

ΑΠΟΦΑΣΗ ΤΟΥ ΠΡΩΤΟΔΙΚΕΙΟΥ (πέμπτο πενταμελές τμήμα)
της 26ης Οκτωβρίου 2000 *

Στην υπόθεση T-41/96,

Bayer AG, με έδρα το Leverkusen (Γερμανία), εκπροσωπούμενη από τον J. Sedemund, δικηγόρο Κολωνίας, με αντίκλητο στο Λουξεμβούργο τον δικηγόρο A. May, 398, route d'Esch,

προσφεύγουσα,

υποστηριζόμενη από την

European Federation of Pharmaceutical Industries' Associations, με έδρα τη Γενεύη (Ελβετία), εκπροσωπούμενη αρχικώς από τον C. Walker, solicitor, κατόπιν δε από τον T. Woodgate, solicitor, με αντίκλητο στο Λουξεμβούργο τον δικηγόρο A. May, 398, route d'Esch,

παρεμβαίνουσα,

* Γλώσσα διαδικασίας: η γερμανική.

κατά

Επιτροπής των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων, εκπροσωπούμενης από τους W. Wils και K. Wiedner, μέλη της Νομικής Υπηρεσίας, με αντίκλητο στο Λουξεμβούργο τον C. Gómez de la Cruz, μέλος της Νομικής Υπηρεσίας, Centre Wagner, Kirchberg,

καθής,

υποστηριζομένης από τη

Bundesverband der Arzneimittel-Importeure eV, με έδρα το Mülheim an der Ruhr (Γερμανία), εκπροσωπούμενη από τους W. A. Rehmann και U. Zinsmeister, δικηγόρους Βρυξελλών, με τόπο επιδόσεων στο Λουξεμβούργο το δικηγορικό γραφείο των Bonn και Schmitt, 7, Val Ste Croix,

παρεμβαίνουσα,

που έχει ως αντικείμενο αίτηση ακυρώσεως της αποφάσεως 96/478/EK της Επιτροπής, της 10ης Ιανουαρίου 1996, σχετικά με διαδικασία εφαρμογής του άρθρου 85 της Συνθήκης ΕΚ (IV/34.279/F3 — Adalat) (EE L 201, σ. 1),

ΤΟ ΠΡΩΤΟΔΙΚΕΙΟ ΤΩΝ ΕΥΡΩΠΑΪΚΩΝ ΚΟΙΝΟΤΗΤΩΝ
(πέμπτο πενταμελές τμήμα),

συγκείμενο από τους J. D. Cooke, Πρόεδρο, R. García-Valdecasas, P. Lindh, J. Pirrung και M. Βηλαρά, δικαστές,

γραμματέας: J. Palacio González, υπάλληλος διοικήσεως,

έχοντας υπόψη την έγγραφη διαδικασία και κατόπιν της προφορικής διαδικασίας της 28ης Οκτωβρίου 1999,

εκδίδει την ακόλουθη

Απόφαση

Το ιστορικό της διαφοράς

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», 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 προσφεύγουσα, 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), πράγμα το οποίο 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.
- 5 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 διέπραξε ο όμιλος Bayer στη Γαλλία και στην Ισπανία.
- 6 Στις 10 Ιανουαρίου 1996, η Επιτροπή εξέδωσε την αποτελούσα αντικείμενο της προσφυγής αυτής απόφαση 96/478/ΕΚ, σχετικά με διαδικασία εφαρμογής του άρθρου 85 της Συνθήκης ΕΚ (υπόθεση IV/34.279/F3 — Adalat) (ΕΕ L 201, σ. 1, στο εξής: Απόφαση).

7 Σύμφωνα με το άρθρο 1 της Αποφάσεως, «η Επιτροπή διαπιστώνει ότι η απαγόρευση εξαγωγών των προϊόντων Adalate και Adalate 20 mg LP από τη Γαλλία και των προϊόντων Adalat και Adalat 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».

8 Σύμφωνα με το άρθρο 1 της Αποφάσεως:

«Η Bayer [AG] πρέπει 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.»

9 Το άρθρο 3 της Αποφάσεως επιβάλλει στην Bayer AG πρόστιμο ύψους 3 000 000 ECU.

10 Το άρθρο της 4 επιβάλλει χρηματική ποινή ύψους 1 000 ECU για κάθε ημέρα καθυστέρησης κατά την εκπλήρωση των ειδικών υποχρεώσεων που αναφέρονται στο άρθρο 2.

Διαδικασία και αιτήματα των διαδίκων

- 11 Με δικόγραφο που πρωτοκολλήθηκε στη Γραμματεία του Πρωτοδικείου στις 22 Μαρτίου 1996, η προσφεύγουσα άσκησε προσφυγή ακυρώσεως κατά της Αποφάσεως.
- 12 Με χωριστό δικόγραφο που πρωτοκολλήθηκε στη Γραμματεία του Πρωτοδικείου αυθημερόν, η προσφεύγουσα υπέβαλε αίτηση αναστολής εκτελέσεως του άρθρου 2 της Αποφάσεως. Με διάταξη της 3ης Ιουνίου 1996, ο Πρόεδρος του Πρωτοδικείου χορήγησε την αναστολή εκτελέσεως του άρθρου 2 της Αποφάσεως και επιφυλάχθηκε ως προς τα δικαστικά έξοδα.
- 13 Την 1η Αυγούστου 1996, μια γερμανική ένωση εισαγωγέων φαρμάκων, η Bundesverband der Arzneimittel-Importeure eV (στο εξής: BAI), ζήτησε να παρέμβει προς στήριξη των αιτημάτων της Επιτροπής.
- 14 Στις 26 Αυγούστου 1996, η European Federation of Pharmaceutical Industries' Associations (στο εξής: EFPIA), μια ευρωπαϊκή επαγγελματική ένωση που εκπροσωπεί τα συμφέροντα δεκαέξι εθνικών επαγγελματικών ενώσεων του τομέα των φαρμάκων, ζήτησε να παρέμβει προς στήριξη των αιτημάτων της προσφεύγουσας.
- 15 Με διατάξεις της 8ης Νοεμβρίου 1996, ο πρόεδρος του πέμπτου πενταμελούς τμήματος του Πρωτοδικείου δέχθηκε την παρέμβαση των δύο παρεμβαινουσών. Οι παρεμβαίνουσες κατέθεσαν τα υπομνήματα παρεμβάσεως στις 12 Φεβρουαρίου 1997. Οι κύριοι διάδικοι κατέθεσαν τις παρατηρήσεις τους επί των υπομνημάτων παρεμβάσεως στις 11 Απριλίου 1997.
- 16 Κατόπιν εκθέσεως του εισηγητή δικαστή, το Πρωτοδικείο αποφάσισε να προχωρήσει στην προφορική διαδικασία και, στο πλαίσιο λήψεως μέτρων οργανώσεως της

διαδικασίας βάσει του άρθρου 64 του Κανονισμού Διαδικασίας, να θέσει εγγράφως σειρά ερωτήσεων στην προσφεύγουσα και στην Επιτροπή, καλώντας τες να απαντήσουν κατά την επ' ακροατηρίου συζήτηση.

7 Οι διάδικοι αγόρευσαν και απάντησαν στις γραπτές και προφορικές ερωτήσεις που έθεσε το Πρωτοδικείο κατά τη συνεδρίαση της 28ης Οκτωβρίου 1999. Κατά την επ' ακροατηρίου συζήτηση, προς στήριξη ορισμένων από τις απαντήσεις της στις ερωτήσεις που έθεσε το Πρωτοδικείο, η Επιτροπή ζήτησε να τοποθετήσει στη δικογραφία ορισμένα παραρτήματα της ανακοινώσεως αιτιάσεων που είχε αποστείλει στην προσφεύγουσα κατά τη διοικητική διαδικασία. Δεδομένου ότι η προσφεύγουσα δεν αντιτάχθηκε σε αυτό και επισήμανε ότι τα εν λόγω έγγραφα δεν περιείχαν εμπιστευτικές πληροφορίες που να την αφορούν, όλοι οι διάδικοι, περιλαμβανομένων των παρεμβαινουσών, έλαβαν αντίγραφο των εν λόγω παραρτημάτων και είχαν την ευκαιρία να τοποθετηθούν επ' αυτών κατά τη διεξαγωγή της επ' ακροατηρίου συζητήσεως.

8 Η προσφεύγουσα ζητεί από το Πρωτοδικείο:

- να ακυρώσει την Απόφαση,
- επικουρικώς, να ακυρώσει το πρόστιμο ύψους 3 000 000 ECU που της επιβλήθηκε,
- επικουρικότερον, να μειώσει το πρόστιμο,
- να καταδικάσει την Επιτροπή στα δικαστικά έξοδα.

19 Η ΕΦΡΙΑ, παρεμβαίνουσα υπέρ της προσφεύγουσας, ζητεί από το Πρωτοδικείο:

— να ακυρώσει την Απόφαση,

— να καταδικάσει την Επιτροπή στα έξοδα της παρεμβάσεώς της.

20 Η Επιτροπή ζητεί από το Πρωτοδικείο:

— να απορρίψει την προσφυγή,

— να καταδικάσει την προσφεύγουσα στα δικαστικά έξοδα.

21 Η ΒΑΙ, παρεμβαίνουσα υπέρ της Επιτροπής, ζητεί από το Πρωτοδικείο να απορρίψει την προσφυγή.

Η Απόφαση

22 Η Απόφαση αφορά το Adalat, ένα προϊόν που ανήκει στην κατηγορία φαρμάκων που αποκαλούνται «ανταγωνιστές ασβεστίου» και είναι ικανά να θεραπεύσουν ορισμένες καρδιαγγειακές παθήσεις (στεφανιαία ανεπάρκεια, αρτηριακή υπέρταση

και συμφορητική καρδιακή ανεπάρκεια) (αιτιολογική σκέψη 8). Ωστόσο, η Απόφαση περιορίζεται σε δύο μορφές της σειράς Adalat, ήτοι στην κάψουλα των 10 mg (που διατίθεται στην αγορά του Ηνωμένου Βασιλείου και της Ισπανίας με την ονομασία Adalat και στην αγορά της Γαλλίας με την ονομασία Adalate) και στο δισκίο βραδείας δράσης (ή παρατεταμένης απελευθέρωσης) των 20 mg (που διατίθεται στην αγορά του Ηνωμένου Βασιλείου και της Ισπανίας με την ονομασία Adalat Retard και στην αγορά της Γαλλίας με την ονομασία Adalate 20 mg LP) (αιτιολογική σκέψη 4).

3 Όσον αφορά τη γεωγραφική αγορά, η Απόφαση δέχθηκε ότι επρόκειτο στη συγκεκριμένη περίπτωση για εθνικές αγορές (αιτιολογικές σκέψεις 150 έως 152), δεδομένου ότι, κατά τον χρόνο των πραγματικών περιστατικών για τα οποία επιβάλλεται η κύρωση, η δραστηριότητα της φαρμακευτικής βιομηχανίας διεξαγόταν σε ένα ουσιαστικά εθνικό πλαίσιο, καθόσον η έγκριση της εμπορίας ενός φαρμάκου ενέπιπτε αποκλειστικά στην αρμοδιότητα των κρατών μελών. Επιπλέον, η πώληση των φαρμάκων επηρεάζεται από τις διοικητικές πολιτικές, ιδίως εκείνες του εφοδιασμού, που υιοθετούν τα κράτη μέλη, ειδικότερα στη Γαλλία και στην Ισπανία όπου οι τιμές καθορίζονται ευθέως από την αρμόδια εθνική αρχή. Τέλος, η Απόφαση τονίζει ότι οι διαφορές στους μηχανισμούς καθορισμού των τιμών και στους τρόπους επιστροφής προκαλούν σημαντικές διαφορές τιμής των φαρμάκων εντός των κρατών μελών.

4 Όσον αφορά την αγορά του προϊόντος, η Απόφαση αναφέρει (αιτιολογική σκέψη 153) ότι ορίζεται με βάση το κριτήριο της ίδιας θεραπευτικής χρήσης των διαφόρων ανταγωνιστικών προϊόντων.

5 Όσον αφορά τέλος την αγορά αναφοράς σχετικά με τη συμπεριφορά που εξετάζει η Απόφαση, από την αιτιολογική σκέψη 154 προκύπτει ότι έγιναν δεκτές, κατ' αρχάς, η αγορά του Ηνωμένου Βασιλείου, «στο μέτρο που οι συμφωνίες έχουν άμεσες συνέπειες στην αγορά αυτή προστατεύοντάς την από τις παράλληλες εισαγωγές», και, «κατά δεύτερο λόγο, οι αγορές από τις οποίες προέρχονται οι παράλληλες εισαγωγές, δηλαδή η Γαλλία και η Ισπανία», «στον βαθμό που οι αγορές αυτές κλείνονται τεχνητά λόγω της παρεμπόδισης των παράλληλων εξαγωγών».

- 26 Όσον αφορά τα μερίδια της αγοράς που κατέχει η Bayer με την εμπορία του προϊόντος Adalat, η Απόφαση (αιτιολογική σκέψη 23) διευκρινίζει ότι καθορίζονται σε συνάρτηση με τις σημαντικότερες θεραπευτικές ενδείξεις του προϊόντος. Η Επιτροπή θεώρησε ότι, όσον αφορά τη Γαλλία, το Adalate αντιπροσωπεύει μερίδιο αγοράς 5,1 % στην αγορά της στεφανιαίας νόσου και 4,1 % στην αγορά της υπέρτασης. Στην Ισπανία, στην αγορά της στεφανιαίας νόσου, το Adalat αντιπροσωπεύει 7,4 %, ενώ στην αγορά της υπέρτασης αντιπροσωπεύει 8,7 % της αγοράς. Στο Ηνωμένο Βασίλειο, τα μερίδια αγοράς είναι 19,6 % στην αγορά της στεφανιαίας νόσου και 16,6 % στην αγορά της υπέρτασης. Τέλος, στην Κοινότητα (των Δώδεκα), το Adalat αντιπροσωπεύει 7,6 % της αγοράς της στεφανιαίας νόσου και 5,8 % στην αγορά της υπέρτασης (αιτιολογικές σκέψεις 24 έως 27).
- 27 Η Απόφαση περιγράφει τη συμπεριφορά του ομίλου Bayer έναντι του φαινομένου των παράλληλων εξαγωγών Adalate από την Ισπανία και τη Γαλλία προς το Ηνωμένο Βασίλειο, καθώς και τις συναφείς αντιδράσεις των χονδρεμπόρων και πελατών της Bayer Ισπανίας και της Bayer Γαλλίας.
- 28 Όσον αφορά τη νομική εκτίμηση των συμπεριφορών αυτών, η Απόφαση τονίζει (αιτιολογικές σκέψεις 155 έως 199) ότι η Bayer Γαλλίας και η Bayer Ισπανίας παρέβησαν το άρθρο 85, παράγραφος 1, της Συνθήκης, προβλέποντας απαγόρευση των εξαγωγών εντασσόμενη στο πλαίσιο των εμπορικών σχέσεών τους με τους αντίστοιχους χονδρεμπόρους τους, ότι οι χονδρέμποροι γνώριζαν τα πραγματικά κίνητρα της Bayer Γαλλίας και της Bayer Ισπανίας και ότι ευθυγράμμισαν τη συμπεριφορά τους με τις απαιτήσεις της Bayer Γαλλίας και της Bayer Ισπανίας. Η Απόφαση θεωρεί ότι τούτο συνιστά συμφωνία περιορίζουσα σημαντικά τον ανταγωνισμό και επηρεάζουσα αισθητά το εμπόριο μεταξύ κρατών μελών.

Επί της ουσίας

- 29 Η προσφεύγουσα προβάλλει, κυρίως, τον λόγο που αφορά παράβαση του άρθρου 85, παράγραφος 1, της Συνθήκης, καθόσον η συμπεριφορά της, όπως την

περιγράφει η Απόφαση, σχεδιάστηκε και υιοθετήθηκε λεπτομερώς από αυτήν και δεν εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής της διατάξεως αυτής, ελλείψει οποιασδήποτε συμφωνίας μεταξύ αυτής και των χονδρεμπόρων της σχετικά με τις εξαγωγές των προϊόντων που παραδίδονται στο Ηνωμένο Βασίλειο. Επικουρικώς, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι η Επιτροπή υπέπεσε σε πρόδηλη πλάνη εκτιμήσεως, εφαρμόζοντας τη διάταξη αυτή σε μια νόμιμη συμπεριφορά, σύμφωνα με το άρθρο 47 της Πράξεως Προσχωρήσεως της Ισπανίας στις Ευρωπαϊκές Κοινότητες σχετικά με την προστασία των διπλωμάτων ευρεσιτεχνίας. Επικουρικότερον, η προσφεύγουσα προβάλλει ένα λόγο ακυρώσεως που αφορά παραβίαση των αρχών της ασφαλείας δικαίου και της αναλογικότητας, λόγω του ότι επιβλήθηκε πρόστιμο με βάση μια καινοτόμο εφαρμογή του άρθρου 85 της Συνθήκης, και παράβαση του άρθρου 15, παράγραφος 2, 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).

Επί του κυρίως προβαλλομένου λόγου που αφορά παράβαση του άρθρου 85, παράγραφος 1, της Συνθήκης, καθόσον η Επιτροπή φρονεί ότι το άρθρο αυτό είναι εφαρμοστέο στα πραγματικά περιστατικά της Ισπανίας υποθέσεως

I — Επιχειρήματα των διαδίκων

Κατά την προσφεύγουσα, τα κρίσιμα εν προκειμένω πραγματικά στοιχεία μπορούν να συνοψιστούν ως εξής: ένας παραγωγός που δεν κυριαρχεί στην αγορά δεν αποδέχεται, σ' ένα κράτος μέλος στο οποίο οι τιμές καθορίστηκαν από τις εθνικές υγειονομικές αρχές πολύ κάτω από τις τιμές που ισχύουν στα λοιπά κράτη μέλη, παραγγελίες εκ μέρους χονδρεμπόρων παρά μόνο για όγκο που αντιστοιχεί στις ποσότητες που συνήθως διοχετεύονται στις παραδοσιακές ζώνες παραδόσεως των χονδρεμπόρων αυτών. Ο λόγος για τον οποίο οι παραγγελίες προϊόντων απορρίπτονται εν μέρει έγκειται στο ότι οι χονδρέμποροι αυξάνουν δυσανάλογα τις συνήθως παραγγελιόμενες ποσότητες προκειμένου να εξαγάγουν το πλεόνασμα και να επωφεληθούν από τις διαφορές τιμών. Η προσφεύγουσα φρονεί ότι μια τέτοια πρακτική δεν είναι ορθή, καθόσον αυτό προκαλεί σημαντικές απώλειες κύκλου εργασιών στις θυγατρικές εταιρίες της που είναι εγκατεστημένες στα λοιπά κράτη, πράγμα που διακυβεύει την οικονομική βιωσιμότητά τους. Προκειμένου να μην παραβεί το άρθρο 85 της Συνθήκης, ο ως άνω παραγωγός δίδει στο επιφορτισμένο με

τις πωλήσεις προσωπικό του την αυστηρή εντολή να λύσει το πρόβλημα αποκλειστικά μέσω της μονομερούς επιβολής ποσοτώσεων όσον αφορά τις παραγγελλόμενες ποσότητες και να επικαλείται αποκλειστικά έναντι των χονδρεμπόρων την «εξάντληση των αποθεμάτων». Με την πάροδο του χρόνου, οι χονδρέμποροι ανακαλύπτουν, παρ' όλ' αυτά, τα πραγματικά κίνητρα του παραγωγού. Δεδομένου ότι αυτός δεν αποδέχεται τις παραγγελίες παρά μόνον αν αντιστοιχούν στο επίπεδο των προηγουμένως παραγγελθεισών ποσοτήτων, οι χονδρέμποροι προσαρμόζουν φαινομενικά τις παραγγελίες τους, προμηθευόμενοι ταυτοχρόνως σημαντικότερες ποσότητες προοριζόμενες για εξαγωγή, αναθέτοντας σε άλλους χονδρεμπόρους να αγοράσουν τα προϊόντα γι' αυτούς. Στην πραγματικότητα, οι παράλληλες εξαγωγές συνεχίζονται με αυξημένες μάλιστα ποσότητες.

- 31 Η προσφεύγουσα επισημαίνει ότι στην πλειονότητα των κρατών μελών η τιμή του Adalat καθορίζεται αμέσως ή εμμέσως από τις υγειονομικές υπηρεσίες του κράτους, πράγμα το οποίο, δεδομένης της χρησιμοποίησής πολύ διαφορετικών κριτηρίων, προκαλεί τεράστιες διαφορές στην τιμή από το ένα κράτος μέλος στο άλλο. Ειδικότερα, κατά την επίδικη περίοδο 1989 έως 1993, στην Ισπανία και στη Γαλλία οι κρατικές υγειονομικές υπηρεσίες καθόρισαν τις τιμές, κατά μέσο όρο, κατά 40 % χαμηλότερα από το επίπεδο της τιμής στο Ηνωμένο Βασίλειο, όπου οι τιμές των φαρμακευτικών προϊόντων υφίστανται διαφορετικό έλεγχο εκ μέρους του κράτους, βασιζόμενο στα κέρδη των φαρμακευτικών επιχειρήσεων.
- 32 Λόγω αυτών των διαφορών στην τιμή, οι Ισπανοί χονδρέμποροι, οι οποίοι παραδοσιακά ασχολούνται με τον εφοδιασμό των φαρμακείων στην ισπανική ζώνη πωλήσεων και οι οποίοι αγοράζουν το Adalat από την ισπανική θυγατρική εταιρία της προσφεύγουσας, άρχισαν, το 1989, να εξάγουν το προϊόν αυτό σε μεγάλες ποσότητες προς το Ηνωμένο Βασίλειο, πραγματοποιώντας έτσι πολύ σημαντικότερα κέρδη από εκείνα που πραγματοποιούσαν εφοδιάζοντας τους παραδοσιακούς πελάτες τους στην Ισπανία (για παράδειγμα, ένας μεμονωμένος χονδρέμπορος παρήγγειλε αίφνης ποσότητα που αντιπροσώπευε περίπου το ήμισυ της συνολικής καταναλώσεως της Ισπανίας, βλ. αιτιολογική σκέψη 114 της Αποφάσεως). Η προσφεύγουσα προσθέτει ότι, λόγω των τεράστιων κερδών που τους απέφεραν οι εξαγωγές, ένα τμήμα των Ισπανών χονδρεμπόρων παραιτήθηκαν μάλιστα τελείως από τον εφοδιασμό των ισπανικών φαρμακείων τα οποία κανονικά προμήθηναν, για να μεταπωλήσουν σχεδόν το σύνολο του Adalat που κατείχαν στο Ηνωμένο Βασίλειο. Η κατάσταση αυτή προκάλεσε σε ορισμένες περιοχές της Ισπανίας σημαντικές ελλείψεις εφοδιασμού για τα φαρμακεία και υποχρέωσε τη Bayer, για να προστατεύσει τους ασθενείς, να εφοδιάσει απευθείας τα φαρμακεία τα οποία παραμελούσαν οι Ισπανοί χονδρέμποροι.

33 Όσον αφορά τους Γάλλους χονδρεμπόρους, η προσφεύγουσα τονίζει ότι παρόμοια περιστατικά συνέβησαν στη Γαλλία από τον Σεπτέμβριο-Οκτώβριο 1991, όταν και οι χονδρέμποροι αυτοί άρχισαν να εξάγουν μεγάλες ποσότητες Adalat προς το Ηνωμένο Βασίλειο.

34 Η προσφεύγουσα τονίζει ότι, ενόψει της καταστάσεως αυτής και εκτιμώντας τα προβλήματα που επρόκειτο μακροπρόθεσμα να προκληθούν στην Bayer UK, θέλησε να αντιδράσει κατά του ως άνω φαινομένου των παράλληλων εισαγωγών, το οποίο εξετάστηκε στο ανώτατο επίπεδο αποφάσεως και ευθύνης. Μετά από εμπειριστατωμένες συζητήσεις και λεπτομερή εξέταση των διαφόρων δυνατών μέτρων, λαμβανομένης υπόψη της πρακτικής της Επιτροπής όσον αφορά τη λήψη σχετικών αποφάσεων και της σχετικής κοινοτικής νομολογίας, αποφασίστηκε ότι, αντί να σταματήσει τελείως να προμηθεύει τους χονδρεμπόρους και να αναλάβει μόνη της τη διανομή, έπρεπε να επιλεγεί ένα «ηπιότερο» μέσο το οποίο συνίστατο απλώς στη μείωση των παραδιδομένων ποσοτήτων. Έτσι, η προσφεύγουσα αποφάσισε να δέχεται τις παραγγελίες των χονδρεμπόρων μόνο βάσει των παραγγελιών τους του προηγούμενου έτους, επιτρέποντας ωστόσο την αύξησή τους κατά 10 % ετησίως, σύμφωνα με την αύξηση της καταναλώσεως.

35 Η προσφεύγουσα δέχεται ότι έχει ένα εσωτερικό σύστημα πληροφορήσεως για να προσπαθεί να διαπιστώνει τις παράλληλες εισαγωγές, αλλά αμφισβητεί τόσο το περιεχόμενο του συστήματος αυτού όπως εκτίθεται στην Απόφαση όσο και τα όσα αναφέρονται σχετικά με την πραγματική εφαρμογή του έναντι των Γάλλων και Ισπανών χονδρεμπόρων, από τα οποία η Επιτροπή συνάγει εσφαλμένως την ύπαρξη μιας «απαγορεύσεως των εξαγωγών». Έτσι, διευκρινίζει ότι το σύστημα συνίστατο αποκλειστικά στην καταγραφή των παραδοθεισών σε κάθε χονδρέμπορο ποσοτήτων κατά τη διάρκεια των προηγούμενων ετών και, με βάση αυτές τις «ποσότητες αναφοράς», αυξανόμενες ευλόγως κατά περίπου 10 % ετησίως λαμβανομένων υπόψη του πληθωρισμού και της αυξήσεως του γενικού τιμαριθμού, στον εκ των προτέρων καθορισμό των ετησίων και μηνιαίων παραδοτέων ποσοτήτων.

36 Επιπλέον, η προσφεύγουσα αρνείται ότι εφάρμοσε μια πολιτική παραδόσεων εξαρτώμενη από την τήρηση μιας φερομένης απαγορεύσεως των εξαγωγών, άποψη που υποστηρίζει η Επιτροπή, και διευκρινίζει ότι το οργανωθέν σύστημα δεν περιλαμβάνει την πραγματοποίηση εκ των υστέρων ελέγχων για να εξακριβώνεται αν οι παραδοθείσες ποσότητες έχουν εξαχθεί.

- 37 Τέλος, η προσφεύγουσα τονίζει την ελευθερία των χονδρεμπόρων να εξάγουν τα παραδιδόμενα προϊόντα, η οποία απορρέει από το γεγονός ότι, γνωρίζοντας ότι αυτή δεν ελέγχει τον τελικό προορισμό των παραδιδόμενων προϊόντων, δεν μπορούσαν να φοβούνται την επιβολή «κυρώσεων» αν ο τελικός προορισμός των εν λόγω προϊόντων ήταν το Ηνωμένο Βασίλειο. Πράγματι, οι χονδρέμποροι απολάμβαναν de facto την ελευθερία αυτή, εξάγοντας σε μεγάλο βαθμό τα προϊόντα που τους είχαν παραδοθεί, καθώς και τα προϊόντα που είχαν παραδοθεί σε άλλους χονδρεμπόρους ή τοπικούς πράκτορες.
- 38 Η προσφεύγουσα υποστηρίζει ότι η Επιτροπή δεν απέδειξε την ύπαρξη συμφωνίας μεταξύ της Bayer και των χονδρεμπόρων της και ισχυρίζεται ότι δεν υπήρξε βούληση συνάψεως συμφωνίας ούτε εκ μέρους της, καθόσον θεώρησε ότι είναι νόμιμο να εφαρμόσει μια μονομερή πολιτική περιορισμένης παραδόσεως προκειμένου να καταστήσει δυσχερέστερες τις παράλληλες εξαγωγές, ούτε εκ μέρους των χονδρεμπόρων, οι οποίοι απέδειξαν με τη συμπεριφορά τους την απόλυτη αντίθεσή τους προς την εφαρμογή μιας τέτοιας πολιτικής. Κατά την προσφεύγουσα, η θέση που υιοθέτησε η Επιτροπή ισοδυναμεί με την άποψη ότι η προϋπόθεση υπάρξεως συμφωνίας μεταξύ επιχειρήσεων υπό την έννοια του άρθρου 85 της Συνθήκης πληρούται ακόμη και αν, αφενός, το πρόσωπο που έδωσε την παραγγελία δεν μεταβάλλει παρά μόνο φαινομενικά τη συμπεριφορά του και, αφετέρου, η συμπεριφορά του στην πράξη αποδεικνύει σαφέστατα ότι δεν θέλει να συνάψει την υποτιθέμενη συμφωνία. Μια τέτοια προσέγγιση είναι αντίθετη και προς το γράμμα και προς τον σκοπό του άρθρου 85, καθόσον η σύμπτωση των βουλήσεων, ήτοι το κεντρικό στοιχείο της εννοίας της συμφωνίας, δεν είναι πλέον αναγκαίο σε μια τέτοια έννοια συμφωνίας.
- 39 Επιπλέον, η προσφεύγουσα υποστηρίζει ότι η Επιτροπή, για να δικαιολογήσει τη νέα αυτή προσέγγισή της, δεν μπορούσε να επικαλεστεί τα προϊσχύσαντα όσον αφορά τις αποφάσεις της και τη νομολογία, δεδομένων των διαφορών που υφίστανται μεταξύ των πραγματικών περιστατικών της συγκεκριμένης περιπτώσεως και εκείνων των προηγούμενων αποφάσεων που αφορούσαν εμπόδια στις παράλληλες εξαγωγές.
- 40 Η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι, μέχρι σήμερα, είναι αναμφισβήτητο ότι η μερική ή ολική άρνηση παραδόσεων συνιστά μονομερή πράξη η οποία δεν μπορεί να εμπίπτει στο άρθρο 85 της Συνθήκης. Ελλείψει συμφωνίας υπό την έννοια του άρθρου 85, παράγραφος 1, της Συνθήκης, η διάταξη αυτή δεν μπορεί να έχει εφαρμογή στη συγκεκριμένη περίπτωση. Κατά την προσφεύγουσα, η θέση που υποστηρίζει η Επιτροπή επεκτείνει το πεδίο εφαρμογής του άρθρου 85 της Συνθήκης και σε

μονομερή άρνηση παραδόσεως η οποία μπορεί να εμπίπτει μόνο στο άρθρο 86 της Συνθήκης, οπότε καταργείται η συστηματική οριοθέτηση που υφίσταται μεταξύ του πεδίου εφαρμογής του άρθρου 85 και εκείνου του άρθρου 86.

41 Κατά την προσφεύγουσα, η Επιτροπή, λαμβάνοντας την Απόφαση, ξεκίνησε ένα νέο πείραμα για να ελέγξει αν είναι βιώσιμη μια πολιτική προσέγγιση βασισμένη σε ειδικό και νέο νομικό καθεστώς για τις παράλληλες εισαγωγές και την προβληματική τους όσον αφορά τον ανταγωνισμό. Η πολιτική αυτή υπερβαίνει το νυν υφιστάμενο πλαίσιο της Συνθήκης, το οποίο, να μεν αποσκοπεί στην εγκαθίδρυση μιας εσωτερικής αγοράς, πλην όμως δεν φθάνει μέχρι να απαγορεύσει, μέσω των περί ανταγωνισμού διατάξεων, μια μονομερή συμπεριφορά, ελλείψει δεσπόζουσας θέσεως, για τον μοναδικό λόγο ότι η συμπεριφορά αυτή αποσκοπεί στο να εμποδίσει τις παράλληλες εξαγωγές.

42 Επιπλέον, το επί της αρχής περιεχόμενο της Αποφάσεως έχει σημασία υπερβαίνουσα κατά πολύ την παρούσα υπόθεση και συνεπάγεται, για τις επιχειρήσεις που δεν δεσπόζουν στην αγορά, μια πολύ ευρεία υποχρέωση συνάψεως συμβάσεων, δεδομένου ότι ένας παραγωγός δεν θα μπορεί να αρνείται να εκτελέσει παραγγελίες για τους προαναφερθέντες λόγους χωρίς να παραβαίνει το άρθρο 85 της Συνθήκης. Το αποτέλεσμα αυτό είναι διαμετρικώς αντίθετο από το γράμμα και την οικονομία των άρθρων 85 και 86 της Συνθήκης.

43 Εν συνεχεία, η προσφεύγουσα προσάπτει στην Επιτροπή ότι αγνόησε το γεγονός ότι ο ανταγωνισμός όσον αφορά τα φαρμακευτικά προϊόντα αλλοιώνεται σημαντικά από τις ρυθμίσεις των τιμών που είναι διαφορετικές στα κράτη μέλη. Η προσφεύγουσα φρονεί ότι οι ρυθμίσεις αυτές δύσκολα μπορούν να θεωρηθούν συμβατές προς το άρθρο 30 της Συνθήκης ΕΚ (νυν άρθρο 28 ΕΚ). Ισχυρίζεται επίσης ότι τα εθνικά συστήματα άμεσων ή έμμεσων καθορισμών των τιμών των φαρμακευτικών προϊόντων, που διαφέρουν πολύ μεταξύ τους, νοθεύουν σημαντικά τη λειτουργία του ανταγωνισμού και, συνεπώς, παραβαίνουν το άρθρο 3, στοιχείο ζ', της Συνθήκης ΕΚ (νυν, κατόπιν τροποποιήσεως, άρθρο 3, στοιχείο ζ', ΕΚ).

44 Επιπλέον, διαπιστώνει ότι, στον φαρμακευτικό τομέα, η Κοινότητα απέχει πολύ από το να έχει πραγματοποιήσει μια εσωτερική αγορά και επικρίνει το γεγονός ότι οι

επιχειρήσεις αντιμετωπίζονται ως εάν η εσωτερική αγορά έχει ολοκληρωθεί, ενώ η Κοινότητα δεν έχει λάβει κανένα αποτελεσματικό μέτρο για να εναρμονίσει τα εθνικά συστήματα καθορισμού των τιμών, προκειμένου να μη νοθεύονται οι συνθήκες του ανταγωνισμού.

- 45 Η προσφεύγουσα αμφισβητεί επίσης τη θέση της Επιτροπής ότι δεν είναι αναγκαία μια κοινοτική ρύθμιση καθόσον, μακροπρόθεσμα, οι παράλληλες εισαγωγές θα επιφέρουν την εναρμόνιση της τιμής των φαρμάκων.
- 46 Η προσφεύγουσα προτείνει την εξέταση ορισμένων μαρτύρων για να αποδειχθεί, πρώτον, ότι η συμπεριφορά ορισμένων Ισπανών χονδρεμπόρων, που είχαν εξαγάγει όλα τα κουτιά Adalat που διέθεταν, έθεσε σε κίνδυνο τον εφοδιασμό πολλών ισπανικών φαρμακείων· δεύτερον, ότι της αποφάσεως να μην εκτελούνται οι παραγγελίες στο σύνολό τους είχε προηγηθεί λεπτομερής νομική εξέταση του συμβατού της αποφάσεως αυτής προς το κοινοτικό δίκαιο· και τρίτον, ότι η Επιτροπή είχε δεχθεί να προβεί, πριν από την έρευνα που προκάλεσε την υπό κρίση προσφυγή, σε προηγούμενη έρευνα στην οποία είχε ήδη εξετασθεί η συμπεριφορά της Bayer έναντι των παραλλήλων εισαγωγέων.
- 47 Η ΕΦΡΙΑ, παρεμβαίνουσα υπέρ της προσφεύγουσας, συμμερίζεται τα επιχειρήματά της.
- 48 Η Επιτροπή φρονεί ότι η παράβαση συνίσταται στη συμφωνία μεταξύ της προσφεύγουσας και των Ισπανών και Γάλλων χονδρεμπόρων σχετικά με την απαγόρευση των εξαγωγών του προϊόντος Adalate προς άλλα κράτη μέλη.
- 49 Υποστηρίζει ότι η Bayer Γαλλίας και η Bayer Ισπανίας προέβλεψαν και επέβαλαν μια απαγόρευση των εξαγωγών και ότι, για να την εφαρμόσουν, ο όμιλος Bayer οργάνωσε ένα σύστημα ελέγχου των παράλληλων εισαγωγών συνιστάμενο στον εντοπισμό των εξαγωγέων χονδρεμπόρων, στη δραστική μείωση των παραδόσεων,

στον έλεγχο του τελικού προορισμού των παραδιδόμενων ποσοτήτων και στην επιβολή κυρώσεων, μέσω της μεταγενέστερης μείωσης των παραδόσεων, στους χονδρεμπόρους που τις είχαν εξαγάγει. Η Επιτροπή φρονεί ότι είναι αποδεδειγμένο ότι η Bayer έθεσε σε εφαρμογή το σύστημα αυτό, ότι οι χονδρέμποροι γνώριζαν τα κίνητρα της προσφεύγουσας και ότι συναίνεσαν στην απαγόρευση των εξαγωγών, καθόσον γνώριζαν ότι, σε αντίθετη περίπτωση, οι παραγγελίες τους δεν θα εκτελούνταν παρά μόνο στο επίπεδο των αναγκών της εθνικής αγοράς, ίσως δε και σε χαμηλότερο επίπεδο που θα καθόριζε η προσφεύγουσα.

50 Κατά την Επιτροπή, είναι λάθος να θεωρείται ότι η Bayer αποφάσισε γενικώς να παραδίδει σε όλους τους χονδρεμπόρους ποσότητες ισοδύναμες τουλάχιστον προς την ποσότητα αναφοράς, ήτοι την ποσότητα του προηγούμενου έτους προσαυξημένη κατά 10 %. Οι μειώσεις των παραδόσεων σε σχέση με τις παραγγελίες δεν εφαρμόστηκαν σε όλους τους χονδρεμπόρους με βάση το υποτιθέμενο ενιαίο επίπεδο αναφοράς (βλ. αιτιολογική σκέψη 96 της Αποφάσεως). Στην περίπτωση ορισμένων χονδρεμπόρων, οι παραγγελίες μειώθηκαν στο επίπεδο του προηγούμενου έτους χωρίς εφαρμογή της προσαυξήσεως του 10 % (περίπτωση της CERP Lorraine, που διαλαμβάνεται στις αιτιολογικές σκέψεις 87 και 165 της Αποφάσεως, και της Hefame, που διαλαμβάνεται στις αιτιολογικές σκέψεις 122 έως 124 και 168 της Αποφάσεως), ενώ, σε άλλες περιπτώσεις, το μέγεθος της μείωσης ήταν τόσο μεγάλο ώστε προκάλεσε βλάβες στην ικανότητα των οικείων χονδρεμπόρων να εφοδιάζουν με επαρκείς ποσότητες την παραδοσιακή αγορά τους (περίπτωση της Hufasa, που διαλαμβάνεται στις αιτιολογικές σκέψεις 114, 127 και 166 της Αποφάσεως, καθώς και της Sofares, που διαλαμβάνεται στις αιτιολογικές σκέψεις 121 και 169 της Αποφάσεως).

51 Επομένως, οι χονδρέμποροι θεωρούσαν ότι οι επιβληθέντες περιορισμοί συνδέονταν με τις εξαγωγές και ότι, ενόψει των ενδεχομένων μέτρων αντιποίνων, είχαν συμφέρον να τηρήσουν τυπικά την απαγόρευση των εξαγωγών, πράγμα το οποίο και έπραξαν. Οι χονδρέμποροι ήλθαν σε συμφωνία με την προσφεύγουσα για να μην εξάγουν Adalate, προκειμένου να λάβουν ως αντάλλαγμα τον επαρκή εφοδιασμό τους.

52 Η Επιτροπή ισχυρίζεται ότι, για την εφαρμογή αυτής της απαγόρευσης των εξαγωγών, η προσφεύγουσα βασίστηκε στη συναίνεση των χονδρεμπόρων και υποστηρίζει ότι η σύμπτωση των βουλήσεων δεν αναιρείται από το γεγονός ότι τα δύο μέρη δεν έχουν το ίδιο συμφέρον προς σύναψη της συμφωνίας. Μια συμφωνία υπό την έννοια του άρθρου 85, παράγραφος 1 της Συνθήκης προϋποθέτει αποκλειστικά ότι τα δύο μέρη έχουν συμφέρον για τη σύναψή της, χωρίς να είναι αναγκαίο να ταυτίζεται το συμφέρον των μερών. Δεδομένου ότι οι χονδρέμποροι

είχαν συμφέρον να αποφύγουν τους περιορισμούς των παραδόσεων και η προσφεύγουσα είχε συμφέρον να εμποδίσει τις παράλληλες εξαγωγές ή τουλάχιστον να τις περιορίσει, υπήρχε σύμπτωση των βουλήσεων προκειμένου οι παράλληλες εξαγωγές να εμποδιστούν ή τουλάχιστον να μειωθούν.

- 53 Η Επιτροπή φρονεί ότι το γεγονός ότι οι χονδρέμποροι δεν σταμάτησαν εντελώς τις εξαγωγές δεν μπορεί να θέσει εν αμφιβόλω την ύπαρξη, εν προκειμένω, συμφωνίας ή συναινέσεως από πλευράς τους όσον αφορά την απαγόρευση των εξαγωγών. Μολονότι αναγνωρίζει ότι οι Ισπανοί και Γάλλοι χονδρέμποροι θα προτιμούσαν να συνεχίσουν τις πράξεις εξαγωγής προς το Ηνωμένο Βασίλειο, ισχυρίζεται ότι είχαν μειώσει τις παραγγελλόμενες ποσότητες σε ένα τέτοιο επίπεδο ώστε η Bayer είχε την εντύπωση ότι ανταποκρίνονταν στη δηλωθείσα βούλησή της να περιοριστούν έτσι στις ανάγκες και μόνο των παραδοσιακών αγορών τους.
- 54 Η Επιτροπή ισχυρίζεται ότι η Απόφαση ανταποκρίνεται πλήρως στη σχετική με τη λήψη αποφάσεων πρακτική της και στην νομολογία του Δικαστηρίου, δεδομένου ότι η έννοια της συμφωνίας ερμηνεύθηκε κατά παρόμοιο τρόπο, μεταξύ άλλων, με τις αποφάσεις του Δικαστηρίου της 11ης Ιανουαρίου 1990, C-277/87, Sandoz prodotti farmaceutici κατά Επιτροπής (Συλλογή 1990, σ. I-45, συνοπτική δημοσίευση, στο εξής: απόφαση Sandoz), και της 8ης Φεβρουαρίου 1990, C-279/87, TIPP-Ex κατά Επιτροπής (Συλλογή 1990 σ. I-261, συνοπτική δημοσίευση).
- 55 Η Επιτροπή αρνείται ότι έθεσε εν αμφιβόλω την οριοθέτηση των πεδίων εφαρμογής των άρθρων 85 και 86 της Συνθήκης, διευκρινίζοντας ότι, εν προκειμένω, τα πραγματικά περιστατικά εμπίπτουν στο άρθρο 85 που αφορά τις συμφωνίες, δεδομένου ότι οι χονδρέμποροι αποφάσισαν οι ίδιοι να συμμορφωθούν με τη βούληση της προσφεύγουσας και να εξασφαλίσουν επαρκή εφοδιασμό δεχόμενοι να περιορίσουν τις εξαγωγές. Κατά συνέπεια, κατά την Επιτροπή, οι σχετικές με νομική πολιτική εκτιμήσεις που προβάλλει η προσφεύγουσα στηρίζονται σε παραδοχές που είναι οι ίδιες εσφαλισμένες, οπότε για τον λόγο αυτό παρέλκει η περαιτέρω εξέτασή τους.
- 56 Η Επιτροπή δεν συμμερίζεται τον ισχυρισμό της προσφεύγουσας ότι ο φαρμακευτικός τομέας αποτελεί ιδιαίτερη αγορά στην οποία οι κανόνες του ανταγωνισμού

πρέπει να έχουν μόνο περιορισμένη εφαρμογή. Αναγνωρίζει ότι πολλά κράτη μέλη συνεχίζουν να παρεμβαίνουν στην αγορά των φαρμακευτικών προϊόντων και ότι, δεδομένων των διαφορετικών προσεγγίσεων που υφίστανται, οι μέσες τιμές και οι καταναλωτικές συνήθειες είναι διαφορετικές στα κράτη αυτά. Ωστόσο, η Επιτροπή υπενθυμίζει ότι έχει κριθεί ότι δεν μπορεί να αντιταχθεί σε συστήματα ελέγχου των τιμών, αυτά καθεαυτά, μέσω των κανόνων της ελεύθερης κυκλοφορίας των εμπορευμάτων, αλλά μόνο να καταπολεμά τις ενδεχόμενες επιπτώσεις που συνεπάγονται δυσμενείς διακρίσεις από την άποψη του άρθρου 30 της Συνθήκης. Για τον λόγο αυτό η Επιτροπή, στη συνέχεια, προσέβαλε μόνο τα κρατικά μέτρα που ευνοούσαν σαφώς την εθνική φαρμακευτική βιομηχανία ή έρευνα.

57 Η Επιτροπή υποστηρίζει ότι το γεγονός ότι τα κράτη μέλη έχουν διαφορετικά συστήματα ρυθμίσεως των τιμών δεν σημαίνει ότι ο στόχος της εγκαθιδρύσεως μιας εσωτερικής αγοράς δεν ισχύει για τον φαρμακευτικό τομέα. Ισχυρίζεται ότι, εφόσον τα συστήματα ρυθμίσεως των τιμών αφήνουν, εν πάση περιπτώσει, στις επιχειρήσεις επαρκές περιθώριο χειρισμών, οι παράλληλες εισαγωγές δεν πρέπει να εμποδίζονται ούτε από κρατικά μέτρα ούτε από συμπεριφορά των επιχειρήσεων έχουσα ως αποτέλεσμα περιορισμό του ανταγωνισμού. Επιπλέον, εφόσον τα κρατικά μέτρα που εμποδίζουν τις παράλληλες εξαγωγές απαγορεύονται, θα έπρεπε ομοίως να απαγορεύονται τα μέτρα που λαμβάνουν οι επιχειρήσεις και επιδιώκουν τον ίδιο σκοπό. Κατά συνέπεια, κατά την Επιτροπή, η παρακώλυση των παράλληλων εισαγωγών φαρμάκων συνιστά παράβαση του άρθρου 85 της Συνθήκης, όπως προκύπτει μεταξύ άλλων από την απόφαση Sandoz.

58 Η Επιτροπή προσθέτει ότι το Δικαστήριο, με τις αποφάσεις του της 31ης Οκτωβρίου 1974, 15/74, Centrafarm και de Peijper (Συλλογή τόμος 1974, σ. 451), και της 20ής Ιανουαρίου 1981, 55/80 και 57/80, Musik-Vertrieb membran και K-tel International (Συλλογή 1981, σ. 147), έχει ήδη διευκρινίσει ότι οι κανόνες που αφορούν την εφαρμογή της ελεύθερης κυκλοφορίας των εμπορευμάτων εφαρμόζονται σε ένα τομέα ανεξάρτητα από το αν έχουν εναρμονιστεί ή όχι οι οικείες εθνικές διατάξεις. Συνεπώς, η Επιτροπή συνάγει το συμπέρασμα ότι οι απαγορεύσεις εξαγωγής μπορούν επίσης να καταπολεμώνται ακόμη και στον φαρμακευτικό τομέα, όπως προκύπτει σαφώς από τη νομολογία του Δικαστηρίου. Παραπέμπει, ιδίως όσον αφορά το άρθρο 30 της Συνθήκης, στις αποφάσεις του Δικαστηρίου της 20ής Μαΐου 1976, 104/75, de Peijper (Συλλογή τόμος 1976, σ. 241), της 23ης Μαΐου 1978, 102/77, Hoffmann-La Roche (Συλλογή τόμος 1977, σ. 351), της 14ης Ιουλίου 1981, 187/80,

Merck (Συλλογή 1981, σ. 2063), και, όσον αφορά το άρθρο 85, παράγραφος 1, της Συνθήκης, στην απόφαση Sandoz.

- 59 Εν συνεχεία, η Επιτροπή τονίζει ότι βασίζεται στην αρχή ότι μακροπρόθεσμα οι παράλληλες εισαγωγές θα έχουν ως αποτέλεσμα την εναρμόνιση της τιμής των φαρμάκων και δεν θεωρεί ότι είναι αποδεκτό να εμποδίζονται οι παράλληλες εισαγωγές ώστε να μπορούν οι φαρμακευτικές επιχειρήσεις να επιβάλλουν, σε χώρες που δεν εφαρμόζουν κανένα έλεγχο των τιμών, υπερβολικές τιμολογήσεις για να αντισταθμίσουν μικρότερα κέρδη σε κράτη μέλη που παρεμβαίνουν περισσότερο στο επίπεδο των τιμών.
- 60 Η ΒΑΙ επισημαίνει ότι, αφενός, στην αγορά των φαρμάκων, τα φαρμακεία αδυνατούν τόσο από οικονομική όσο και από υλικοτεχνική άποψη να φυλάσσουν σε απόθεμα, σε επαρκείς ποσότητες, πλήρη σειρά από τα πιο τρέχοντα φάρμακα και, αφετέρου, λόγω της θέσεώς τους και της λειτουργίας τους στην αγορά αυτή, οι χονδρέμποροι υποχρεούνται να έχουν απόθεμα από μια τέτοια σειρά φαρμάκων, ούτως ώστε να μπορούν να παραδίδουν ταχέως σε ένα φαρμακείο θα στρεφόταν προς ένα χονδρέμπορο που διαθέτει τα απαραίτητα αποθέματα. Υπό τις περιστάσεις αυτές και λαμβανομένης υπόψη της διαρθρώσεως της φαρμακευτικής αγοράς και του συστήματος ελέγχου της διανομής που έθεσε σε εφαρμογή η Bayer, η ΒΑΙ θεωρεί ότι οι χονδρέμποροι δεν μπορούσαν παρά να υποκύψουν στον έλεγχο αυτό, να μειώσουν αισθητά τις παραγγελίες και, συνεπώς, τις εξαγωγές, χωρίς να χρειάζεται ο παραγωγός να τους απειλήσει ρητώς.
- 61 Όσον αφορά την απόδειξη της απαγορεύσεως των εξαγωγών, κατά τη ΒΑΙ, δεν μπορεί να αμφισβητηθεί η ύπαρξη κυρώσεων κατά των χονδρεμπόρων εξαγωγέων, καθόσον η Bayer ήλεγχε συνεχώς τη διανομή των προϊόντων της και προσαρμοζόταν πάντοτε στις εξελίξεις της αγοράς. Προς στήριξη της θέσεως αυτής, η ΒΑΙ υποστηρίζει ότι ο περιεχόμενος στην αιτιολογική σκέψη 87 της Αποφάσεως πίνακας παραγγελιών Adalat 20 mg LP αποδεικνύει προδήλως ότι ο χονδρέμπορος που προέβaine σε εξαγωγές έπρεπε να αναμένει μεταγενέστερη μείωση των παραδιδόμενων ποσοτήτων και ότι η Bayer αντιδρούσε κάθε φορά στον όγκο των παραγγελιών των χονδρεμπόρων και επέβαλλε κυρώσεις στους χονδρεμπόρους εξαγωγείς προβαίνοντας σε πολύ σημαντικές μειώσεις των παραδόσεων.

II — Εκτίμηση του Πρωτοδικείου

A. Προκαταρκτικές παρατηρήσεις

62 Κατά πάγια νομολογία, το Πρωτοδικείο, όταν ασκείται ενώπιόν του προσφυγή ακυρώσεως κατά αποφάσεως εφαρμογής του άρθρου 85, παράγραφος 1, της Συνθήκης, πρέπει να ασκεί γενικώς πλήρη έλεγχο ως προς το αν πληρούνται ή όχι οι προϋποθέσεις εφαρμογής του άρθρου 85, παράγραφος 1 (βλ. στο πνεύμα αυτό, τις αποφάσεις του Δικαστηρίου της 11ης Ιουλίου 1985, 42/84, Remia κ.λπ. κατά Επιτροπής, Συλλογή 1985, σ. 2545, σκέψη 34, και της 17ης Νοεμβρίου 1987, 142/84 και 156/84, BAT και Reynolds κατά Επιτροπής, Συλλογή 1987, σ. 4487, σκέψη 62).

63 Σύμφωνα με το άρθρο 85, παράγραφος 1, πρώτο εδάφιο, της Συνθήκης:

«Είναι ασυμβίβαστες με την κοινή αγορά και απαγορεύονται όλες οι συμφωνίες μεταξύ επιχειρήσεων, όλες οι αποφάσεις ενώσεων επιχειρήσεων και κάθε εναρμονισμένη πρακτική, που δύνανται να επηρεάσουν το εμπόριο μεταξύ κρατών μελών και που έχουν ως αντικείμενο ή ως αποτέλεσμα την παρεμπόδιση, τον περιορισμό ή τη νόθευση του ανταγωνισμού εντός της κοινής αγοράς (...)

64 Από το γράμμα του άρθρου αυτού προκύπτει ότι η διατυπούμενη απαγόρευση αφορά αποκλειστικά συμπεριφορές συντονιζόμενες διμερώς ή πολυμερώς, υπό μορφή συμφωνιών μεταξύ επιχειρήσεων, αποφάσεων ενώσεων επιχειρήσεων ή εναρμονισμένων πρακτικών.

65 Εν προκειμένω, διαπιστώνεται στην Απόφαση η ύπαρξη «συμφωνίας μεταξύ επιχειρήσεων» υπό την έννοια του άρθρου αυτού. Ωστόσο, η προσφεύγουσα

υποστηρίζει ότι με την Απόφαση επιβάλλεται κύρωση για μια μονομερή εκ μέρους της συμπεριφορά η οποία δεν εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του άρθρου αυτού. Η προσφεύγουσα τονίζει ότι η Επιτροπή έδωσε στην έννοια της συμφωνίας κατά το άρθρο 85, παράγραφος 1, της Συνθήκης μια ερμηνεία που υπερβαίνει τα νομολογιακά προηγούμενα και της οποίας η εφαρμογή στη συγκεκριμένη περίπτωση συνιστά παράβαση της εν λόγω διατάξεως της Συνθήκης. Η Επιτροπή φρονεί ότι ακολούθησε πλήρως τη νομολογία κατά την εκτίμηση της εννοίας αυτής και θεωρεί ότι η έννοια αυτή εφαρμόστηκε κατά εντελώς προσήκοντα τρόπο στα πραγματικά περιστατικά της υποθέσεως. Πρέπει συνεπώς να καθοριστεί αν, λαμβανομένου υπόψη του νομολογιακού ορισμού της έννοίας αυτής, η Επιτροπή μπορούσε να συναγάγει από τις συμπεριφορές που περιγράφονται στην Απόφασή της τα στοιχεία που συνιστούν συμφωνία μεταξύ επιχειρήσεων υπό την έννοια του άρθρου 85, παράγραφος 1, της Συνθήκης.

B. Επί της έννοιας της συμφωνίας κατά το άρθρο 85, παράγραφος 1, της Συνθήκης

⁶⁶ Από τη νομολογία προκύπτει 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 (βλ. στο πνεύμα αυτό, αποφάσεις του Δικαστηρίου της 25ης Οκτωβρίου 1983, 107/82, AEG κατά Επιτροπής, Συλλογή 1983, σ. 3151, σκέψη 38, και της 17ης Σεπτεμβρίου 1985, 25/84 και 26/84, Ford και Ford Europe κατά Επιτροπής, Συλλογή 1985, σ. 2725, σκέψη 21, απόφαση του Πρωτοδικείου της 7ης Ιουλίου 1994, T-43/92, Dunlop Slazenger κατά Επιτροπής, Συλλογή 1994, σ. II-441, σκέψη 56).

⁶⁷ Από πάγια νομολογία προκύπτει επίσης ότι, για να υπάρχει συμφωνία υπό την έννοια του άρθρου 85, παράγραφος 1, της Συνθήκης, αρκεί οι οικείες επιχειρήσεις να έχουν εκφράσει την κοινή βούλησή τους να συμπεριφερθούν στην αγορά κατά καθορισμένο τρόπο (αποφάσεις του Δικαστηρίου της 15ης Ιουλίου 1970, 41/69, ACF Chemiefarma κατά Επιτροπής, Συλλογή τόμος 1969-1971, σ. 397, σκέψη 112, και της 29ης Οκτωβρίου 1980, 209/78 έως 215/78 και 218/78, Van Landewyck κ.λπ. κατά Επιτροπής, Συλλογή τόμος 1980/III, σ. 207, σκέψη 86· απόφαση του Πρωτοδικείου της 17ης Δεκεμβρίου 1991, T-7/89, Hercules Chemicals κατά Επιτροπής, Συλλογή 1991, σ. II-1711, σκέψη 256).

68 Όσον αφορά την μορφή εκφράσεως της εν λόγω κοινής βουλήσεως, αρκεί ένας όρος της συμφωνίας να αποτελεί την έκφραση της βουλήσεως των μερών να συμπεριφερθούν στην αγορά σύμφωνα με τη συμφωνία αυτή (βλ. μεταξύ άλλων, προπαρατεθείσες αποφάσεις ACF Chemiefarma κατά Επιτροπής, σκέψη 112, και Van Landewyck κατά Επιτροπής, σκέψη 86), χωρίς να είναι αναγκαίο η συμφωνία αυτή να συνιστά υποχρεωτική και έγκυρη σύμβαση σύμφωνα με το εθνικό δίκαιο (απόφαση Sandoz, σκέψη 13).

69 Επομένως, η έννοια της συμφωνίας κατά το άρθρο 85, παράγραφος 1, της Συνθήκης, όπως την ερμηνεύει η νομολογία, στηρίζεται στην ύπαρξη συμπτώσεως των βουλήσεων δύο τουλάχιστον μερών, της οποίας η μορφή εκδηλώσεως δεν είναι σημαντική εφόσον συνιστά πιστή έκφραση των βουλήσεων αυτών.

70 Υπό ορισμένες περιστάσεις, τα μέτρα που έλαβε ή επέβαλε κατά φαινομενικά μονομερή τρόπο ο παραγωγός στο πλαίσιο των συνεχών σχέσεων που διατηρεί με τους διανομείς του θεωρήθηκαν ότι συνιστούν συμφωνία υπό την έννοια του άρθρου 85, παράγραφος 1, της Συνθήκης (αποφάσεις του Δικαστηρίου της 12ης Ιουλίου 1979, 32/78, 36/78 έως 82/78, BMW Belgium κ.λπ. κατά Επιτροπής, Συλλογή τόμος 1979/II, σ. 177, σκέψεις 28 έως 30· AEG κατά Επιτροπής, όπ.π., σκέψη 38· Ford και Ford Europe κατά Επιτροπής, όπ.π., σκέψη 21· της 22ας Οκτωβρίου 1986, 75/84, Metro κατά Επιτροπής, αποκαλούμενη «Metro II», Συλλογή 1986, σ. 3021, σκέψεις 72 και 73· Sandoz, όπ.π., σκέψεις 7 έως 12, και της 24ης Οκτωβρίου 1995, C-70/93, Bayerische Motorenwerke, Συλλογή 1995, σ. I-3439, σκέψεις 16 και 17).

71 Από τη νομολογία αυτή προκύπτει 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 αποκλειστικά 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.

- 72 Από τη νομολογία αυτή προκύπτει όμως επίσης ότι η Επιτροπή δεν μπορεί να θεωρεί ότι μια συμπεριφορά που είναι φαινομενικά μονομερής από πλευράς του παραγωγού και η οποία υιοθετήθηκε στο πλαίσιο των συμβατικών σχέσεων που διατηρεί με τους μεταπωλητές του συνεπάγεται στην πραγματικότητα συμφωνία μεταξύ επιχειρήσεων, υπό την έννοια του άρθρου 85, παράγραφος 1, της Συνθήκης, αν δεν αποδεικνύει την ύπαρξη ρητής ή σιωπηρής συναινέσεως, εκ μέρους των λοιπών εταιρών, έναντι της υιοθετηθείσας από τον παραγωγό συμπεριφοράς (βλ. στο πνεύμα αυτό, προπαρατεθεισες αποφάσεις BMW Belgium κ.λπ. κατά Επιτροπής, σκέψεις 28 έως 30· AEG κατά Επιτροπής, σκέψη 38· Ford και Ford Europe κατά Επιτροπής, σκέψη 21· Metro II, σκέψεις 72 και 73· Sandoz, σκέψεις 7 έως 12, και Bayerische Motorenwerke, σκέψεις 16 και 17).

Γ. Επί της εφαρμογής στη συγκεκριμένη περίπτωση της εννοίας της συμφωνίας

- 73 Εν προκειμένω, ελλείπει έγγραφης άμεσης αποδείξεως της συνάψεως συμφωνίας μεταξύ των μερών όσον αφορά τον περιορισμό ή τη μείωση των εξαγωγών, η Επιτροπή θεώρησε ότι η σύμπτωση βουλήσεων στην οποία στηρίζεται η εν λόγω συμφωνία προκύπτει από τις αντίστοιχες συμπεριφορές της προσφεύγουσας και των χονδρεμπόρων που αναφέρονται στην Απόφαση.
- 74 Έτσι, η Επιτροπή εκθέτει στην Απόφαση (αιτιολογική σκέψη 155) ότι «Η Bayer Ισπανίας και η Bayer Γαλλίας έχουν παραβιάσει το άρθρο 85, παράγραφος 1» της Συνθήκης και ότι πληρούνταν οι προϋποθέσεις εφαρμογής του άρθρου αυτού, δεδομένου ότι οι θυγατρικές αυτές είχαν προβλέψει «την απαγόρευση των εξαγωγών, που εντάσσεται στο πλαίσιο των αδιάλειπτων εμπορικών τους σχέσεων με τους πελάτες τους». Εν συνεχεία, η Επιτροπή αναφέρει (αιτιολογική σκέψη 156) ότι «η εξέταση της συμπεριφοράς της Bayer Ισπανίας και της Bayer Γαλλίας έναντι των επιχειρήσεων χονδρικής πώλησης με τις οποίες συναλλάσσονται επιτρέπει να χαρακτηριστεί η συγκεκριμένη αυτή περίπτωση ως απαγόρευση των εξαγωγών που επέβαλαν η Bayer Ισπανίας και η Bayer Γαλλίας στο πλαίσιο των εμπορικών τους σχέσεων με τις επιχειρήσεις χονδρικής πώλησης με τις οποίες συνδέονται» και παρουσιάζει ως αποδεδειγμένο (αιτιολογική σκέψη 176) ότι οι χονδρέμποροι υιοθέτησαν μια «στάση (...) [που] καταδεικνύει τη σιωπηρή αποδοχή της απαγόρευσης των εξαγωγών».

- 75 Συνεπώς, όταν η Επιτροπή, στην Απόφαση, αναφέρεται στην «απαγόρευση των εξαγωγών», την αντιλαμβάνεται ως μονομερή απαίτηση η οποία αποτέλεσε αντικείμενο συμφωνίας μεταξύ της προσφεύγουσας και των χονδρεμπόρων. Η Επιτροπή κατέληξε στην ύπαρξη συμφωνίας αντίθετης προς το άρθρο 85, παράγραφος 1, της Συνθήκης, καθόσον θεώρησε αποδεδειγμένο το ότι η προσφεύγουσα επιδίωξε και πέτυχε συμφωνία με τους χονδρεμπόρους στην Ισπανία και στη Γαλλία, της οποίας το αντικείμενο ήταν να εμποδιστούν ή να περιοριστούν οι παράλληλες εισαγωγές.
- 76 Η προσφεύγουσα δέχεται ότι εφάρμοσε μια μονομερή πολιτική αποσκοπούσα στη μείωση των παράλληλων εισαγωγών. Αμφισβητεί ωστόσο ότι πρόβλεψε και επέβαλε απαγόρευση των εξαγωγών. Συναφώς, ισχυρίζεται ότι ουδέποτε συζήτησε και ακόμα λιγότερο συνήψε συμφωνία με τους χονδρέμπορους για να τους εμποδίσει να εξάγουν ή να τους περιορίσει στην εξαγωγή των παραδιδομένων ποσοτήτων. Επιπλέον, τονίζει ότι οι χονδρέμποροι ουδόλως προσχώρησαν στην μονομερή πολιτική της και ουδόλως είχαν τη βούληση να το πράξουν.
- 77 Υπό τις περιστάσεις 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, πρέπει να εξεταστεί αν, όπως υποστηρίζει η προσφεύγουσα, η Επιτροπή εκτίμησε εσφαλμένα τις αντίστοιχες βουλήσεις της Bayer και των χονδρεμπόρων.

1. Επί της φερομένης βουλήσεως της προσφεύγουσας να επιβάλει απαγόρευση των εξαγωγών

α) Προκαταρκτικές παρατηρήσεις

- 78 Η Απόφαση παρουσιάζει ως αποδεδειγμένο το ότι η γαλλική και η ισπανική θυγατρική της προσφεύγουσας επέβαλαν αντιστοίχως στους Γάλλους και Ισπανούς

χονδρεμπόρους απαγόρευση των εξαγωγών, η οποία εφαρμόστηκε με εντοπισμό των χονδρεμπόρων εισαγωγέων και με εφαρμογή σ' αυτούς διαδοχικών μειώσεων των παραδιδομένων ποσοτήτων εάν αποδεικνυόταν ότι εξήγγαν το σύνολο ή τμήμα των προϊόντων αυτών. Συγκεκριμένα, σύμφωνα με το δεύτερο εδάφιο της αιτιολογικής σκέψης 156 της Αποφάσεως, η απαγόρευση των εξαγωγών «συνάγεται από τον συνδυασμό των ακόλουθων στοιχείων: α) σύστημα εντοπισμού των επιχειρήσεων χονδρικής πώλησης που πραγματοποιούν εξαγωγές και β) σταδιακή μείωση του όγκου των εμπορευμάτων που παρέδιδαν η Bayer Ισπανίας και η Bayer Γαλλίας, σε περίπτωση που οι επιχειρήσεις χονδρικής πώλησης εξήγγαν το σύνολο ή ένα μέρος των προϊόντων αυτών».

- 79 Στην Απόφαση η Επιτροπή εκθέτει (αιτιολογικές σκέψεις 160 έως 170) τους λόγους για τους οποίους θεωρεί ότι είναι αποδεδειγμένο ότι η προσφεύγουσα προέβανε σε «σταδιακή μείωση του όγκου των εμπορευμάτων που παρέδιδαν η Bayer Ισπανίας και η Bayer Γαλλίας, σε περίπτωση που οι επιχειρήσεις χονδρικής πώλησης [εξήγγαν] το σύνολο ή ένα μέρος των προϊόντων αυτών» και ότι, συνεπώς, «οι παραδόσεις [εκτελούνταν] υπό τον όρον ότι τηρείται η απαγόρευση των εξαγωγών». Ειδικότερα, η Επιτροπή αναφέρει (αιτιολογική σκέψη 160, πρώτο εδάφιο) τα εξής: «Όταν οι χονδρέμποροι εξάγουν μέρος των προϊόντων που τους παραδίδονται, η Bayer Γαλλίας και η Bayer Ισπανίας ενδέχεται να μειώσουν τον όγκο των παραδόσεών τους στο πλαίσιο μεταγενέστερων παραγγελιών των χονδρεμπόρων αυτών.» Προσθέτει (αιτιολογική σκέψη 163) τα εξής:

«Τα στοιχεία που έχει στη διάθεσή της η Επιτροπή δείχνουν ότι η Bayer Γαλλίας και η Bayer Ισπανίας εκτελούν τις συμφωνηθείσες παραδόσεις υπό τον όρο ότι τηρείται η απαγόρευση των εξαγωγών. Η μείωση του όγκου των παραδόσεων της Bayer Γαλλίας και της Bayer Ισπανίας διαμορφώνεται σε συνάρτηση με τη στάση των χονδρεμπόρων έναντι της απαγόρευσης των εξαγωγών. Εάν οι χονδρέμποροι την παραβαίνουν, τούτο επισύρει αυτόματα νέα μείωση των παραδόσεων.»

- 80 Η Επιτροπή καταλήγει (αιτιολογική σκέψη 170) ως εξής:

«Όλα τα ανωτέρω δείγματα της συμπεριφοράς της Bayer Γαλλίας και της Bayer Ισπανίας οδηγούν στο συμπέρασμα ότι οι εν λόγω εταιρείες επέσειαν μόνιμα στις

εταιρείες χονδρικού εμπορίου την απειλή ότι θα μειώσουν τις ποσότητες των παραδόσεών τους. Η απειλή αυτή πραγματοποιήθηκε επανειλημμένα σε περιπτώσεις μη συμμόρφωσης με την απαγόρευση των εξαγωγών.»

β) Επί της εκτάσεως του συστήματος ελέγχου της διανομής του Adalat που έθεσε σε εφαρμογή η προσφεύγουσα

81 Η προσφεύγουσα δέχεται ότι, για να εφαρμόσει την πολιτική της που συνίστατο στην εκτέλεση των παραγγελιών στον βαθμό και μόνο που αυτές ανταποκρίνονταν στις παραδοσιακές ανάγκες των χονδρεμπόρων, διέθετε ένα γενικό σύστημα ελέγχου της διανομής του Adalat. Δέχεται επίσης ότι είχε συμφέρον να γνωρίζει τους χονδρεμπόρους που στρέφονταν προς τις εξαγωγές, προκειμένου να μπορεί να εφαρμόσει ορθά την πολιτική αυτή. Ισχυρίζεται όμως ότι το εν λόγω σύστημα συλλογής πληροφοριών δεν της παρέσχε τη δυνατότητα να πραγματοποιεί ελέγχους μετά την παράδοση προκειμένου να γνωρίζει αν τα παραδοθέντα προϊόντα είχαν ή όχι πράγματι εξαχθεί. Το σύστημα αυτό συνίστατο αποκλειστικά στην καταγραφή των ποσοτήτων που είχαν παραδοθεί στους χονδρεμπόρους τα προηγούμενα έτη και, στη βάση αυτή, στον εκ των προτέρων καθορισμό των ποσοτήτων που ήθελε να παραδώσει σε κάθε χονδρέμπορο. Συνεπώς, η προσφεύγουσα υποστηρίζει ότι η θέση της Επιτροπής ότι η Bayer εξαρτούσε τις παραδόσεις σε κάθε χονδρέμπορο από την εξακρίβωση του αν οι παραδοθείσες ποσότητες σύμφωνα με τη νέα πολιτική δεν είχαν τελικώς εξαχθεί στο Ηνωμένο Βασίλειο και ότι είχε θέσει σε εφαρμογή ένα σύστημα επιβολής κυρώσεων στους χονδρεμπόρους που συνέχιζαν να εξάγουν μετά τη θέση σε εφαρμογή της πολιτικής αυτής, δεν στηρίζεται στα πραγματικά περιστατικά.

82 Για να περιγράψει το σύστημα ελέγχου της διανομής του Adalat που έθεσε σε εφαρμογή η προσφεύγουσα, η Επιτροπή στηρίζεται στο έγγραφο που αναπαράγεται στην αιτιολογική σκέψη 109 της Αποφάσεως, το οποίο προέρχεται από την Bayer Ισπανίας και το οποίο οι υπηρεσίες της βρήκαν στις εγκαταστάσεις της Bayer Γαλλίας. Το έγγραφο αυτό αποτελείται από μια σειρά διαφανειών που χρησιμοποιήθηκαν σε συσκέψεις από κάποιον υπεύθυνο της ισπανικής θυγατρικής για να περιγράψει, κατά τη διάρκεια συσκέψεως που πραγματοποιήθηκε στις εγκαταστάσεις της Bayer Γαλλίας, το σύστημα ελέγχου της διανομής του Adalat που τέθηκε σε εφαρμογή στην Ισπανία. Κατά την Επιτροπή, το έγγραφο αυτό προβαίνει σε πλήρη περιγραφή του συστήματος που χρησιμοποίησε η προσφεύγουσα για να εντοπίσει, μεταξύ των πελατών της, εκείνους οι οποίοι προέβαιναν σε εξαγωγές.

- 83 Η προσφεύγουσα δέχθηκε κατά την επ' ακροατηρίου συζήτηση ότι οι διαφάνειες αυτές περιγράφουν ορθώς το σύστημα το οποίο εφάρμοζε. Δεδομένου ότι πρόκειται για ένα έγγραφο το οποίο, ως εκ της φύσεώς του, υποτίθεται ότι εχρησιμοποιείτο αποκλειστικά στο εσωτερικό του ομίλου Bayer, πρέπει να θεωρηθεί ενδεικτικό του τρόπου κατά τον οποίο η Bayer αποφάσισε να αντιμετωπίσει τις παράλληλες εισαγωγές.
- 84 Το Πρωτοδικείο επισημαίνει ότι οι διαφάνειες αυτές αρχίζουν με μια έκθεση του προβλήματος, αναφέροντας ότι ο όγκος των παραγγελιών του Adalat αυξήθηκε μέχρι 300 % σε λίγες εβδομάδες, ότι η αύξηση αυτή προκάλεσε εξάντληση αποθεμάτων, ότι έθεσε σε κίνδυνο την ομοιόμορφη διανομή σε όλες τις χώρες και ότι προκαλεί γενική δυσαρέσκεια τόσο στους χονδρέμπορους όσο και στην «οργάνωση των πωλήσεων εντός της χώρας και στο εξωτερικό», καθώς και στους φαρμακοποιούς, και, τέλος, ότι διαταράσσει τον ρυθμό παραγωγής λόγω επειγουσών παραγγελιών Adalat.
- 85 Εν συνεχεία, από τις διαφάνειες αυτές προκύπτει ότι η προσφεύγουσα θεώρησε ότι η καταλληλότερη λύση για να αντιμετωπίσει τα προβλήματα που προκάλεσε η αιφνίδια και υπερβολική αύξηση των παραγγελιών Adalat ήταν να καθορίσει εκ των προτέρων ένα όριο παραδόσεων για κάθε χονδρέμπορο το οποίο θα ελάμβανε υπόψη ένα σύνολο στοιχείων, στα οποία συγκαταλεγόταν, μεταξύ άλλων, ο «προσδιορισμός των πιθανών εξαγωγέων». Επιπλέον, από το έγγραφο αυτό προκύπτει ότι, για τη θέση σε εφαρμογή του εν λόγω συστήματος ελέγχου στην Ισπανία, ο όμιλος Bayer είχε προετοιμαστεί ως προς το ότι έπρεπε να συζητηθούν όρια όγκου παραδόσεων για κάθε χονδρέμπορο. Προς τούτο, ο όμιλος είχε προβλέψει, αφενός, ένα ενιαίο επιχείρημα το οποίο θα προέβαλλαν τα κατώτερα στελέχη του τμήματος διανομής, ήτοι την «εξάντληση των αποθεμάτων», και, αφετέρου, τον καθορισμό ενός υπευθύνου για τις απευθείας επαφές με τους χονδρέμπορους οι οποίοι, όπως μπορούσε να προβλεφθεί, επρόκειτο να πιέσουν για να πετύχουν αναθεώρηση των καθοριζομένων ορίων.
- 86 Από τις διαφάνειες αποδεικνύεται ότι, προκειμένου να εφαρμοστεί το όριο που καθοριζόταν για κάθε πελάτη, το εφαρμοζόμενο σύστημα παρείχε τη δυνατότητα να εμποδίζεται αυτόματα η παραγγελία του πελάτη που υπερέβαινε την καθορισθείσα ποσότητα, προκειμένου να καταστεί δυνατός ένας «χειρογραφικός» έλεγχος της παραγγελίας αυτής. Διευκρινίζεται επιπλέον ότι το σύστημα αυτό παρουσίαζε, μεταξύ άλλων πλεονεκτημάτων, εκείνο του να παρέχει τη δυνατότητα «γνώσεως των υπόπτων χονδρεμπόρων». Τέλος, όσον αφορά την αντιμετώπιση των χειρογραφικά

ελεγχόμενων παραγγελιών, από τις διαφάνειες αυτές προκύπτει ότι το σύστημα οδηγούσε στη «μείωση μάλλον παρά ακύρωση της παραγγελίας».

87 Παράδειγμα της πρακτικής εφαρμογής του ως άνω συστήματος ελέγχου παρέχει ο τιτλοφορούμενος «Το αποτέλεσμα» πίνακας που περιέχεται στις διαφάνειες αυτές και αναπαράγεται στο τέλος της αιτιολογικής σκέψης 109 της Αποφάσεως. Από τον πίνακα αυτό προκύπτει ότι η Bayer Ισπανίας προκαθόριζε μηνιαία και ετήσια όρια για τις παραγγελίες κάθε χονδρεμπόρου και ότι ήλεγχε, κατά την έκδοση κάθε δελτίου παραδόσεως, αν ο χονδρέμπορος είχε υπερβεί τα εν λόγω όρια.

88 Ωστόσο, οι διαφάνειες αυτές δεν περιέχουν καμία ένδειξη σχετική με τη βούληση της Bayer να απαγορεύσει τις εξαγωγές ή να ελέγξει τις πράγματι εξαγόμενες από έναστο των εξεταζομένων χονδρεμπόρων ποσότητες και να αντιδράσει αναλόγως.

89 Επομένως, και αντίθετα προς την ερμηνεία που υποστηρίζει η Επιτροπή, το περιεχόμενο αυτό του εσωτερικού εγγράφου δεν μπορεί να θεωρηθεί ότι αποδεικνύει ότι η προσφεύγουσα είχε βασίσει τη στρατηγική της στον έλεγχο των τελικών προορισμών των παραδιδομένων προϊόντων και στην επιβολή κυρώσεων στους χονδρεμπόρους εξαγωγείς.

90 Πρέπει εν συνεχεία να εξετασθούν τα διάφορα παραδείγματα Γάλλων και Ισπανών χονδρεμπόρων στους οποίους αναφέρεται η Επιτροπή για να υποστηρίξει ότι οι μειώσεις των παραδόσεων δεν είχαν προκαθοριστεί μονομερώς, αλλά συνιστούσαν την αντίδραση στη συμπεριφορά των χονδρεμπόρων όσον αφορά τις παραγγελίες, πράγμα το οποίο κατ' αυτήν αποδεικνύει την ύπαρξη της πολιτικής συστηματικού ελέγχου των εξαγωγών και επιβολής κυρώσεων στους χονδρεμπόρους που είχαν εξαγάγει τα παραδοθέντα προϊόντα.

91 Όσον αφορά την περίπτωση της CERP Lorraine, η Επιτροπή αναφέρεται στον πίνακα παραγγελιών που υπέβαλε αυτός ο Γάλλος χονδρέμπορος και ο οποίος

περιλαμβάνεται στην αιτιολογική σκέψη 87 της Αποφάσεως. Από τον πίνακα αυτό καταδεικνύεται ότι ο εν λόγω χονδρέμπορος, ενώ είχε υποβάλει μεταξύ Ιουνίου 1991 και Φεβρουαρίου 1992 μηνιαίες παραγγελίες 50 000 έως 70 000 κουτιών Adalat κατά μέσο όρο και ενώ είχε λάβει από τη Bayer Γαλλίας 69 000 κουτιά τον Ιούλιο του 1991, δεν είχε λάβει πλέον παρά 35 000 τον Σεπτέμβριο του 1991, κατόπιν 15 000 ανά μήνα κατά τους τρεις επόμενους μήνες και 7 500 μόνο τον Φεβρουάριο του 1992. Η Επιτροπή υποστηρίζει ότι οι μειώσεις αυτές στις παραδόσεις αποδεικνύουν ότι η Bayer δεν εφάρμοξε πάντοτε το ίδιο κριτήριο, ήτοι το κριτήριο των ποσοτήτων αναφοράς που καθορίζονταν με βάση τις παραγγελίες του προηγούμενου έτους.

- 92 Από το γράμμα της αιτιολογικής σκέψεως 87 της Αποφάσεως προκύπτει ότι, από τον Σεπτέμβριο του 1991, η Bayer μείωσε σημαντικά τις παραδόσεις στον χονδρέμπορο αυτό σε σχέση με τους προηγούμενους μήνες και ότι επικαλέστηκε προβλήματα εξαντλήσεως των αποθεμάτων στη γαλλική αγορά. Ωστόσο, καμία αναφορά δεν γίνεται στις ενδεχόμενες εξαγωγές των παραδοθεισών ποσοτήτων. Συνεπώς, η Επιτροπή δεν μπορεί να προβάλει αυτόν τον πίνακα παραγγελιών για να στηρίξει τη θέση της σχετικά με την υπό προϋποθέσεις παράδοση. Αντιθέτως, η εν λόγω αιτιολογική σκέψη της Αποφάσεως αναπαράγει επίσης ένα έγγραφο της Bayer Γαλλίας προς τη CERP Lorraine με το οποίο, κατά την Επιτροπή, η Bayer Γαλλίας υπενθυμίζει ότι «οι ανάγκες της CERP Lorraine ανέρχονταν κατά μέσον όρο στα 9 000 κουτιά μηνιαίως. Για τον λόγο αυτόν η Bayer Γαλλίας υποστηρίζει ότι δεν ήταν σε θέση να ικανοποιήσει την αυξημένη ζήτηση του επομένου έτους». Τούτο πρέπει να ερμηνευθεί ως επιβεβαίωση του ότι, όπως υποστηρίζει η προσφεύγουσα, η νέα πολιτική της όσον αφορά τις παραδόσεις στηριζόταν στις παραδοσιακές ανάγκες κάθε χονδρεμπόρου οι οποίες, στην περίπτωση της CERP Lorraine, ήταν κατά επτά ή οκτώ φορές λιγότερο υψηλές απ' ό,τι οι ποσότητες που είχαν παραγγελθεί τους μήνες πριν από τη θέση σε εφαρμογή της νέας πολιτικής. Η άποψη της προσφεύγουσας επιβεβαιώνεται από την αιτιολογική σκέψη 165 της Αποφάσεως, όπου εκτίθεται ότι η Bayer ήλεγχε εκ του σύνεγγυς τις παραγγελίες της CERP Lorraine και δεν δεχόταν να της παραδώσει εμπορεύματα παρά μόνο στα ίδια αυστηρώς επίπεδα με το προηγούμενο έτος.

- 93 Για την περίπτωση του Γάλλου χονδρεμπόρου OCP πρέπει να γίνει ίδια εκτίμηση. Η αιτιολογική σκέψη 91 της Αποφάσεως εκθέτει την κατάσταση του χονδρεμπόρου αυτού, ο οποίος είχε προτείνει στη Bayer Γαλλίας ένα χρονοδιάγραμμα παραγγελιών στο οποίο προβλεπόταν η παράδοση 50 000 κουτιών Adalat για τον Μάρτιο, τον Απρίλιο και τον Μάιο του 1992. Γίνεται αναφορά σε ένα τηλετύπημα που απηύθυνε ο χονδρέμπορος αυτός στη Bayer Γαλλίας και με το οποίο της προσήψε ότι δεν του παρέδωσε παρά μόνο 15 000 κουτιά τον Φεβρουάριο και 5 000 τον Μάρτιο. Ελλείψει όμως κάθε ενδείξεως ή αναφοράς σε κάποια απαγόρευση των εξαγωγών, η Επι-

τροπή δεν μπορεί να επικαλείται το τηλετύπημα αυτό για να στηρίξει τη θέση της περί εξαρτώμενης από προϋποθέσεις παραδόσεως.

94 Όσον αφορά τον Ισπανό χονδρέμπορο Hefame, η Επιτροπή ισχυρίζεται ότι και αυτός είχε εντοπιστεί ως παράλληλος εξαγωγέας. Στην αιτιολογική σκέψη 120 της Αποφάσεως, που αναπαράγει τις εξηγήσεις τις οποίες η Hefame έδωσε σε δυσαρεστημένους πελάτες στο Ηνωμένο Βασίλειο, η Επιτροπή αναφέρει ειδικότερα ότι η παρατήρηση ότι «οι παράλληλες εξαγωγές [ήσαν] πολύ υψηλές και [ελέγχονταν] από τις πολυεθνικές» (αναφορά στη Bayer κατά την Επιτροπή), αποδεικνύει ότι η προσφεύγουσα ήλεγχε πράγματι την κατάσταση, ότι γνώριζε σαφώς ποιοι χονδρέμποροι προέβαιναν σε παράλληλες εξαγωγές και ότι τους επέβαλλε τις ανάλογες κυρώσεις. Επιβάλλεται η διαπίστωση ότι, και μεν το έγγραφο αυτό καταδεικνύει βεβαίως ότι η Bayer είχε εφαρμόσει περιορισμούς στις παραδόσεις προς τη Hefame, οι οποίοι προκάλυψαν προβλήματα στους πελάτες της Hefame, πλην όμως δεν μπορεί να στηρίξει τη θέση της Επιτροπής ότι οι παραδόσεις εξηρτώντο από τον τελικό προορισμό των παραδιδόμενων προϊόντων, καθόσον κανένα από τα στοιχεία αυτά δεν μπορεί να ερμηνευθεί ως απόδειξη του ότι η Bayer επιχείρησε να απαγορεύσει τις εξαγωγές των παραδιδόμενων προϊόντων και να επιβάλει κυρώσεις για μια τέτοια πρακτική. Αντιθέτως, το γεγονός ότι η Bayer περιορίστηκε στην εφαρμογή μιας πολιτικής περιορισμένης παραδόσεως ανάλογα με τις εθνικές ανάγκες φαίνεται να ενισχύεται από τις ακόλουθες φράσεις, που περιέχονται στο έγγραφο το οποίο αναπαράγεται στην αιτιολογική σκέψη 120 της Αποφάσεως:

«Καταλαβαίνων ότι οι νέες αυτές εξελίξεις δεν είναι ευχάριστες για σας, αλλά μέσα σ' ένα χρόνο η κατάσταση άλλαξε άρδην και οι παράλληλες εξαγωγές είναι πολύ υψηλές και ελέγχονται από τις πολυεθνικές. (...) Εδώ και αρκετό καιρό συναντούμε σοβαρές δυσκολίες στην προμήθεια επαρκών ποσοτήτων [Aadalat], (...) και (...) από την Ισπανία. (...) Φαίνεται ότι, για άλλη μια φορά, η Bayer και η (...) καταβάλλουν κάθε προσπάθεια για να διατηρήσουν τη διάθεση των προϊόντων τους στην Ισπανία σε τέτοιο ύψος ώστε να καλύπτονται μόνον οι ανάγκες της ισπανικής αγοράς, όπως τις εκτιμούν, παρεμποδίζοντας κατ' αυτόν τον τρόπο τις ελεύθερες συναλλαγές εντός της ΕΚ. Υπάρχει τρόπος να λάβετε μέτρα κατά των εταιριών αυτών;»

95 Όσον αφορά πάντοτε τη Hefame, οι αιτιολογικές σκέψεις 122 έως 124 της Αποφάσεως περιγράφουν τις συμφωνίες που συνήψε ο χονδρέμπορος αυτός με ορισμένους μικρούς χονδρεμπόρους. Σύμφωνα με μία από τις συμφωνίες αυτές, που περι-

λαμβάνεται στον φάκελο της Επιτροπής, ένας μικρός χονδρέμπορος αναλάμβανε τη δέσμευση «να διευκολύνει, προμηθεύοντας προϊόντα ή ποσότητες των προϊόντων που μπορεί να έχει στη διάθεσή της, πέραν όσων προμηθεύεται η Hefame, την κανονική προμήθεια των απαιτούμενων ποσοτήτων για τους πελάτες της Hefame από το εξωτερικό». Η Επιτροπή υποστηρίζει ότι η Hefame συνήψε τις συμφωνίες αυτές επειδή γνώριζε ότι, ως εντοπισμένος από την προσφεύγουσα παράλληλος εξαγωγέας, δεν θα της παραδίδονταν νέες ποσότητες Adalat. Κατά την Επιτροπή, αυτό αποδεικνύει ότι οι παραδόσεις δεν πραγματοποιούνταν με βάση προκαθορισμένες αξίες ή όρια, καθόσον κάποιοι μη ύποπτοι χονδρέμποροι έλαβαν χωρίς δυσκολία μεταλύτερες ποσότητες, και ότι η προσφεύγουσα προέβαινε σε σαφέστατη διάκριση μεταξύ των χονδρεμπόρων που ήσαν ύποπτοι για παράλληλες εξαγωγές και εκείνων οι οποίοι δεν ήσαν γνωστοί ως παράλληλοι εξαγωγείς. Τέλος, στην Απόφαση εκτίθεται (αιτιολογική σκέψη 124) ότι η προσφεύγουσα γρήγορα εμπόδισε μια τέτοια κατανομή των χονδρεμπόρων, διότι εντόπισε και τους μικρούς χονδρεμπόρους οι οποίοι προέβαιναν και αυτοί σε παράλληλες εξαγωγές και μείωσε επίσης κατά συνέπεια τις παραδόσεις που προορίζονταν γι' αυτούς.

96 Το Πρωτοδικείο παρατηρεί ότι τα ως άνω αποσπάσματα εγγράφων κάνουν πράγματι λόγο για συμφωνίες που συνήψε ο χονδρέμπορος αυτός με άλλους τοπικούς χονδρεμπόρους για να προσπαθήσει να λάβει κοντινά Adalat πέραν εκείνων που παραδίδονταν άμεσα από την προσφεύγουσα. Ωστόσο, δεν προσκομίζουν κανένα αποδεικτικό στοιχείο προς στήριξη της απόψεως ότι η προσφεύγουσα εξαρτούσε την πολιτική παραδόσεων προς κάθε χονδρέμπορο από την συμπεριφορά αυτού όσον αφορά τον τελικό προορισμό των παραδιδόμενων προϊόντων. Αντίθετα προς όσα ισχυρίζεται η Επιτροπή, δεν προκύπτει από τα εκτιθέμενα στην αιτιολογική σκέψη 122 της Αποφάσεως έγγραφα ότι οι παραδόσεις σύμφωνα με τη νέα πολιτική δεν πραγματοποιούνταν με βάση καθορισμένες αξίες ή όρια ανάλογα με τις ιστορικές ανάγκες. Επιπλέον, η ίδια η Επιτροπή αναφέρει, στις αιτιολογικές σκέψεις 124 και 168 της Αποφάσεως, ότι η Bayer, εφαρμόζοντας τη νέα πολιτική της που συνίστατο στο να βασίζεται στις ιστορικές ανάγκες, όταν διαπίστωσε ότι οι μικροί χονδρέμποροι παραλάμβαναν ποσότητες ασυνήθιστα υψηλές σε σχέση με τις «συνήθεις» ανάγκες τους στην τοπική αγορά, αποφάσισε να μην τους παραδίδει παρά μόνο μέχρι του ύψους των παραδοσιακών αναγκών τους.

97 Όσον αφορά την περίπτωση της Sofares, η Επιτροπή, στην αιτιολογική σκέψη 121 της Αποφάσεως, παραθέτει μια δήλωση που ο χονδρέμπορος αυτός έκανε κατά τον έλεγχο που διενήργησε η Επιτροπή στις εγκαταστάσεις του.

- 98 Η δήλωση αυτή αναφέρεται, αφενός, γενικώς, στις δυσχέρειες που προέβλεπαν διάφορα εργαστήρια για να παραδώσουν προϊόντα προοριζόμενα για εξαγωγή, και, αφετέρου, ειδικότερα, στις συζητήσεις μεταξύ Cofares και Bayer Ισπανίας όσον αφορά το μέγεθος των αναγκών της εθνικής αγοράς. Ωστόσο, η δήλωση αυτή, μολονότι αναφέρεται στις δυσχέρειες εφοδιασμού, ουδόλως κάνει λόγο για οποιαδήποτε απαγόρευση των εξαγωγών επιβληθείσα από τη Bayer ούτε για απόπειρα της Bayer να ελέγξει τον πραγματικό προσορισμό των παραδιδόμενων προϊόντων στην Ισπανία, για να αντιδράσει ανάλογα εάν τα προϊόντα αυτά εξάγονταν. Συνεπώς, ούτε και στη δήλωση αυτή μπορεί η Επιτροπή να στηριχθεί για να αποδείξει τη θέση της όσον αφορά τις εξαρτώμενες από προϋποθέσεις παραδόσεις.
- 99 Όσον αφορά τη Hufasa, η αιτιολογική σκέψη 127 της Αποφάσεως αναπαράγει τα πρακτικά, που συνέταξε ο χονδρέμπορος αυτός, μιας συσκέψεως που πραγματοποιήθηκε με τα διευθυντικά στελέχη της Bayer Ισπανίας για να επιχειρήσουν να επιτύχουν σημαντικότερες παραδόσεις, η δε Επιτροπή προσδίδει ιδιαίτερη αξία στο έγγραφο αυτό (βλ. αιτιολογικές σκέψεις 166 και 167 της Αποφάσεως) προκειμένου να αποδείξει την απαγόρευση των εξαγωγών.
- 100 Ωστόσο, επιβάλλεται η διαπίστωση ότι το έγγραφο αυτό της Hufasa δεν περιέχει αναφορά σε απαγόρευση των εξαγωγών επιβληθείσα από την προσφεύγουσα ούτε στη φερόμενη εκ μέρους αυτής εφαρμογή μιας πολιτικής συστηματικού ελέγχου εκ των υστέρων των πραγματικών προσορισμών των παραδοθέντων προϊόντων. Αντίθετα προς όσα υποστηρίζει η Επιτροπή, τίποτε στο έγγραφο αυτό δεν δικαιολογεί τη φερόμενη ανάγκη της Hufasa να πείσει τη Bayer ότι δεν θα προέβαινε σε εξαγωγές.
- 101 Πρέπει επιπλέον να τονισθεί ότι στην Απόφαση εκτίθενται πραγματικά στοιχεία (αιτιολογικές σκέψεις 96 και 159) που επιβεβαιώνουν τη θέση της προσφεύγουσας όσον αφορά την εφαρμοσθείσα πολιτική παραδόσεων. Έτσι, η ίδια η Απόφαση, όταν αναφέρει στην αιτιολογική σκέψη 96, ότι «η Bayer Γαλλίας δέχεται αύξηση των παραγγελιών για τις ανάγκες της γαλλικής αγοράς κατά 10 % περίπου, η αύξηση

αυτή θεωρείται φυσιολογική», αντιφάσκει προς τη θέση της Επιτροπής ότι η Bayer δεν είχε εφαρμόσει την εν λόγω προσέγγιση. Η ίδια παρατήρηση ισχύει και για την αιτιολογική σκέψη 159, η οποία, αναφερόμενη στις αιτιολογικές σκέψεις 78 και 79, αναφέρει ότι «η Επιτροπή έχει στη διάθεσή της καταστάσεις όπου αναφέρονται οι ποσότητες των παραγγελιών ανά μήνα και υπογραμμίζεται η αύξησή τους σε σχέση με τις στατιστικές του προηγούμενου έτους».

- 102 Τέλος, εν προκειμένω, η Επιτροπή δεν μπορεί να αντιτάσσει στον ισχυρισμό της προσφεύγουσας ότι οι ποσότητες των παραδοτέων προϊόντων καθορίζονταν εκ των προτέρων με βάση τις ιστορικές ανάγκες του ενδιαφερομένου, προσαυξημένες κατά 10 % και χωρίς να λαμβάνεται υπόψη οποιαδήποτε ενδεχόμενη εξαγωγή των προϊόντων, το γεγονός ότι η πολιτική αυτή μπορεί να μην εφαρμόστηκε πάντοτε κατά ακριβή ή αυτόματο τρόπο. Συναφώς, πρέπει να τονιστεί ότι, όπως διευκρίνισε η προσφεύγουσα κατά την επ' ακροατηρίου συζήτηση, δεδομένου ότι καθυστέρησε κατά κάποιους μήνες η εφαρμογή της νέας πολιτικής της όσον αφορά τις παραδόσεις, είναι δυνατόν οι παραδόσεις προς ορισμένους χονδρεμπόρους, που είχαν λάβει πολύ σημαντικές ποσότητες προϊόντων μετά την υιοθέτηση της πολιτικής, να μειώθηκαν στο επίπεδο που αντιστοιχούσε στις παραδοσιακές ανάγκες τους όπως αυτές είχαν καθοριστεί από τα εσωτερικά στατιστικά στοιχεία του ομίλου Bayer. Τούτο συνέβη ιδίως στην περίπτωση της (εκτιθέμενης στην αιτιολογική σκέψη 87 της Αποφάσεως) CERP Lorraine η οποία, στις αρχές του 1991, έλαβε το σύνολο των μηνιαίων παραγγελιών που αφορούσαν πάνω από 60 000 κουτιά Adalat και η οποία, εν συνεχεία, έλαβε μόνο 9 000, ήτοι μια ποσότητα που αντιστοιχούσε στις παραγγελίες της προ της αναπτύξεως του φαινομένου των παράλληλων εξαγωγών. Επιπλέον, το γεγονός ότι οι χονδρέμποροι τους οποίους η προσφεύγουσα δεν θεωρούσε εξαγωγείς έλαβαν πρόσθετες ποσότητες ευκολότερα απ' ό,τι οι χονδρέμποροι που είχαν εντοπισθεί ως εξαγωγείς, πράγμα το οποίο η προσφεύγουσα δεν φαίνεται να αμφισβητεί αυτό καθαυτό, δεν μπορεί να αναιρέσει την προεκτεθείσα ανάλυση σχετικά με την έλλειψη αποδείξεων όσον αφορά την φερόμενη πολιτική ελέγχου των ούτως πραγματοποιούμενων εξαγωγών και επιβολής κυρώσεων στους αντίστοιχους εξαγωγείς.

- 103 Όσον αφορά τα φερόμενα ως αποδεικτικά έγγραφα που εκτίθενται λεπτομερώς στις αιτιολογικές σκέψεις 83 έως 85 και 96 έως 103 της Αποφάσεως, σχετικά με τη Γαλλία, και στις αιτιολογικές σκέψεις 110 έως 131, σχετικά με την Ισπανία, και στα οποία παραπέμπει η αιτιολογική σκέψη 160 της Αποφάσεως για να στηρίξει τη θέση της Επιτροπής, αρκεί να διαπιστωθεί ότι αυτά, όπως και τα έγγραφα που περιέχονται

στις αιτιολογικές σκέψεις οι οποίες εξετάστηκαν μόλις ανωτέρω, ουδόλως αποδεικνύουν ότι Bayer έθεσε σε εφαρμογή μια πολιτική παραδόσεων εξαρτώμενη από την τήρηση στην πράξη μιας φερόμενης απαγορεύσεως των εξαγωγών.

104 Κατά την επ' ακροατηρίου συζήτηση και απαντώντας σε ερώτηση του Πρωτοδικείου, η Επιτροπή αναφέρθηκε στις αιτιολογικές σκέψεις 80, 110, 140 και 147 της Αποφάσεως για να στηρίξει τη θέση της περί παραδόσεων εξαρτώμενων από την τήρηση της απαγορεύσεως των εξαγωγών.

105 Οι εν λόγω αιτιολογικές σκέψεις της Αποφάσεως αναπαράγουν επιστολές ανταλλαγείσες μεταξύ των υπευθύνων της βρετανικής και της γαλλικής θυγατρικής, μεταξύ της ισπανικής θυγατρικής και της μητρικής εταιρίας του ομίλου Bayer, μεταξύ της βρετανικής θυγατρικής και της εν λόγω μητρικής εταιρίας, καθώς και ένα εσωτερικό σημείωμα της διευθύνουσας επιτροπής της Bayer Γαλλίας. Όλα αυτά τα έγγραφα αφορούν τη θέση σε εφαρμογή, εκ μέρους του ομίλου Bayer, της νέας πολιτικής παραδόσεων και του συστήματος ελέγχου της διανομής του Adalat, για να αντιμετωπιστεί το φαινόμενο των παραλλήλων εισαγωγών. Τα έγγραφα αυτά αποδεικνύουν ότι ο όμιλος Bayer είχε συμφέρον να εντοπίζει τους χονδρεμπόρους που μπορεί να προέβαιναν σε εξαγωγές. Ωστόσο, δεδομένου ότι τα εν λόγω έγγραφα δεν περιέχουν καμία αναφορά σε οποιαδήποτε βούληση ελέγχου της συμπεριφοράς κάθε χονδρεμπόρου και επιβολής κυρώσεων σ' αυτόν αν αποδεικνυόταν ότι είχε εξαγάγει τα παραδοθέντα προϊόντα, η Επιτροπή δεν μπορεί να επικαλείται τα εν λόγω έγγραφα για να στηρίξει τη θέση της.

106 Τέλος, τα επιχειρήματα που προβάλλει η Επιτροπή και στηρίζονται στο πώς υποκειμενικά αντιλαμβάνονταν την κατάσταση οι χονδρέμποροι δεν μπορούν να μεταβάλουν τα προεκτεθέντα συμπεράσματα όσον αφορά τη φερόμενη βούληση της προσφεύγουσας να επιβάλει απαγόρευση των εξαγωγών και να επιβάλει κυρώσεις για τη μη τήρηση της απαγορεύσεως αυτής.

107 Η Επιτροπή ισχυρίζεται ότι οι χονδρέμποροι γνώριζαν τα κίνητρα της προσφεύγουσας και ότι, συνεπώς, θεωρούσαν ότι οι επιβαλλόμενοι από την Bayer περιορισμοί

συνδέονταν με τις εξαγωγές. Προσθέτει ότι οι χονδρέμποροι είχαν κάθε συμφέρον να τηρήσουν τυπικά την απαγόρευση των εξαγωγών και ότι δέχονταν συνεπώς την απαγόρευση αυτή για να εξασφαλίσουν επαρκή εφοδιασμό σε Adalat. Τέλος, η Επιτροπή ισχυρίζεται ότι οι χονδρέμποροι που δεν συμμορφώνονταν με την απαγόρευση των εξαγωγών δέχονταν απειλές και κυρώσεις εκ μέρους της Bayer.

- 108 Ωστόσο, όπως κρίθηκε ανωτέρω, η Επιτροπή δεν απέδειξε ότι η προσφεύγουσα έθεσε σε εφαρμογή μια πολιτική ελέγχου του τελικού προορισμού των παραδιδόμενων στο πλαίσιο της νέας πολιτικής προϊόντων και μια πολιτική παραδόσεων εξαρτώμενη από τον εν λόγω προορισμό. Συνεπώς, το επιχείρημα ότι οι χονδρέμποροι είχαν κάθε συμφέρον να τηρήσουν τυπικά την απαγόρευση των εξαγωγών για να εξασφαλίσουν επαρκή εφοδιασμό σε Adalat δεν στηρίζεται στα πραγματικά περιστατικά. Επιπλέον, η Επιτροπή δεν απέδειξε επαρκώς κατά νόμο την ύπαρξη κυρώσεων κατά των χονδρεμπόρων οι οποίοι αποφάσισαν να εξαγάγουν τα κουτιά του Adalat και την ύπαρξη σχετικών απειλών εκ μέρους της Bayer. Η Επιτροπή δεν προσκόμισε ομοίως αποδεικτικά στοιχεία προκειμένου να αποδείξει, έστω βάσει ενδείξεων, ότι η Bayer είχε «απαιτήσεις» από τους χονδρεμπόρους να μην εξαγάγουν τα παραδιδόμενα προϊόντα ή ότι κάποιος χονδρέμπορος είχε παράσχει «διαβεβαιώσεις» στη Bayer όσον αφορά τις εξαγωγές. Αντιθέτως, όπως υποστηρίζει η προσφεύγουσα, ελλείπει οποιοδήποτε έλεγχο του τελικού προορισμού των παραδιδόμενων προϊόντων, οι χονδρέμποροι δεν έπρεπε να φοβούνται τις κυρώσεις ούτε τις φροβούνταν, όπως προκύπτει από τη δήλωση του χονδρεμπόρου που παρατίθεται στην αιτιολογική σκέψη 185 της Αποφάσεως: «Σημασία έχει τι προμηθευόμαστε και όχι τι παραγγέλλουμε». Υπό τις περιστάσεις αυτές, το ότι οι χονδρέμποροι γνώριζαν τη βούληση της προσφεύγουσας να εμποδίσει τις παράλληλες εισαγωγές δεν μπορεί να αποδείξει τη φερόμενη σχέση μεταξύ του περιορισμού των παραδόσεων και της συμπεριφοράς των χονδρεμπόρων όσον αφορά τις εξαγωγές.

- 109 Κατόπιν των προεκτεθέντων, πρέπει να συναχθεί το συμπέρασμα 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 ένα συστηματικό έλεγχο του πραγματικού τελικού προορισμού των κουτιών Adalat που παραδόθηκαν μετά την υιοθέτηση της νέας πολιτικής παραδόσεων, ούτε ότι η προσφεύγουσα 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.

110 Τέλος, από τα αναπαραχθέντα στην Απόφαση έγγραφα δεν προκύπτει ούτε ότι η προσφεύγουσα επιδίωξε να επιτύχει οποιαδήποτε συμφωνία εκ μέρους των χονδρεμπόρων σε σχέση με τη θέση σε εφαρμογή της πολιτικής της που αποσκοπούσε στη μείωση των παραλλήλων εισαγωγών.

2. Επί της φερομένης βουλήσεως των χονδρεμπόρων να προσχωρήσουν στην πολιτική της προσφεύγουσας που αποσκοπούσε στη μείωση των παραλλήλων εισαγωγών

α) Προκαταρκτικές παρατηρήσεις

111 Η προσφεύγουσα δέχεται εν προκειμένω ότι υιοθέτησε και έθεσε σε εφαρμογή μονομερώς μια νέα πολιτική παραδόσεων που αποσκοπούσε στο να καταστήσει δυσχερέστερη για τους χονδρεμπόρους τις παράλληλες εξαγωγές τους. Όπως υπενθυμίστηκε, κατά τη νομολογία, μια φαινομενικά μονομερούς συμπεριφορά του παραγωγού, που υιοθετήθηκε στο πλαίσιο των συμβατικών σχέσεων που διατηρεί με τους μεταπωλητές του, μπορεί να συνεπάγεται στην πραγματικότητα συμφωνία μεταξύ επιχειρήσεων, υπό την έννοια του άρθρου 85, παράγραφος 1, της Συνθήκης, αν αποδεικνύεται η ρητή ή σιωπηρή συναίνεση των λοιπών συμβαλλομένων προς τη συμπεριφορά που υιοθέτησε ο παραγωγός.

112 Η Επιτροπή υποστηρίζει ότι, για την εφαρμογή της πολιτικής της όσον αφορά τον περιορισμό των παραδόσεων, η προσφεύγουσα στηρίχθηκε στη συναίνεση των χονδρεμπόρων.

113 Συνεπώς, υπό τις περιστάσεις της υποθέσεως, πρέπει να εξετασθεί αν η Επιτροπή απέδειξε επαρκώς κατά νόμο τη ρητή ή σιωπηρή προσχώρηση των χονδρεμπόρων στη μονομερή πολιτική παρεμποδίσεως των παραλλήλων εισαγωγών που υιοθέτησε η Bayer.

β) Επί της αποδείξεως της «συμπεριφοράς σιωπηρής συναινέσεως» εκ μέρους των χονδρεμπόρων

- 114 Η Επιτροπή αναφέρει στην αιτιολογική σκέψη 176 της Αποφάσεως ότι οι χονδρέμποροι υιοθέτησαν μια «στάση που (...) καταδεικνύει τη σιωπηρή [συναινέση προς την απαγόρευση] των εξαγωγών», συμπεριφορά η οποία περιγράφεται λεπτομερέστερα στις αιτιολογικές σκέψεις 181 έως 185. Η Επιτροπή κατέληξε στο συμπέρασμα αυτό βάσει σειράς πραγματικών στοιχείων τα οποία θεωρεί αποδεδειγμένα.
- 115 Πρώτον, η Επιτροπή υπενθυμίζει (αιτιολογική σκέψη 180), αφενός, ότι οι χονδρέμποροι γνώριζαν την απαγόρευση των εξαγωγών, πράγμα το οποίο «χαρακτήριζε και την υπόθεση Sandoz» και οδήγησε την Επιτροπή στο συμπέρασμα ότι «το γεγονός ότι [οι χονδρέμποροι] δεν αντέδρασαν στην απαγόρευση των εξαγωγών επέτρεψε να θεωρηθεί ότι την αποδέχονταν και ότι συγκεντρώνονταν τα απαραίτητα συστατικά στοιχεία για την ύπαρξη συμφωνίας», και, αφετέρου, ότι, όπως στην εν λόγω υπόθεση, η απαγόρευση των εξαγωγών εντασσόταν στο πλαίσιο των αδιαλείπτων εμπορικών σχέσεων μεταξύ της Bayer Γαλλίας ή της Bayer Ισπανίας και των αντιστοίχων χονδρεμπόρων τους.
- 116 Δεύτερον, η Επιτροπή τονίζει (αιτιολογική σκέψη 180) ότι, εν προκειμένω, ως επιπλέον στοιχείο σε σχέση με τα στοιχεία που θεωρήθηκαν ουσιώδη στην υπόθεση επί της οποίας εκδόθηκε η απόφαση Sandoz, «η ίδια η συμπεριφορά [των χονδρεμπόρων]» δείχνει «ότι όχι μόνο κατανόησαν ότι απαγορεύεται να εξαγουν τα παραδιδόμενα εμπορεύματα, αλλά και ότι συμμορφώθηκαν με την εν λόγω απαγόρευση».
- 117 Η Επιτροπή θεωρεί ότι είναι αποδεδειγμένη η εν λόγω «συμμόρφωση της συμπεριφοράς [των χονδρεμπόρων] με τις απαιτήσεις της Bayer Γαλλίας και της Bayer Ισπανίας» από τη διαπίστωση ότι, αφής στιγμής έγιναν κατανοητές οι πραγματικές προθέσεις της Bayer Γαλλίας και της Bayer Ισπανίας, οι χονδρέμποροι έδειξαν την προσχώρησή τους, «τουλάχιστον κατ' επίφαση (...) στον όρο της απαγόρευσης των

εξαγωγών που επέβαλε ο προμηθευτής τους στο πλαίσιο των εμπορικών τους σχέσεων» (αιτιολογική σκέψη 181). Συγκεκριμένα, προσάρμοσαν την παρουσίαση των παραγγελιών τους προς τις απαιτήσεις της Bayer Γαλλίας και της Bayer Ισπανίας, όπως αποδεικνύεται από τα διάφορα συστήματα που έθεσαν σε εφαρμογή για να προμηθεύονται εμπορεύματα, ειδικότερα το σύστημα του επιμερισμού των παραγγελιών που προορίζονταν για εξαγωγή μεταξύ διαφόρων καταστημάτων και τις παραγγελίες σε μικρούς χονδρεμπόρους (αιτιολογική σκέψη 182).

118 Κατά την Απόφαση (αιτιολογικές σκέψεις 183 και 184), οι χονδρέμποροι «άρχισαν να τηρούν τις εθνικές “ποσοτώσεις” 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». Η στάση έδειχνε ότι «[γνώριζαν] τα πραγματικά κίνητρα της Bayer Γαλλίας και της Bayer Ισπανίας και τους μηχανισμούς που θέτουν σε εφαρμογή οι εταιρίες αυτές για να εμποδίσουν τις παράλληλες εξαγωγές: [προσαρμόστηκαν] στο σύστημα του άλλου συμβαλλόμενου μέρους για να τηρήσουν τις απαιτήσεις του».

119 Ωστόσο, πρέπει να υπενθυμιστεί, πρώτον, ότι, όπως κρίθηκε ανωτέρω, η Επιτροπή δεν απέδειξε επαρκώς κατά νόμο ούτε την εκ μέρους της Bayer υιοθέτηση της συστηματικής πολιτικής παρακολούθησης του τελικού προορισμού των παραδιδόμενων 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 φερομένης απαγορεύσεως των εξαγωγών.

120 Δεύτερον, από κανένα στοιχείο της δικογραφίας δεν προκύπτει ότι η Bayer Γαλλίας ή η Bayer Ισπανίας απαίτησαν οποιαδήποτε συμπεριφορά εκ μέρους των χονδρεμπόρων όσον αφορά τον τελικό προορισμό των παραδιδόμενων κουτιών Adalat ή την τήρηση κάποιου συγκεκριμένου τρόπου υποβολής των παραγγελιών, η δε

πολιτική της συνίστατο αποκλειστικά στον μονομερή περιορισμό των παραδόσεων με προκαθορισμό των παραδοτέων ποσοτήτων βάσει των παραδοσιακών αναγκών.

- 121 Τέλος, η Επιτροπή δεν απέδειξε ότι η προσφεύγουσα επιχείρησε να επιτύχει τη συμφωνία ή τη συναίνεση των χονδρεμπόρων για την εφαρμογή της πολιτικής της. Εξάλλου δεν υποστήριξε καν ότι η Bayer επιδίωξε να επιτύχει την εκ μέρους των χονδρεμπόρων αλλαγή της μεθόδου υποβολής των παραγγελιών.
- 122 Επομένως, τα στοιχεία που αναφέρονται στις αιτιολογικές σκέψεις 181 έως 185 της Αποφάσεως, βάσει των οποίων η Επιτροπή εκτιμά ότι οι χονδρέμποροι συμμορφώθηκαν με τη φερόμενη απαγόρευση των εξαγωγών, δεν μπορούν να γίνουν δεκτά, καθόσον στηρίζονται σε πραγματικά περιστατικά τα οποία δεν απεδείχθησαν.
- 123 Η Επιτροπή, δεδομένου ότι δεν διαθέτει, εν προκειμένω, κανένα έγγραφο αναφερόμενο ρητώς σε συμφωνία μεταξύ της Bayer και των χονδρεμπόρων της όσον αφορά τις εξαγωγές, προκειμένου να αποδείξει τη σύμπτωση των βουλήσεων, ισχυρίζεται ότι ακολούθησε τη νομολογιακή προσέγγιση που συνίσταται στην εξέταση της πραγματικής συμπεριφοράς των χονδρεμπόρων για να καθοριστεί η ύπαρξη της συναινέσεώς τους. Συγκεκριμένα, όπως ανέφερε στην αιτιολογική σκέψη 180 της Αποφάσεως: «στην προκειμένη περίπτωση, (...) η ίδια η συμπεριφορά [των χονδρεμπόρων] δείχνει ότι όχι μόνο κατανόησαν ότι απαγορεύεται να εξάγουν τα παραδιδόμενα εμπορεύματα, αλλά και ότι συμμορφώθηκαν με την εν λόγω απαγόρευση». Αντιθέτως, κατά την προσφεύγουσα, η συμπεριφορά των χονδρεμπόρων είναι ακριβώς η καλύτερη απόδειξη της ελλείψεως συμπτώσεως των βουλήσεων.
- 124 Επομένως, υπό τις συγκεκριμένες περιστάσεις, πρέπει να εξετασθεί αν, ενόψει της πραγματικής συμπεριφοράς των χονδρεμπόρων κατόπιν της υιοθέτησής 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.

i) Η συμπεριφορά των Γάλλων χονδρεμπόρων

- 125 Πρέπει εκ προοιμίου να υπενθυμιστεί η αιτιολογική σκέψη 96 της Αποφάσεως, στην οποία η Επιτροπή προβαίνει σε γενική περιγραφή του τρόπου κατά τον οποίο οι Γάλλοι χονδρέμποροι οργανώθηκαν για να μπορέσουν να προμηθευθούν εμπορεύματα:

«Οι τρεις επιχειρήσεις χονδρικού εμπορίου χρησιμοποίησαν την ίδια μέθοδο: έπαψαν να δίνουν παραγγελίες με προορισμό την εξαγωγή και οργανώθηκαν σε εσωτερικό επίπεδο για να αυξήσουν τις παραγγελίες που προορίζονταν επίσημα για τη γαλλική αγορά.»

Η Bayer Γαλλίας δέχεται αύξηση των παραγγελιών για τις ανάγκες της γαλλικής αγοράς κατά 10 % περίπου. Η αύξηση αυτή θεωρείται φυσιολογική. Οι επιχειρήσεις χονδρικού εμπορίου οργανώνονται μέσω ορισμένων καταστημάτων που είναι διασκορπισμένα στο γαλλικό έδαφος και εφοδιάζουν σε φυσιολογικές συνθήκες τους πελάτες της περιοχής.

Οι παραγγελίες για εγχώρια κατανάλωση που δίνουν τα καταστήματα αυτά αυξάνουν και δεν παρέχουν στην Bayer Γαλλίας καμία ένδειξη ότι προορίζονται για εξαγωγή. Αυτό που επιδιώκεται είναι να πιστέψει η Bayer Γαλλίας ότι έχει αυξηθεί η ζήτηση της Γαλλίας, επιμερίζοντάς την στα διάφορα καταστήματα. Στη συνέχεια οι ποσότητες που στην πραγματικότητα προορίζονται για εξαγωγή διοχετεύονται εκ νέου σε κάθε επιχείρηση χονδρικού εμπορίου προκειμένου να εξαχθούν.»

- 126 Στις αιτιολογικές σκέψεις 97 έως 101 της Αποφάσεως, που περιγράφουν τη στρατηγική που εφάρμοσε ο χονδρέμπορος CERP Rouen για να καταστρατηγήσει την πολιτική περιορισμού των παραδόσεων που εισήγαγε η Bayer, αναπαράγονται διάφορες επιστολές που αντηλλάγησαν, μεταξύ Οκτωβρίου 1991 και Ιανουαρίου 1992, μεταξύ της κεντρικής υπηρεσίας αγορών της CERP Rouen και των διευθυντών

των τοπικών καταστημάτων του ομίλου, προκειμένου το κατάστημα της Βουλώνης, που είχε αναλάβει στα πλαίσια του ομίλου τις εξαγωγές προς το Ηνωμένο Βασίλειο, να λάβει τα επιπλέον κουτιά Adalat τα οποία είχε ανάγκη. Ωστόσο, αντίθετα προς τους ισχυρισμούς της Επιτροπής, τα αποσπάσματα από τα έγγραφα αυτά δεν μπορούν να αποδείξουν ότι ο εν λόγω χονδρέμπορος είχε δεχθεί να μην προβαίνει πλέον σε εξαγωγές, να μειώσει τις παραγγελίες του ή να περιορίσει τις εξαγωγές του, ούτε ότι είχε προσπαθήσει να δώσει την εντύπωση στη Bayer ότι επρόκειτο να το πράξει. Το μόνο στοιχείο που παρέχουν είναι το παράδειγμα της αντιδράσεως μιας επιχειρήσεως για να μπορέσει να συνεχίσει, στο μέτρο του δυνατού, τις εξαγωγικές δραστηριότητές της. Δεν υπάρχει καμία άμεση αναφορά και καμία ένδειξη από την οποία να προκύπτει η βούληση προσχωρήσεως στην αποσκοπούσα στην παρεμπόδιση των εξαγωγών πολιτική της Bayer, την οποία ο χονδρέμπορος γνώριζε πλήρως, όπως αυτό αναφέρεται στην αιτιολογική σκέψη 94 της Αποφάσεως.

- 127 Η εξέταση των εγγράφων που διαλαμβάνονται στις αιτιολογικές σκέψεις 102 και 103 της Αποφάσεως όσον αφορά τις περιπτώσεις της CERP Lorraine και της OCP απλώς επιβεβαιώνει την ανάλυση αυτή. Περαιτέρω, πρέπει να παρατηρηθεί ότι η αιτιολογική σκέψη 102 αποδεικνύει ότι η CERP Lorraine πέτυχε, παρά τις δυσχέρειες που δημιούργησε η στάση της Bayer, να λάβει όχι αμελητέες ποσότητες για εξαγωγή. Συγκεκριμένα, η αιτιολογική σκέψη αυτή περιέχει ένα απόσπασμα από μια εσωτερική έκθεση της CERP Lorraine, όπου ο συντάκτης αναφέρει τα εξής:

«Αν και δεν προβλέπω θετική έκβαση στο εγγύς μέλλον σχετικά με τις προμήθειες της Bayer (κατορθώνουμε να αποκτήσουμε ελάχιστες ποσότητες προϊόντος μέσω των καταστημάτων), πιστεύω ότι θα είναι δυνατή η υλοποίηση των προβλέψεων του προϋπολογισμού μέχρι το τέλος του οικονομικού έτους.»

- 128 Τα έγγραφα που αναπαράγονται στις αιτιολογικές σκέψεις 105, 106 και 107 αντιφάσκουν προς τη θέση που υποστηρίζει η Επιτροπή, δεδομένου ότι αποδεικνύουν ότι οι χονδρέμποροι CERP Lorraine και CERP Rouen δεν προσαρμόσαν πράγματι τις παραγγελίες τους στη νέα πολιτική περιορισμού των παραδόσεων που εφάρμοσε η Bayer. Συγκεκριμένα, στις εν λόγω αιτιολογικές σκέψεις εκτίθεται ότι η Bayer «παρεμποδίζει τις παραδόσεις Adalat» που ζήτησε η CERP Lorraine (αιτιολογική σκέψη 105): ότι η ζήτηση για τη CERP Rouen στις αρχές του 1992 έφθασε συνολικά «μέχρι τα 50 000 κουτιά μηνιαίως», αλλά ότι η CERP Rouen δεν μπόρεσε να καλύψει τη ζήτηση «παρά μόνο μέχρι τα 7 000 κουτιά»

(αιτιολογική σκέψη 106), και ότι η OCP είχε στείλει στην Bayer μια πρώτη πρόβλεψη παραγγελιών μέχρι 50 000 κουτιά μηνιαίως, για τον Φεβρουάριο και τον Μάρτιο του 1992, αλλά της παραδόθηκαν μόνο 15 000 κουτιά τον Φεβρουάριο και 5 000 κουτιά τον Μάρτιο (αιτιολογικές σκέψεις 91 και 107).

129 Επομένως, τα αποσπάσματα που αναπαράγονται στις αιτιολογικές σκέψεις 96 έως 107 της Αποφάσεως δεν μπορούν να στηρίξουν τη θέση της ρητής ή σιωπηρής συναινέσεως των Γάλλων χονδρεμπόρων όσον αφορά την πολιτική που εφάρμοσε η Bayer. Από τα αποσπάσματα αυτά δεν προκύπτει καμία προδιάθεση για οποιαδήποτε προσχώρηση στην πολιτική παρεμποδίσεως των παράλληλων εξαγωγών που εφάρμοσε η Bayer. Αντιθέτως, από τα αποσπάσματα αυτά καταδεικνύεται η εκ μέρους των χονδρεμπόρων αυτών υιοθέτηση μιας συμπεριφοράς που αποδεικνύει σταθερή διαρκή βούληση αντιδράσεως κατά μιας πολιτικής που είναι εντελώς αντίθετη προς τα συμφέροντά τους.

ii) Η συμπεριφορά των Ισπανών χονδρεμπόρων

30 Όσον αφορά τους Ισπανούς χονδρεμπόρους, δεν προκύπτει από το περιεχόμενο των αιτιολογικών σκέψεων 113 έως 130 της Αποφάσεως κάποιο στοιχείο ικανό να στηρίξει τη θέση της σιωπηρής συναινέσεως που προβάλλει η Επιτροπή.

31 Αντιθέτως, πρέπει να τονισθεί ότι οι αιτιολογικές σκέψεις 115, 118, 119 και 120 έχουν περιεχόμενο αντίθετο προς τη θέση αυτή. Συγκεκριμένα, από τις αιτιολογικές σκέψεις αυτές προκύπτει, αφενός, ότι η Bayer Ισπανίας διατηρούσε συνεχώς την πολιτική της όσον αφορά τη μείωση των παραδόσεων στο επίπεδο των παραδοσιακών αναγκών και, αφετέρου, ότι οι χονδρέμποροι ήσαν πολύ δυσανεκτικοί λόγω των απωλειών που προκάλεσε η αδυναμία να προμηθευθούν τις απαραίτητες ποσότητες για να ανταποκριθούν στις αιτήσεις των Βρετανών πελατών τους. Πρέπει να τονισθεί, ειδικότερα, η αιτιολογική σκέψη 115, η οποία αναπαράγει αποσπάσματα από έγγραφα που αντάλλαξαν η CERP Rouen και η ισπανική θυγατρική της Commercial Genové: «Θέλω να έχω κάθε εβδομάδα για το Adalate και (...) το αντίγραφο των δελτίων παραγγελίας προς τα εργαστήρια, καθώς και τα αντίστοιχα δελτία παράδοσης. Προσπαθώ να συγκεντρώσω αδιάσειστα στοιχεία έναντι των

εργαστηρίων (...): όσον αφορά την σημερινή σας τηλεομοιοτυπία σχετικά με τα εργαστήρια (...) και την Bayer, σας διαβεβαιώ ότι καταβάλλω κάθε δυνατή προσπάθεια ώστε ο εφοδιασμός μας να είναι υψηλότερος από τις ανάγκες μας. Τα εν λόγω εργαστήρια αρνούνται να δεχθούν οποιοδήποτε επιχείρημα. Γνωρίζουν ότι οι ποσότητες που μας παραδίδουν είναι επαρκείς για να καλύψουμε με άνεση τις ανάγκες της ισπανικής αγοράς.» Ομοίως, τα όσα παρατίθενται στην αιτιολογική σκέψη 118 — δεν «μας προμηθεύουν τις ποσότητες που ζητούμε. Το απόθεμά μας αρκεί μόνο για τη δική μας αγορά» — και στην αιτιολογική σκέψη 119 — «[η Bayer] δεν μας παραδίδει τις ποσότητες που παραγγέλλουμε» — αποδεικνύουν ότι, αντίθετα προς τους ισχυρισμούς της Επιτροπής, οι χονδρέμποροι δεν προσαρμόσαν την πολιτική τους όσον αφορά τις παραγγελίες στη νέα κατάσταση και δεν συνέχισαν να ζητούν ποσότητες μεγαλύτερες από τις παραδοσιακές ανάγκες τους.

132 Πρέπει να εξεταστεί η περίπτωση εκάστου των Ισπανών χονδρεμπόρων τους οποίους αφορά η Απόφαση.

133 Όσον αφορά την Cofares, τον κύριο χονδρέμπορο της Ισπανίας, η Απόφαση αναφέρει στην αιτιολογική σκέψη 121 ότι η απόδειξη της συναινεσεώς της βρίσκεται στη δήλωση που έκαναν οι υπεύθυνοι της επιχειρήσεως αυτής κατά τον έλεγχο που διενήργησε η Επιτροπή στις εγκαταστάσεις της Cofares. Ο διευθυντής της Cofares δήλωσε ότι «η εξαγωγική δραστηριότητα της COFARES [αντιστοιχούσε] σε πολύ μικρό ποσοστό του συνόλου των τιμολογίων της, λόγω των δυσχερειών που παρεμβάλλουν ορισμένα εργαστήρια (συμπεριλαμβανομένης της Bayer) στις παραγγελίες που [προορίζονταν] για εξαγωγή» και ότι, «όταν η Bayer καθόρισε ποσόστωση για το ADALAT στην COFARES, η οποία αρχικά ήταν έκδηλα ανεπαρκής για να καλυφθούν οι ανάγκες της εγχώριας αγοράς, με την ιδιότητα του διευθυντή της COMPRAS τους προειδοποίησε για τις πιθανές διαμαρτυρίες λόγω των περιορισμών αυτών. Από τότε η Bayer προμηθεύει στην COFARES επαρκείς ποσότητες για την κάλυψη της εθνικής κατανάλωσης του εν λόγω προϊόντος».

134 Αντίθετα προς τους ισχυρισμούς της Επιτροπής, δεν μπορεί να συναχθεί από το έγγραφο αυτό «ότι η Cofares υπέκυψε στην απαίτηση της Bayer Ισπανίας να περιοριστεί στην εθνική της αγορά».

135 Η πρώτη περίοδος, σύμφωνα με την οποία η αμελητέα ποσότητα των εξαγωγών σε σχέση με τον κύκλο εργασιών οφειλόταν στις δυσχέρειες που προέβαλλαν ορισμένα εργαστήρια για να παραδώσουν προϊόντα προοριζόμενα για εξαγωγή, δεν συνιστά καθεαυτήν άμεση απόδειξη συμφωνίας μεταξύ του χονδρεμπόρου αυτού και της Bayer Ισπανίας με σκοπό τη μη εξαγωγή των παραδιδόμενων κουτιών Adalat. Το γεγονός ότι οι εξαγωγές ήταν αμελητέες δεν μπορεί να οδηγήσει στο συμπέρασμα ότι αυτές δεν υφίσταντο ή ότι είχαν σταματήσει. Αντιθέτως, ο ισχυρισμός αυτός μπορεί να αποδείξει ότι, τουλάχιστον εν μέρει, η Cofares συνέχισε να προβαίνει σε εξαγωγές. Το γεγονός ότι, αντίθετα προς την περίπτωση των λοιπών χονδρεμπόρων, δεν προκύπτει από την Απόφαση ότι η Cofares εφάρμοσε μια στρατηγική καταστρατηγήσεως της πολιτικής της Bayer δεν αντιστρέφει το βάρος αποδείξεως της συναινέσεώς της στη νέα πολιτική της Bayer, το οποίο εξακολουθεί να φέρει η Επιτροπή. Δεδομένου όμως ότι πρόκειται για τον σημαντικότερο χονδρέμπορο της Ισπανίας, με 20,6 % της αγοράς (σύμφωνα με την αιτιολογική σκέψη 112 της Αποφάσεως), η Επιτροπή δεν μπορούσε να θεωρήσει ότι η διαλαμβανόμενη στην αιτιολογική σκέψη 121 δήλωση αποδεικνύει ότι η Cofares υπέκυψε στην απαίτηση της Bayer Ισπανίας να περιοριστεί στην εθνική αγορά της, χωρίς να ελέγξει αν η Cofares είχε σημαντική εξαγωγική παράδοση και χωρίς να εξετάσει το ενδεχόμενο απλώς η Cofares να είχε αποφασίσει να αντιμετωπίσει τις εξαγωγές μόνο δευτερευόντως· μια τέτοια απόφαση μπορούσε πράγματι να είναι η πιο εύλογη, αρ' ης στιγμής διαπιστώθηκε η δυσχέρεια παραλαβής πρόσθετων ποσοτήτων προϊόντων σε σχέση με τις συνήθειες ανάγκες. Τούτο ισχύει τοσούτω μάλλον που η Απόφαση δεν αναφέρει τη σχετική σημασία του Adalat στο σύνολο των πωλήσεων της Cofares.

36 Επιπλέον, απ' όσα δήλωσε ο διευθυντής της Cofares, αντί να συναχθεί η ένδειξη της φρερόμενης προσχωρήσεως στη φρερόμενη απαγόρευση των εξαγωγών, μπορεί μάλλον να διαπιστωθεί ότι η πολιτική περιορισμού των παραδόσεων της Bayer, μαζί με τις δυσχέρειες που προέβαλλαν άλλα εργαστήρια, είχε οδηγήσει τον εν λόγω χονδρέμπορο να σκέπτεται τις εξαγωγές μόνο μετά την εξασφάλιση του προσήκοντος εφοδιασμού της εθνικής αγοράς. Η ερμηνεία αυτή φαίνεται πιο εύλογη από εκείνη της Επιτροπής, λαμβανομένου υπόψη, ειδικότερα, του γεγονότος ότι οι χονδρέμποροι υποχρεούνται να διασφαλίζουν τη διανομή των προϊόντων στην εθνική αγορά κατά τρόπο προσήκοντα και σταθερό και ότι πρόκειται εδώ για τον μεγαλύτερο εθνικό χονδρέμπορο.

37 Σύμφωνα με την αιτιολογική σκέψη 137 της Αποφάσεως, τα αριθμητικά στοιχεία που αντιστοιχούν στις πωλήσεις προς εξαγωγή μεταξύ 1989 και 1993 και τα οποία παρέσχε η Cofares κατόπιν αιτήσεως της Επιτροπής αποδεικνύουν ότι οι προς εξαγωγή πωλήσεις «[διατηρούνταν] σε πολύ χαμηλό επίπεδο» και τούτο αποδεικνύει ότι «η Cofares [είχε δεχθεί] το καθεστώς που επέβαλε η Bayer Ισπανίας περιοριζόμενη αυστηρά στην εθνική ισπανική αγορά».

- 138 Ωστόσο, από την εξέταση των εν λόγω αριθμητικών στοιχείων προκύπτει μάλλον το αντίθετο, καθόσον, να μεν πρόκειται βεβαίως για ελάχιστο ποσοστό του συνόλου των πωλήσεων της Cofares, πλην όμως το ποσοστό που αντιστοιχεί στις εξαγωγές Adalat αυξάνει κατά τη διάρκεια των ετών, με βάση μια μη κανονική αλλά διαρκή τάση, όπως αποδεικνύεται από το γεγονός ότι το χαμηλότερο ποσοστό των πέντε εξεταζομένων ετών είναι ακριβώς εκείνο του πρώτου έτους, ήτοι του 1989. Τέλος, πρέπει να προστεθεί ότι η Επιτροπή δύσκολα μπορούσε να καταλήξει στο προαναφερθέν συμπέρασμα χωρίς να γνωρίζει τα στοιχεία που αντιστοιχούν στα προ του 1989 έτη, ήτοι στην περίοδο που είναι αμέσως προηγούμενη από την εκ μέρους της Bayer Ισπανίας υιοθέτηση της πολιτικής της όσον αφορά τον περιορισμό των παραδόσεων. Χωρίς τα στοιχεία αυτά, είναι αδύνατο να καθορισθεί αν η Cofares τροποποίησε την τάση της προς εξαγωγή όσον αφορά το προϊόν αυτό κατόπιν της εφαρμογής της εν λόγω πολιτικής της Bayer.
- 139 Όσον αφορά το απόσπασμα της δηλώσεως που αφορά τις συζητήσεις μεταξύ του διευθυντή της Cofares και της Bayer Ισπανίας, πρέπει να εξεταστεί αν, ελλείψει κάθε άμεσης ή έμμεσης αναφοράς στην ελευθερία εξαγωγής των παραλαμβανομένων ποσοτήτων, το γεγονός ότι τα μέρη συμφώνησαν να αυξήσουν τις παραδοτέες ποσότητες που αρχικά είχε καθορίσει για τον χονδρέμπορο αυτόν η Bayer, προκειμένου να καλύψει τις εθνικές ανάγκες του, αποδεικνύει τη συναίνεση του χονδρεμπόρου προς την πολιτική της προσφεύγουσας που αποσκοπούσε στο να καταστήσει δυσχερείς τις παράλληλες εξαγωγές. Η αιτιολογική σκέψη 143 της Αποφάσεως περιλαμβάνει ένα απόσπασμα ενός εγγράφου το οποίο, μολονότι η Επιτροπή δεν το επικαλέστηκε ευθέως στο πλαίσιο του ζητήματος αυτού, πρέπει να τονισθεί, καθόσον πρόκειται για ένα εσωτερικό υπόμνημα της Bayer Ισπανίας το οποίο αναφέρεται επίσης στην ποσόστωση που είχε αρχικά παραχωρήσει στην Cofares η προσφεύγουσα για να καλύψει τις ανάγκες της στην εθνική αγορά.
- 140 Από το ως άνω εσωτερικό υπόμνημα προκύπτει ότι η Bayer Ισπανίας και η Cofares συζήτησαν σχετικά με τις ελάχιστες παραδοτέες ποσότητες για να μπορέσει ο χονδρέμπορος αυτός να ανταποκριθεί στις ανάγκες του σχετικά με την ανάπτυξη και τη διείσδυση στην εθνική αγορά και συμφώνησαν όσον αφορά τους κύκλους εργασιών που αντιστοιχούν στις εν λόγω ανάγκες. Φαίνεται ότι δεν αμφισβητείται ότι η Bayer Ισπανίας διαβεβαίωσε την Cofares ότι οι παραδόσεις θα αντιστοιχούσαν, τουλάχιστον, στις εν λόγω ποσότητες. Προκύπτει επίσης σαφώς ότι η Bayer Ισπανίας ήταν έτοιμη να εξετάσει το ενδεχόμενο αναθεώρησης των μειωμένων επιπέδων παραδόσεως τα οποία είχαν καθορισθεί αρχικώς αν εμφανίζονταν προβλήματα εφοδιασμού της εθνικής αγοράς, λαμβανομένης υπόψη της νομικής και ηθικής υποχρεώσεώς της να διασφαλίζει την προσήκουσα διανομή των προϊόντων της στην ισπανική αγορά.

141 Ωστόσο, κανένα στοιχείο του εν λόγω εσωτερικού υπομνήματος δεν αναφέρεται στην παραμικρή προσβολή της ελευθερίας της Cofares να κατευθύνει προς την εξαγωγή τα προϊόντα τα οποία έλαβε μετά τις συζητήσεις σχετικά με το επίπεδο των εθνικών αναγκών. Δεν είναι συνεπώς βάσιμος ο ισχυρισμός της Επιτροπής ότι στην Cofares παραδόθηκαν προϊόντα μόνον αφού αυτή διαβεβαίωσε την προσφεύγουσα ότι οι παραδόσεις προορίζονταν αποκλειστικά για την εσωτερική αγορά. Τέλος, πρέπει να τονιστεί ότι, κατά τη διάρκεια των διαπραγματεύσεων, η Bayer Ισπανίας ισχυρίστηκε ότι τα ισπανικά φαρμακεία τα οποία δεν προμηθεύονταν εμπορεύματα από τους χονδρεμπόρους προμηθεύονταν απευθείας από τον παραγωγό. Το γεγονός αυτό όμως, αντί να αποτελεί ένδειξη του ότι η Bayer Ισπανίας εμπόδιζε ή επέβαλλε κυρώσεις στους χονδρεμπόρους όταν αποφάσιζαν να εξαγάγουν τα προϊόντα αυτά ακόμη και με κόστος την εγκατάλειψη τμημάτων της εθνικής αγοράς, φαίνεται μάλλον να αποδεικνύει ότι οι χονδρέμποροι καλύπτονταν συναφώς από τον παραγωγό.

142 Υπό τις περιστάσεις αυτές, πρέπει να συναχθεί το συμπέρασμα ότι ούτε το έγγραφο στο οποίο αναφέρεται η αιτιολογική σκέψη 143 της Αποφάσεως ούτε η δήλωση του διευθυντή της Cofares που αναπαράγεται στην αιτιολογική σκέψη 121 της Αποφάσεως μπορούν να ερμηνευθούν ως απόδειξη ούτε της φερομένης «απαιτήσεως» εκ μέρους της Bayer Ισπανίας να περιοριστεί η Cofares στην εθνική αγορά ούτε οποιασδήποτε αποδοχής της εν λόγω απαιτήσεως εκ μέρους της Cofares.

143 Εν συνεχεία, στην Απόφαση εκτίθεται (αιτιολογική σκέψη 122) πώς ο Ισπανός χονδρέμπορος Hefame είχε θέσει σε εφαρμογή ένα σύστημα για να προμηθεύεται κουτιά Adalat προοριζόμενα για εξαγωγή. Στην Απόφαση εκτίθεται λεπτομερώς μια τυποποιημένη συμφωνία αποκαλούμενη «Συμφωνία συνεργασίας για τις αγορές του εξωτερικού» την οποία η Hefame συνήψε με διάφορους μικρούς χονδρεμπόρους προκειμένου να λάβει μεγαλύτερες ποσότητες φαρμάκων που είχαν εξαγωγικό ενδιαφέρον, μεταξύ των οποίων το Adalat. Τίποτε όμως στο έγγραφο αυτό δεν καταδεικνύει ότι η συμπεριφορά της Hefame ευνοούσε οποιαδήποτε συναίνεση προς τη νέα πολιτική της Bayer.

144 Όσον αφορά τις ισπανικές θυγατρικές της CERP Rouen, η περιγραφή της συμπεριφοράς της Commercial Genové, της Hufasa και της Disdasa, που περιέχεται στις αιτιολογικές σκέψεις 125 έως 129 της Αποφάσεως, επιβεβαιώνει την έλλειψη αποδείξεων οποιασδήποτε συμπτώσεως βουλήσεων ή συναίνεσεως ως προς την πολιτική παρεμποδίσεως των παραλλήλων εισαγωγών.

- 145 Συγκεκριμένα, η ίδια η Επιτροπή τονίζει στην αιτιολογική σκέψη 126 της Αποφάσεως:

«Στην Commercial Genové βρέθηκαν έγγραφα που δείχνουν ότι η CERP Rouen χρησιμοποίησε τις ισπανικές θυγατρικές της, Commercial Genové, Hufasa και Disdasa για να ανταποκριθεί στη ζήτηση από το Ηνωμένο Βασίλειο. Η CERP Rouen συμπεριφέρθηκε ως διεθνής όμιλος που αξιοποίησε κάθε δυνατότητα, τόσο στη Γαλλία όσο και στην Ισπανία, για να προμηθευθεί τις απαραίτητες ποσότητες για τους βρετανούς πελάτες της. Στο πλαίσιο του συστήματος αυτού οι ισπανικές θυγατρικές της χρησιμοποιήθηκαν κατά τον ίδιο τρόπο με τα περιφερειακά γαλλικά καταστήματα: τους απευθύνθηκε η παράκληση να αυξήσουν σε εύλογο βαθμό τις παραγγελίες τους για την ισπανική αγορά και οι ποσότητες που συγκεντρώθηκαν κατ' αυτόν τον τρόπο διατέθηκαν στους Βρετανούς πελάτες για λογαριασμό της CERP Rouen.»

- 146 Τέλος, η Απόφαση αναφέρεται στον χονδρέμπορο Hufasa (αιτιολογική σκέψη 127), παραθέτοντας τα πρακτικά μιας συσκέψεως μεταξύ του χονδρεμπόρου αυτού και της Bayer Ισπανίας τα οποία κατά την Επιτροπή αποδεικνύουν τα εξής: «η Hufasa δέχεται λοιπόν καθ' ολοκληρία τα επιχειρήματα της Bayer Ισπανίας: πρέπει να περιοριστεί στις εθνικές πωλήσεις». Συναφώς, η Επιτροπή επικαλείται, μεταξύ άλλων, το ακόλουθο απόσπασμα: «(...) καταλήξαμε στη συμφωνία με τη Bayer για να διατηρηθούν σημαντικότερες παραδόσεις Adalat, έπρεπε να μην εμφανίζονται αριθμητικά στοιχεία τα οποία δεν θα γίνονταν δεκτά ως στοιχεία τα οποία ήταν δυνατό να αφορούν τη Hufasa και από τα οποία θα προέκυπτε το συμφέρον πραγματοποιήσεως σημαντικού όγκου εξαγωγών».

- 147 Από τα πρακτικά αυτά προκύπτει ότι ένας εκπρόσωπος της Hufasa και διευθυντικά στελέχη της Bayer Ισπανίας είχαν μια συζήτηση, κατά την οποία τα διευθυντικά στελέχη της Bayer αρήθθηκαν να παραδώσουν τις παραγγελθείσες ποσότητες με το αιτιολογικό ότι αντιπροσώπευαν το 50 % της εθνικής αγοράς και ότι ήταν πολύ μεγαλύτερες από εκείνες άλλων επιχειρήσεων της ίδιας περιοχής· ότι ο εκπρόσωπος της Hufasa αντέδρασε τονίζοντας ότι η επιχείρηση αυτή χρειαζόταν μεγαλύτερες ποσότητες Adalat καθόσον, μεταξύ άλλων, η εκτίμηση των αναγκών για την εθνική αγορά είχε γίνει με βάση τις ανάγκες ενός έτους το οποίο δεν ήταν σύνηθες και κατά τη διάρκεια του οποίου η εταιρία αυτή είχε διέλθει κρίση η οποία αντικατοπτριζόταν στο ασυνήθως χαμηλό επίπεδο αγορών Adalat και ότι, κατόπιν των συζητήσεων

αυτών, η Bayer δεσμεύθηκε να αναθεωρήσει τα αριθμητικά όρια των παραδόσεων και να τα αυξήσει στα επίπεδα ενός άλλου μη προσδιοριζόμενου χονδρεμπόρου.

148 Τα πρακτικά αυτά όμως αποδεικνύουν σαφώς ότι οι αληθινές προθέσεις και η αληθινή συμπεριφορά των ισπανικών θυγατρικών του ομίλου CERP Rouen ουδεμία σχέση είχαν με τη βούληση να υποκύψουν ή να συμμορφωθούν με την πολιτική της Bayer ως προς την παρεμπόδιση των παραλλήλων εισαγών. Αρκεί συναφώς να παρατεθεί το τμήμα που ακολουθεί το προπαρατεθέν απόσπασμα του εν λόγω εγγράφου και να αναγνωσθεί στο πλαίσιο της στρατηγικής του ομίλου που υιοθέτησε η CERP Rouen: «Έκρινα ότι είναι σημαντικότερο να προμηθευτούμε μια ποσότητα Adalat προς εξαγωγή ζητώντας ευλογοφανείς ποσότητες, αντί να παραγγέλλουμε πολύ μεγάλες ποσότητες που όμως στη συνέχεια δεν παραδίδονται. Σημασία έχει τι προμηθευόμαστε και όχι τι παραγγέλλουμε. Αυτός είναι ο μόνος λόγος για τον οποίο (...) παραγγέλλει μικρότερες ποσότητες από τις προβλεπόμενες.» Επιπλέον, και μεν είναι αληθές ότι τα αναπαράγόμενα πρακτικά καταδεικνύουν ότι η εταιρία αυτή διαπραγματεύθηκε σκληρά με τη Bayer Ισπανίας για να την πείσει ότι οι παραδοσιακές εθνικές ανάγκες της ήσαν υψηλότερες και ότι έπρεπε να τις καλύψει, πλην όμως το γεγονός αυτό δεν μπορεί να χρησιμεύσει για να στηριχθεί ο ακόλουθος ισχυρισμός της Επιτροπής: «Η Hufasa δέχεται (...) καθ' ολοκληρία τα επιχειρήματα της Bayer Ισπανίας: πρέπει να περιοριστεί στις εθνικές πωλήσεις.»

149 Τέλος, και μεν ο διευθυντής της Hufasa αναφέρεται στα πρακτικά αυτά σε μια «συμφωνία με τη Bayer για να διατηρηθούν σημαντικότερες παραδόσεις Adalat», συμφωνία που ο Ισπανός χονδρέμπορος συνήψε με τη Bayer Ισπανίας, πλην όμως προκύπτει σαφώς από το γράμμα του ισχυρισμού αυτού και από το πλαίσιο στο οποίο εντάσσεται ότι τα μέρη απλώς διαπραγματεύθηκαν, αφενός, τον ακριβή καθορισμό των ποσοτήτων που ο χονδρέμπορος ζητούσε παραδοσιακά, κριτήριο βάσει του οποίου η προσφεύγουσα είχε αποφασίσει να διαμορφώσει τη νέα πολιτική της όσον αφορά τις παραδόσεις, και, αφετέρου, την αναθεώρηση προς τα επάνω των αριθμητικών στοιχείων που αντιστοιχούσαν στις εθνικές ανάγκες και, κατά συνέπεια, των ποσοτήτων τις οποίες η Hufasa θα εδικαιούτο κατ' εφαρμογήν του εν λόγω κριτηρίου. Δεδομένου ότι η φράση «Τούτο τους έκανε να υποθέσουν ότι σημαντικό τμήμα των προϊόντων προοριζόταν για εξαγωγή» δεν είναι παρά μια υποκειμενική εκτίμηση του διευθυντή της Hufasa, δεν μπορεί να θεωρηθεί ότι αποδεικνύει την πρόθεση της Bayer να θίξει το ζήτημα των εξαγωγών ή των πραγματικών ποσοτήτων των παραδιδόμενων προϊόντων. Επιπλέον, και εν πάση περιπτώσει, δεν

μπορεί να αναιρέσει το γενικό νόημα των πρακτικών, τα οποία απλώς αντικατοπτρίζουν τις δυσχέρειες που η Bayer Ισπανίας αντιμετώπισε κατά την εφαρμογή της νέας πολιτικής της σχετικά με τη μείωση των παραδόσεων και, στα οποία, κατά τα λοιπά, δεν υπάρχει κανένα στοιχείο που να μπορεί να αποδείξει ότι η Bayer Ισπανίας και η Hufasa συνήψαν συμφωνία προκειμένου να περιορίσουν ή να παρεμποδίσουν καθ' οιονδήποτε τρόπο τις παράλληλες εξαγωγές των παραδιδόμενων κουτιών Adalat. Η έλλειψη συμπτώσεως των βουλήσεων όσον αφορά τις εξαγωγές ενισχύεται, περαιτέρω, από το ίδιο το κείμενο αυτής της αιτιολογικής σκέψεως της Αποφάσεως, όπου η Επιτροπή αναφέρει τα εξής:

«Ωστόσο, τα πρακτικά είναι σαφή: οι διαπραγματεύσεις αυτές που διεξήχθησαν στην Bayer Ισπανίας με βάση επιχειρήματα περί εσωτερικής αγοράς ήσαν στην πραγματικότητα ένα μέσο που χρησιμοποίησε η Hufasa για να αποκτήσει ποσότητες με σκοπό την εξαγωγή τους.»

- 150 Στις αιτιολογικές σκέψεις 128 και 129 της Αποφάσεως εκτίθεται το περιεχόμενο μιας επιστολής της CERP Rouen προς τις θυγατρικές της και μια επιστολή την οποία αυτή απηύθυνε στη θυγατρική της Commercial Genové, όσον αφορά επίσης τον μηχανισμό που εφάρμοσε ο όμιλος αυτός για να προσπαθήσει να λάβει περισσότερα προϊόντα από την προσφεύγουσα στην Ισπανία προβάλλοντας τη δυσχέρεια προμήθειας πρόσθετων κουτιών Adalat. Η Επιτροπή δεν μπορεί να στηριχθεί στα έγγραφα αυτά για να αποδείξει ότι οι θυγατρικές της CERP Rouen στην Ισπανία θέλησαν να προσχωρήσουν στη νέα πολιτική της Bayer Ισπανίας προκειμένου να περιορίσουν, καθ' οιονδήποτε τρόπο, τις παράλληλες εξαγωγές των παραδιδόμενων προϊόντων.
- 151 Από την εξέταση της στάσης και της πραγματικής συμπεριφοράς των χονδρεμπόρων προκύπτει ότι δεν είναι βάσιμος ο ισχυρισμός της Επιτροπής ότι οι χονδρέμποροι συμμορφώθηκαν με την πολιτική της προσφεύγουσας που αποσκοπούσε στη μείωση των παράλληλων εισαγωγών.
- 152 Το επιχειρήμα που αντλείται από το γεγονός ότι οι ενδιαφερόμενοι χονδρέμποροι είχαν μειώσει τις παραγγελίες τους σε καθορισμένο 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 προσφεύγουσα απαίτησε ή διαπραγα-

ματεύθηκε την εκ μέρους των χονδρεμπόρων υιοθέτηση κάποιας συμπεριφοράς σχετικά με τον εξαγωγικό προορισμό 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 υποστηρίξει ότι οι χονδρέμποροι, επειδή ικανοποίησαν τις απαιτήσεις της προσφεύγουσας, 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 Αποφάσεως προκύπτει σαφώς ότι οι χονδρέμποροι συνέχιζαν να προσπαθούν να λάβουν κουτιά Adalat για εξαγωγή και ενέμεναν σ' αυτή τη γραμμική δράσης, 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 μικρών χονδρεμπόρων. Υπό τις περιστάσεις αυτές, το γεγονός ότι οι χονδρέμποροι άλλαξαν την πολιτική τους σχετικά με τις παραγγελίες και εφάρμοσαν διάφορα συστήματα κατανομής ή διαφοροποίησε 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 της Bayer. Αντιθέτως, το γεγονός αυτό μπορεί να θεωρηθεί ότι αποδεικνύει τη σταθερή πρόθεση των χονδρεμπόρων να συνεχίσουν να πραγματοποιούν παράλληλες εξαγωγές Adalat.

155 Ελλείψει αποδείξεως οποιασδήποτε απαιτήσεως εκ μέρους της προσφεύγουσας σχετικά με τη συμπεριφορά των χονδρεμπόρων όσον αφορά τις εξαγωγές των παραδιδόμενων 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 προσφεύγουσας που αποσκοπούσε στην παρεμπόδιση των παραλλήλων εισαγωγών.

3. Επί των νομολογιακών προηγουμένων που προβάλλει η Επιτροπή

- 158 Η Επιτροπή φρονεί ότι η Απόφαση αντιστοιχεί πλήρως στη σχετική με τη λήψη αποφάσεων πρακτική της και στη σχετική με την έννοια της συμφωνίας νομολογία του Δικαστηρίου και τονίζει ότι, εν προκειμένω, όπως σε ορισμένες προηγούμενες περιπτώσεις, υπήρξε, αφενός, απαγόρευση των εξαγωγών παρεμβληθείσα σε ένα σύνολο αδιάλειπτων εμπορικών σχέσεων μεταξύ του προμηθευτή και των πελατών του, όπως αποδεικνύεται από το γεγονός ότι οι χονδρέμποροι έδιδαν παραγγελίες, εφοδιάζονταν κανονικά και ελάμβαναν τα αντίστοιχα τιμολόγια, και, αφετέρου, σιωπηρή συναίνεση εκ μέρους των χονδρεμπόρων η οποία αποδεικνύεται από τη μείωση των παραγγελιών.
- 159 Ωστόσο, η Επιτροπή δεν μπορεί λυσιτελώς να προβάλλει τα νομολογιακά προηγούμενα τα οποία επικαλείται για να θέσει εν αμφιβόλω την προηγηθείσα ανάλυση, η οποία οδήγησε το Πρωτοδικείο στο συμπέρασμα ότι εν προκειμένω δεν

αποδείχθηκε η συναίνεση των χονδρεμπόρων προς τη νέα πολιτική της Bayer και ότι, κατά συνέπεια, η Επιτροπή δεν μπόρεσε να αποδείξει την ύπαρξη συμφωνίας.

160 Η Επιτροπή επικαλείται, πρώτον, την υπόθεση επί της οποίας εκδόθηκε η απόφαση Sandoz, στην οποία, κατ' αυτήν, όπως εν προκειμένω, αφενός, οι διανομείς είχαν σιωπηρώς συναινέσει στην απαγόρευση των εξαγωγών για να διατηρήσουν τις εμπορικές σχέσεις τους (σκέψη 11 της εν λόγω δικαστικής αποφάσεως) και, αφετέρου, μολονότι δεν είχαν κανένα συμφέρον να εγκαταλείψουν τις εξαγωγές, δέχθηκαν την απαγόρευση των εξαγωγών που επέβαλε ο παραγωγός διότι ήθελαν να συνεχίσουν να προμηθεύονται εμπορεύματα.

161 Η υπόθεση αυτή αφορούν 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 τιμολόγια 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 προέβαλε 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 ομοίωμα και συστηματικό τρόπο σε κάθε πράξη πωλήσεως (σκέψη 10 της δικαστικής αποφάσεως). Σ' αυτό το στάδιο της συλλογιστικής του (σκέψη 11), το Δικαστήριο έκρινε ως εξής το ζήτημα της συναίνεσης 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 αδιάλειπτων 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 φάρμακευτικών 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 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: δεν υπάρχει ούτε τυπική ρήτρα απαγορεύσεως των εξαγωγών ούτε συμπεριφορά μη αμφισβητήσεως ή συναινέσεως, ούτε τυπικά ούτε στην πραγματικότητα.
- 164 Δεύτερον, η Επιτροπή επικαλείται την προπαρατεθείσα απόφαση Turr-Ex κατά Επιτροπής, με την οποία το Δικαστήριο επικύρωσε την απόφασή της περί επιβολής κυρώσεων για μια συμφωνία αποσκοπούσα στην παρεμπόδιση των εξαγωγών στην οποία, αντίθετα προς την απόφαση Sandoz, δεν υφίστατο έγγραφη ρήτρα σχετικά με την απαγόρευση των εξαγωγών. Η Επιτροπή ισχυρίζεται ότι η Turr-Ex, όπως και η προσφεύγουσα στην παρούσα υπόθεση, είχε επίσης προβάλει ενώπιον του Δικαστηρίου το επιχείρημα ότι επρόκειτο για μονομερές μέτρο το οποίο δεν ενέπιπτε στο πεδίο εφαρμογής του άρθρου 85, παράγραφος 1, της Συνθήκης και ότι, δεδομένου ότι είχαν όντως πραγματοποιηθεί οι παραδόσεις του διανομέα προς τον

παράλληλο εξαγωγέα, δεν υφίστατο συνεπώς κοινό συμφέρον για τον τερματισμό των παραλλήλων εξαγωγών.

- 165 Στην περίπτωση αυτή, επρόκειτο για σύμβαση αποκλειστικής διανομής μεταξύ της TIPP-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 δικαστικής 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 εφάρμοζε 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 συμπέρασμά 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 δικαστικής 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 δικαστικής 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, καταδείκνυε 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, 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 ως άνω δικαστική απόφαση, όπως και η απόφαση Sandoz, 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 συναινέσεως στην υπό κρίση υπόθεση.

168 Για τους ίδιους λόγους, ούτε η Επιτροπή ούτε η ΒΑΙ μπορούν επωφελώς να επικαλεστούν τις εκτιμήσεις τις οποίες διατύπωσε το Δικαστήριο με τις προπαρατεθείσες αποφάσεις του BMW Belgium κ.λπ. κατά Επιτροπής, AEG κατά Επιτροπής, Ford και Ford Europe κατά Επιτροπής, για να ενισχύσουν την άποψή τους περί της υπάρξεως εν προκειμένω συναινέσεως εκ μέρους των χονδρεμπόρων.

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 συναινέσεως εκ μέρους των αντιπροσώπων.

- 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 διανομείς 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 συναινέσεως 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. αποφάσεις Ford και Ford Europe κατά Επιτροπής, όπ.π., σκέψη 21, Metro II, όπ.π., σκέψεις 72 και 73, και Bayerische Motorenwerke, όπ.π., σκέψεις 16 και 17).

- 171 Από τα προεκτεθέντα προκύπτει ότι η Επιτροπή δεν μπορεί να επικαλείται τα προβληθέντα νομολογιακά προηγούμενα για να αποδείξει, εν προκειμένω, την ύπαρξη συμφωνίας.

4. Επί της θέσεως της Επιτροπής σύμφωνα με την οποία, για να αποδειχθεί η ύπαρξη συμφωνίας, αρκεί να διαπιστωθεί ότι τα μέρη διατηρούν τις εμπορικές σχέσεις τους

- 172 Από τη συλλογιστική που η Επιτροπή υποστηρίζει, κατά διαφορούμενο βεβαίως τρόπο (βλ. τη διάρθρωση της Αποφάσεως που συνοψίζεται στις αιτιολογικές σκέψεις 155 και 156 και αναπτύσσεται στις αιτιολογικές σκέψεις 171 έως 188), προκύπτει ότι η απλή διαπίστωση του γεγονότος ότι οι χονδρέμποροι δεν διέκοψαν τις εμπορικές σχέσεις τους με τη Bayer μετά την εφαρμογή της νέας 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.
- 173 Μια τέτοια θέση δεν μπορεί να γίνει δεκτή. Η απόδειξη μιας συμφωνίας μεταξύ επιχειρήσεων υπό την έννοια του άρθρου 85, παράγραφος 1, της Συνθήκης 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 όσον αφορά τη θέση σε εφαρμογή μιας πολιτικής, της επιδιώξεως ενός στόχου ή της υιοθέτησεως μιας συγκεκριμένης συμπεριφοράς στην αγορά, ανεξάρτητα από τον τρόπο κατά τον οποίο εκφράζεται η βούληση των μερών να συμπεριφερθούν στην αγορά σύμφωνα με τους όρους της εν λόγω συμφωνίας (βλ. στο πνεύμα αυτό, μεταξύ άλλων, αποφάσεις ACF Chemiefarma κατά Επιτροπής, όπ.π., σκέψη 112, και Van Landewyck κατά Επιτροπής, όπ.π., σκέψη 86). Η Επιτροπή δεν λαμβάνει υπόψη την εν λόγω έννοια της συμπτώσεως των βουλήσεων, θεωρώντας ότι η συνέχιση των εμπορικών σχέσεων με τον παραγωγό όταν αυτός υιοθετεί μια νέα πολιτική, την οποία θέτει σε εφαρμογή μονομερώς, ισοδυναμεί με την εκ μέρους των χονδρεμπόρων συναίνεση προς την πολιτική αυτή, αν και η de facto συμπεριφορά τους είναι σαφώς αντίθετη προς την εν λόγω πολιτική.
- 174 Επιπλέον, σύμφωνα με την οικονομία της Συνθήκης, σε μια επιχείρηση μπορούν να επιβληθούν κυρώσεις βάσει του κοινοτικού δικαίου του ανταγωνισμού μόνον εφόσον η επιχείρηση αυτή παρέβη τις απαγορεύσεις που περιέχονται στα άρθρα 85, παράγραφος 1, ή 86 της Συνθήκης. Επιβάλλεται όμως η διαπίστωση ότι η δυνατότητα εφαρμογής του άρθρου 85, παράγραφος 1, στηρίζεται σε διάφορες προϋποθέσεις: α) να υφίσταται συμφωνία μεταξύ τουλάχιστον δύο επιχειρήσεων ή μια

παρόμοια περίπτωση όπως είναι η απόφαση ενώσεως επιχειρήσεων ή η εναρμονισμένη πρακτική μεταξύ επιχειρήσεων, β) να ενδέχεται η συμφωνία ή η παρόμοια περίπτωση να επηρεάσει το ενδοκοινοτικό εμπόριο και γ) να έχουν ως αντικείμενο ή ως αποτέλεσμα τον σημαντικό περιορισμό του ανταγωνισμού. Επομένως, στο πλαίσιο του άρθρου αυτού, τα αποτελέσματα της συμπεριφοράς μιας επιχειρήσεως επί του ανταγωνισμού στο εσωτερικό της κοινής αγοράς μπορούν να εξετασθούν μόνον εφόσον έχει ήδη αποδειχθεί η ύπαρξη συμφωνίας, αποφάσεως ενώσεως επιχειρήσεων ή εναρμονισμένης πρακτικής υπό την έννοια του άρθρου 85, παράγραφος 1, της Συνθήκης (απόφαση του Δικαστηρίου της 30ής Ιουνίου 1966, 56/65, Société technique minière, Συλλογή τόμος 1965-1968, σ. 313, σ. 320 επ.). Από τα ανωτέρω προκύπτει ότι ο σκοπός της διατάξεως αυτής δεν είναι να «εξαλείψει» κατά εντελώς γενικό τρόπο τα εμπόδια του ενδοκοινοτικού εμπορίου είναι πιο περιορισμένος, δεδομένου ότι μόνο τα εμπόδια που τίθενται στον ανταγωνισμό από τη σύμπτωση βουλήσεων μεταξύ τουλάχιστον δύο μερών απαγορεύονται από τη διάταξη αυτή.

175 Η ερμηνεία αυτή του άρθρου 85, παράγραφος 1, της Συνθήκης ακολουθήθηκε από το Δικαστήριο στην απόφαση της 24ης Οκτωβρίου 1996, C-73/95 P, *Viho* κατά Επιτροπής (Συλλογή 1996, σ. I-5457, σκέψεις 15 έως 17), όπου, επικυρώνοντας μια απόφαση του Πρωτοδικείου, έκρινε ότι το γεγονός ότι η πολιτική που εφάρμοζε η μητρική εταιρία και η οποία συνίστατο κυρίως στην κατανομή των διαφόρων εθνικών αγορών μεταξύ των θυγατρικών της μπορεί να παράγει αποτελέσματα εκτός του ομίλου, δυνάμενα να θίξουν την ανταγωνιστικότητα τρίτων, δεν μπορεί να έχει ως συνέπεια την εφαρμογή του άρθρου 85, παράγραφος 1, έστω και ερμηνευόμενου σε συνδυασμό με τα άρθρα 2 και 3, στοιχεία γ' και ζ', της Συνθήκης ΕΚ. Αντίθετως, μια τέτοια μονομερής συμπεριφορά θα μπορούσε να εμπίπτει στο άρθρο 86 της Συνθήκης, αν πληρούνταν οι προϋποθέσεις εφαρμογής που αυτό θέτει.

176 Κατόπιν των προεκτεθέντων, αντίθετα προς όσα φαίνεται να υποστηρίζουν η Επιτροπή και η ΒΑΙ, η μόνη προϋπόθεση από την οποία οι περί ανταγωνισμού διατάξεις της Συνθήκης εξαρτούν το δικαίωμα ενός παραγωγού, ο οποίος αντιμετωπίζει όπως ο παραγωγός της υπό κρίση υποθέσεως ένα επιβλαβές για τα συμφέροντά του γεγονός, να εφαρμόζει τη λύση που θεωρεί καλύτερη, είναι η τήρηση των απαγορεύσεων των άρθρων 85 και 86. Συνεπώς, ένας παραγωγός, εφόσον τηρεί τις απαγορεύσεις αυτές χωρίς να καταχράται δεσπόζουσα θέση και ελλείπει οποιαδήποτε συμπτώσεως βουλήσεων με τους χονδρεμπόρους τους, μπορεί να υιοθετεί την πολιτική παραδόσεων που κρίνει αναγκαία, έστω και αν, λόγω της ίδιας της φύσεως του σκοπού της, όπως είναι ο σκοπός της παρεμποδίσεως των παραλλήλων

εισαγωγών, η θέση σε εφαρμογή της πολιτικής αυτής μπορεί να συνεπάγεται περιορισμούς του ανταγωνισμού και να επηρεάζει το εμπόριο μεταξύ κρατών μελών.

177 Η Επιτροπή επικαλείται συναφώς την απόφαση του Δικαστηρίου της 5ης Δεκεμβρίου 1996, C-267/95 και C-268/95, Merck και Beecham (Σύλλογή 1996, σ. I-6285) για να προβάλλει την ανάγκη προστασίας σε κάθε περίπτωση των παραλλήλων εισαγωγών. Η Επιτροπή υποστηρίζει ότι με την απόφαση αυτή το Δικαστήριο έθεσε τέρμα στις συζητήσεις σχετικά με το περιεχόμενο της λύσεως που δόθηκε με την προπαρατεθείσα απόφαση της 14ης Ιουλίου 1981, Merck (σκέψη 36), τονίζοντας ότι ο έλεγχος των τιμών εντός ορισμένων κρατών μελών δεν δικαιολογούσε καμία παρέκκλιση από την αρχή της ελεύθερης κυκλοφορίας των εμπορευμάτων και ότι η δυνατότητα παρεμποδίσεως των παραλλήλων εισαγωγών θα συνεπαγόταν μια ανεπιθύμητη στεγανοποίηση των εθνικών αγορών. Επομένως, κατά την Επιτροπή, ακόμη και στον φαρμακευτικό τομέα, οι παράλληλες εισαγωγές δεν μπορούν να παρεμποδιστούν ούτε με εθνικά μέτρα ούτε με συμφωνίες μεταξύ επιχειρήσεων.

178 Ωστόσο, επιβάλλεται η διαπίστωση ότι στην απόφαση αυτή το Δικαστήριο περιορίζει στο να δώσει απάντηση στο ζήτημα που αφορούσε, αφενός, την ημερομηνία λήξεως ορισμένων μεταβατικών διατάξεων που περιέχονται στην Πράξη Προσχωρήσεως Βασιλείου της Ισπανίας και της Πορτογαλικής Δημοκρατίας (άρθρα 47 και 209 της Πράξεως Προσχωρήσεως) και οι οποίες επέτρεπαν την παρεμπόδιση των παραλλήλων εισαγωγών φαρμακευτικών προϊόντων των χωρών αυτών σε άλλα τμήματα της Κοινότητας και, αφετέρου, το εφαρμοστέο στις παράλληλες εισαγωγές νομικό καθεστώς μετά τη λήξη των σχετικών μεταβατικών περιόδων, καθώς και στο ζήτημα αν έπρεπε να επανεξετασθεί το περιεχόμενο της λύσεως που δόθηκε με την προπαρατεθείσα απόφαση Merck της 14ης Ιουλίου 1981. Η συλλογιστική όμως που ανέπτυξε το Δικαστήριο με την προπαρατεθείσα απόφασή του της 5ης Δεκεμβρίου 1996, Merck και Beecham, δεν αφορά το ζήτημα το οποίο αφορά η υπό κρίση υπόθεση, το οποίο δεν εμπίπτει στο δικαίωμα της ελεύθερης κυκλοφορίας των εμπορευμάτων που διαλαμβάνεται στα άρθρα 30, 34 και 36 της Συνθήκης ΕΚ (νυν, αντιστοίχως, κατόπιν τροποποίησης, άρθρα 28 ΕΚ, 29 ΕΚ και 30 ΕΚ) και, αντιθέτως προς τους ισχυρισμούς της Επιτροπής, ουδόλως προϋποθέτει μια γενική απαγόρευση της παρεμποδίσεως των παραλλήλων εξαγωγών εφαρμοζόμενη όχι μόνο στα κράτη μέλη, αλλά, σε όλες τις περιπτώσεις, και στις επιχειρήσεις.

179 Στην πραγματικότητα, η ως άνω δικαστική απόφαση, αντί να στηρίζει τη θέση της Επιτροπής, απλώς επιβεβαιώνει ότι, στο σύστημα της Συνθήκης, η Επιτροπή δεν μπορεί να προσπαθεί να καταλήξει σε αποτέλεσμα, όπως αυτό της εναρμονίσεως των τιμών στην αγορά των φαρμάκων, διευρύνοντας ή διαστέλλοντας το πεδίο εφαρμογής του τμήματος 1 (κανόνες εφαρμοστέοι επί των επιχειρήσεων) του κεφαλαίου 1 του τίτλου VI της Συνθήκης, τοσούτω μάλλον που η εν λόγω Συνθήκη τής παρέχει ειδικούς τρόπους για να επιτύχει μια τέτοια εναρμόνιση όταν είναι δεδομένο ότι οι μεγάλες διαφορές στις τιμές των φαρμάκων εντός των κρατών μελών δημιουργούνται από τις διαφορές που υφίστανται μεταξύ των κρατικών μηχανισμών καθορισμού των τιμών και των διαδικασιών επιστροφής, όπως συμβαίνει και εν προκειμένω (βλ. αιτιολογικές σκέψεις 151 και 152 της Αποφάσεως). Συγκεκριμένα, όπως υπενθύμισε το Δικαστήριο στη σκέψη 47 της προπαρατεθείσας αποφάσεως Merck και Beecham, από πάγια νομολογία προκύπτει ότι οι στρεβλώσεις που προκαλούνται από τη διαφορετική ρύθμιση περί τιμών σ' ένα κράτος μέλος πρέπει να αντιμετωπίζονται με μέτρα θεσπιζόμενα από τις κοινοτικές αρχές (βλ. αποφάσεις του Δικαστηρίου της 31ης Οκτωβρίου 1974, 16/74, Centrafarm και de Peijper, Συλλογή τόμος 1974, σ. 479, σκέψη 17, Musik-Vertrieb membran και K-tel International, όπ.π., σκέψη 24, της 11ης Ιουλίου 1996, C-427/93, C-429/93 και C-436/93, Bristol-Myers Squibb κ.λπ., Συλλογή 1996, σ. I-3457, σκέψη 46, και Merck και Beecham, όπ.π., σκέψη 47).

180 Μια διεύρυνση του πεδίου εφαρμογής του άρθρου 85, παράγραφος 1, της Συνθήκης, όπως αυτή που προτείνει η Επιτροπή, θα οδηγούσε στην παράδοση κατάσταση στην οποία η επιβολή κυρώσεων για μια άρνηση πωλήσεως θα ήταν εντονότερη στο πλαίσιο του άρθρου 85, παράγραφος 1, παρά στο πλαίσιο του άρθρου 86, δεδομένου ότι η απαγόρευση του άρθρου 85, παράγραφος 1, θα έπληττε τον παραγωγό που αποφασίζει να αρνηθεί ή να περιορίσει τις μελλοντικές παραδόσεις του, χωρίς ωστόσο να λύσει πλήρως τις εμπορικές σχέσεις του με τους πελάτες του, ενώ, στο πλαίσιο του άρθρου 86, η άρνηση παραδόσεως, ακόμη και όταν είναι πλήρης, απαγορεύεται μόνον εφόσον είναι καταχρηστική. Συγκεκριμένα, η νομολογία του Δικαστηρίου αναγνωρίζει εμμέσως τη σημασία της διασφάλισης της επιχειρηματικής ελευθερίας κατά την εφαρμογή των κανόνων του ανταγωνισμού της Συνθήκης, καθόσον δέχεται ρητώς ότι ακόμη και μια επιχείρηση κατέχουσα δεσπόζουσα θέση μπορεί, σε ορισμένες περιπτώσεις, να αρνηθεί να πωλήσει ή να αλλάξει την πολιτική της όσον αφορά τις παραδόσεις ή τον εφοδιασμό, χωρίς να καταληφθεί από την απαγόρευση του άρθρου 86 (βλ. στο πνεύμα αυτό, απόφαση του Δικαστηρίου της 14ης Φεβρουαρίου 1978, 27/76, United Brands κατά Επιτροπής, Συλλογή τόμος 1978, σ. 75, σκέψεις 182 έως 191).

- 181 Τέλος, προς στήριξη της θέσεώς της, η Επιτροπή δεν μπορεί να προβάλλει την πεποίθησή της, η οποία εξάλλου στερείται κάθε βάσεως, σύμφωνα με την οποία, μακροπρόθεσμα, οι παράλληλες εισαγωγές θα επιφέρουν την εναρμόνιση της τιμής των φαρμάκων. Το αυτό ισχύει και για τον ισχυρισμό της ότι «δεν μπορεί να γίνει δεκτό να παρεμποδίζονται οι παράλληλες εισαγωγές για να μπορούν οι φαρμακευτικές επιχειρήσεις να επιβάλλουν, σε χώρες που δεν εφαρμόζουν κανέναν έλεγχο των τιμών, υπερβολικές τιμές προκειμένου να αντισταθμίσουν μικρότερα οφέλη εντός των κρατών μελών που παρεμβαίνουν περισσότερο στο επίπεδο των τιμών».

- 182 Από τα προεκτεθέντα προκύπτει ότι η Επιτροπή δεν μπορούσε νομίμως να θεωρήσει αποδεδειγμένη μια συμφωνία μεταξύ των χονδρεμπόρων και του παραγωγού, βασιζόμενη στην απλή διαπίστωση της συνέχειας των προϋφισταμένων εμπορικών σχέσεων.

Δ. Συμπέρασμα

- 183 Από όλα όσα προξετέθησαν προκύπτει ότι η Επιτροπή εκτίμησε εσφαλμένα τα πραγματικά περιστατικά της υποθέσεως και πλανήθηκε κατά τη νομική εκτίμησή τους, θεωρώντας αποδεδειγμένη τη σύμπτωση βουλήσεων μεταξύ της Bayer και των χονδρεμπόρων που αναφέρονται στην Απόφαση, βάσει της οποίας μπορούσε να συναχθεί η ύπαρξη συμφωνίας, υπό την έννοια του άρθρου 85, παράγραφος 1, της Συνθήκης, αποβλέπουσας στην παρεμπόδιση ή στον περιορισμό των εξαγωγών Adalat από τη Γαλλία και την Ισπανία προς το Ηνωμένο Βασίλειο.

184 Κατά συνέπεια, ο λόγος ακυρώσεως που προβάλλεται κυρίως με την προσφυγή αυτή πρέπει να κριθεί βάσιμος. Επομένως, η Απόφαση πρέπει να ακυρωθεί, χωρίς να χρειάζεται να εξετασθούν οι μάρτυρες που πρότεινε η προσφεύγουσα ούτε να εξετασθούν οι επικουρικούς προβληθέντες λόγοι, οι οποίοι αφορούν ασφαλή εφαρμογή του άρθρου 85, παράγραφος 1, της Συνθήκης σε συμπεριφορές που είναι νόμιμες σύμφωνα με το άρθρο 47 της Πράξεως Προσχωρήσεως της Ισπανίας στις Ευρωπαϊκές Κοινότητες και ασφαλή εφαρμογή του άρθρου 15 του κανονισμού 17 κατά την επιβολή προστίμου στην προσφεύγουσα.

-

Επί των δικαστικών εξόδων

185 Κατά το άρθρο 87, παράγραφος 2, του Κανονισμού Διαδικασίας, ο ηττηθείς διάδικος καταδικάζεται στα έξοδα, εφόσον υπήρχε σχετικό αίτημα του νικήσαντος διαδίκου. Δεδομένου ότι η καθής ηττήθηκε και η προσφεύγουσα ζήτησε την καταδίκη της καθής στα δικαστικά έξοδα, πρέπει η τελευταία αυτή να καταδικασθεί να φέρει τα δικά της έξοδα και τα έξοδα στα οποία υποβλήθηκε η προσφεύγουσα, συμπεριλαμβανομένων εκείνων στα οποία η τελευταία αυτή υποβλήθηκε κατά τη διαδικασία των ασφαλιστικών μέτρων.

186 Κατά το άρθρο 87, παράγραφος 4, τρίτο εδάφιο, το Πρωτοδικείο μπορεί να αποφασίσει ότι ο παρεμβαίνων, ακόμα και όταν είναι άλλος από τους αναφερόμενους στο προηγούμενο εδάφιο της παραγράφου αυτής, θα φέρει τα δικαστικά του έξοδα. Εν προκειμένω, η ΕΡΡΙΑ, που παρενέβη προς στήριξη της προσφεύγουσας, και η ΒΑΙ, που παρενέβη προς στήριξη της καθής, θα φέρουν αντιστοίχως τα έξοδά τους.

Για τους λόγους αυτούς,

ΤΟ ΠΡΩΤΟΔΙΚΕΙΟ (πέμπτο πενταμελές τμήμα)

αποφασίζει:

- 1) **Ακυρώνει την απόφαση 96/478/ΕΚ της Επιτροπής, της 10ης Ιανουαρίου 1996, σχετικά με διαδικασία εφαρμογής του άρθρου 85 της Συνθήκης ΕΚ (IV/34.279/F3 — Adalat).**
- 2) **Η Επιτροπή θα φέρει τα δικά της έξοδα και τα έξοδα στα οποία υποβλήθηκε η προσφεύγουσα, συμπεριλαμβανομένων εκείνων στα οποία η τελευταία αυτή υποβλήθηκε κατά τη διαδικασία των ασφαλιστικών μέτρων.**
- 3) **Η European Federation of Pharmaceutical Industries' Associations και η Bundesverband der Arzneimittel-Importeure eV θα φέρουν, αντιστοίχως, τα έξοδά τους.**

Cooke

García-Valdecasas

Lindh

Pirrung

Βηλαράς

Δημοσιεύθηκε σε δημόσια συνεδρίαση στο Λουξεμβούργο στις 26 Οκτωβρίου 2000.

Ο Γραμματέας

Ο Πρόεδρος

H. Jung

J. D. Cooke

Περιεχόμενα

Το ιστορικό της διαφοράς	II-3389
Διαδικασία και αιτήματα των διαδίκων	II-3392
Η Απόφαση	II-3394
Επί της ουσίας	II-3396
Επί του κυρίως προβαλλομένου λόγου που αφορά παράβαση του άρθρου 85, παράγραφος 1, της Συνθήκης, καθόσον η Επιτροπή φρονεί ότι το άρθρο αυτό είναι εφαρμοστέο στα πραγματικά περιστατικά της υποθέσεως	II-3397
I — Επιχειρήματα των διαδίκων	II-3397
II — Εκτίμηση του Πρωτοδικείου	II-3407
Α. Προκαταρκτικές παρατηρήσεις	II-3407
Β. Επί της εννοίας της συμφωνίας κατά το άρθρο 85, παράγραφος 1, της Συνθήκης	II-3408
Γ. Επί της εφαρμογής στη συγκεκριμένη περίπτωση της εννοίας της συμφωνίας	II-3410
1. Επί της φερομένης βουλήσεως της προσφεύγουσας να επιβάλει απαγόρευση των εξαγωγών	II-3411
α) Προκαταρκτικές παρατηρήσεις	II-3411
β) Επί της εκτάσεως του συστήματος ελέγχου της διανομής του Adalat που έθεσε σε εφαρμογή η προσφεύγουσα	II-3413
2. Επί της φερομένης βουλήσεως των χονδρεμπόρων να προσχωρήσουν στην πολιτική της προσφεύγουσας που αποσκοπούσε στη μείωση των παραλλήλων εισαγωγών	II-3423
α) Προκαταρκτικές παρατηρήσεις	II-3423
β) Επί της αποδείξεως της «συμπεριφοράς σιωπηρής συναινέσεως» εκ μέρους των χονδρεμπόρων	II-3424
i) Η συμπεριφορά των Γάλλων χονδρεμπόρων	II-3427
ii) Η συμπεριφορά των Ισπανών χονδρεμπόρων	II-3429
3. Επί των νομολογιακών προηγουμένων που προβάλλει η Επιτροπή	II-3438
4. Επί της θέσεως της Επιτροπής σύμφωνα με την οποία, για να αποδειχθεί η ύπαρξη συμφωνίας, αρκεί να διαπιστωθεί ότι τα μέρη διατηρούν τις εμπορικές σχέσεις τους	II-3444
Δ. Συμπέρασμα	II-3448
Επί των δικαστικών εξόδων	II-3449