επομένως, ο λόγος αυτός στρέφεται κατά της διαπιστώσεως του Πρωτοδικείου περί των πραγματικών περιστατικών. Ως προς την αιτίαση που αφορά τη φερόμενη αλλοίωση αποδεικτικών στοιχείων, η Bayer και η ΕΦΡΙΑ υποστηρίζουν, αφενός, ότι με τις σκέψεις 125, 128, 131 και 143 έως 152 της αναιρεσιβαλλόμενης αποφάσεως το Πρωτοδικείο δέχθηκε ρητώς ότι ορισμένες επιχειρήσεις προσπολήθηκαν μεγαλύτερες ανάγκες για την εγχώρια αγορά και, αφετέρου, ότι η Επιτροπή δεν επιχειρήσε καν να αποδείξει ότι το Πρωτοδικείο, λαμβάνοντας υπόψη φερόμενες ως «αλλοιωθείσες» αποδείξεις, κατέληξε σε διαφορετικό συμπέρασμα. Κατά την άποψή τους, η Επιτροπή επιχειρεί κατ' ουσίαν να αμφισβητήσει εκ νέου τις διαπιστώσεις του Πρωτοδικείου περί των πραγματικών περιστατικών.

Εκτίμηση του Δικαστηρίου

- 53 Επιβάλλεται να τονισθεί, πρώτον, ότι το Πρωτοδικείο, εξετάζοντας το ζήτημα αν, ελλείψει αποδείξεως περί απόπειρας της Bayer να επιτύχει τη συμφωνία ή τη συναίνεση των χονδρεμπόρων ως προς τη νέα εμπορική πολιτική της, η πραγματική συμπεριφορά αυτών μπορεί να οδηγήσει στο συμπέρασμα ότι συναίνεσαν στην πολιτική αυτή, έλαβε υπόψη όλα τα έγγραφα για τα οποία έκανε λόγο η Επιτροπή στην επίδικη απόφαση.
- 54 Συναφώς, δεν είναι αληθές ότι το Πρωτοδικείο διαπίστωσε ότι οι χονδρέμποροι δεν είχαν την πρόθεση να εξαπατήσουν την Bayer ως προς τα εξαγωγικά τους σχέδια. Αντιθέτως, το Πρωτοδικείο διαπίστωσε απλώς ότι από τα έγγραφα που επικαλέστηκε η Επιτροπή δεν προέκυψε ότι οι χονδρέμποροι θέλησαν να δημιουργήσουν στην Bayer την εντύπωση ότι, προκειμένου να ανταποκριθούν στη δηλωθείσα βούλησή της, ήταν διατεθειμένοι να μειώσουν τις παραγγελίες τους μέχρις ορισμένου σημείου.
- 55 Δεύτερον, όσον αφορά τη φερόμενη αλλοίωση των αποδεικτικών στοιχείων, το Πρωτοδικείο, αφενός, δεν αμφισβήτησε το γεγονός ότι ορισμένοι χονδρέμποροι, αντιδρώντας στην πολιτική της Bayer, προτίμησαν να επιμερίσουν τις παραγγελίες τους μεταξύ των τοπικών καταστημάτων τους με το πρόσχημα της αύξησεως των παραγγελιών που προορίζονται επισήμως για την εγχώρια αγορά.
- 56 Αφετέρου, το Πρωτοδικείο δέχθηκε ρητώς ότι οι χονδρέμποροι είχαν προβεί σε σκληρές διαπραγματεύσεις με την Bayer προκειμένου να την πείσουν ότι οι συνήθειες ανάγκες της εθνικής τους αγοράς ήταν αυξημένες και ότι ήταν ανάγκη να τις ικανοποιήσει. Όμως, το Πρωτοδικείο αποφάνθηκε ότι το γεγονός αυτό δεν μπορούσε να προβληθεί λυσιτελώς προς απόδειξη της συναίνεσεως των χονδρεμπόρων στην πολιτική της Bayer.

- 57 Κατά συνέπεια, ο τρίτος λόγος αναιρέσεως της Επιτροπής πρέπει να απορριφθεί ως αβάσιμος.

Επί του βάρους αποδείξεως της υπάρξεως συμφωνίας κατά την έννοια του άρθρου 85, παράγραφος 1, της Συνθήκης

Επιχειρήματα των διαδίκων

- 58 Με τον δεύτερο λόγο αναιρέσεως, η ΒΑΙ προσάπτει στο Πρωτοδικείο ότι υπέπεσε σε πλάνη περί το δίκαιο, κρίνοντας ότι το βάρος αποδείξεως συμφωνίας κατά την έννοια του άρθρου 85, παράγραφος 1, της Συνθήκης μεταξύ της Bayer και των οικείων χονδρεμπόρων φέρει αποκλειστικώς η Επιτροπή (σκέψεις 119 έως 121 της αναιρεσιβαλλόμενης αποφάσεως). Κατ' αυτόν τον τρόπο, το Πρωτοδικείο παραβίασε την αρχή που έθεσε το Δικαστήριο με την απόφαση της 8ης Ιουλίου 1999, C-49/42 P, Επιτροπή κατά Anic Partecipazioni (Συλλογή 1999, σ. I-4125, σκέψη 96), σύμφωνα με την οποία, όταν τα συλλεγόμενα από την Επιτροπή στοιχεία επαρκούν ώστε να θεμελιωθεί *prima facie* η ύπαρξη συμφωνίας, εναπόκειται στην οικεία επιχείρηση να αποδείξει την έλλειψη συμπτώσεως βουλήσεων μεταξύ αυτής και των διανομέων της.
- 59 Συναφώς, η ΒΑΙ υποστηρίζει ότι, σύμφωνα με τα διαπιστωθέντα από την Επιτροπή και μη αμφισβητηθέντα από την Bayer πραγματικά περιστατικά, υπήρξαν συνομιλίες μεταξύ της Bayer και των χονδρεμπόρων επ' ευκαιρία των επιβληθέντων από αυτή περιορισμών στις εξαγωγές. Κατά τις συνομιλίες αυτές, η Bayer εκδήλωσε σαφώς τη βούλησή της να εμποδίσει τις παράλληλες εισαγωγές μέσω ποσοτικού περιορισμού των πωλήσεων. Η βούληση αυτή ήταν σαφής στους χονδρεμπόρους, οι οποίοι τελικώς αποδέχθηκαν την ποσόστωση αυτή. Μολονότι το Πρωτοδικείο εξέθεσε ορθώς τα πραγματικά αυτά περιστατικά, εντούτοις δεν συνήγαγε από αυτά τα νομικώς ορθά συμπεράσματα. Κατά την ΒΑΙ, το Πρωτοδικείο όφειλε, βάσει της προαναφερθείσας αποφάσεως Επιτροπή κατά Anic Partecipazioni, να καταλήξει στο συμπέρασμα ότι η ύπαρξη συμφωνίας κατά την έννοια του άρθρου 85, παράγραφος 1, της Συνθήκης θεμελιωνόταν *prima facie*, με αποτέλεσμα να εναπόκειται στην Bayer να αποδείξει ότι δεν υπήρξε σύμπτωση βουλήσεων. Επομένως, η αναιρεσιβαλλόμενη απόφαση στηρίζεται επίσης στην εσφαλμένη αυτή εφαρμογή του δικαίου.

- 60 Προς αντίκρουση του ισχυρισμού αυτού η Bayer και η ΕΦΡΙΑ υποστηρίζουν ότι από την προαναφερθείσα απόφαση Επιτροπή κατά Anic Partecipazioni, η οποία αφορά διαφορετικά πραγματικά περιστατικά, δεν μπορούν να αντληθούν συμπεράσματα για την υπό κρίση υπόθεση. Η Bayer, υποστηριζόμενη από την ΕΦΡΙΑ, εκτιμά ότι η αιτίαση αυτή στρέφεται στην πράξη κατά της διαπιστώσεως του Πρωτοδικείου ότι η Επιτροπή δεν απέδειξε την ύπαρξη συμφωνίας κατά την έννοια της εν λόγω διατάξεως και, επομένως, είναι απαράδεκτη ή αβάσιμη.

Εκτίμηση του Δικαστηρίου

- 61 Ως προς την προβληθείσα από την Bayer και την ΕΦΡΙΑ ένσταση απαραδέκτου, αρκεί η διαπίστωση ότι το ζήτημα της κατανομής του βάρους αποδείξεως, μολονότι είναι δυνατό να επηρεάζει την εκτίμηση του Πρωτοδικείου περί των πραγματικών περιστατικών, εντούτοις αποτελεί νομικό ζήτημα. Επομένως, η ένσταση αυτή απαραδέκτου είναι αβάσιμη.
- 62 Επί της ουσίας, επιβάλλεται να τονισθεί ότι με την προαναφερθείσα απόφαση Επιτροπή κατά Anic Partecipazioni το Δικαστήριο, αντιθέτως προς τους ισχυρισμούς της ΒΑΙ, δεν τροποποίησε την αρχή σύμφωνα με την οποία, σε περίπτωση που ερίζεται η ύπαρξη παραβάσεως των κανόνων ανταγωνισμού, εναπόκειται στην Επιτροπή να αποδεικνύει την παράβαση την οποία διαπιστώνει και να προσκομίζει στοιχεία που να θεμελιώνουν, επαρκώς κατά νόμον, τη συνδρομή των πραγματικών περιστατικών που στοιχειοθετούν την παράβαση αυτή.
- 63 Πράγματι, στην υπόθεση επί της οποίας εκδόθηκε η προαναφερθείσα απόφαση Επιτροπή κατά Anic Partecipazioni δεν αμφισβητείτο ότι κατά τη διάρκεια ευρείας συσκέψεως είχε συναφθεί «συμφωνία» κατά την έννοια του άρθρου 85, παράγραφος 1, της Συνθήκης. Το Δικαστήριο διαπίστωσε ότι μια παρευρεθείσα στη σύσκεψη αυτή επιχείρηση φέρει το βάρος αποδείξεως, εφόσον ισχυρίζεται εκ των υστέρων ότι δεν επιθυμούσε να εφαρμόσει την ούτως συναφθείσα συμφωνία. Επομένως, η αντιστροφή του βάρους αποδείξεως στην υπόθεση αυτή ακολούθησε χρονικώς τη

διαπίστωση της υπάρξεως συμφωνίας συναφθείσας κατά τη διάρκεια συσκέψεως μεταξύ τριών επιχειρήσεων. Επιπλέον, η φέρουσα το βάρος αποδείξεως επιχείρηση μπορούσε να μην εκπληρώσει τη συναφθείσα συμφωνία, αλλά όχι να αρνηθεί την ύπαρξη αυτής. Κατά συνέπεια, η ΒΑΙ δεν δύναται να επικαλεστεί λυσιτελώς την προαναφερθείσα απόφαση Επιτροπή κατά Anic Partecipazioni προς στήριξη του δευτέρου λόγου της ακυρώσεως, ο οποίος είναι αβάσιμος και πρέπει να απορριφθεί.

Επί των λόγων αναιρέσεως που αφορούν την έννοια της «συμφωνίας» κατά το άρθρο 85, παράγραφος 1, της Συνθήκης

- 64 Τόσο η ΒΑΙ όσο και η Επιτροπή επικρίνουν την ιδιαίτερος συστατική νομική εκτίμηση βάσει της οποίας το Πρωτοδικείο έκρινε ότι δεν υφίστατο συμφωνία περιορισμού των εξαγωγών εμπίπτουσα στο πεδίο εφαρμογής του άρθρου 85, παράγραφος 1, της Συνθήκης.

Γενικές παρατηρήσεις περί της ερμηνείας από το Πρωτοδικείο της έννοιας της «συμφωνίας» κατά το άρθρο 85, παράγραφος 1, της Συνθήκης

- 65 Η Επιτροπή υποστηρίζει ότι η αναιρεσιβαλλόμενη απόφαση έρχεται σε αντίθεση με την παλαιότερη νομολογία περί της έννοιας της «συμφωνίας» κατά το άρθρο 85, παράγραφος 1, της Συνθήκης και, ως εκ τούτου, αναπροσδιορίζει τα κριτήρια που πρέπει να πληρούνται για την απόδειξη της υπάρξεως απαγορεύσεως των εξαγωγών και συναφούς συμφωνίας. Η συστατική ερμηνεία των εννοιών αυτών, καθώς και οι αυστηρότερες απαιτήσεις ως προς την απόδειξη της συνάψεως συμφωνίας μεταξύ παραγωγού και χονδρεμπόρων περί απαγορεύσεως των εξαγωγών θέτουν υπό αμφισβήτηση την πολιτική της Επιτροπής για την καταπολέμηση εκείνων των περιορισμών του ανταγωνισμού που οφείλονται σ' ένα σύστημα που θέτει εμπόδια στις παράλληλες εισαγωγές.

- 66 Συναφώς, η ΕΑΕΡC ισχυρίζεται ότι το παράλληλο εμπόριο αποτελεί απόρροια της ολοκληρώσεως της εσωτερικής αγοράς. Το Βασίλειο της Σουηδίας προβάλλει παρόμοια επιχειρηματολογία τονίζοντας ότι, δεδομένου ότι ο τομέας των φαρμακευτικών προϊόντων δεν έχει εναρμονισθεί πλήρως σε ευρωπαϊκό επίπεδο, επιβάλλεται να ενθαρρυνθούν οι παράλληλες εισαγωγές, προκειμένου η αγορά, ήδη ευαίσθητη σε αθέμιτες συμπεριφορές που αποσκοπούν στη διατήρηση των υφιστάμενων διαφορών στις τιμές μεταξύ των κρατών μελών, να αναπτυχθεί χωρίς περαιτέρω προσκόμματα.
- 67 Η ΕΑΕΡC, υπενθυμίζοντας ότι απαγορεύεται στα κράτη μέλη να περιορίζουν καθ' οποιονδήποτε τρόπο την ελεύθερη κυκλοφορία των εμπορευμάτων εφόσον τούτο δεν δικαιολογείται από τη Συνθήκη, ισχυρίζεται ότι οι περιορισμοί που επιβάλλονται από τα κράτη δεν πρέπει να αντικαθίστανται από περιορισμούς επιβαλλόμενους από ιδιώτες.
- 68 Η Bayer, υποστηριζόμενη από την ΕΦΡΙΑ, υποστηρίζει ότι οι ισχυρισμοί που αφορούν το πεδίο εφαρμογής του άρθρου 85, παράγραφος 1, της Συνθήκης είναι προδήλως αβάσιμοι. Οι αποφάσεις της Επιτροπής και η νομολογία περί εφαρμογής της διατάξεως αυτής στις απαγορεύσεις των εξαγωγών αφορούν αποκλειστικώς περιπτώσεις στις οποίες ο παραγωγός είχε εκ των προτέρων συνάψει, ρητώς ή σιωπηρώς, σχετική συμφωνία με τους διανομείς, στο πλαίσιο της οποίας έλεγχε εκ των υστέρων την τήρηση της απαγορεύσεως αυτής των εξαγωγών και επέβαλε κυρώσεις στις επιχειρήσεις που δεν τηρούσαν τους όρους της συμφωνίας αυτής. Τα πράγματα έχουν άλλως εν προκειμένω και, ως εκ τούτου, η πρακτική της Επιτροπής και η νομολογία δεν μπορούν να τύχουν εφαρμογής.
- 69 Η Bayer υποστηρίζει ότι ο πραγματικός σκοπός της Επιτροπής είναι να διευρυνθεί το πεδίο εφαρμογής του άρθρου 85, παράγραφος 1, της Συνθήκης και να αναχθεί, στην πράξη, σε αυτοτελή παράβαση στο πλαίσιο της εν λόγω διατάξεως η «παρεμπόδιση των παράλληλων εισαγωγών», η οποία εμπίπτει στην αρχή της ελεύθερης κυκλοφορίας των εμπορευμάτων κατά το άρθρο 30 της Συνθήκης ΕΚ (νυν, κατόπιν τροποποίησης, άρθρο 28 ΕΚ). Στην υπό κρίση υπόθεση η Επιτροπή, εφαρμόζοντας τη διάταξη του άρθρου 85, παράγραφος 1, της Συνθήκης, σκοπεύει ρητώς στην εναρμόνιση της τιμής των φαρμάκων, χωρίς να έχει προβεί σε εναρμόνιση των

νομοθεσιών των κρατών μελών, μολονότι από αυτές προκύπτουν οι διαφορές τιμών. Για τον καθορισμό διαφορετικών τιμών εντός των κρατών μελών για το ίδιο φάρμακο ευθύνονται τα κράτη μέλη και όχι η φαρμακοβιομηχανία. Οι στρεβλώσεις αυτές του ανταγωνισμού μπορούν να εξαλειφθούν μόνο μέσω της εφαρμογής του άρθρου 30 της Συνθήκης και της εναρμόνισης των εθνικών διατάξεων περί καθορισμού των τιμών των φαρμάκων.

- 70 Η προτεινόμενη χρησιμοποίηση του άρθρου 85, παράγραφος 1, της Συνθήκης προς κολασμό επιχειρήσεως, μη κατέχουσας δεσπόζουσα θέση, η οποία αποφασίζει να μην προβεί πλέον σε παραδόσεις προς χονδρεμπόρους, ώστε να τους εμποδίσει να πραγματοποιήσουν παράλληλες εξαγωγές, δεν λαμβάνει προδήλως υπόψη τις αναγκαίες για την εφαρμογή του εν λόγω άρθρου 85 προϋποθέσεις, αλλά και την όλη οικονομία της Συνθήκης. Δυνάμει αυτής, τα μέτρα που λαμβάνει ένα κράτος μέλος προς παρεμπόδιση των παράλληλων εισαγωγών απαγορεύονται, βεβαίως, από το άρθρο 30 της Συνθήκης, ενώ τα μονομερή μέτρα που λαμβάνουν οι ιδιωτικές επιχειρήσεις δεν υπόκεινται σε περιορισμούς βάσει των αρχών της Συνθήκης, παρά μόνον αν πρόκειται για επιχείρηση με δεσπόζουσα θέση στην αγορά κατά την έννοια του άρθρου 86 της ίδιας Συνθήκης, πράγμα το οποίο δεν ισχύει εν προκειμένω.

- 71 Ούτως έχει το πλαίσιο εντός του οποίου πρέπει να εξετασθούν οι λόγοι αναιρέσεως που αντλούνται από τη φερόμενη ιδιαιτέρως συστατική ερμηνεία από το Πρωτοδικείο της έννοιας της «συμφωνίας» κατά το άρθρο 85, παράγραφος 1, της Συνθήκης.

Επί της ανάγκης υπάρξεως ενός συστήματος ελέγχων και κυρώσεων ως προϋποθέσεως για τη διαπίστωση της υπάρξεως συμφωνίας περί απαγορεύσεως των εξαγωγών

Επιχειρήματα των διαδίκων

- 72 Η ΒΑΙ, με το σημείο i του πρώτου σκέλους του τρίτου λόγου της αναιρέσεως, και η Επιτροπή, με τον πρώτο της λόγο αναιρέσεως, υποστηριζόμενες προς τούτο από το

Βασίλειο της Σουηδίας, προσάπτουν στο Πρωτοδικείο ότι ερμήνευσε κατά τρόπο ιδιαιτέρως συσταλτικό το άρθρο 85, παράγραφος 1, της Συνθήκης, κρίνοντας κακώς ότι η ύπαρξη ενός συστήματος, αφενός, ελέγχων του τελικού προορισμού των παρτίδων Adalat που παραδίδονταν στους εξαγωγείς χονδρεμπόρους και, αφετέρου, κυρώσεων σε βάρος αυτών αποτελεί αναγκαία προϋπόθεση για την ύπαρξη συμφωνίας περί απαγορεύσεως των εξαγωγών.

73 Η ΒΑΙ τονίζει ότι, μολονότι ένα τέτοιο σύστημα ελέγχων και κυρώσεων μπορεί να αποτελεί ένδειξη για την ύπαρξη συμφωνίας απαγορευόμενης κατά το άρθρο 85, παράγραφος 1, της Συνθήκης, στο μέτρο που μπορεί να υποχρεώσει τους οικείους εμπορικούς εταίρους να τηρήσουν τα υπεσχημένα, εντούτοις τούτο δεν σημαίνει ότι η απουσία του συστήματος αυτού αποκλείει *ipso facto* την περίπτωση να έχει συναφθεί συμφωνία. Η ΒΑΙ παραπέμπει συναφώς στις προαναφερθείσες αποφάσεις Sandoz κατά Επιτροπής και Ford κατά Επιτροπής, με τις οποίες το Δικαστήριο δέχθηκε την ύπαρξη συμφωνίας στρεφόμενης κατά του ανταγωνισμού παρά την απουσία τέτοιων ελέγχων. Κατά συνέπεια, η απαίτηση της εφαρμογής συστήματος ελέγχων και κυρώσεων ως συντρεχουσών προϋποθέσεων για τη διαπίστωση της υπάρξεως συμφωνίας περί απαγορεύσεως των εξαγωγών, η οποία απαγορεύεται από την εν λόγω διάταξη, συνιστά εσφαλμένη εφαρμογή του δικαίου.

74 Η Επιτροπή προσάπτει ειδικότερα στο Πρωτοδικείο ότι έκρινε ότι συμφωνία περί απαγορεύσεως των εξαγωγών υφίσταται μόνον όταν θεσπίζεται σύστημα εκ των υστέρων ελέγχων του πραγματικού προορισμού των παραγγεληθέντων προϊόντων και επιβάλλονται κυρώσεις προς διασφάλιση της μη εξαγωγής τους. Κατά την Επιτροπή, υφίσταται συμφωνία όταν, όπως συμβαίνει εν προκειμένω, εφαρμόζεται μια πιο εκλεπτυσμένη μέθοδος προληπτικής φύσεως, βάσει της οποίας τίθενται περιορισμοί στις παραδόσεις μόλις υπάρξουν επαρκείς ενδείξεις για την πραγματοποίηση εξαγωγών. Με την πολιτική αυτή περί παραδόσεων, η άμεση απαγόρευση που ακολουθεί μια συγκεκριμένη παράδοση αντικαθίσταται από μια έμμεση απαγόρευση που επιβάλλεται κατά το στάδιο των παραγγελιών.

- 75 Συναφώς, το Βασίλειο της Σουηδίας και η ΕΑΕΡC παρατηρούν ότι η Bayer, αντί να επιβάλει απαγορεύσεις εξαγωγών προδήλως αντίθετες με το κοινοτικό δίκαιο, ακολουθεί πλέον μια πολιτική επιβολής λεπτών ορίων στις παραδόσεις, τα οποία, σε συνδυασμό με την απαίτηση διατηρήσεως ενός μόνιμου και επαρκούς αποθέματος φαρμάκων, παράγουν το ίδιο αποτέλεσμα με απαγόρευση των εξαγωγών. Επομένως, η απουσία αποδείξεως περί υπάρξεως ενός συστήματος εκ των υστέρων ελέγχων είναι άνευ αποφασιστικής σημασίας.
- 76 Η Bayer και η ΕΦΡΙΑ αντιτάσσουν ότι αυτός ο λόγος αναιρέσεως στρέφεται κατ' ουσίαν κατά της διαπιστώσεως του Πρωτοδικείου περί των πραγματικών περιστατικών και, ως εκ τούτου, είναι απαράδεκτος. Εξάλλου, η επιχειρηματολογία των προσφευγουσών αφορά μια ερμηνεία του άρθρου 85, παράγραφος 1, της Συνθήκης που δεν απαντά στην αναιρεσιβαλλόμενη απόφαση. Η Bayer και η ΕΦΡΙΑ, υπογραμμίζοντας ότι το Πρωτοδικείο περιορίστηκε στην εξέταση του επιχειρήματος της Επιτροπής που αντλείται από τα πραγματικά περιστατικά, σύμφωνα με το οποίο η Bayer διενεργούσε εκ των υστέρων έλεγχο του προορισμού του παραδοθέντος εμπορεύματος, ισχυρίζονται ότι από την αναιρεσιβαλλόμενη απόφαση δεν προκύπτει ότι «συμφωνία» απαγορεύσεως των εξαγωγών μπορεί να υπάρχει μόνο στην περίπτωση που ο παραγωγός ελέγχει εκ των υστέρων αν ο χονδρέμπορος εξήγαγε το παραδοθέν προϊόν και αν, ούτως έχοντας των πραγμάτων, του επιβάλλει κυρώσεις ελαττώνοντας ή παύοντας τις παραδόσεις φαρμάκων.
- 77 Περαιτέρω, όσον αφορά τη φερόμενη παρέκκλιση από τη σχετική νομολογία, η Bayer διευκρινίζει με το υπόμνημά της ανταπαντήσεως ότι, αντιθέτως προς τις περιστάσεις της υπό κρίση υποθέσεως, σε όλες τις υποθέσεις που επικαλείται η Επιτροπή, καθώς και σε δύο ακόμη υποθέσεις επί των οποίων αποφάνθηκε εν τω μεταξύ το Δικαστήριο, ο παραγωγός αποπειράτο μάλλον να εμποδίσει την εξαγωγή παραδοθεισών ποσοτήτων, ανεξαρτήτως του αν είχαν επιβληθεί εκ των προτέρων ποσοτώσεις ή όχι, μέσω ρητών ή εμμέσων απαγορεύσεων των εξαγωγών.

Εκτίμηση του Δικαστηρίου

- 78 Με αυτούς τους λόγους αναιρέσεως οι προσφεύγουσες προσάπτουν στο Πρωτοδικείο ότι αποφάνθηκε ότι αναγκαία προϋπόθεση για την ύπαρξη συμφωνίας κατά την

έννοια του άρθρου 85, παράγραφος 1, της Συνθήκης είναι η εφαρμογή ενός συστήματος, αφενός, ελέγχων του προορισμού των παρτίδων Adalat και, αφετέρου, κυρώσεων σε βάρος των εξαγωγέων χονδρεμπόρων.

- 79 Εντούτοις, ουδόλως προκύπτει από την αναιρεσιβαλλόμενη απόφαση ότι το Πρωτοδικείο έκρινε ότι «συμφωνία» περί απαγορεύσεως των εξαγωγών μπορεί να υπάρχει μόνον εφόσον υφίσταται σύστημα ελέγχων και κυρώσεων σε βάρος των χονδρεμπόρων.
- 80 Το Πρωτοδικείο, στο πλαίσιο της εξετάσεως της φερόμενης βουλήσεως της Bayer να επιβάλει απαγόρευση των εξαγωγών, έκρινε, αφενός, ότι «η Επιτροπή δεν απέδειξε επαρκώς κατά νόμο ούτε ότι η Bayer Γαλλίας και η Bayer Ισπανίας επέβαλαν απαγόρευση των εξαγωγών στους αντίστοιχους χονδρεμπόρους τους, ούτε ότι η Bayer έθεσε σε εφαρμογή έναν συστηματικό έλεγχο του πραγματικού τελικού προορισμού των κουτιών Adalat που παραδόθηκαν μετά την υιοθέτηση της νέας πολιτικής παραδόσεων, [...] ούτε ότι εξάρτησε τις παραδόσεις του προϊόντος αυτού από την τήρηση της εν λόγω φερόμενης απαγορεύσεως των εξαγωγών» (σκέψη 109 της αναιρεσιβαλλόμενης αποφάσεως).
- 81 Αφετέρου, στο πλαίσιο της εξετάσεως της φερομένης βουλήσεως των χονδρεμπόρων να συμμορφωθούν προς την πολιτική της Bayer, το Πρωτοδικείο υπενθύμισε, παραπέμποντας στις προηγούμενες σκέψεις του, ότι «η Επιτροπή δεν απέδειξε επαρκώς κατά νόμο ούτε την εκ μέρους της Bayer υιοθέτηση της συστηματικής πολιτικής παρακολούθησεως του τελικού προορισμού των παραδιδομένων κουτιών Adalat, ούτε την εφαρμογή πολιτικής απειλών και κυρώσεων έναντι των χονδρεμπόρων που εξήγαγαν τα κουτιά Adalat, ούτε, συνεπώς, ότι η Bayer Γαλλίας και η Bayer Ισπανίας επέβαλαν απαγόρευση των εξαγωγών στους αντίστοιχους εξαγωγείς τους, ούτε, τέλος, ότι οι παραδόσεις εξηρτώντο από την τήρηση της φερόμενης απαγορεύσεως των εξαγωγών» (σκέψη 119 της αναιρεσιβαλλόμενης αποφάσεως).
- 82 Από την αναιρεσιβαλλόμενη απόφαση προκύπτει ότι, δεχόμενο την απουσία υιοθετηθέντος από την Bayer συστήματος εκ των υστέρων ελέγχων και κυρώσεων, το Πρωτοδικείο απάντησε, πρώτον, στο επιχείρημα της Επιτροπής που αντλείται από

τα πραγματικά περιστατικά, σύμφωνα με το οποίο η Bayer είχε επιβάλει στους χονδρεμπόρους απαγόρευση των εξαγωγών, η οποία εφαρμόστηκε με εντοπισμό των εισαγωγέων χονδρεμπόρων και με επιβολή σ' αυτούς διαδοχικών μειώσεων των παρατιδομένων ποσοτήτων φαρμάκων όταν αποδεικνυόταν ότι εξήγαν το σύνολο ή τμήμα των προϊόντων αυτών.

- 83 Δεύτερον, το Πρωτοδικείο δεν αποφάνθηκε, εν πάση περιπτώσει, ότι η απουσία συστήματος εκ των υστέρων ελέγχων και κυρώσεων συνεπάγεται κατ' ανάγκην απουσία συμφωνίας απαγορευόμενης από το άρθρο 85, παράγραφος 1, της Συνθήκης. Αντιθέτως, η απουσία τέτοιου συστήματος ελήφθη υπόψη ως ένα μόνον από τα κρίσιμα στοιχεία για την εξέταση της φερομένης βουλήσεως της Bayer να επιβάλει απαγόρευση των εξαγωγών και, κατά συνέπεια, για την εξέταση της υπάρξεως συμφωνίας στην προκειμένη περίπτωση. Συναφώς, μολονότι η ύπαρξη ενός συστήματος εκ των υστέρων ελέγχων και κυρώσεων δεν συνεπάγεται οπωσδήποτε ύπαρξη συμφωνίας, εντούτοις η θέσπιση ενός τέτοιου συστήματος μπορεί να αποτελεί ένδειξη για την ύπαρξη συμφωνίας.
- 84 Ως προς τις αιτιάσεις περί παρεκκλίσεως από τις προαναφερθείσες αποφάσεις Sandoz κατά Επιτροπής και Ford κατά Επιτροπής, η οποία έγκειται στο ότι με τις αποφάσεις αυτές το Δικαστήριο δεν εξέτασε αν υφίστατο σύστημα εκ των υστέρων ελέγχων και κυρώσεων προτού καταλήξει στην ύπαρξη συμφωνίας απαγορευόμενης από το άρθρο 85, παράγραφος 1, της Συνθήκης, επιβάλλεται να υπομνησθεί ότι η εξέταση της υπάρξεως τέτοιου συστήματος δεν είναι πάντοτε αναγκαία προκειμένου να θεωρηθεί ότι έχει συναφθεί συμφωνία αντιβαίνουσα στη διάταξη αυτή.
- 85 Στην υπόθεση που κατέληξε στην προαναφερθείσα απόφαση Sandoz κατά Επιτροπής, ο παραγωγός είχε αποστείλει στους προμηθευτές τιμολόγια με τη ρητή μνεία «απαγορεύεται η εξαγωγή», την οποία οι προμηθευτές δέχθηκαν σιωπηρώς (βλ. σκέψη 23 της παρούσας αποφάσεως). Επομένως, το Δικαστήριο μπορούσε να καταλήξει στην ύπαρξη απαγορευόμενης από την εν λόγω διάταξη συμφωνίας, δίχως να υποχρεούται να αναζητήσει σχετικές αποδείξεις στην ύπαρξη συστήματος εκ των υστέρων ελέγχων.

- 86 Στην υπόθεση που κατέληξε στην προαναφερθείσα απόφαση Ford κατά Επιτροπής, το Δικαστήριο έκρινε ότι συνιστά συμφωνία η απόφαση ενός κατασκευαστή αυτοκινήτων να μην προμηθεύσει τους γερμανούς αντιπροσώπους με δεξιότιμα οχήματα, ώστε να τους στερήσει τη δυνατότητα να τα εξαγάγουν στη βρετανική αγορά. Στο πλαίσιο του παρόντος λόγου αναιρέσεως αρκεί η διαπίστωση ότι, στην εν λόγω υπόθεση, επρόκειτο για άρνηση πωλήσεως και όχι για πώληση που φέρεται να υπόκειται σε ορισμένους όρους που επιβάλλονται στους διανομείς και ότι, ως εκ τούτου, ένα σύστημα εκ των υστέρων ελέγχου ήταν, εν πάση περιπτώσει, περιττό.
- 87 Ως προς τα επιχειρήματα της Επιτροπής, του Βασιλείου της Σουηδίας και της ΕΑΕΡC, σύμφωνα με τα οποία ένα σύστημα εκ των υστέρων ελέγχων αποτελούσε αναγκαία προϋπόθεση για το προληπτικό σύστημα εφοδιασμού που εφάρμοζε η Bayer, επιβάλλεται η παρατήρηση ότι τα επιχειρήματα αυτά σκοπό έχουν να υπογραμμίσουν τον μονομερή χαρακτήρα των ενεργειών της Bayer όσον αφορά τον περιορισμό των παράλληλων εισαγωγών.
- 88 Το γεγονός και μόνον ότι η μονομερής πολιτική ποσοτώσεων που εφάρμοσε η Bayer, συνδυαζόμενη με την απαίτηση που επιβάλλεται βάσει εθνικού δικαίου στους χονδρεμπόρους να διατηρούν πλήρη αποθέματα, παράγει το ίδιο αποτέλεσμα με την απαγόρευση των εξαγωγών δεν συνεπάγεται ούτε ότι ο παραγωγός είχε επιβάλει τέτοια απαγόρευση ούτε ότι υφίστατο συμφωνία απαγορευόμενη από το άρθρο 85, παράγραφος 1, της Συνθήκης.
- 89 Συνελπώς, το Πρωτοδικείο δεν υπέπεσε σε πλάνη περί το δίκαιο, κρίνοντας ότι η Επιτροπή δεν απέδειξε επαρκώς κατά νόμο την ύπαρξη συστήματος εκ των υστέρων ελέγχων και κυρώσεων σε βάρος των χονδρεμπόρων. Επομένως, πρέπει να απορριφθεί ο λόγος αναιρέσεως της ΒΑΙ και της Επιτροπής που αντλείται από το ότι ένα τέτοιο σύστημα εκ των υστέρων ελέγχων και κυρώσεων σε βάρος των χονδρεμπόρων δεν αποτελεί αναγκαία προϋπόθεση για την ύπαρξη συμφωνίας κατά την έννοια του άρθρου 85, παράγραφος 1, της Συνθήκης.

Επί του λόγου αναιρέσεως που αντλείται από την ανάγκη να απαιτεί ο παραγωγός συγκεκριμένη συμπεριφορά από τους χονδρεμπόρους ή να επιδιώκει τη συμμόρφωσή τους προς την πολιτική του

Επιχειρήματα των διαδίκων

- 90 Η ΒΑΙ, με το σημείο ii του πρώτου σκέλους του τρίτου λόγου της αναιρέσεως, και η Επιτροπή, με τον δεύτερο λόγο της αναιρέσεως, προσάπτουν στο Πρωτοδικείο ότι προέβη σε ιδιαίτερος συσταλτική ερμηνεία του άρθρου 85, παράγραφος 1, της Συνθήκης, κρίνοντας κακώς ότι συμφωνία περί απαγορεύσεως των εξαγωγών υφίσταται μόνον όταν ο παραγωγός απαιτεί από τους χονδρεμπόρους μια συγκεκριμένη συμπεριφορά ή επιδιώκει τη συμμόρφωσή τους προς την αποσκοπούσα στην παρεμπόδιση των παράλληλων εισαγωγών πολιτική του. Ειδικότερα, η ΒΑΙ και η Επιτροπή ισχυρίζονται ότι δεν απαιτείται να αποδειχθεί ότι η Bayer επέβαλε στους χονδρεμπόρους ρητή απαγόρευση των εξαγωγών προκειμένου να θεμελιωθεί η ύπαρξη συμφωνίας απαγορευόμενης από το άρθρο 85, παράγραφος 1, της Συνθήκης.
- 91 Η ΒΑΙ, παραπέμποντας ιδίως στις προαναφερθείσες αποφάσεις Sandoz κατά Επιτροπής και Ford κατά Επιτροπής, υποστηρίζει ότι μια συμφωνία κατά την έννοια του άρθρου 85, παράγραφος 1, της Συνθήκης πρέπει να θεωρείται ότι έχει συναφθεί εκ του γεγονότος και μόνον ότι οι χονδρέμποροι εξακολουθούν να προμηθεύονται από παραγωγό που εκδήλωσε τη βούλησή του να εμποδίσει τις παράλληλες εισαγωγές, δεδομένου ότι στην περίπτωση αυτή οι χονδρέμποροι αποδέχονται στην πράξη την εμπορική πολιτική του εν λόγω παραγωγού.
- 92 Υπό την έννοια αυτή, η Επιτροπή τονίζει ότι, για να υπάρχει συμφωνία κατά την έννοια του άρθρου 85, παράγραφος 1, της Συνθήκης, αρκεί οι οικείες επιχειρήσεις να έχουν εκφράσει τη βούλησή τους να συμπεριφέρονται στην αγορά καθ' ορισμένο τρόπο. Προσάπτει στο Πρωτοδικείο ότι δεν έλαβε υπόψη το γεγονός ότι εν προκειμένω η Bayer είχε εκφράσει με αρκούντως σαφή τρόπο τη βούλησή της να τροποποιήσουν οι χονδρέμποροι τη μέθοδο παραγγελιών και παραδόσεων και ότι, συνεπώς, το γεγονός αυτό συνδυαζόμενο με την αλλαγή συμπεριφοράς των χονδρεμπόρων μπορούσε να υποδηλώνει σύμπτωση βουλήσεων μεταξύ αυτών και της

Bayer. Η Επιτροπή παραπέμπει συναφώς στις προαναφερθείσες αποφάσεις ΑΕΓ κατά Επιτροπής και Ford κατά Επιτροπής, με τις οποίες το Δικαστήριο δεν εξέτασε αν ο παραγωγός είχε απαιτήσει συγκεκριμένη συμπεριφορά από τους χονδρεμπόρους του ή αν είχε επιχειρήσει να αποσπάσει τη συναίνεσή τους στα ληφθέντα από αυτόν μέτρα.

93 Η ΒΑΙ, η ΕΑΕΡC και το Βασίλειο της Σουηδίας υπογραμμίζουν ότι η εφαρμογή από έναν παραγωγό ποσοτώσεων στις παραδόσεις προς τους χονδρεμπόρους βάσει των αναγκών της εθνικής τους αγοράς μπορεί να συνιστά εμπόδιο στις εξαγωγές όταν συνδυάζεται με πρόσθετη υποχρέωση προς εφοδιασμό κατά προτεραιότητα συγκεκριμένης αγοράς. Στην περίπτωση αυτή δεν είναι ανάγκη να υπάρξει ρητή απαγόρευση. Ένας τέτοιος περιορισμός στις παραδόσεις έχει αναπόφευκτα το ίδιο αποτέλεσμα με την απαγόρευση των εξαγωγών και, συνεπώς, με την τεχνητή στεγανοποίηση των αγορών, δεδομένου ότι οι παραδόσεις δεν επαρκούν πλέον για την πραγματοποίηση των εξαγωγών. Επιπλέον, το Βασίλειο της Σουηδίας παρατηρεί ότι από την κοινοτική νομολογία, ιδίως δε από την προαναφερθείσα απόφαση Ford κατά Επιτροπής, προκύπτει ότι η συμπεριφορά της Bayer μπορεί να χαρακτηριστεί ως μερική άρνηση πωλήσεως, εφαρμοζόμενη κατά τρόπο ομοιόμορφο και συστηματικό έναντι όλων των εγκατεστημένων στη Γαλλία και την Ισπανία χονδρεμπόρων, και, επομένως, να θεωρηθεί ως συμβατική διάταξη που αντίκειται στο άρθρο 85, παράγραφος 1, της Συνθήκης.

94 Η Bayer και η ΕFPIA υποστηρίζουν ότι αυτός ο λόγος αναιρέσεως πρέπει να απορριφθεί, διότι στηρίζεται σε εσφαλμένη ανάγνωση της αναιρεσιβαλλόμενης αποφάσεως. Συγκεκριμένα, το Πρωτοδικείο ουδόλως εξάρτησε την ύπαρξη «συμφωνίας περί απαγορεύσεως των εξαγωγών» από το αν η Bayer είχε ρητώς «απαιτήσει» ή ενεργώς «επιχειρήσει» να επιτύχει τη συμμόρφωση των χονδρεμπόρων προς απαγόρευση των εξαγωγών. Επιπλέον, η Bayer και η ΕFPIA ισχυρίζονται ότι στην πραγματικότητα αυτός ο λόγος αναιρέσεως δεν περιλαμβάνει κανένα νομικό επιχείρημα, αλλά αμφισβητεί τα πραγματικά περιστατικά που διαπίστωσε το Πρωτοδικείο, με τη σκέψη 157 της αναιρεσιβαλλόμενης αποφάσεως, προκειμένου να απορρίψει τον πραγματικό ισχυρισμό της ίδιας της Επιτροπής, σύμφωνα με τον οποίο η πραγματική συμπεριφορά των χονδρεμπόρων δεν επαρκούσε προς απόδειξη του ότι είχαν ανεχθεί την πολιτική περιορισμού των παράλληλων εισαγωγών. Συνεπώς, αυτός ο λόγος αναιρέσεως είναι απαράδεκτος.

- 95 Όσον αφορά τη φερόμενη παρέκκλιση από τις προαναφερθείσες αποφάσεις AEG κατά Επιτροπής και Ford κατά Επιτροπής, την οποία εξέτασε το Πρωτοδικείο, η Bayer και η EFPIA υποστηρίζουν ότι πρόκειται για διαφορετικές καταστάσεις και, κατά συνέπεια, αμφισβητούν ότι το Πρωτοδικείο παρεξέκλινε από την εν λόγω νομολογία.

Εκτίμηση του Δικαστηρίου

- 96 Από την αναιρεσιβαλλόμενη απόφαση δεν προκύπτει ότι το Πρωτοδικείο έκρινε ότι συμφωνία κατά την έννοια του άρθρου 85, παράγραφος 1, της Συνθήκης μπορεί να υπάρχει μόνον όταν ένας από τους εμπορικούς εταίρους απαιτεί από τον έτερο συγκεκριμένη συμπεριφορά.
- 97 Αντιθέτως, με τη σκέψη 69 της αναιρεσιβαλλόμενης απόφασεως το Πρωτοδικείο έκρινε ότι, κατ' αρχήν, η έννοια της συμφωνίας κατά το άρθρο 85, παράγραφος 1, της Συνθήκης «στηρίζεται στην ύπαρξη συμπτώσεως των βουλήσεων δύο τουλάχιστον συμβαλλομένων, της οποίας η μορφή εκδηλώσεως δεν είναι σημαντική εφόσον συνιστά πιστή έκφραση των βουλήσεων αυτών». Επιπλέον, με τη σκέψη 67 της ίδιας απόφασεως υπενθύμισε ότι, για να υπάρχει συμφωνία κατά την έννοια της εν λόγω διατάξεως, αρκεί οι οικείες επιχειρήσεις να έχουν εκφράσει την κοινή τους βούληση τους να συμπεριφερθούν στην αγορά καθ' ορισμένο τρόπο.
- 98 Εντούτοις, δεδομένου ότι το ζήτημα που τίθεται εν προκειμένω είναι αν ένα κατά τα φαινόμενα μονομερές μέτρο που λαμβάνεται ή επιβάλλεται από έναν παραγωγό στο πλαίσιο των διαρκών σχέσεών του με τους χονδρεμπόρους του συνιστά συμφωνία κατά το άρθρο 85, παράγραφος 1, της Συνθήκης, το Πρωτοδικείο εξέτασε τα επιχειρήματα της Επιτροπής, όπως εκτίθενται στη σκέψη 155 της αναιρεσιβαλλόμενης απόφασεως, σύμφωνα με τα οποία η Bayer παρέβη το άρθρο αυτό, δεδομένου ότι είχε προβλέψει «την απαγόρευση των εξαγωγών, που εντάσσεται στο πλαίσιο των

διαρκών εμπορικών σχέσεων [της Bayer Γαλλίας και της Bayer Ισπανίας] με τους πελάτες τους», έναντι της οποίας οι χονδρέμποροι υιοθέτησαν μια «στάση σιωπηρής αποδοχής» (σκέψη 74 της αναιρεσιβαλλόμενης αποφάσεως).

- 99 Όσον αφορά το επιχείρημα σύμφωνα με το οποίο το Πρωτοδικείο κακώς έκρινε ότι έπρεπε να αποδειχθεί ότι η Bayer απαγόρευσε ρητώς τις εξαγωγές, από την εξέταση εκ μέρους του Πρωτοδικείου του συστήματος ελέγχου της διανομής των παραδιδόμενων παρτιδών Adalat (βλ. σκέψεις 44 έως 48 της παρούσας αποφάσεως) ουδόλως προκύπτει ότι τούτο απαιτήσε την απόδειξη ρητής απαγορεύσεως.
- 100 Ως προς τα επιχειρήματα των προσφευγουσών σύμφωνα με τα οποία το Πρωτοδικείο όφειλε να δεχθεί ότι η έκφραση της βουλήσεως της Bayer να περιορίσει τις παράλληλες εισαγωγές μπορούσε να συνιστά τη βάση συμφωνίας απαγορευόμενης από το άρθρο 85, παράγραφος 1, της Συνθήκης, είναι, βεβαίως, αληθές ότι η ύπαρξη συμφωνίας κατά την έννοια της διατάξεως αυτής μπορεί να συναγεται από τη συμπεριφορά των ενδιαφερομένων μερών.
- 101 Εντούτοις, μια τέτοια συμφωνία δεν μπορεί να βασιζείται σε αυτό που αποτελεί απλώς εκδήλωση μιας μονομερούς πολιτικής ενός εκ των συμβαλλομένων, η οποία μπορεί να εφαρμοσθεί χωρίς τη συνδρομή του άλλου. Πράγματι, η παραδοχή ότι προς απόδειξη της υπάρξεως συμφωνίας απαγορευόμενης από το άρθρο 85, παράγραφος 1, της Συνθήκης αρκεί η εκδήλωση μιας μονομερούς πολιτικής σκοπούσας στην παρεμπόδιση των παράλληλων εισαγωγών συνεπάγεται σύγχυση του πεδίου εφαρμογής της διατάξεως αυτής με το πεδίο εφαρμογής του άρθρου 86 της Συνθήκης.
- 102 Προκειμένου να θεωρηθεί ότι μια συμφωνία κατά το άρθρο 85, παράγραφος 1, της Συνθήκης έχει συναφθεί δια σιωπηρής αποδοχής, απαιτείται η σκοπούσα σε αποτέλεσμα στρεφόμενο κατά του ανταγωνισμού δήλωση βουλήσεως του ενός εκ των συμβαλλομένων να συνιστά πρόσκληση, ρητή ή έμμεση, στον έτερο συμβαλλόμενο προς πραγμάτωση από κοινού του σκοπού αυτού, δεδομένου μάλιστα ότι η συμφωνία αυτή δεν είναι, όπως συμβαίνει εν προκειμένω, εκ πρώτης όψεως προς το συμφέρον του άλλου συμβαλλομένου, ήτοι των χονδρεμπόρων.

- 103 Συνεπώς, το Πρωτοδικείο ορθώς εξέτασε αν από τη συμπεριφορά της Bayer μπορούσε να συναχθεί ότι είχε απαιτήσει από τους χονδρεμπόρους, ως όρο των μελλοντικών συμβατικών τους σχέσεων, να συμμορφωθούν προς τη νέα εμπορική πολιτική της.
- 104 Ως προς την υπόθεση που κατέληξε στην απόφαση Sandoz prodotti farmaceutici κατά Επιτροπής την οποία επικαλέστηκαν οι προσφεύγουσες, δεν αμφισβητείται ότι ο παραγωγός είχε επιζητήσει τη συνεργασία των χονδρεμπόρων προκειμένου να εξαλείψει ή να ελαττώσει τις παράλληλες εισαγωγές, δεδομένου ότι η συνεργασία τους ήταν, υπό τις συνθήκες της εν λόγω υποθέσεως, αναγκαία για την επίτευξη του σκοπού αυτού. Στο πλαίσιο αυτό, η προσθήκη από τον παραγωγό της μνείας «απαγορεύεται η εξαγωγή» στα τιμολόγια ισοδυναμούσε με αίτημα προς επίδειξη ορισμένης συμπεριφοράς εκ μέρους των χονδρεμπόρων. Τα πράγματα έχουν άλλως εν προκειμένω.
- 105 Επιπλέον, οι προσφεύγουσες επικαλέστηκαν τις προαναφερθείσες αποφάσεις AEG κατά Επιτροπής και Ford κατά Επιτροπής, υποστηρίζοντας ότι με τις αποφάσεις αυτές το Δικαστήριο, στο πλαίσιο μέτρων που ελήφθησαν κατά τα φαινόμενα μονομερώς από τον παραγωγό έναντι των διανομέων του, δέχθηκε την ύπαρξη συμφωνίας κατά την έννοια του άρθρου 85, παράγραφος 1, της Συνθήκης χωρίς να εξετάσει το ζήτημα της υπάρξεως απαιτήσεως εκ μέρους του παραγωγού αυτού.
- 106 Εντούτοις, στις υποθέσεις που κατέληξαν στις εν λόγω αποφάσεις δεν απαιτείτο να αποδειχθεί η σύναψη συμφωνίας κατά το άρθρο 85, παράγραφος 1, της Συνθήκης. Αντιθέτως, είχε τεθεί το ζήτημα αν τα ληφθέντα από τους παραγωγούς μέτρα εντάσσονταν στις προγενεστέρως συναφθείσες συμφωνίες επιλεκτικής διανομής μεταξύ των παραγωγών και των διανομέων τους και, επομένως, αν τα μέτρα αυτά έπρεπε να ληφθούν υπόψη για την εκτίμηση του συμβατού των εν λόγω συμφωνιών με τους κανόνες του ανταγωνισμού.

- 107 Στην υπόθεση που κατέληξε στην προαναφερθείσα απόφαση AEG κατά Επιτροπής, ο παραγωγός, στο πλαίσιο της εφαρμογής συμφωνίας επιλεκτικής διανομής που είχε κριθεί συμβατή με το άρθρο 85, παράγραφος 1, της Συνθήκης, αρνείτο να δεχθεί στο σύστημα διανομής εμπόρους που ανταποκρίνονταν στα ποιοτικά κριτήρια της εν λόγω συμφωνίας, με σκοπό να διατηρήσει υψηλό επίπεδο τιμών ή να αποκλείσει ορισμένες σύγχρονες μεθόδους διανομής. Συνεπώς, το κρίσιμο ζήτημα ήταν αν η Επιτροπή μπορούσε να στηριχθεί στη συμπεριφορά του παραγωγού κατά την εφαρμογή συμφωνίας επιλεκτικής διανομής, προκειμένου να κρίνει αν η συμφωνία αυτή, εφαρμοζόμενη με τον συγκεκριμένο τρόπο, ήταν αντίθετη με το άρθρο 85, παράγραφος 1, της Συνθήκης.
- 108 Στην υπόθεση που κατέληξε στην προαναφερθείσα απόφαση Ford κατά Επιτροπής διευκρινίστηκε, με τη σκέψη 12 αυτής, ότι «οι προσφεύγουσες και η Επιτροπή [συμφωνούσαν] ότι το κύριο πρόβλημα που [ανέκυπτε] από την [...] προσφυγή [ήταν] το αν η Επιτροπή μπορούσε να αρνηθεί τη χορήγηση εξαιρέσεως, κατά την έννοια του άρθρου 85, παράγραφος 3, της Συνθήκης, στη σύμβαση γενικού αντιπροσώπου της Ford AG, λόγω του ότι η επιχείρηση αυτή είχε παύσει να παραδίδει [δεξιότιμονα] αυτοκίνητα στους γερμανούς διανομείς της».
- 109 Κατά συνέπεια, δεδομένου ότι η ύπαρξη συμφωνίας που μπορεί να παραβιάζει το άρθρο 85, παράγραφος 1, της Συνθήκης είχε ήδη αποδειχθεί, το Δικαστήριο μπορούσε να αρχασθεί στην εξέταση του ζητήματος αν τα μέτρα που ελήφθησαν μεταγενέστερα από τον παραγωγό εντάσσονταν στην επίμαχη συμφωνία και, επομένως, αν έπρεπε να ληφθούν υπόψη για την εκτίμηση του συμβατού αυτής με την εν λόγω διάταξη. Συνεπώς, το ζήτημα αυτό διαφέρει από το τεθέν στην παρούσα υπόθεση, το οποίο αφορά την ίδια την ύπαρξη συμφωνίας στρεφόμενης κατά του ανταγωνισμού. Ως εκ τούτου, οι προσφεύγουσες δεν μπορούν να προβάλουν τις προαναφερθείσες αποφάσεις AEG κατά Επιτροπής και Ford κατά Επιτροπής προς στήριξη του ισχυρισμού τους περί υπάρξεως συμφωνίας απαγορευόμενης από το άρθρο 85, παράγραφος 1, της Συνθήκης.
- 110 Όσον αφορά τα επιχειρήματα του Βασιλείου της Σουηδίας και της ΕΑΕΡΚ, οι οποίες ισχυρίζονται ότι προκύπτει απαίτηση από το συνδυασμένο αποτέλεσμα της πολιτι-

κής ποσοτώσεων που ακολουθεί η Bayer και της υποχρέωσης που επιβάλλεται από το εθνικό δίκαιο στους χονδρεμπόρους περί διατηρήσεως αποθεμάτων, χωρίς να χρειάζεται να υπάρξει ρητή απαίτηση περί περιορισμού των εξαγωγών, αρκεί να υπομνησθεί ότι το επιχείρημα αυτό χρησιμεύει μόνον προς απόδειξη του μονομερούς χαρακτήρα της εμπορικής πολιτικής της Bayer, η οποία μπορεί να εφαρμοσθεί χωρίς τη συνεργασία των χονδρεμπόρων. Δεδομένου ότι η εφαρμογή των προαναφερθεισών αποφάσεων AEG κατά Επιτροπής και Ford κατά Επιτροπής στην παρούσα υπόθεση έχει αποκλεισθεί, επιβάλλεται να τονισθεί ότι οι παρεμβαίνοντες αυτοί διάδικοι δεν μπορούν να τις προβάλουν προς στήριξη της επιχειρηματολογίας τους. Κατά συνέπεια, το γεγονός και μόνον ότι υφίσταται εμπόδιο στις παράλληλες εισαγωγές δεν αρκεί προς απόδειξη της υπάρξεως συμφωνίας απαγορευόμενης από το άρθρο 85, παράγραφος 1, της Συνθήκης.

- 111 Υπό το πρίσμα των ανωτέρω σκέψεων, πρέπει να απορριφθεί ο λόγος αναιρέσεως που αντλείται από την ανάγκη να απαιτεί ο παραγωγός από τους χονδρεμπόρους συγκεκριμένη συμπεριφορά.

Επί του λόγου αναιρέσεως που αντλείται από την εσφαλμένη συνεκτίμηση της πραγματικής βουλήσεως των χονδρεμπόρων

Επιχειρήματα των διαδίκων

- 112 Με τον τέταρτο λόγο αναιρέσεως η Επιτροπή προσάπτει στο Πρωτοδικείο ότι υπέπεσε σε πλάνη περί το δίκαιο, κρίνοντας ότι οι προϋποθέσεις περί συμπτώσεως των βουλήσεων δεν συνέτρεχαν λόγω του ότι η εκδηλωθείσα βούληση των χονδρεμπόρων (παραγγελία φαρμάκων αποκλειστικώς για τις ανάγκες της εγχώριας αγοράς) δεν αντιστοιχούσε στην πραγματική τους βούληση (παραγγελία φαρμάκων και προς εξαγωγή). Το Πρωτοδικείο, παραπέμποντας μόνο στην πραγματική βούληση των χονδρεμπόρων, ερμήνευσε εσφαλμένως την έννοια της συμφωνίας κατά το άρθρο 85, παράγραφος 1, της Συνθήκης.

- 113 Συναφώς, η Επιτροπή ισχυρίζεται, μεταξύ άλλων, ότι με την προαναφερθείσα απόφαση Sandoz κατά Επιτροπής το Δικαστήριο ουδεμία σημασία απέδωσε στην πραγματική βούληση ή στις «ενδόμυχες επιφυλάξεις» των επιχειρήσεων, δεδομένου ότι για τη σύναψη συμφωνίας κατά το άρθρο 85, παράγραφος 1, της Συνθήκης μόνον η δηλωθείσα βούληση των ενδιαφερομένων επιχειρήσεων έχει αποφασιστική σημασία.
- 114 Η ΕΑΕΡC και η ΒΑΙ, με το σημείο iii του πρώτου σκέλους του τρίτου λόγου της αναιρέσεως, υποστηρίζουν συναφώς ότι το γεγονός ότι οι χονδρέμποροι ήταν αντίθετοι με μια πολιτική στρεφόμενη κατά των συμφερόντων τους δεν είναι ικανό, από νομικής απόψεως, να αναιρέσει το γεγονός ότι τελικώς συμμορφώθηκαν με την πολιτική αυτή. Μολονότι η πάγια νομική πρακτική προϋποθέτει σύμπτωση βουλήσεων προκειμένου να διαπιστωθεί η ύπαρξη συμφωνίας απαγορευόμενης από το άρθρο 85, παράγραφος 1, της Συνθήκης, εντούτοις ουδόλως απαιτεί σύμπτωση των συμφερόντων των συμβαλλομένων [βλ. απόφαση 80/1283/ΕΟΚ της Επιτροπής, της 25ης Νοεμβρίου 1980, περί διαδικασίας εφαρμογής του άρθρου 85 της Συνθήκης της ΕΟΚ (IV/29.702, Johnson & Johnson) (ΕΕ L 377, σ. 16, αιτιολογική σκέψη 28)· προαναφερθείσα απόφαση 87/406 της Επιτροπής (αιτιολογική σκέψη 49), και προαναφερθείσα απόφαση Ford κατά Επιτροπής]. Περαιτέρω, η ΕΑΕΡC παραπέμπει στην απόφαση της 20ής Σεπτεμβρίου 2001, C-453/99, Courage και Crehan (Συλλογή 2001, σ. I-6297), από την οποία προκύπτει ότι υφίσταται συμφωνία κατά την έννοια του άρθρου 85, παράγραφος 1, της Συνθήκης ακόμη και αν ο ένας εκ των συμβαλλομένων εξαναγκάζεται στη σύναψη παρά τη βούλησή του.
- 115 Η Bayer και η ΕFPIA υποστηρίζουν ότι αυτός ο λόγος αναιρέσεως είναι अपαράδεκτος, διότι, κατ' ουσίαν, αμφισβητεί τις διαπιστώσεις του Πρωτοδικείου περί των πραγματικών περιστάσεων. Εκτιμώντας ότι με τη δηλωθείσα βούλησή τους οι χονδρέμποροι παρέσχον εγγύηση ότι θα έδιδαν παραγγελίες για τα οικεία φάρμακα μόνο στο μέτρο των αναγκών της εγχώριας αγοράς, οι προσφεύγουσες βάλλουν κατά των διαπιστώσεων του Πρωτοδικείου που εκτίθενται στις σκέψεις 151 έως 153 της αναιρεσιβαλλόμενης αποφάσεως, σύμφωνα με τις οποίες τα διαλαμβανόμενα στην επίδικη απόφαση έγγραφα δεν αποδείκνυαν ενδεχόμενη τάση των χονδρεμπόρων να ακολουθήσουν καθ' οποιονδήποτε τρόπο την πολιτική της Bayer.
- 116 Επί της ουσίας, η Bayer ισχυρίζεται ότι, εφόσον υφίσταται ρητή δήλωση βουλήσεως, μόνον αυτή πρέπει να λαμβάνεται υπόψη, ενώ η μη εκφρασθείσα βούληση ή η

«ενδόμυχη επιφύλαξη» που διαφέρει από την ρητώς εκφρασθείσα είναι άνευ σημασίας. Αντιθέτως, όταν υπάρχουν «έμμεσες δηλώσεις βουλήσεως», όπως συμβαίνει εν προκειμένω, τότε πρέπει να λαμβάνεται υπόψη μόνον η πραγματική βούληση του οικείου συμβαλλομένου, όπως εκφράζεται μέσω της συμπεριφοράς του.

Εκτίμηση του Δικαστηρίου

- 117 Ως προς την προβληθείσα από την Bayer και την EFPIA ένσταση απαραδέκτου, επιβάλλεται να τονισθεί ότι ο λόγος αναιρέσεως που αντλείται από την έλλειψη συμπτώσεως βουλήσεων ουδόλως στρέφεται κατά των διαπιστώσεων του Πρωτοδικείου περί των πραγματικών περιστατικών. Αντιθέτως, αμφισβητεί τη νομική αξία που το Πρωτοδικείο απέδωσε στην πραγματική βούληση των χονδρεμπόρων χωρίς να λάβει υπόψη τη δήλωσή τους περί της φερομένης βουλήσεώς τους. Συνεπώς, η ένσταση απαραδέκτου είναι αβάσιμη.
- 118 Επί της ουσίας, επιβάλλεται να υπομνησθεί ότι το Πρωτοδικείο εκκινεί από την αρχή ότι «για να υπάρχει συμφωνία κατά την έννοια του άρθρου 85, παράγραφος 1, της Συνθήκης, αρκεί οι οικείες επιχειρήσεις να έχουν εκφράσει την κοινή τους βούληση να συμπεριφερθούν στην αγορά καθ' ορισμένο τρόπο» (σκέψη 67 της αναιρεσιβαλλόμενης αποφάσεως). Το Πρωτοδικείο, αφού αποφάνθηκε, στο πλαίσιο της εξετάσεως της φερομένης βουλήσεως της Bayer να επιβάλει απαγόρευση εξαγωγών, ότι η Bayer δεν είχε επιβάλει τέτοια απαγόρευση, προχώρησε σε εξέταση της συμπεριφοράς των χονδρεμπόρων, προκειμένου να κριθεί αν υφίστατο, παρ' όλ' αυτά, συμφωνία απαγορευόμενη από το άρθρο 85, παράγραφος 1, της Συνθήκης.
- 119 Στο πλαίσιο αυτό, το Πρωτοδικείο απέρριψε, αφενός, τον ισχυρισμό ότι η ύπαρξη συμφωνίας αποδεικνυόταν βάσει της σιωπηρής αποδοχής εκ μέρους των χονδρεμπόρων της φερομένης απαγορεύσεως των εξαγωγών, δεδομένου ότι, βάσει των προηγούμενων σκέψεών του, η Επιτροπή δεν απέδειξε επαρκώς κατά νόμο ούτε ότι η Bayer είχε επιβάλει τέτοια απαγόρευση ούτε ότι οι παραδόσεις των φαρμάκων εξητάντο από την τήρηση της φερομένης αυτής απαγορεύσεως (βλ. σκέψεις 119 έως 122 της αναιρεσιβαλλόμενης αποφάσεως).

- 120 Υπό τις συνθήκες αυτές, το Πρωτοδικείο εξέτασε, αφετέρου, αν «ενόψει της πραγματικής συμπεριφοράς των χονδρεμπόρων κατόπιν της υιοθετήσεως εκ μέρους της προσφεύγουσας της νέας πολιτικής περιορισμού των παραδόσεων, η Επιτροπή μπορούσε να συναγάγει την ύπαρξη συναινέσεως των χονδρεμπόρων όσον αφορά την πολιτική αυτή» (σκέψη 124 της αναιρεσιβαλλόμενης αποφάσεως).
- 121 Κατ' αυτόν τον τρόπο, το Πρωτοδικείο θέλησε να προσδιορίσει αν, μολοντί δεν υφίστατο απαγόρευση των εξαγωγών, εντούτοις οι χονδρέμποροι συμμερίζονταν τη βούληση της Bayer να εμποδίσει τις παράλληλες εισαγωγές. Κατά την εξέταση αυτή το Πρωτοδικείο, παραλέποντας στην «πραγματική» βούληση των χονδρεμπόρων να εξακολουθήσουν να δίδουν παραγγελίες φαρμάκων για εξαγωγή και για τις ανάγκες της εγχώριας αγοράς, δεν υπέπεσε σε πλάνη περί το δίκαιο.
- 122 Εν πάση περιπτώσει, όπως τονίζει ο γενικός εισαγγελέας με τη σκέψη 108 των προτάσεών του, ο λόγος αναιρέσεως που αντλείται από την έλλειψη συμπτώσεως βουλήσεων προϋποθέτει την ύπαρξη δηλωθείσας εκ μέρους των χονδρεμπόρων βουλήσεως να ευθυγραμμισθούν με τη βούληση της Bayer περί περιορισμού των παράλληλων εισαγωγών. Εντούτοις, όπως διαπιστώθηκε με τις σκέψεις 52 και 53 της παρούσας αποφάσεως, το Πρωτοδικείο έκρινε ότι τα προσκομισθέντα από την Επιτροπή έγγραφα δεν αποδεικνύουν ότι οι χονδρέμποροι θέλησαν να δημιουργήσουν στην Bayer την εντύπωση ότι, προκειμένου να ανταποκριθούν στη δηλωθείσα βούλησή της, ήταν διατεθειμένοι να μειώσουν τις παραγγελίες τους μέχρι ορισμένου σημείου.
- 123 Η στρατηγική των χονδρεμπόρων αποσκοπούσε, αντιθέτως, στο να δημιουργήσει στην Bayer, μέσω του επιμερισμού μεταξύ διαφόρων καταστημάτων των παραγγελιών που προοριζόνταν προς εξαγωγή, την πεποίθηση ότι οι ανάγκες των εθνικών αγορών είχαν αυξηθεί. Η στρατηγική αυτή όχι μόνο δεν αποδεικνύει την ύπαρξη συμπτώσεως βουλήσεων, αλλ' αντιθέτως συνιστούσε απόπειρα των χονδρεμπόρων να αντλήσουν οφέλη από τη μονομερή πολιτική της Bayer, η εφαρμογή της οποίας δεν εξηρτάτο από τη συνεργασία τους.

- 124 Από τα ανωτέρω προκύπτει ότι πρέπει να απορριφθεί ως αβάσιμος ο λόγος αναιρέσεως που αντλείται από το ότι το Πρωτοδικείο φέρεται ότι κακώς διαπίστωσε έλλειψη συμπτώσεως βουλήσεων μεταξύ της Bayer και των χονδρεμπόρων ως προς την πολιτική της Bayer περί μείωσης των παράλληλων εισαγωγών.

Επί της ανάγκης εκ των υστέρων συναίνεσεως στα μέτρα που εντάσσονται στο πλαίσιο διαρκών εμπορικών σχέσεων ρυθμιζόμενων από προϋφιστάμενες γενικές συμφωνίες

Επιχειρήματα των διαδίκων

- 125 Με τον πέμπτο λόγο αναιρέσεως η Επιτροπή, υποστηριζόμενη από την ΕΑΕΡC, προσάπτει στο Πρωτοδικείο ότι εφάρμοσε εσφαλμένως το άρθρο 85, παράγραφος 1, της Συνθήκης, απαιτώντας, αντιθέτως προς την προαναφερθείσα απόφαση Sandoz κατά Επιτροπής, την απόδειξη της βουλήσεως των χονδρεμπόρων να ευθυγραμμισθούν με τα ληφθέντα από την Bayer μέτρα, μολονότι αυτά εντάσσονταν στο πλαίσιο των διαρκών εμπορικών σχέσεων μεταξύ των χονδρεμπόρων και του παραγωγού. Η Επιτροπή υποστηρίζει επιπλέον ότι το Πρωτοδικείο υπέπεσε σε πλάνη περί το δίκαιο, στο μέτρο που απέρριψε την προβολή των προαναφερθεισών αποφάσεων AEG κατά Επιτροπής, Ford κατά Επιτροπής και BMW Belgium κ.λπ. κατά Επιτροπής σε σχέση με την ερμηνεία της συμπεριφοράς που υιοθέτησαν οι χονδρέμποροι μετά την εφαρμογή της νέας πολιτικής της Bayer περί παραδόσεων ως de facto συναίνεσεως προς αυτή.
- 126 Υπό την έννοια αυτή, η ΒΑΙ, με το σημείο iii του πρώτου σκέλους και το δεύτερο σκέλος του τρίτου λόγου αναιρέσεως, προσάπτει στο Πρωτοδικείο ότι παρέλειψε να εξετάσει αν τα ληφθέντα από την Bayer μέτρα ήταν μόνον κατά τα φαινόμενα μονομερή, δεδομένου ότι εντάσσονταν στο πλαίσιο των διαρκών εμπορικών της σχέσεων με τους χονδρεμπόρους. Ειδικότερα, υποστηρίζει ότι οι συνήθειες εμπορικές

σχέσεις στον κλάδο του χονδρεμπορίου φαρμάκων μπορούν να συγκριθούν με το σύστημα επιλεκτικής διανομής που αποτελούσε το αντικείμενο των προαναφερθεισών αποφάσεων ΑΕΓ κατά Επιτροπής, Ford κατά Επιτροπής και BMW Belgium κ.λπ. κατά Επιτροπής, προσάπτοντας, ως εκ τούτου, στο Πρωτοδικείο ότι απέρριψε τη δυνατότητα εφαρμογής των αποφάσεων αυτών στην υπό κρίση υπόθεση.

- 127 Η Επιτροπή υιοθετεί παρόμοια άποψη, υποστηρίζοντας ότι η πώληση φαρμάκων εμφανίζει ορισμένα χαρακτηριστικά της επιλεκτικής διανομής. Συναφώς, οι προσφεύγουσες ισχυρίζονται ότι η αποδοχή ενός χονδρεμπόρου στο οικείο σύστημα διανομής συνεπάγεται ότι αυτός έχει δώσει τη συγκατάθεσή του στις εντολές του παραγωγού.
- 128 Κατά την ΒΑΙ, οι χονδρέμποροι κατέχουν θέση-κλειδί στον εφοδιασμό της αγοράς με φάρμακα, όμοια με τη θέση ενός μεταπωλητή σε σύστημα επιλεκτικής διανομής. Τονίζοντας τους στενούς δεσμούς εξαρτήσεως μεταξύ των εμπορικών εταιρών στην αγορά των φαρμάκων, η ΒΑΙ ισχυρίζεται ότι οι χονδρέμποροι δεσμεύονται από την πρακτική παραδόσεων που ακολουθεί ο παραγωγός. Η ΒΑΙ υπογραμμίζει ότι οι χονδρέμποροι εξαρτώνται από τους παραγωγούς φαρμακευτικών προϊόντων, διότι δεν μπορούν να αντικαταστήσουν το Adalat με άλλα φάρμακα, και ισχυρίζεται, με το υπόμνημά της απαντήσεως, ότι αναγκάζονται να συμβιβασθούν προκειμένου να διατηρήσουν τα οφέλη τους στο υψηλότερο δυνατό επίπεδο, έστω και αν τούτο έχει ως συνέπεια ότι οι τρίτοι που είναι εγκατεστημένοι εκτός του εδαφικού χώρου που εξυπηρετείται από τους οικείους χονδρεμπόρους δεν μπορούν πλέον να εφοδιασθούν. Κατά συνέπεια, οι χονδρέμποροι υφίστανται περιορισμούς που επιβάλλει ο παραγωγός στις παραδόσεις και η συγκατάθεσή τους στη στρεφόμενη κατά του ανταγωνισμού συμφωνία αποτελεί γι' αυτούς μέσο διατήρησης των εμπορικών τους σχέσεων.
- 129 Κατόπιν των ανωτέρω, η ΒΑΙ καταλήγει ότι η συγκατάθεση των χονδρεμπόρων στον περιορισμό των παραδιδόμενων από τον παραγωγό ποσοτήτων αρκεί προκειμένου να θεωρηθεί ότι υπάρχει συμφωνία σκοπούσα στην τεχνητή στεγανοποίηση των αγορών και, ως εκ τούτου, στην νόθευση του ανταγωνισμού εντός της κοινής αγοράς

κατά παράβαση του άρθρου 85, παράγραφος 1, της Συνθήκης. Εάν το Πρωτοδικείο είχε εκτιμήσει τα πραγματικά περιστατικά κατά τρόπο νομικώς ορθό, θα έπρεπε οπωσδήποτε να καταλήξει στην ύπαρξη συμφωνίας μεταξύ, αφενός, της Bayer Γαλλίας και της Bayer Ισπανίας και, αφετέρου, των οικείων χονδρεμπόρων.

- 130 Η ΕΑΕΡC συμμερίζεται την άποψη αυτή, τονίζοντας ότι μια πραγματική συμπεριφορά —ήτοι η άνευ επιφυλάξεων τήρηση της συμφωνίας εκ μέρους των χονδρεμπόρων— δεν είναι απαραίτητη βάση της προαναφερθείσας αποφάσεως Sandoz κατά Επιτροπής. Με την απόφαση αυτή, αντιθέτως προς τη δοθείσα από το Πρωτοδικείο ερμηνεία, διαπιστώθηκε απλώς ότι η πραγματοποίηση νέων παραγγελιών μετά την τροποποίηση των σχετικών με αυτές όρων αρκεί προς απόδειξη της σιωπηρής συναινέσεως των χονδρεμπόρων. Εν προκειμένω, οι χονδρέμποροι, συνεχίζοντας τις παραγγελίες τους, συμμορφώθηκαν προς τη βούληση της Bayer να περιορίσει τις παραδόσεις του Adalat. Η αλλαγή αυτή της συμπεριφοράς τους αποτελεί σαφή ένδειξη της συναινέσεώς τους στη νέα εμπορική πολιτική της Bayer.
- 131 Επιπλέον, στην υπόθεση που κατέληξε στην προαναφερθείσα απόφαση Sandoz κατά Επιτροπής δεν ήταν απαραίτητο να προσδιορισθεί η πραγματική συμπεριφορά των χονδρεμπόρων, διότι η Επιτροπή και το Δικαστήριο περιορίστηκαν στον προσδιορισμό του σκοπού της ρήτηρας που απαγόρευε τις εξαγωγές των οικείων προϊόντων και δεν έλαβαν υπόψη τις συνέπειες μιας τέτοιας ρήτηρας. Στο μέτρο που ο σκοπός δηλώνεται ήδη με την προσφορά του παραγωγού, αρκεί η σιωπηρή αποδοχή της κρίσιμης ρήτηρας, δεδομένου ότι ο χονδρέμπορος αποδέχεται τον συμβατικό αυτό όρο και με την πραγματοποίηση νέας παραγγελίας.
- 132 Ως προς τα επιχειρήματα που αντλούνται από τη φερομένη παρέκκλιση από τη νομολογία, η Bayer και η ΕΦΡΙΑ επισημαίνουν ότι η Επιτροπή επιχειρεί να αποδείξει ότι τα πραγματικά περιστατικά των υποθέσεων που κατέληξαν στις προαναφερθείσες αποφάσεις AEG κατά Επιτροπής, Ford κατά Επιτροπής καθώς και στην απόφαση της 24ης Οκτωβρίου 1995, Bayerische Motorenwerke κατά ALD, C-70/93, Σύλλαγή 1995, σ. I-3439, είναι πανομοιότυπα με τα πραγματικά περιστατικά της υπό κρίση υποθέσεως. Εντούτοις, στις υποθέσεις που κατέληξαν στις εν λόγω αποφάσεις, τα «κατά τα φαινόμενα μονομερή» μέτρα των παραγωγών εντάσσονταν, στην πραγματικότητα, στο πλαίσιο προϋφιστάμενων και διαρκών συμφωνιών δια-

νομής μακράς διάρκειας, με αποτέλεσμα να μην είναι απαραίτητη οποιαδήποτε ρητή ή σιωπηρή συγκατάθεση των διανομέων. Η ΕΦΡΙΑ προβάλλει τον ισχυρισμό αυτόν υπογραμμίζοντας ότι όλες αυτές οι υποθέσεις αφορούσαν συστήματα επιλεκτικής διανομής. Εν προκειμένω, δεν υφίστανται συμφωνίες αυτού του είδους· συγκεκριμένα, είναι πρόδηλο ότι η Bayer δεν εκμεταλλεύεται τέτοιο δίκτυο διανομής. Τόσο η Bayer όσο και η ΕΦΡΙΑ παρατηρούν επιπλέον ότι οι όροι που θέτει το εθνικό δίκαιο ως προς τις δραστηριότητες των χονδρεμπόρων ουδόλως συνιστούν ένα εκτενές, προϋφιστάμενο και διαρκές συμβατικό πλαίσιο μεταξύ του παραγωγού και των χονδρεμπόρων.

- 133 Με το υπόμνημά της απαντήσεως, η Επιτροπή τονίζει ότι, αντιθέτως προς τον ισχυρισμό της Bayer ότι εκτελούσε παραδόσεις προς τους χονδρεμπόρους μόνον κατά περίπτωση, οι εμπορικές σχέσεις μεταξύ αυτής και των Γάλλων χονδρεμπόρων υφίσταντο επί δεκαετίες και επ' ουδενί μπορούσε η Bayer να τις διακόψει από τη μια μέρα στην άλλη.
- 134 Όσον αφορά την αντίρρηση της Bayer σχετικά με την προσθήκη στις εμπορικές σχέσεις της με τους χονδρεμπόρους όρων εκ του νόμου, σε αντιδιαστολή προς τους συμβατικούς όρους, η Επιτροπή υπενθυμίζει ότι, σύμφωνα με τη νομολογία του Δικαστηρίου, η αποδοχή ενός χονδρεμπόρου στο σύστημα επιλεκτικής διανομής μακράς διάρκειας σημαίνει ότι ο εν λόγω χονδρέμπορος συναινεί στη λήψη ορισμένων μέτρων εκ μέρους του παραγωγού, τα οποία, ως εκ τούτου, χάνουν τον κατά τα φαινόμενα μονομερή χαρακτήρα τους λόγω της ενσωματώσεώς τους στις υφιστάμενες συμβατικές σχέσεις. Το ίδιο μπορεί να συμβεί στο πλαίσιο όχι μόνο συστημάτων επιλεκτικής διανομής, αλλά και άλλων συμβατικών σχέσεων μακράς διάρκειας.
- 135 Συναφώς, είναι άνευ σημασίας το αν τα κριτήρια που πρέπει να πληρούνται είναι συμβατικά ή εκ του νόμου. Η συμμόρφωση προς την εκ του νόμου υποχρέωση εφοδιασμού διέπει όλες τις συμβατικές σχέσεις μεταξύ παραγωγών φαρμάκων και

χονδρεμπόρων στη Γαλλία ή την Ισπανία, δεδομένου ότι η συναίνεση του χονδρεμπόρου προϋποθέτει την εκπλήρωση της εν λόγω υποχρέωσης.

- 136 Η Επιτροπή στηρίζεται, κατ' αναλογία, στα δεδομένα της υποθέσεως που κατέληξε στην προπαρατεθείσα απόφαση Ford κατά Επιτροπής. Τονίζοντας ότι οι συμβατικές σχέσεις μεταξύ της Bayer και των Γάλλων χονδρεμπόρων υφίσταντο επί δεκαετίες, επισημαίνει ότι οι συμφωνίες πρέπει κατ' ανάγκη να λαμβάνουν υπόψη το ενδεχόμενο μεταγενέστερης αποφάσεως του παραγωγού όσον αφορά ορισμένες πτυχές των εν λόγω σχέσεων, όπως για παράδειγμα τον όγκο των παραδόσεων, ο οποίος παρουσιάζει διακυμάνσεις και, επομένως, δεν μπορεί να καθοριστεί εκ των προτέρων.
- 137 Για τον λόγο αυτό, η ποσότητα των παραδοθέντων από συγκεκριμένο παραγωγό φαρμάκων εμπορευμάτων, τα οποία παραγγέλθηκαν στο πλαίσιο των μακρόχρονων εμπορικών σχέσεων μεταξύ του εν λόγω παραγωγού και των χονδρεμπόρων του, δεν συνιστά μονομερές μέτρο δυνάμενο να αποτελέσει αντικείμενο συμφωνίας κατά την έννοια του άρθρου 85, παράγραφος 1, της Συνθήκης. Αντιθέτως, το μέτρο αυτό εντάσσεται στο πλαίσιο των εν λόγω συμβατικών σχέσεων.
- 138 Με το υπόμνημά της ανταπαντήσεως, η Bayer καταλήγει ότι η Επιτροπή, με την αιτίασή της περί «παρεκκλίσεως» από τη νομολογία του Δικαστηρίου, διατείνεται στην πραγματικότητα ότι, ακόμη και ελλείψει τέτοιας «συμφωνίας», η προηγούμενη μονομερής ποσόστωση πρέπει, ως «προληπτικού χαρακτήρα» μέτρο παρεμποδίσεως των παράλληλων εισαγωγών, να αντιμετωπίζεται κατά τον ίδιο τρόπο με ένα «κατασταλτικού χαρακτήρα» μέτρο απαγορεύσεως των εξαγωγών.
- 139 Κατά την άποψη της Bayer, στο επιχείρημα αυτό υποκρύπτεται απόπειρα εισαγωγής στο κοινοτικό δίκαιο γενικής απαγορεύσεως όλων των «εμποδίων στις παράλ-

ληλες εισαγωγές», η οποία απάδει προς το σύστημα που καθιερώνουν τα άρθρα 85 και 86 της Συνθήκης, αλλά εντάσσεται στον γενικό στόχο της πραγματώσεως της εσωτερικής αγοράς. Αντιθέτως, με την αναιρεσιβαλλόμενη απόφαση, η Επιτροπή διαπίστωσε ότι, αντιθέτως προς τα κρατικά μέτρα που θεσπίζονται βάσει του άρθρου 30 της Συνθήκης, τα ληφθέντα από ιδιωτική επιχείρηση μονομερή προληπτικά μέτρα, τα οποία, ελλείπει «συμφωνίας», δεν εμπίπτουν στο πεδίο εφαρμογής του άρθρου 85, παράγραφος 1, της Συνθήκης, δεν θίγονται από τους κανόνες ανταγωνισμού που προβλέπει η Συνθήκη.

Εκτίμηση του Δικαστηρίου

- 140 Με αυτούς τους λόγους αναιρέσεως οι προσφεύγουσες βάλλουν κατά της κρίσεως του Δικαστηρίου ότι η Επιτροπή δεν μπορούσε «να επικαλεστεί λυσιτελώς τη νομολογία την οποία επικαλείται για να αμφισβητήσει την ανάλυση που οδήγησε το Πρωτοδικείο στο συμπέρασμα ότι εν προκειμένω δεν αποδείχθηκε η συναίνεση των χονδρεμπόρων στη νέα πολιτική της Bayer» (σκέψη 159 της αναιρεσιβαλλόμενης αποφάσεως).
- 141 Συναφώς, επιβάλλεται να υπομνησθεί ότι στην υπό κρίση υπόθεση τίθεται το ζήτημα της υπάρξεως συμφωνίας απαγορευόμενης κατά το άρθρο 85, παράγραφος 1, της Συνθήκης. Το γεγονός και μόνον ότι υφίστανται συγχρόνως μια καθαυτή ουδέτερη συμφωνία και ένα μονομερώς επιβληθέν, περιοριστικό του ανταγωνισμού μέτρο, δεν ισοδυναμεί με συμφωνία απαγορευόμενη από την εν λόγω διάταξη. Συνεπώς, το γεγονός και μόνον ότι ένα μέτρο που λαμβάνεται από παραγωγό, το οποίο έχει ως σκοπό ή ως αποτέλεσμα τον περιορισμό του ανταγωνισμού, εντάσσεται στο πλαίσιο των διαρκών εμπορικών σχέσεων μεταξύ αυτού και των χονδρεμπόρων του δεν αποδεικνύει ότι υφίσταται τέτοια συμφωνία.
- 142 Στην υπόθεση που κατέληξε στην απόφαση Sandoz κατά Επιτροπής επρόκειτο για απαγόρευση των εξαγωγών που είχε επιβληθεί από τον παραγωγό στο πλαίσιο των διαρκών εμπορικών σχέσεων με τους χονδρεμπόρους. Το Δικαστήριο κατέληξε στην

ύπαρξη συμφωνίας απαγορευόμενης από το άρθρο 85, παράγραφος 1, της Συνθήκης. Εντούτοις, όπως τονίζει το Πρωτοδικείο με τις σκέψεις 161 και 162 της αναιρεσιβαλλόμενης αποφάσεως, το συμπέρασμα αυτό βασιζόταν στην ύπαρξη επιβληθείσας από τον παραγωγό απαγορεύσεως των εξαγωγών, την οποία είχαν αποδεχθεί σιωπηρώς οι χονδρέμποροι. Συναφώς, με τη σκέψη 11 της εν λόγω αποφάσεως Sandoz κατά Επιτροπής, το Δικαστήριο έκρινε ότι «[ο]ι επανειλημμένες παραγγελίες προϊόντων και οι χωρίς διαμαρτυρία εκ μέρους του πελάτη διαδοχικές εξοφλήσεις των τιμών που αναγράφονταν στα τιμολόγια, που περιείχαν τη μεία “απαγορεύεται η εξαγωγή”, συνιστούσαν εκ μέρους του πελάτη σιωπηρή συναίνεση προς τους αναγραφόμενους στο τιμολόγιο όρους και προς το είδος των εμπορικών σχέσεων στις οποίες στηρίζονταν οι επιχειρηματικές σχέσεις μεταξύ της Sandoz PF και των πελατών της». Επομένως, η ύπαρξη απαγορευόμενης συμφωνίας στην υπόθεση αυτή δεν στηριζόταν στο γεγονός ότι οι χονδρέμποροι εξακολούθησαν να προμηθεύονται εμπορεύματα από παραγωγό που είχε εκδηλώσει τη βούλησή του να εμποδίσει τις εξαγωγές, αλλά στο γεγονός ότι οι χονδρέμποροι είχαν αποδεχθεί σιωπηρώς την επιβληθείσα από αυτόν απαγόρευση εξαγωγών. Συνεπώς, οι προσφεύγουσες δεν μπορούν να επικαλούνται λυσιτελώς την απόφαση Sandoz κατά Επιτροπής προς στήριξη του λόγου αναιρέσεως που αντλείται από πλάνη περί το δίκαιο στην οποία υπέπεσε το Πρωτοδικείο απαιτώντας τη συναίνεση των χονδρεμπόρων στα επιβληθέντα από τον παραγωγό μέτρα.

143 Όσον αφορά τις υποθέσεις που κατέληξαν στις προαναφερθείσες αποφάσεις AEG κατά Επιτροπής, Ford κατά Επιτροπής και Bayerische Motorenwerke κατά ALD, οι προσφεύγουσες δεν μπορούν να προβάλουν λυσιτελώς την εφαρμογή τους στην υπό κρίση υπόθεση, υποστηρίζοντας ότι οι εμπορικές σχέσεις στον κλάδο του χονδρεμπορίου φαρμακευτικών προϊόντων μπορούν να αποτελέσουν αντικείμενο συγκρίσεως με ένα σύστημα επιλεκτικής διανομής όπως το επίδικο στις εν λόγω υποθέσεις. Όπως κρίθηκε με τη σκέψη 141 της παρούσας αποφάσεως, το κρίσιμο ζήτημα είναι κατ' ουσίαν η ύπαρξη συμφωνίας κατά την έννοια του άρθρου 85, παράγραφος 1, της Συνθήκης.

144 Όμως, όπως υπογραμμίσθηκε με τη σκέψη 106 της παρούσας αποφάσεως, στις προαναφερθείσες αποφάσεις AEG κατά Επιτροπής και Ford κατά Επιτροπής δεν

απαιτείτο να αποδειχθεί η ύπαρξη συμφωνίας κατά την έννοια του άρθρου 85, παράγραφος 1, της Συνθήκης. Πράγματι, δεδομένου ότι η ύπαρξη συμφωνίας δυνάμενης να αντιβαίνει στην εν λόγω διάταξη ήταν αποδεδειγμένη, το ανακύψαν ζήτημα αφορούσε το αν τα ληφθέντα από τον παραγωγό μέτρα εντάσσονταν στη συμφωνία αυτή και, συνεπώς, αν έπρεπε να ληφθούν υπόψη κατά την εξέταση του συμβατού της συμφωνίας με την εν λόγω διάταξη. Συναφώς, το Πρωτοδικείο τόνισε ορθώς ότι με τις εν λόγω αποφάσεις διαπίστωσε ότι, όταν ένας διανομέας γίνεται δεκτός, η έγκριση στηρίζεται στην εκ μέρους του αποδοχή της πολιτικής που ακολουθεί ο παραγωγός (βλέπε σκέψη 170 της αναιρεσιβαλλόμενης αποφάσεως).

- 145 Παρόμοια προσέγγιση απαιτεί η προαναφερθείσα απόφαση Bayerische Motorenwerke κατά ALD, με την οποία κρίθηκε το ζήτημα «αν το άρθρο 85, παράγραφος 1, της Συνθήκης ΕΟΚ πρέπει να ερμηνευθεί υπό την έννοια ότι εμποδίζει μια αυτοκινητοβιομηχανία, που πωλεί τα κατασκευαζόμενα από αυτήν οχήματα μέσω συστήματος επιλεκτικής διανομής, να συνομολογεί με τους συμβεβλημένους διανομείς της ότι δεν θα παραδίδουν οχήματα σε ανεξάρτητες εταιρίες leasing, όταν αυτές, χωρίς να παρέχουν δικαίωμα επιλογής αγοράς, παραχωρούν τη χρήση τους σε μισθωτές leasing, που έχουν την κατοικία ή έδρα τους εκτός της συμβατικώς ορισθείσας περιοχής του οικείου διανομέα, ή να προτρέπει τους εν λόγω διανομείς να υιοθετήσουν μια τέτοια συμπεριφορά» (σκέψη 14).

- 146 Επομένως, το Πρωτοδικείο δεν υπέπεσε σε πλάνη περί το δίκαιο αποκλείοντας την εφαρμογή στην υπό κρίση υπόθεση της νομολογίας που επικαλέστηκε η BAI και η Επιτροπή. Κατά συνέπεια, πρέπει να απορριφθούν οι λόγοι αναιρέσεως που αντλούνται από εσφαλμένη εφαρμογή του άρθρου 85, παράγραφος 1, της Συνθήκης.

- 147 Δεδομένου ότι όλοι οι προβληθέντες από την ΒΑΙ και την Επιτροπή λόγοι αναιρέσεως απορρίφθηκαν ως απαράδεκτοι ή αβάσιμοι, οι αιτήσεις αναιρέσεως πρέπει να απορριφθούν.

Επί των δικαστικών εξόδων

- 148 Κατά το άρθρο 69, παράγραφος 2, του Κανονισμού Διαδικασίας, που εφαρμόζεται στη διαδικασία αναιρέσεως δυνάμει του άρθρου 118 του κανονισμού αυτού, ο ηττηθείς διάδικος καταδικάζεται στα δικαστικά έξοδα, εφόσον υπήρχε σχετικό αίτημα του νικήσαντος διαδίκου. Δεδομένου ότι η Bayer και η ΕΦΡΙΑ ζήτησαν, στην υπόθεση C-3/01 P, την καταδίκη της Επιτροπής στα δικαστικά έξοδα, η Επιτροπή πρέπει να καταδικαστεί στα δικαστικά έξοδα της κινηθείσας από την ίδια διαδικασίας αναιρέσεως.
- 149 Κατά το άρθρο 69, παράγραφος 4, πρώτο εδάφιο, του Κανονισμού Διαδικασίας, που έχει επίσης εφαρμογή στη διαδικασία αναιρέσεως δυνάμει του εν λόγω άρθρου 118, τα κράτη μέλη και τα όργανα που παρεμβαίνουν στη δίκη φέρουν τα δικαστικά τους έξοδα. Επομένως, το Βασίλειο της Σουηδίας πρέπει να φέρει τα δικαστικά του έξοδα.
- 150 Όσον αφορά την κινηθείσα από την ΒΑΙ διαδικασία αναιρέσεως (C-2/01 P), δεδομένου ότι ούτε η Bayer ούτε η ΕΦΡΙΑ ζήτησαν να καταδικαστεί η ΒΑΙ στα δικαστικά έξοδα, κάθε διάδικος πρέπει να φέρει τα σχετικά με τη διαδικασία αυτή έξοδά του.

Για τους λόγους αυτούς,

ΤΟ ΔΙΚΑΣΤΗΡΙΟ

αποφασίζει:

- 1) Απορρίπτει τις αιτήσεις αναίρεσεως.
- 2) Η Bundesverband der Arzneimittel-Importeure eV, η Bayer AG και η European Federation of Pharmaceutical Industries' Associations φέρουν τα δικαστικά έξοδα στα οποία υποβλήθηκαν στο πλαίσιο της υποθέσεως C-2/01 P.
- 3) Καταδικάζει την Επιτροπή των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων στα δικαστικά έξοδα της υποθέσεως C-3/01 P.
- 4) Το Βασίλειο της Σουηδίας φέρει τα δικαστικά του έξοδα.

Σκουρής

Jann

Timmermans

Cunha Rodrigues

Edward

La Pergola

Puissochet

Schintgen

Macken

Colneric

von Bahr

Δημοσιεύθηκε σε δημόσια συνεδρίαση στο Λουξεμβούργο στις 6 Ιανουαρίου 2004.

Ο Γραμματέας

Ο Πρόεδρος

R. Grass

B. Σκουρής