

РЕШЕНИЕ НА ПЪРВОИНСТАНЦИОННИЯ СЪД (пети разширен състав)

26 октомври 2000 година \*

„Конкуренция – Паралелен внос – Член 84, параграф 1 от Договора за ЕО (понастоящем член 81, параграф 1 ЕО) – Значение на „споразумение между предприятия“ – Доказателство за наличието на споразумение – Пазар на фармацевтични продукти”

По дело T-41/96

**Bayer AG**, със седалище в Леверкузен (Германия), за която се явява адв. J. Sedemund, Кьолн, със съдебен адрес в Люксембург, в кантората на адв. А. Мау, 398 Route d'Esch,

ищец,

подпомаган от

**European Federation of Pharmaceutical Industries' Associations** (Швейцария), със седалище в Женева, за която първоначално се явява адв. С. Walker, а впоследствие адв. Т. Woodgate, със съдебен адрес в Люксембург, в кантората на адв. А. Мау, 398 Route d'Esch,

встъпила страна,

срещу

**Комисията на Европейските общности**, за която се явяват г-н W. Wils и г-н K. Wiedner, от правния отдел, в качеството на представители, със съдебен адрес в Люксембург, в кантората на г-н С. Gómez de la Cruz от правния отдел, Wagner Centre, Kirchberg,

ответник,

подпомагана от

**Bundesverband der Arzneimittel-Importeure eV (BAI)**, със седалище в Mülheim an der Ruhr (Германия), за която се явяват адв. W.A. Rehmann и адв. U. Zinsmeister, от брюкселската адвокатска колегия, със съдебен адрес в Люксембург, в кантората Bonn и Schmitt, 7 Val Ste Croix,

встъпила страна,

с предмет иск за отмяна на Решение 96/748/ЕО на Комисията от 10 януари 1996 г., свързано с процедура съгласно член 85 от Договора за ЕО (Дело IV/34.279/ F3 - Adalat), (ОВ 1996 L 201, стр. 1),

---

\* Език на производството: немски.

ПЪРВОИНСТАНЦИОННИЯТ СЪД НА ЕВРОПЕЙСКИТЕ ОБЩНОСТИ (пети  
разширен състав),

в състав: г-н J.D. Cooke, председател, г-н R. García-Valdecasas, г-жа P. Lindh, г-н J. Pírung и г-н M. Vilaras, съдии,

секретар: г-н J. Palacio González, администратор,

като взе предвид писмената фаза на процеса, както и заседанието от 28 октомври 1999 г.,

постанови настоящото

### Решение

#### Фактическа обстановка

1. Ищецът, „Bayer“ AG (наричан по-нататък „Bayer“ или „Bayer Group“), е дружество майка на една от основните европейски химически и фармацевтични групи и посредством своите национални клонове има присъствие във всички държави-членки на Общността. Дълги години, Bayer произвежда и продава под търговското име Adalat или Adalate спектър от медицински заготовки, чието активно вещество е nifedipine (нифедипин), предназначен за лечение на сърдечносъдови заболявания.
2. В повечето държави-членки цената на Adalate е пряко или косвено определена от националните здравни органи. Между 1989 г. и 1993 г., цените, определени от испанските и френските здравни органи, са средно с 40 % по-ниски от цените в Обединеното Кралство.
3. Поради тези ценови разлики, от 1989 г. испански търговци на едро изнасят Adalate в Обединеното Кралство. Френските търговци на едро са ги последвали от 1991 г. Според Bayer, продажбите на Adalate от неговия британски клон „Bayer Обединено Кралство“ са намалели почти наполовина между 1989 г. и 1993 г., заради паралелния внос, което е довело до загуби в оборота на британския клон, възлизащи на 230 милиона германски марки, представляващи загуба на приходи за Bayer в размер на 100 милиона германски марки.
4. Изправен пред това положение, дружеството Bayer Group е променило политиката си на доставки и е започнало да спира изпълнението на всички увеличаващи се големи поръчки, правени от търговците на едро в Испания и Франция на испанския и френски клон на Bayer. Тази промяна е направена през 1989 г. за поръчки, получени от Bayer Испания и през четвъртото тримесечие на 1991 г. – за поръчки, получавани от „Bayer Франция“.
5. След жалби на някои от засегнатите търговци на едро, Комисията започва административно производство за контрол по отношение на твърдяните нарушения на член 85, параграф 1 от Договора за ЕО (понастоящем член 81, параграф 1 ЕО) от страна на „Bayer Group“ във Франция и Испания.

6. На 10 януари 1996 г. Комисията приема Решение 96/478/ЕО, което е предметът на настоящото дело, свързано с процедура съгласно член 85 от Договора за ЕО (IV/34.279/F3 - Adalat) (OJ 1996 L 201, стр. 1; Решението).

7. Съгласно член 1 от решението, забраната за износ в други държави-членки на продуктите Adalate и Adalate 20 mg LP от Франция и на продуктите от Испания, която е била договорена като част от техните текущи търговски отношения между „Bayer Франция” и неговите търговци на едро от 1991 г., и между „Bayer Испания” и неговите търговци на едро най-рано от 1989 г., представлява нарушение на член 85, параграф 1 от Договора от страна на „Bayer” AG.

8. Според член 2 от Решението:

„Bayer” AG следва да преустанови нарушението и по-специално да:

- изпрати в двумесечен срок от съобщаването за това решение, уведомление до търговците на едро във Франция и Испания, което да изтъква, че износът в рамките на Общността е разрешен и не подлежи на санкциониране;
- включи това изясняване, в срок от два месеца, считано от съобщаването на решението, в общите условия и клаузи за продажби във Франция и Испания.

9. Член 3 от решението налага глоба в размер 3 милиона ECU на Bayer.

10. Член 4 определя срочна глоба от 1000 ECU за всеки ден забава при изпълнението на специалните задължения, определени в член 2.

### **Процедура и искания на страните**

11. С иск, подаден в секретариата на Първоинстанционния съд на 22 март 1996 г., Bayer е завел дело за отмяна на решението.

12. С отделен документ, подаден в секретариата на Съда на същата дата, ищецът е направил и искане за спиране на действието на член 2 от решението. С определение на председателя на Първоинстанционния съд от 3 юни 1996 г. е разрешено спиране на действието на член 2 от решението, като разноските се запазват.

13. На 1 август 1996 г., германското сдружение на вносителите на медицински продукти, Bundesverband der Arzneimittel-Importeure eV (по-нататък BAI) (BAI) е направило искане да встъпи по делото като подпомагаща страна в подкрепа на исканията, направени от Комисията.

14. На 26 август 1996 г., European Federation of Pharmaceutical Industries' Associations (Европейската федерация на сдруженията на фармацевтичните производители), по-нататък „EFPIA” професионално сдружение, представляващо интересите на 16 национални професионални съюза, свързани с производството на медицински продукти, е направила искане да встъпи като подпомагаща страна в подкрепа на исканията, направени от ищеца.

15. С Определения от 8 ноември 1996 г., председателят на пети разширен състав на Първоинстанционния съд е дал разрешение на двете сдружения да встъпят по делото. Встъпващите страни са подали техните заявления за встъпване на 12 февруари 1997 г. Основните страни са представили своите бележки по заявленията за встъпване на 11 април 1997 г.

16. При изслушването на доклада на съдията-докладчик, Първоинстанционният съд е взел решение да даде ход на устните състезания и чрез процедурните мерки съгласно член 64 от Устройствения правилник да зададе редица писмени въпроси на ищеца и на Комисията, като изиска от тях да отговорят на тези въпроси по време на изслушването.

17. Страните са представили устно становищата си и са отговорили на писмените и устни въпроси на Първоинстанционния съд на заседанието на 28 октомври 1999 г. На заседанието, в подкрепа на някои от отговорите на въпросите на Съда, Комисията е поискала разрешение да представи пред Съда някои от приложенията към възраженията, изпратени на ищеца по време на административната процедура. Тъй като ищецът не е възразил и е заявил, че въпросните документи не съдържат поверителна информация в тази връзка, всички страни, включително встъпилите, са получили копия от тези приложения и са имали възможността да изразят становище по тях по време на изслушването.

18. Ищецът претендира, че Първоинстанционният съд следва да:

- отмени решението;
- като алтернатива, отмени глобата от 3 000 000 ECU, която му е наложена;
- освен това, като алтернатива, да намали глобата;
- осъди Комисията да плати разноските.

19. EFPIA, встъпила страна, подпомагаща ищеца, претендира, че Първоинстанционният съд следва да:

- отмени Решението;
- осъди Комисията да плати разноските по нейното встъпване.

20. Комисията претендира, че Първоинстанционният съд следва да:

- отхвърли иска;
- осъди ищеца да плати разноските.

21. ВАІ, встъпила страна, подпомагаща Комисията, претендира, че Първоинстанционният съд следва да отхвърли иска.

## **Решението**

22. Решението е във връзка с Adalat, продукт, който спада към категория медицински продукти, познати като калциеви антагонисти, подходящи за лечение на определени сърдечносъдови заболявания (коронарни сърдечни заболявания, високо кръвно налягане и конгестивна сърдечна недостатъчност) (съображение 8 от мотивите). От друга страна, обхватът на решението се ограничава до два продукта от вида Adalat, а именно капсула от 10 mg (продавана в Обединеното Кралство и Испания под името Adalat, а във Франция под името Adalate ) и 20 mg таблетка (продавана в Обединеното Кралство и Испания под името Adalat-Retard и във Франция под името Adalate 20 mg LP)( съображение 4 от мотивите).

23. Относно географския пазар, решението определя, че съответните пазари по това дело са националните пазари (вж. съображения 150 - 152 от мотивите), като взема предвид факта, че към момента на дейностите, които са санкционирани, търговията на фармацевтичните производители се е осъществявала предимно в национален контекст, като разрешението за продажба на медицински продукт е изцяло от компетентността на държавите-членки. Освен това, продажбата на лекарства се влияе от административната политика, и от политиката в областта на закупуването, възприета в държавите-членки, и по-специално във Франция и Испания, където цените са пряко определени от компетентната национална институция. И на последно място, решението изтъква, че разликите в методите за определяне на цените и уговорките за отстъпки означават, че са налице големи несъответствия между цените на медицинските продукти в държавите-членки.

24. По отношение пазара на продуктите, решението изтъква (съображение 153 от мотивите), че той е определен чрез позоваване на критериите за идентични терапевтични приложения на различните конкурентни продукти.

25. И накрая, по отношение на съответния пазар във връзка с поведението, разглеждано в решението, от съображение 154 от мотивите може да се види, че Обединеното Кралство е считано за основния съответен пазар, тъй като споразуменията пряко засягат този пазар, като го защитават от паралелен внос и че на второ място, .... , пазарите, от които идва паралелният внос, Франция и Испания се считат за засегнати пазари, тъй като те са изкуствено затворени чрез възпрепятстване на паралелния внос.

26. По отношение на пазарните дялове, с които разполага Bayer при продажбата на Adalat, решението (съображение 23 от мотивите) изтъква, че те се указват чрез позоваване на основните терапевтични приложения на продукта. Комисията счита, че във Франция Adalate има пазарен дял от 5.1% на пазара за продукти за сърдечносъдови болести и 16.6 % на пазара за продукти за високо кръвно налягане. На последно място, в Общността (от 12-те) Adalate има дял от 7.6 % от пазара на продукти за сърдечносъдови заболявания и 5.8% от пазара на продукти за високо кръвно налягане (съображения 24 - 27 от мотивите).

27. Решението описва поведението на Bayer Group, когато е бил изправен пред феномена на паралелния внос на Adalate от Испания и Франция в Обединеното Кралство, и реакциите на търговците на едро и клиентите на Bayer Испания и Bayer Франция във връзка с това.

28. Що се отнася до правната квалификация на поведението, решението изтъква (съображения 155 - 159 от мотивите), че Bayer Франция и Bayer Испания са извършили нарушение на член 85, параграф 1 от Договора, като са наложили забрана за износ- част

от техните търговски отношения със съответните търговци на едро, щом последните са научили действителните причини на Bayer Франция и Bayer Испания, и че те са привели своето поведение в съответствие с изискванията на Bayer Франция и Bayer Испания. Решението счита, че това представлява съществено ограничение на конкуренцията и има значително влияние върху търговията между държавите-членки.

### **По същество**

29. Ищецът претендира, на първо място, нарушение на член 85, параграф 1 от Договора, тъй като неговото поведение, както е упоменато в решението, е било едностранно планирано и прието от него, и не попада в обхвата на тази разпоредба при липсата на споразумение между него и неговите търговци на едро във връзка с износа на продукти, доставяни до Обединеното Кралство. Като алтернатива, ищецът твърди, че Комисията е допуснала очевидна грешка при оценката, като е приложила тази разпоредба към поведение, което е законно съгласно член 47 от Акта за присъединяване на Испания към Европейските общности относно защитата на патенти. Като допълнителна алтернатива, той претендира за нарушение на принципите на правна сигурност и пропорционалност, посредством налагането на глоба съгласно нововъведеното приложение на член 85 от Договора, както и за нарушение на член 15, параграф 2 от Регламент № 17 на Съвета от 6 февруари 1962 г. (Първи регламент за прилагане на член 85 и 86 от Договора, ОВ 1962 г. 13, стр 204).

*Основната претенция, която твърди нарушение на член 85, параграф 1 от Договора, в която Комисията счита, че тази разпоредба е приложима към фактите по делото.*

### *I – Доводи на страните*

30. Според ищеца, относимите факти по това дело могат да се обобщят по следния начин: в държава-членка, в която цените са определени от националните здравни органи доста под цените, определени в други държави-членки, производител, който не доминира на пазара, приема поръчки от търговци на едро само за количество, съответстващо на количествата, обичайно продавани в техните райони на продажба. Причината, поради която поръчките за продуктите са частично отказани, е фактът, че търговците на едро непропорционално увеличават обичайно поръчваните количества, за да изнасят излишъка и така да се възползват от разликите в цените. За ищеца тази практика е неблагоприятна, тъй като тя причинява големи щети на оборота на неговите клонове в други държави, като застрашава тяхното икономическо съществуване. За да не извършва нарушение на член 85 от Договора, той дава на търговския си персонал точни инструкции да решат проблема само въз основа на едностранно определяне на квоти за поръчаните количества и да изтъква пред търговците на едро като причина за това само недостатъчна складова наличност. Имайки предвид, че персоналет на ищеца приема поръчки, само ако те са на нивото на по-рано поръчваните количества, търговците на едро симулират, че съобразяват поръчките си, докато в същото време получават по-големи доставки за износ, като искат от други търговци на едро да купуват продукти за тях. На практика, паралелният износ е продължил и дори се е увеличил.

31. Ищецът изтъква, че в повечето държави-членки цената на Adalate е пряко или косвено определена от здравните институции на държавата въз основа на прилагането на съвсем различни критерии, което причинява огромни ценови разлики между една държава-членка и друга. По-конкретно, през въпросния период между 1989-1993 г. – в

Испания и Франция държавните здравни служби са определили цените средно 40 % по-ниски, отколкото в Обединеното Кралство, където цените на фармацевтичните продукти подлежат на друга форма на контрол от страна на държавата, основана на печалбите на фармацевтичните дружества.

32. Въз основа на тези разлики в цените испанските търговци на едро, които традиционно поемат доставките на лекарства в техните продажбени райони в Испания и купуват Adalate от испанския клон на ишеца, през 1989 г. са започнали да изнасят този продукт в големи количества в Обединеното Кралство, с което са постигнали значително по-големи печалби от тези, постигнати в резултат на продажби на техните традиционни клиенти в Испания (ишецът изтъква, например, че отделен търговец на едро изведнъж е поръчал количество, представляващо почти половината от общото потребление в Испания; вж. съображение 114 от мотивите на решението). Ишецът допълва, че поради огромните печалби, които ще се постигнат с този износ, някои от испанските търговци на едро дори изцяло са преустановили доставките за испански аптеки, които те обичайно са зареждали, за да препродават почти целия Adalate за тях в Обединеното Кралство. Тази ситуация е причинила значителен недостиг на доставките за аптеки в определени райони в Испания и е принудила Bayer, за да защити пациентите, да доставят директно на аптеките, пренебрегнати от испанските търговци на едро.

33. По отношение на френските търговци на едро, ишецът посочва, че подобни случаи е имало във Франция след септември- октомври 1991 г., когато тези търговци на едро са започнали, на свой ред, да изнасят големи количества Adalate за Обединеното Кралство.

34. Ишецът твърди, че той е бил изправен пред тази ситуация и като е имал предвид дългосрочните проблеми на Bayer – Обединено Кралство, е искал да реагира срещу това явление на паралелен внос, което е било проверено на най-високо ниво с оглед на вземане на решение и поемане на отговорност. След задълбочени дискусии и щателни правни консултации за различните възможни мерки, като се отчита практиката на Комисията по вземане на решения и съдебната практика на Общността по този въпрос, е взето решение, вместо да спре изцяло доставките за търговците на едро и да се земе сам с дейността по разпространението им, да се избере по-лека мярка – само намаление на доставяните количества. Ишецът следователно е взел решение да приема поръчки от търговци на едро само въз основа на техните поръчки през предходната година, като същевременно им позволява да ги завишат с около 10 % на година, в съответствие с увеличението в потреблението.

35. Ишецът признава, че той има вътрешна информационна система, с която се опитва да установи наличието и нивото на паралелния внос, но отрича, както обхваща на тази система, за който се твърди в решението, така и изявленията за нейното действително приложение по отношение на френските и испански търговци на едро, каквито са обстоятелствата, въз основа на които Комисията погрешно е стигнала до извода за наличието на паралелен внос. Той обяснява, че системата се състои само от отбелязване на количествата, доставени на всеки търговец на едро през предходни години и въз основа на тези референтни количества, увеличени сравнително с около 10 % годишно, като взема предвид инфлацията и увеличението на общия ценови индекс, предварително определя количествата, които ще бъдат доставяни годишно и месечно.

36. Ищецът отрича да е въвел политика на доставки, зависима от спазването на твърдяната забрана за износ, както се твърди от Комисията и обяснява, че установената система не включва провеждането на последващи проверки, които да установят дали доставените количества са били изнесени.

37. На последно място, ищецът акцентира върху свободата на търговците на едро да изнасят доставените продукти. Тя следва от факта, че знаейки, че Вауег по никакъв начин не наблюдава крайното предназначение на тези продукти, те не могат да се опасяват от санкции, ако крайното предназначение на продуктите е Обединеното Кралство. В действителност, търговците на едро са се възползвали от тази свобода, като в голяма степен са изнасяли продуктите, които са им доставени, както и продуктите, доставени на други търговци на едро или на местни дистрибутори.

38. Ищецът твърди, че Комисията не е установила наличието на споразумение между Вауег и неговите търговци на едро и претендира, че не е имало намерение за сключване на споразумение, нито от негова страна, тъй като той е считал за законно провеждането на едностранна политика на ограничаване на доставките, за да затрудни паралелния внос, нито от страна на търговците на едро, които със своето поведение демонстрират абсолютна съпротива срещу прилагането на такава политика. Според ищеца, доводът на Комисията се изчерпва с изказването, че изискването за наличие на споразумение между предприятия по смисъла на член 85 от Договора е изпълнено, дори ако страната, която прави поръчката, само симулира, че променя поведението си, а нейното действително поведение и става ясно доказва, че тя не желае да сключи твърдяното споразумение. Този подход, признава ищецът, противоречи на формулировката и на целта на член 85, тъй като съвпадението на волеизявления, което е основният елемент в понятието за споразумение, не би било необходимо за това понятие за споразумение.

39. Освен това, ищецът твърди, че с цел да оправдае възприемането на този нов подход, Комисията не може да се позовава на нормотворческата и съдебната практика, имайки предвид разликите между фактите по това дело и тези, разглеждани по предходни решения относно препятствия пред паралелния внос.

40. Ищецът твърди, че дотук е безспорно, че частичният или пълен отказ за доставки представлява едностранен акт, който не може да попадне в обсега на член 85 от Договора. При липсата на споразумение по смисъла на член 85, параграф 1 от Договора, тази разпоредба не може да се прилага в настоящия случай. В своето изложение, доводът на Комисията разширява обхвата на член 85 от Договора и по отношение на едностранен отказ за доставка, който би могъл да попадне само в обхвата на член 86 от Договора, така че да елиминира систематичното разграничаване на обхвата на член 85 и този на член 86.

41. Според ищеца, като приема решението, Комисията е предприела нов експеримент, за да тества приложимостта на този подход, основан на нов и специален правен режим за паралелния внос и за проблемите, поставени от тях в сферата на конкуренцията. Тази политика надхвърля обсега на настоящия Договор, който, въпреки че цели да установи вътрешен пазар, не стига дотам да забрани, чрез разпоредби по въпросите на конкуренцията, едностранно поведение при липсата на доминиращо положение, единствено на основание, че това поведение цели да предотврати паралелния внос.



42. Освен това, принципното решение, което се съдържа в решението, има обseg, който надхвърля това дело и би довело до много широко задължение за сключване на договори от страна на предприятия, които не доминират на пазара, при условие, че производителят не може да откаже да изпълнява поръчки на основанията, упоменати по-горе, без да наруши член 85 от Договора. Този резултат би бил в пълно противоречие с формулировката и структурата на член 85 и 86 от Договора.

43. На следващо място, ищецът критикува Комисията за това, че пренебрегва факта, че конкуренцията при фармацевтичните продукти е значително изкривена поради регулирането на цените, които са различни във всяка държава-членка. Ищецът твърди, че това регулиране трудно се съгласува с член 30 от Договора за ЕО (понастоящем член 28 ЕО). Той също така оспорва, че националните системи за пряко и косвено определяне на цените на фармацевтичните продукти, които са много различни една от друга, съществено изопачават конкуренцията и следователно нарушават член 3, буква ж) от Договора за ЕО.

44. Той също така отбелязва, че в сферата на фармацията, Общността все още е далеч от постигане на вътрешен пазар, и критикува факта, че предприятията се третират, сякаш вече е постигнат вътрешен пазар, а от друга страна Общността не е взела ефикасни мерки за хармонизиране на националните системи за определяне на цени, така че условията за конкуренция да не са засегнати.

45. Ищецът оспорва и довода на Комисията, че правилата на Общността не са необходими, тъй като в дългосрочен план, паралелният внос ще допринесе за хармонизиране на цените на медицинските продукти.

46. Ищецът предлага определени свидетели да бъдат изслушани, за да се докаже, на първо място, че поведението на определени испански търговци на едро, които са изнасяли всичките си опаковки Adalat, са застрашили доставките на много испански аптеки; на второ място, че решението вече да не изпълняват всички поръчки е било предхождано от детайлна правна проверка за съвместимостта на това решение с правото на Общността; и на трето място, че Комисията е отказала да проведе проучване преди разследването, което е дало основание за това дело, при което поведението на Bayer спрямо паралелния внос вече би било проверено.

47. Европейската федерация на сдруженията на фармацевтичните производители, която е встъпила като подпомагаща страна в подкрепа на ищеца потвърждава доводите на ищеца.

48. Комисията твърди, че нарушението представлява споразумението между ищеца и испанските и френските търговци на едро по отношение на забраната за износ на продукта Adalate в други държави-членки.

49. Тя твърди, че Bayer Франция и Bayer Испания са планирали и наложили забрана за износ и за да я установи, Bayer Group са установили система за наблюдение на паралелния внос, която се състои в идентифициране на търговците на едро, които изнасят, съществено намаляване на доставките, наблюдение на крайното предназначение на доставените количества и санкциониране на търговците на едро, които изнасят доставките си, чрез намаляване на доставките в бъдеще. Комисията счита за установено, че Bayer е въвел тази система, че търговците на едро са знаели за

мотивите на ищеца и че те са се съгласили на забраната за износ, тъй като са знаели, че в противен случай се очаква техните доставки да се изпълняват само в размер на потребностите на националния пазар или в по-малък размер, определен от ищеца.

50. Комисията признава, че е неправилно да твърди, че Bayer е решил да доставя на всички търговци на едро количества, които са най-малко равностойни на референтните количества, а именно на количеството от предходната година, увеличено с 10 %. По този начин намаляването на доставките във връзка с поръчките, не се прилага за всички търговци на едро в съответствие с твърдения индивидуален референтен размер (вж. съображение 96 от мотивите на решението). За определени търговци на едро, поръчките са намалени до размера от предишната година, без да се прилага увеличението от 10 % (дело CERP Lorraine, упоменато в съображения 87 и 165 от мотивите на решението и дело Hefame, упоменато в съображения 122 - 124 и 168 от мотивите на решението), докато в други случаи размерът на намалението дори би могъл да навреди на възможността на засегнатите търговци на едро да снабдяват техния традиционен пазар с достатъчно количество (делото Hufasa, упоменато в съображения 114, 127 и 166 от решението и делото Sofares, упоменато в съображения 121 и 169 от мотивите на решението).

51. Следователно, търговците на едро се счели, че наложените ограничения са свързани с износа и с оглед на евентуални репресивни мерки, че те са имали действителен интерес формално да съблюдают забраната за износ, както са и направили. Търговците на едро са се споразумели с ищеца да не изнасят Adalat, за да получават достатъчни доставки в замяна.

52. Комисията твърди, че за да въведе тази забрана за износ, ищецът е разчитал на мълчаливото съгласие на търговците на едро, и твърди, че съвпадението на волеизявления не се компрометира от факта, че двете страни не са имали един и същ интерес от подписването на споразумението. Споразумение по смисъла на член 85, параграф 1 от Договора изисква само двете страни да имат интерес от неговото сключване, без да е необходимо този интерес да е един и същ. Тъй като търговците на едро са заинтересовани да избегнат ограниченията в доставките, а ищецът е заинтересован да предотврати, или поне да ограничи паралелния внос, то налице е съвпадение на волеизявления за предотвратяване или поне за ограничаване на съществуващия паралелен внос.

53. Комисията твърди, че фактът, че търговците на едро не са се отказали изцяло от износа, не може да поставя под съмнение съществуването по това дело на споразумение или на мълчаливо съгласие от тяхна страна във връзка със забраната за износ. Докато тя признава, че испанските и френските търговци на едро биха предпочели да продължават своите дейности по износ към Обединеното Кралство, тя твърди, че те са намалили поръчваните количества до размер, който оставя у Bayer впечатлението, че те отговарят на неговото заявено желание да види тяхното ограничаване в рамките на потребностите само на техните традиционни пазари.

54. Комисията твърди, че решението е изцяло съгласно нейната нормотворческа практика и в съответствие с прецедентната практика на Съда, като понятието за споразумение представлява обект на подобно тълкуване, по-специално решенията на Съда от 11 януари 1990 г., Sandoz/Комисия С- 277/87, Recueil, стр. I-45, публикация на

резюме, по-нататък „Sandoz”, и от 8 февруари 1990 г., Tipp-Eh/Комисия (С-279/87, Recueil, стр. I-261, публикация на резюме).

55. Комисията отрича да е поставяла под съмнение разграничаването между обхвата на член 85 и този на член 86 от Договора. Тя поддържа, че в този случай обстоятелствата попадат в обхвата на член 85 относно споразуменията, тъй като търговците на едро сами са решили да се съгласят с волята на ищеца и да осигурят достатъчно доставки, като се съгласяват да ограничат износа. Следователно, според Комисията, съображенията за законодателна политика, изтъкнати от ищеца, се основават на предположения, които сами по себе са погрешни, поради което не е необходимо да ги проверява допълнително.

56. Комисията не се съгласява с изявлението на ищеца, че фармацевтичният сектор представлява специален пазар, към който правилата за конкуренция трябва да се прилагат само ограничено. Тя признава, че много държави-членки продължават да се намесват на пазара на фармацевтични продукти и че, имайки предвид съществуващите различия в подхода, средните цени и потребителските навици се различават. Комисията изтъква, от друга страна, че е установено, че тя не може да оспорва системите за контрол на цените, като се позовава на правилата за свободно движение на стоки, а може само да се бори срещу евентуални дискриминационни последици в светлината на член 30 от Договора. Поради тази причина Комисията атакува само държавните мерки, които ясно дискриминират в полза на националната фармацевтична индустрия или проучване.

57. Тя твърди, че фактът, че държавите-членки имат различни системи за регулиране на цените не означава, че целта за установяване на вътрешен пазар не се прилага за фармацевтичния сектор. Тя оспорва, че тъй като във всеки случай системите за регулиране на цените оставят на предприятията достатъчно поле за маневриране, то паралелният внос не трябва да се възпрепятства нито от държавни мерки, нито от поведение, ограничаващо конкуренцията между предприятията. Освен това, ако държавните мерки, възпрепятстващи паралелния износ, са забранени, то мерките, взети от предприятията със същата цел, както е в настоящия случай, следва също да бъдат забранени. Следователно, според Комисията, самият факт на възпрепятстване на паралелния внос на медицински продукти нарушава член 85 от Договора, както е демонстрирано по-специално в решението по делото Sandoz.

58. Комисията допълва, че в своите решения от 31 октомври 1974 г., *Centrafarm v Sterling Drug* (15/74, Recueil, стр. 1147), и от 20 януари 1981 г. *Musik-Vertrieb membran и K-tel International* (55/80 и 57/80, Recueil, стр. 147), Съдът вече е изтъкнал, че правилата за прилагане на свободно движение на стоки се прилагат за производителите без значение дали съответните национални разпоредби са били обект на хармонизация. Комисията следователно заключава, че могат да бъдат предприети и стъпки за борба със забраните за износ, дори във фармацевтичния сектор, както става ясно от прецедентната практика на Съда. Тя се позовава по-конкретно, на член 30 от Договора, на Решения на Съда от 20 май 1976 г., *de Peijper* (104/75, Recueil, стр. 613), от 23 май 1978 г., *Hoffmann-La Roche* (102/77, Recueil, стр. 1139), от 14 юли 1981 г., *Merck* (187/80, Recueil, стр. 2063), и на член 85, параграф 1 от Договора, на Решението по делото Sandoz, упоменато по-горе.

59. Комисията потвърждава, че тя изхожда от принципа, че в дългосрочен план, паралелният внос ще спомогне за хармонизацията на цените на медицинските продукти и тя не счита за приемливо паралелният внос да бъде възпрепятстван, за да се даде възможност на фармацевтичните дружества да налагат прекомерни тарифи в държави, които не прилагат никакъв контрол на цените, за да компенсират по-ниските печалби в държави-членки, които се намесват повече по отношение на цените.

60. ВAI изтъква, от една страна, че на пазара за медицински продукти, аптеките нямат възможност, нито икономическа, нито логистична, да поддържат пълен асортимент от лекарствата на склад в достатъчни количества, и от друга страна, поради тяхното положение и функциониране на пазара, търговците на едро са задължени да разполагат с такъв асортимент на склад, за да могат бързо да снабдят една аптека с всички медицински продукти, поръчани от нея, за да не се превърне тя в търговец на едро, разполагащ с всички необходими наличности. При тези обстоятелства, и като се има предвид структурата на фармацевтичния пазар и на системата за наблюдение на разпространение, установена от Bayer, ВAI твърди, че търговците на едро нямат друг избор, освен да се съгласят с този контрол, като съществено намалят поръчките и следователно значително да намалят износа, без да е нужно производителят да ги заплашва изрично.

61. По отношение на забраната за износ, наличието на санкции срещу търговците на едро, които изнасят, според ВAI е безспорно, тъй като Bayer постоянно наблюдава разпространението на техните продукти и винаги се адаптира към промените на пазара. В подкрепа на това твърдение, те поддържат, че списъкът с поръчки на Adalate 20 mg LP , съдържащ се в точка 87 от съображенията на решението ясно доказва, че само търговец на едро, който е осъществил износ, трябва да очаква последващо намаляване на доставяните количества, и че Bayer е реагирал всеки път на количеството на поръчките на търговците на едро и е санкционирал търговците на едро, които изнасят, като е направил големи намаления на доставките.

## *II – Констатации на Първоинстанционния съд*

### *A- Предварителни бележки*

62. Установена практика е, че в случай на дело за отмяна на решение за прилагане на член 85, параграф 1 от Договора, Първоинстанционният съд трябва да предприеме обстойна проверка на въпроса дали условията за прилагане на член 85, параграф 1 са спазени или не (Решения на Съда от 11 юли 1985 г., Remia и др./Комисия, 42/84, Recueil, стр. 2545, точка 34, и от 17 ноември 1987 г., ВAI и Reynolds/Комисията, 142/84 и 156/84, Recueil, стр. 4487, точка 62 ).

63. Съгласно първата точка на член 85, параграф 1 от Договора:

Следното трябва да бъде забранено като несъвместимо с общия пазар: всички споразумения между предприятия, решения на сдружения от предприятия и съгласувани практики, които могат да повлияят на търговията между държавите-членки и които имат за цел да повлияят на предотвратяването, ограничаването или изкривяването на конкуренцията на общия пазар...

64. От формулировката на тази разпоредба става ясно, че постановената по този начин забрана се отнася изключително за поведение, което е двустранно или многостранно координирано, под формата на споразумения между предприятия, на решения на сдружения от предприятия и съгласувани практики.

65. По това дело, е постановено, че има споразумение между предприятия по смисъла на този член. Ищецът твърди, обаче, че решението санкционира едностранно поведение от негова страна, което остава извън обсега на тази разпоредба. Той претендира, че Комисията е дала тълкуване на понятието за споразумение по смисъла на член 85, параграф 1 от Договора, което разширява precedentите от съдебната практика и че прилагането на това тълкуване към настоящия случай нарушава тази разпоредба от Договора. Комисията твърди, че тя изцяло е следвала съдебната практика, когато е оценявала това понятие и го е прилагала по съвсем подходящ начин към обстоятелствата по това дело. Следователно, необходимо е да се определи дали, като се има предвид дефиницията на това понятие в съдебната практика, Комисията има право да приеме, че в поведението, установено в решението, са налице фактори, представляващи споразумение между предприятия по смисъла на член 85, параграф 1 от Договора.

*Б- Понятието за споразумение по смисъла на член 85, параграф 1 от Договора*

66. Съдебната практика показва, че когато решение от страна на производител представлява едностранно поведение на предприятие, това решение заобикаля забраната на член 85, параграф 1 от Договора (Решения на Съда от 25 октомври 1983 г., AEG/Комисия, 107/82, Recueil, стр. 3151, точка 38, и от 17 септември 1985 г., Ford и Ford Europe/Комисията, 25/84 и 26/84, Recueil, стр. 2725, точка 21, Решение на Първоинстанционния съд от 7 юли 1994 г., Dunlop Slazenger/Комисията, T-43/92, Recueil, стр. II-441, точка 56).

67. От съдебната практика става ясно и това, че за да е налице споразумение по смисъла на член 85, параграф 1 от Договора, е достатъчно въпросните предприятия да са изразили тяхното общо намерение да се държат на пазара по определен начин (Решения на Съда от 15 юли 1970 г., ACF Chemiefarma/Комисия, 41/69, Recueil, стр. 661, точка 112, и от 29 октомври 1980 г., Van Landewyck и други/Комисия, 209/78 до 215/78 и 218/78, Recueil, стр. 3125, точка 86; Решение на Първоинстанционния съд от 17 декември 1991, Hercules Chemicals/Комисията, T-7/89, Recueil, стр. II-1711, point 256).

68. По отношение на формата, в която е изразено общото намерение, достатъчно споразумение е изразяването на намерението на страните да се държат на пазара в съответствие с неговите условия (вж., по-специално Решения ACF Chemiefarma/Комисия, точка 112, и Van Landewyck/Комисия, точка 86, упоменати по-горе), като не е необходимо то да представлява действителен и обвързващ договор по смисъла на националното право (Sandoz, точка 13).

69. Следователно, понятието за споразумение по смисъла на член 85, параграф 1 от Договора, както е тълкувано в съдебната практика, се съсредоточава около наличието на съвпадение на волеизявления между най-малко две страни, формата на което е определена като незначителна, доколкото то представлява достоверен израз на намерението на страните.

70. При определени обстоятелства, приетите или наложени мерки по очевидно едностранен начин от производител в контекста на неговите продължителни отношения с неговите дистрибутори се е считало за представляващо споразумение по смисъла на член 85, параграф 1 от Договора (Решения на Съда от 12 юли 1979 г., BMW Белгия и други/Комисия, 32/78, 36/78 до 82/78, Recueil, стр. 2435, точки 28 - 30; AEG/Комисията, упоменати по-горе, точка 38; Ford и Ford Европа/Комисията, упоменати по-горе, точка 21; от 22 октомври 1986 г., Metro/Комисията, „Metro II” 75/84, Recueil, стр. 3021, точки 72 и 73; Sandoz, упоменато по-горе, точки 7 - 12, и от 24 октомври 1995 г., Bayerische Motorenwerke, C-70/93, Recueil, стр. I-3439, точки 16 и 17).

71. Тази съдебна практика показва, че следва да се прави разлика между дела, по които предприятие е предприело изцяло едностранна мярка, и така без изричното или мълчаливо участие на друго предприятие, и дела, в които едностранният характер на мярката е само привиден. Докато първите случаи не попадат в обсега на член 85, параграф 1 от Договора, то вторите трябва да се счита, че разкриват споразумение между предприятия и следователно може да попадат в обсега на тази разпоредба. Такъв е случаят, по-конкретно, с практики и мерки в ограничение на конкуренцията, които, въпреки че привидно са приети едностранно от производителя в контекста на неговите договорни отношения с дилърите, получават поне мълчаливото съгласие на тези дилъри.

72. От съдебната практика става ясно, че Комисията не може да счита, че привидно едностранно поведение от страна на производител, възприето в контекста на договорните отношения, които той поддържа със своите дилъри, в действителност представлява основата на споразумение между предприятия по смисъла на член 85, параграф 1 от Договора, ако тя не е установила наличието на съгласие от другите контрагенти, изрично или мълчаливо, за поведението, възприето от производителя (Решения BMW Белгия и други/Комисия, точки 28 - 30; AEG/Комисията, точка 38; Ford и Ford Европа/Комисията, точка 21; Metro II, точки 72 и 73; Sandoz, точки 7 - 12 и Bayerische Motorenwerke, точки 16 и 17, упоменати по-горе).

#### *В- Приложение на понятието за споразумение по настоящото дело*

73. В настоящото дело, при липсата на преки документи, доказващи сключването на споразумение между страните относно ограничаването или намаляването на износа, Комисията е счела, че съвпадението на волеизявления, основополагащо за това споразумение, става ясно от поведението на ищеца и търговците на едро, съответно упоменати в решението.

74. По този начин, в решението, Комисията изтъква (съображение 155 от мотивите), че Вауер Франция и Вауер Испания са извършили нарушение на член 85, параграф 1 от Договора, и че са изпълнени условията за прилагане на тази разпоредба, тъй като тези национални клонове са наложили забрана за износ като част от техните трайни търговски отношения с клиентите си. Тогава тя изтъква (точка 156 от решението), че анализът на поведението, възприето от Вауер Франция и Вауер Испания спрямо техните търговци на едро показва, че Вауер Франция и Вауер Испания са наложили забрана за износ, както в търговските си отношения със своите търговци на едро и са я представили като установен факт (съображение 176 от мотивите), и че търговците на едро са се съгласили мълчаливо със забраната за износ.

75. Следователно, в случай че Комисията се позовава в решението на забраната за износ, то тя я разглежда като едностранно искане, което е формирало предмета на споразумението между ищеца и търговците на едро. Ако Комисията е стигнала до заключението, че е налице споразумение, противоречащо на член 85, параграф 1 от Договора, това е така, защото тя е счела за установено, че ищецът се е стремил и е постигнал споразумение със своите търговци на едро в Испания и Франция, целта на което е да предотврати или ограничи паралелния внос.

76. Ищецът признава, че е възприел едностранна политика, предназначена да намали паралелния внос. От друга страна, той отрича да е планирал и наложил забрана за износ. В тази връзка, той отрича дори да е обсъждал с търговците на едро, да не говорим за сключване на споразумение с тях, за да им попречи да изнасят или да ги ограничи в износа на доставяните количества. Освен това, той изтъква, че търговците на едро по никакъв начин не са се придържали към неговата едностранна политика, нито са имали желание за това.

54. При тези обстоятелства, за да се определи дали Комисията е установила в необходимата степен наличието на съвпадение на волеизявления между заинтересованите страни относно ограничаването на паралелния внос, е необходимо да се прецени дали, както твърди ищецът, Комисията неправилно е оценила съответните намерения на Bayer и търговците на едро.

#### 1. Намерението на ищеца да наложи забрана за износ

##### а) Предварителни бележки

78. Решението представя като установен факта, че френският и испанският клон на ищеца са наложили съответно на френските и испанските търговци на едро забрана за износ, която е въведена чрез идентифициране на търговците на едро, които изнасят и чрез прилагане на последващо намаление на количествата, които им се доставят, ако става ясно, че те изнасят всички или част от въпросните продукти. Съгласно формулировката на точка 156, съображение 2 от мотивите към решението, забраната за износ може да се предполага от следните допълнителни фактори: а) системата за проследяване на търговците на едро, които осъществяват износ, и б) последващото намаление на количеството, доставяно от Bayer Франция и Bayer Испания, в случаите когато търговците на едро изнасят всички или някои от продуктите.

79. В решението Комисията изтъква (в съображения 160 - 170 от мотивите) причините, поради които е счела за установено, че ищецът е извършил последващи намаления на количествата, доставяни от Bayer Франция и Bayer Испания, в случай че търговците на едро са изнасяли всички или част от продуктите и тези доставки, следователно са ставали при съблюдаване на забраната за износ. По-конкретно, Комисията изтъква в съображение 160, параграф 1: В случай че търговци на едро изнасят част от доставените им продукти, те поемат риска техните последващи поръчки да бъдат отказани от Bayer Франция и Bayer Испания. В съображение 163 от мотивите, тя допълва: доказателството, с което Комисията разполага, показва, че снабдяването с количествата, разрешени от Bayer Франция и Bayer Испания, поставя намаляването на доставяното от тях количество в зависимост от поведението на търговците на едро в отговор на забраната за износ. Ако търговците на едро нарушат забраната за износ, това води до по-нататъшно автоматично намаляване на количествата, които те получават.

80. Комисията стига до заключението (съображение 170 от мотивите): Всички тези аспекти на поведението на Bayer Франция и Bayer Испания показват, че двете дружества са поставили своите търговци на едро под постоянна заплаха от намаляване на доставяните количества, заплаха, която нееднократно е изпълнявана, ако те не съблюдават забраната за износ.

б) Обхват на системата за наблюдение на разпространението на Adalat, въведена от ищеца

81. Ищецът признава, че за да провежда своята политика за изпълнение на поръчки, само ако те отговарят на традиционните потребности на търговците на едро, той е използвал система за общо наблюдение на разпространението на Adalat. Той също така признава, че е бил заинтересован да узнае кои търговци на едро са ориентирани към износа, за да може да прилага тази политика правилно. Но той твърди, че тази информационна система не му е дала възможност да прави проверки, последващи доставките, за да открие дали доставените продукти действително са били изнесени или не. Системата се е състояла единствено в определяне на количествата, доставяни на търговците на едро през предходните години и на тази база, в предварително определяне на количествата, които той се е съгласявал да достави на всеки търговец на едро. Следователно, според ищеца, доводът на Комисията, че Bayer е поставил доставките за всеки търговец на едро в зависимост от потвърждението, че количествата, доставени в съответствие с новата политика, не са били в крайна сметка изнесени за Обединеното Кралство, и че е установил система за санкциониране на търговци на едро, които продължават да изнасят, след възприемането на тази политика, е фактически неточен.

82. За да опише системата за наблюдение на разпространението на Adalat, установена от ищеца, Комисията се позовава на документ, възпроизведен в съображение 109 от мотивите на решението, изходящ от Bayer Испания, който служители на Комисията са открили в седалището на Bayer Франция. Този документ се състои от поредица от екранни изображения, използвани на конференция от ръководител от испанския клон, за да разясни в рамките на среща в Bayer Франция системата за контролиране на разпространението на Adalat, въведена в Испания. Според Комисията, този документ изцяло описва използваната от ищеца система за идентифициране нейните клиенти, осъществяващи износ.

83. Ищецът признава на заседанието, че тези екранни изображения точно описват системата, която той прилага. Тъй като това е документ, който по своята същност е предназначен за използване изключително в рамките на Bayer Group, той следва да се счита за илюстративен за начина, по който Bayer е решил да се справи с паралелния внос.

84. Съдът отбелязва, че тези екранни изображения започват с обобщение на проблема, което посочва, че обемът на поръчки на Adalate е нараснал до 300 % за няколко седмици, че това увеличение е предизвикало дефицит, че е предприето единно снабдяване из страната на риск, че това е предизвикало всеобщо недоволство от страна на търговците на едро, организацията на вътрешните и външните продажби и на последно място, че това е нарушило ритъма на производство, вследствие на спешните потребности от Adalat.



85. На следващо място, те показват, че ищецът е счел, че най-подходящото решение на проблема, възникнал поради внезапното и прекомерно увеличение на поръчките на Adalat, е да определи предварително за всеки търговец на едро лимит на доставки, като вземе предвид редица съображения, включително идентифициране на евентуални износители. Документът показва също така, че с оглед прилагането на тази система за наблюдение в Испания, Bayer Group се е подготвил за обсъждане на лимитите за количествата доставки, предназначени за всеки търговец на едро. За тази цел, Bayer Group е планирал, на първо място, на по-ниските ешелони от търговския отдел да бъде представен един единствен довод, а именно недостиг на складовите наличности и на второ място, предназначението на лицето, отговарящо за директните контакти с търговците на едро, които, както може да се предполага, ще настояват за преразглеждане на определения лимит.

86. Екранните изображения показват, че за да приложи лимита, определен за всеки клиент, установената система дава възможност за автоматично спиране на всяка поръчка, която надвишава предписаното количество, така че да позволи ръчното подаване на команда. Освен това се изтъква, че системата, наред с останалите си преимущества, може да дава възможности за идентифициране на заподозрените търговци на едро. И на последно място, за действията, които се предприемат за поемане на поръчки, които се контролират ръчно, става ясно, че системата намалява количеството, а не отменя поръчката.

87. Практическото приложение на тази система за наблюдение е точно илюстрирана от таблица, озаглавена „Резултат“, съдържаща се в екранните изображения и възпроизведена в края на съображение 109 от мотивите на Решението. Тази таблица показва, че Bayer Испания е определил предварително месечни и годишни лимити за поръчките на всеки търговец на едро и че е потвърждавал при всяка доставка, дали търговецът е надвишил тези лимити.

88. От друга страна, тези екранни изображения не съдържат нищо, което да указва намерението на Bayer да забрани износа или да наблюдава количествата, действително изнесени от всеки от търговците на едро, които се проверяват, и да реагира впоследствие.

89. Следователно, и обратно на тълкуването, дадено от Комисията, съдържанието на този вътрешен документ не може да се счита, че указва, че ищецът е основал своята стратегия върху наблюдението на крайното предназначение на доставените продукти и на санкциониране на търговците на едро, които осъществяват износ.

90. На следващо място, необходимо е да се изследват различните примери с френски и испански търговци на едро, на които Комисията се позовава в подкрепа на своето твърдение, че намаленията на доставките не са били предварително установени едностранно, а са представлявали реакция към поведението на търговците във връзка с поръчките, като по този начин доказва наличието на политиката за системно наблюдение на износа и санкциониране на търговците на едро, които са изнасяли доставените им продукти.

91. Във връзка с делото CERP Lorraine, Комисията се позовава на таблицата с поръчки, направени от този френски търговец на едро, упоменати в съображение 87 от мотивите

към решението. Комисията изтъква, че според таблицата, докато CERP Lorraine е правел средни месечни поръчки, възлизащи на 50 000 и 70 000 опаковки Adalate в периода между юни 1991 г. и февруари 1992, то той е получил само 35 000 през септември 1991 г., и 15 000 месечно през следващите три месеца, и само 7500 през февруари 1992 г. Комисията твърди, че това намаление на доставките доказва, че Bayer не винаги прилага едни и същи критерии, а именно отчитане на количествата, определяни чрез позоваване на поръчките от предходната година.

92. Формулировката на съображение № 87 от мотивите на решението показва, че от септември 1991 г., Bayer значително е намалил доставките си за този търговец на едро, в сравнение с предходните месеци, и че той е посочил като причина проблеми със складов дефицит на френския пазар. От друга страна, не се прави позоваване на възможен износ на доставени количества. Следователно Комисията не може да се позове на тази таблица с поръчки, в подкрепа на своя довод, че доставките се правят при определени условия. Обратно, това съображение от решението също възпроизвежда писмо от Bayer Франция до CERP Lorraine, в което според Комисията, Bayer Франция изтъква, че месечните заявки на CERP Lorraine (средно) са 9 000 опаковки на месец, и поради това Bayer Франция не е имал възможност да се справи с увеличеното търсене през следващата година. Това изявление трябва да се тълкува като потвърждение, че, както твърди ищеца, новата политика на доставки е основана на традиционните потребности на всеки търговец на едро, които в случая на CERP Lorraine са между седем и девет пъти по-малки от количествата, поръчвани през месеците, предхождащи възприемането на новата политика. Доводът на ищеца се потвърждава от съображение № 165 от мотивите към решението, която изтъква, че Bayer Франция наблюдава отблизо поръчките на CERP Lorraine и се е съгласила да Ж доставя само същите количества, като миналата година.

93. Делото на френския търговец на едро OCP изисква подобна констатация. Съображение 91 от решението очертава положението на този търговец, който е заявил на Bayer Франция планирана поръчка от 50 000 опаковки Adalate за март, април и май 1992 г. Упоменава се телекс от OCP до Bayer Франция, с оплакване за доставени само 15 000 опаковки през февруари и 5 000 през март. От друга страна, при липсата на позоваване на каквато и да е забрана за износ, Комисията не може да използва този телекс в подкрепа на своя довод, че доставките се правят при определени условия.

94. По отношение на испанския търговец на едро Nefame, Комисията твърди, че той също е идентифициран, като субект, осъществяващ паралелен износ. В съображение 120 от решението, в което се възпроизвеждат обясненията, които Nefame е дал на недоволните потребители в Обединеното Кралство, Комисията оспорва по-специално коментара, че паралелният внос е твърде голям и че мултинационалният контрол (който според Комисията се отнася за Bayer) доказва, че ищецът действително е наблюдавал положението, знаейки точно кои търговци на едро са осъществявали паралелен внос и ги е санкционирал впоследствие. От друга страна, дори този документ действително да показва, че Bayer е приложил ограничения на Nefame, които са причинили проблеми за клиентите на последния, той не може да подкрепи довода на Комисията, че доставките са поставени в зависимост от крайното предназначение на доставените продукти, тъй като никой от тези фактори не може да се тълкува като доказателство за опит от страна на Bayer да забрани износа на доставяните продукти и да санкционира тази практика. Обратно, обстоятелството, че Bayer се е ограничил да възприеме политика на ограничени доставки в съответствие с националните

потребности, изглежда се потвърждава от следните изречения, съдържащи се в документа, възпроизведен в съображение № 120 от решението: Разбирам, че не сте доволни от тази новина, но след една година всичко е променено, а паралелният износ е твърде голям, а мултинационалният контрол .... За кратко време изпитваме сериозни затруднения за получаване на достатъчни количества от Adalat, (...) и (...) от Испания. Изглежда, че Bayer и (...) правят всичко възможно да съгласуват наличностите от техни продукти точно с предполагаемите потребности за Испания, с което възпрепятстват свободната търговия в рамките на ЕО. Има ли начин, по който вие можете да предприемете някакви действия срещу тези дружества?

95. Отново по отношение на Hefame, съображения 122 - 124 от мотивите към решението очертават споразуменията, сключени между този търговец на едро с редица по-малки търговци на едро. Както гласи едно от тези споразумения, което представлява част от преписката на Комисията, малък търговец на едро се е задължил да подкрепя, като доставя продукти или количества от продукти, които той може да има в наличност, в допълнение към тези, доставени от Hefame, за да улесни нормалното снабдяване на чуждестранните клиенти на Hefame с необходимите количества. Комисията твърди, че, ако Hefame е сключил тези споразумения, това е така, защото той е знаел, че като паралелен износител, идентифициран от ищеца, той няма да получава нови доставки от Adalat. Това потвърждава предположенията на Комисията, че доставките не са правени в съответствие с предварително определени количества или граници, тъй като определени търговци на едро, които не са били „заподозрени”, са получили по-големи количества без затруднения и че ищецът е приложил много ясно разграничение между търговци на едро, към които е имал съмнение, че осъществяват паралелен износ, и към такива, за които не е известно, че осъществяват паралелен износ. И на последно място, решението изтъква (съображение 124 от мотивите), че ищецът бързо е възпрепятствал разпространението на продукти сред търговци на едро, тъй като той е идентифицирал и малките търговци на едро като субекти, осъществяващи паралелен износ и по подобен начин впоследствие е намалил количествата, предназначени за тях.

96. Съдът отбелязва, че тези извлечения от документи действително разкриват наличието на споразумения, сключени от този търговец на едро с други местни търговци на едро в опит да получи опаковки Adalat, в допълнение към тези, доставяни директно от ищеца. От друга страна, те не представят никакво доказателство, в подкрепа на твърдението, че ищецът е поставил политиката на всеки търговец на едро в зависимост от действителното поведение на последните във връзка с крайното предназначение на доставените продукти. Обратно на твърдението на Комисията, документите, упоменати в точка 122 от Решението, не показват, че доставките съгласно новата политика не са ставали в съответствие с предварително определени количества или прагове на базата на минали потребности. Нещо повече, самата Комисия изтъква в съображения 124 и 168 от решението, че Bayer, като въвежда своята нова политика на самоограничаване спрямо потребности от минали периоди, в случаите когато установява, че малките търговци на едро поръчват доставки с необичайно високи количества в сравнение с техните обичайни потребности на местния пазар, е взел решение да ги снабдява с количества, само в рамките на техните традиционни потребности.

97. По отношение на делото Sofares, Комисията цитира в съображение 121 от мотивите в Решението изявление, което се твърди, че този търговец на едро е направил при проверката на Комисията в неговото седалище.

98. Това изявление се отнася на първо място, като цяло, за трудностите, възникнали от определени производители по отношение на доставките на продукти, предназначени за износ и също, по-специално, за обсъждания между Sofares и Bayer Испания относно степента на потребностите на техния национален пазар. От друга страна, въпреки че това изявление се отнася за проблеми в снабдяването, в него не се упоменава за забрана за износ, наложена от Bayer, нито за някакъв опит на Bayer да наблюдава действителното предназначение на продуктите, доставяни в Испания, за да реагират впоследствие, ако те бъдат изнесени. Следователно, Комисията не може да се позовава на това изявление в подкрепа на довода си, че снабдяването е поставено в зависимост.

99. По отношение на Hufasa, точка 127 от решението възпроизвежда записките, водени от този търговец на едро на заседание, проведено с мениджърите на Bayer Испания с намерение за получаване на по-големи доставки, документ, на който Комисията приписва особено значение (вж., съображения 166 и 167 от решението), с цел да установи наличието на забрана за износ.

100. От друга страна, този документ не съдържа преpraщане към забрана за износ, наложена от ищеца или към някакво твърдяно прилагане от последния на политика на системно наблюдение, основана на опита, върху действителните предназначения на доставените продукти. Обратно на твърдението на Комисията, нищо в документа не доказва необходимостта Hufasa да обясни на Bayer, че няма да се занимава с износ.

101. Следва също да се отбележи, че самото решение очертава фактически въпроси (съображения 96 и 159), които потвърждават делото на ищеца относно политиката на доставки, която е установена. По този начин, докато в точка 96 се казва, че Bayer Франция приема за нормално увеличение или намаление в размер от 10 % от местните потребности, самото решение противоречи на довода на Комисията, че Bayer не е прибягнал към подхода, който се твърди. Същото може да се каже и за съображение 159, което, позовавайки се на съображения 78 и 79, изтъква, че Комисията разполага с документи, които показват месечни разписания за поръчваните количества и подчертаното увеличение на тези количества в сравнение със статистиката от предходната година.

102. И на последно място, в този случай Комисията не може да се позовава на изявлението на ищеца, в смисъл, че количествата продукти, които ще се доставят, са определени предварително според миналите потребности на заинтересованата страна, увеличени с 10 % и без отчитане на възможен износ на продуктите, като твърди, че тази политика може да не е била винаги прилагана автоматично и по точния начин. Както ищецът обяснява на заседанието, тъй като има няколко месечно закъснение в прилагането на тази нова политика, възможно е търговците на едро, които са получили много големи количества от продуктите след възприемането на тази политика, впоследствие да са били с намалени доставки до размера, съответстващ на техните традиционни потребности, определени от вътрешната статистика на Bayer Group. Такъв по-специално е случаят със CERP Lorraine (описан в съображение 87 от решението), който в началото на 1991 г., е получил изпълнени всички свои поръчки за над 60 000 опаковки Adalate месечно, а впоследствие е получил само 9 000, количество,

съответстващо на неговите поръчки преди възникването на проблема с паралелния внос. Освен това, фактът, че търговците на едро, които ищецът не е идентифицирал като износители, също са имали възможност да получават допълнителни количества по-лесно, отколкото търговците на едро, които са идентифицирани като износители, което ищецът не оспорва като такова, не може да прави недействителни констатациите, направени по-горе относно липсата на доказателство за политиката на наблюдение на действително осъществения износ и на санкциониране на въпросните износители.

103. По отношение на твърдяните документи с доказателствена сила, упоменати подробно в съображения 83 - 85 и 96 - 103 от мотивите на решението относно Франция, и Испания в съображения 110 - 131, за които съображение 160 от решението се отнася, в подкрепа на довода на Комисията, следва да се отбележи само, че както документите, съдържащи се в току-що разгледаните мотиви, те по никакъв начин не демонстрират установяването от страна на Bayer на политика на доставки, която е в зависимост от действителното съблюдаване на забраната за износ, която се твърди.

104. На заседанието и в отговор на въпрос, зададен от Съда, Комисията се позовава на съображения 80, 110, 140 и 147 от мотивите на решението, в подкрепа на нейния довод, че снабдяването е поставено в зависимост от съблюдаването на забраната за износ.

105. Тези съображения от решението възпроизвеждат писма, разменени между ръководството на британските и френски клонове, между испанския клон и дружеството майка Bayer Group, между британския клон и дружеството майка, и вътрешни протоколи на ръководния екип на Bayer Франция. Всички тези документи се отнасят за прилагането от страна на Bayer Group на нейната нова политика на доставки и системата за наблюдение на разпространението на Adalat, за да се справи с проблема с паралелния внос. Тези документи доказват, че Bayer Group е имал интерес да установи търговците на едро, които имат намерение да изнасят. От друга страна, при липсата на позоваване в тези документи на някакво намерение за наблюдение на поведението на всеки търговец на едро, както и за неговото санкциониране, ако се установи, че е изнасял доставените му продукти, Комисията не може да се позовава на тях във връзка с този довод.

106. На последно място, доводите на Комисията, основани на субективното възприятие на търговците на едро за ситуацията, не могат да изменят предходните заключения във връзка с намерението на ищеца, което се твърди, да наложи забрана за износ и да санкционира нейното нарушаване.

107. Комисията твърди, че търговците на едро са запознати с мотивите на ищеца и следователно те са счели ограниченията, наложени от Bayer, като свързани с износа. Тя допълва, че търговците на едро са имали интерес привидно да спазват забраната за износ и те следователно са приели тази забрана, за да си осигурят достатъчни доставки Adalat. На последно място, тя твърди, че търговците на едро, които не са съблюдавали забраната за износ, са останали незащитени срещу заплахи и санкции от страна на Bayer.

108. От друга страна, както току-що беше определено, Комисията не е установила, че ищецът е въвел политика за наблюдение на крайното предназначение на продуктите, доставени при действието на новата политика и не е поставил снабдяването в зависимост от това предназначение. Следователно, доводът, че търговците на едро са

имали реален интерес привидно да спазват забраната за износ, за да си осигурят достатъчни доставки на Adalate е фактически неточен. Освен това, Комисията не е доказала в необходимата степен наличието на санкции срещу търговци на едро, които са взели решение да изнасят опаковки Adalate и заплахи от страна на Bayer в този смисъл. Комисията не е представила нищо, което дори да указва, че Bayer е изискал от търговците на едро да не изнасят доставените им продукти, или че търговец на едро е дал уверения на Bayer относно износа. Обратно, както твърди ищецът, при липсата на наблюдение върху крайното предназначение на доставените продукти, търговците на едро не е трябвало и не са се опасявали от санкции, както е видно от изявлението на търговец на едро, упоменат в точка 185 от решението; Важното в случая са действителните доставки, а не поръчките. При тези обстоятелства, знанието на търговеца на едро за намерението на ищеца да предотврати паралелния внос не може да установи връзката, която се твърди, между ограничението на доставките и поведението на търговците на едро по отношение на износа.

109. Като се има предвид упоменатото по-горе, трябва да се заключи, че Комисията не е доказала в достатъчна степен, нито че Bayer Франция и Bayer Испания са наложили забрана за износа на техните съответни търговци на едро, нито че Bayer е установил системно наблюдение на действителното крайно предназначение на опаковките Adalat, доставени след възприемането на новата политика на доставки, нито че ищецът е провеждал политика на заплахи и санкции спрямо търговци на едро, които изнасят, нито че е поставил снабдяването с този продукт в зависимост от съблюдаването на забраната за износ, която се твърди.

110. На последно място, и от документите, възпроизведени в решението, не става ясно, че ищецът се опитва да постигне под каквато и да е форма споразумение с търговците на едро относно прилагането на неговата политика, предназначена да намали паралелния внос.

2. Твърдяното намерение на търговците на едро да спазват политиката на ищеца, предназначена да намали паралелния внос

а) Предварителни бележки

111. Ищецът признава по това дело, че той е възприел и едностранно е прилагал нова политика на доставки, предназначена да затрудни търговците на едро да осъществяват паралелен износ. Според съдебната практика, както вече е отбелязано, очевидно едностранното поведение от страна на производител, възприето в контекста на договорни отношения, които той поддържа със своите дилъри, може в действителност да представлява основа на споразумение между предприятия в смисъла на член 85, параграф 1 от Договора, ако се установи изрично или мълчаливо съгласие от страна на другия контрагент с политиката, възприета от производителя.

112. Комисията твърди, че за да установи своята политика на ограничаване на доставките, ищецът е разчитал на мълчаливото съгласие на търговците на едро.

113. Следователно, при обстоятелствата по делото, необходимо е да се отчете, дали Комисията е доказала в достатъчна степен изричното или мълчаливо съгласие на търговците на едро с едностранната политика, възприета от Bayer, да предотвратява паралелния внос.

б) Доказателство за мълчаливото съгласие на търговците на едро

114. Комисията твърди в съображение 176 от решението, че поведението на търговците на едро отразява мълчаливо съгласие със забраната за износ, и описва това поведение по-подробно в съображения 181 - 185 от мотивите на решението. Тя стига до това заключение в контекста на поредица от факти, които е счела за установени.

115. На първо място, Комисията отбелязва (съображение 180), от една страна, че търговците на едро са били наясно с наличието на забрана за износ, фактор, който, според нея, е бил с решаващо значение по делото Sandoz и в контекста на който самото обстоятелство, че те не са реагирали на забраната за износ предполага, че те са я приели и че е налице необходимото доказателство, потвърждаващо наличието на споразумение, и, от друга страна, че, както по делото Sandoz, забраната за износ представлява част от продължителни търговски отношения между Bayer Франция и Bayer Испания с техните съответни търговци на едро.

116. На второ място, изтъква Комисията (съображение 180) по това дело, като добавъчен елемент, в допълнение на тези, които са счетени за относими по делото Sandoz, поведението на търговците на едро показва, че те не само разбират, че забраната за износ се отнася за доставени стоки, но и че те са съобразили своето поведение с тази забрана.

117. Комисията твърди, че съобразяването на поведението на търговците на едро с изискванията, наложени от Bayer Франция и Bayer Испания, е установено от констатацията, че щом те са разбрали действителните намерения на Bayer Франция и Bayer Испания, търговците са демонстрирали, поне привидно, приемане ... на забраната за техните доставчици за износ в търговските им отношения с доставчика (съображение 181). Те са се пригодили към изискването на Bayer Франция и Bayer Испания, както се доказва от различни системи, които те въвеждат, за да получат доставки, частично системата за разпределение на поръчки, предназначени за износ, на различните агенции и поръчките на малките търговци на едро (съображение 182).

118. Съгласно решението (съображения 183 и 184), търговците на едро са съблюдавали националните квоти, наложени от техния доставчик, договаряйки, доколкото могат, максималното увеличение, като по този начин се подчиняват на точното прилагане и спазване на цифрите, упоменати от Bayer Франция и Bayer Испания, като нормално за снабдяването на националния пазар. Това отношение показва, според Комисията, че търговците са наясно с реалните мотиви на Bayer Франция и Bayer Испания, както и за тактиката, прилагана от двете дружества, за да осуетят паралелния внос: те са се пригодили към системата, установена от техния доставчик, за да съблюдават неговите изисквания.

119. От друга страна, трябва да се има предвид, на първо място, че, както е постановено, Комисията не е установила в достатъчна степен, че Bayer е предприел политика на систематично наблюдение на крайното предназначение на доставените опаковки Adalat, че той е възприел политика на заплахи и санкции спрямо търговци на едро, които са ги изнасяли, и следователно, че Bayer Франция и Bayer Испания са наложили забрана за износ на своите търговци на едро, или на последно място, че

доставките са поставени в зависимост от спазването на забраната за износ, която се твърди, че е наложена.

120. На второ място, от документите, представени на Съда, не става ясно, че Bayer Франция или Bayer Испания са изискали някаква определена форма на поведение от страна на търговците на едро във връзка с крайното предназначение на доставените опаковки Adalat, или спазване на определен ред за правене на поръчки, като тяхната политика се е състояла единствено в едностранно ограничаване на доставките, чрез предварително определяне на количествата, които ще бъдат доставени, въз основа на количествата от минали поръчки.

121. И на последно място, Комисията не е установила, че ищецът е направил някакъв опит да постигне споразумение или мълчаливо съгласие с търговците на едро за прилагането на неговата политика. Тя дори не твърди, че Bayer се е опитал да накара търговците на едро да променят начина, по който те формулират поръчките.

122. Следователно, твърдението, съдържащо се в съображения 181 - 185 от решението, въз основа на което Комисията счита, че търговците на едро са привели своето поведение в съответствие със забраната за износ, която се твърди, че е наложена, не е достатъчно, поради липса на фактически основания, тъй като то е основано на фактически обстоятелства, които не са установени по безспорен начин.

123. Тъй като по това дело Комисията не разполага с документ, който изрично да препраща към споразумение между Bayer и неговите търговци на едро относно износа, с цел да се установи съвпадение на волеизявления, тя твърди, че е съблюдала подхода на съдебната практика, състоящ се в проверка на действителното поведение на търговците на едро, за да определи наличието на тяхното мълчаливо съгласие. По този начин Комисията изтъква в съображение 180 от решението: По настоящото дело, ... поведението на търговците на едро показва, че те не само са разбирали, че забраната за износ се отнася за доставените стоки, но и са съобразили своето поведение с тази забрана. Обратно, ищецът твърди, че именно тяхното поведение е най-силното доказателство за липсата на съвпадение на волеизявления.

124. При обстоятелствата по делото, следователно трябва да се определи дали, като се отчете действителното поведение на търговците на едро след възприемането на нова политика на ограничаване на доставките от страна на ищеца, Комисията е могла законосъобразно да стигне до извода, че търговците мълчаливо са се съгласили с тази политика.

(i) Поведението на френските търговци на едро

125. Като предварителна точка, трябва да се има предвид, че съображение 96 от решението, в което Комисията дава общо описание на начина, по който тримата френски търговци на едро са се организирали, за да се опитат да получат доставки, гласи:

Тримата търговци на едро са възприели един и същ метод: те са спрели да правят поръчки за износ, а са направили постъпки за увеличаване на поръчките, който официално са предназначени за френския пазар.



Вуер Франция приема за нормално увеличение или намаление от 10 % за национални нужди. Търговците на едро имат редица местни агенции, разположени из цяла Франция, които обичайно осигуряват снабдяването на местно ниво.

Местните поръчки, направени от всяка от агенциите, са се увеличили, без на Вуер Франция да се указва тяхното предназначение. Целта е Вуер Франция да бъде убеден, че местното потребление се е увеличило, като то се разпределя между различните агенции. Количествата, които в действителност са предназначени за износ, тогава се пренасочват в рамките на организацията на всеки търговец на едро, за да могат да бъдат изнесени.

126. Съображения 97 - 101 от решението, които са посветени на определянето на стратегия, възприета от търговеца на едро CERP Rouen, за да заобиколи политиката на Вуер за ограничаване на доставките, възпроизвежда няколко писма, разменени в периода от октомври 1991 г. - януари 1992 г. между централния търговски отдел на CERP Rouen и директорите на местните агенции на тази група, за да получат допълнителни опаковки Adalat, изискани от агенция Boulogne, която в рамките на групата отговаря за износа за Обединеното Кралство. От друга страна, обратно на твърденията на Комисията, частите от тези документи не могат да докажат, че търговецът се е съгласил да спре износа, намали своите поръчки или ограничи износа, или че той се е опитал да остави у Вуер впечатлението, че той ще направи това. Единственото, което те илюстрират, е реакцията на едно предприятие, което се опитва да продължи своята дейност по износ, доколкото е възможно. Липсва пряко упоменаване или доказателства за намерение, което да е в подкрепа на политиката на Вуер за предотвратяване на износа, за което търговците на едро да са ясно уведомени, както е упоменато в съображение 94 от решението.

127. Проверката на документите, упоменати в съображения 102 и 103 от решението относно делата CERP Lorraine и OCP, единствено потвърждават този извод. Нещо повече, съображение 102 показва, че въпреки трудностите, възникнали поради отношението на Вуер, CERP Lorraine е успял да получи значителни количества за износ. Това съображение от мотивите съдържа извлечение от вътрешен доклад на CERP Lorraine, в който авторът изтъква:

Въпреки, че не виждам благоприятно разрешение в краткосрочен план относно доставките от Вуер (ние успяхме да получим минимални количества от продукта посредством агенциите), мисля, че бюджетът ще бъде постижим в края на финансовата година.

128. Документите, възпроизведени в съображения 105, 106 и 107 от мотивите, са в противоположен смисъл на довода на Комисията, тъй като те показват, че търговците на едро CERP Lorraine и CERP Rouen на практика не са привели техните поръчки в съответствие с новата политика на ограничаване на доставките, въведена от Вуер. Те показват, че Вуер блокира доставките на Adalat, направени от CERP Lorraine (съображение 105), че търсенето от страна на CERP Rouen в началото на 1992 г. възлиза на 50 000 опаковки месечно, но Вуер са могли да доставят само 7 000 опаковки, за да отговорят на това търсене, и че OCP е изпратил на Вуер първоначална поръчка за 50 000 опаковки месечно за февруари и март 1992 г., но че е получил само 15 000 опаковки през февруари и 5 000 опаковки през март (съображения 91 и 107).

129. Следователно, абзаците, възпроизведени в съображения 96 - 107 от решението, не могат да подкрепят довода, че френските търговци на едро изрично или мълчаливо са се съгласили с политиката, въведена от Bayer. Тези абзаци не се позовават на някаква предразположеност да се спазва по някакъв начин политиката на Bayer за предотвратяване на паралелния износ. Обратно, те само свидетелстват за факта, че тези търговци на едро са възприели линия на поведение, която демонстрира твърдо и непоколебимо намерение да реагират срещу политиката, която е изначално в противоречие с техните интереси.

(ii) Поведението на испанските търговци на едро

130. По отношение на испанските търговци на едро, съображения 113 - 130 от мотивите на решението не съдържат нищо, което може да подкрепи довода за мълчаливо съгласие, изтъкнат от Комисията.

131. Напротив, съображения 115, 118, 119 и 120 от мотивите на решението опровергават този довод. Те показват, на първо място, че Bayer Испания постоянно е поддържал своята политика на ограничаване на доставките на нивото на традиционните потребности и на второ място, че търговците на едро са много притеснени от загубите, причинени от невъзможността да получат количествата, необходими за да отговорят на поръчките от техните британски клиенти. Специално внимание следва да се обърне на съображение 115 от мотивите, където се възпроизвеждат части от документи, обменени между CERP Rouen и неговото испанско поделение Commercial Genové: Всяка седмица изискваме копие от заявленията с поръчки за Adalate и (...), изпратени до производителите и бележките за доставка, съответстващи на тези поръчки. Опитваме се да представим необорими доводи срещу производителите (...). Относно Вашия факс от днес относно (...) и производителите на Bayer, давам дума, че от наша страна се прави всички възможно за получаване на доставки в количество, по-голямо от нашите изисквания. Производителите отказват да приемат каквито и да е доводи. Те знаят, че количествата, които ни доставят, могат без проблем да задоволят потребностите на испанския пазар. Същото се отнася и за цитатите, съдържащи се в точка 118 – те не ни доставят толкова, отколкото имаме нужда. Разполагаме само с наличности за нашия пазар – и в точка 119 – Bayer не ни доставя количествата, които поръчваме – те илюстрират, обратно на твърденията на Комисията, че търговците на едро не са адаптирали своята политика на заявяване на доставки към новата ситуация и са продължили да поръчват количества по-големи от техните обичайни потребности.

132. Необходимо е да се разгледа ситуацията при всеки от испанските търговци на едро, засегнати от решението.

133. Спрямо Sofares, основният търговец на едро в Испания, решението изтъква в съображение 121, че доказателството за неговото мълчаливо съгласие следва да се открие в изявлението, направено от ръководителите на това дружество по време на проверката на Комисията в неговото седалище. Казва се, че управляващият директор на Sofares е изтъкнал, че износната дейност на Sofares представлява много малка част от общия оборот, поради трудностите, предизвикани от определени производители (включително Bayer) за поръчките за износ, и че в своето качество на директор, отговарящ за закупуването, когато Bayer е определил квота за Adalate за Sofares и изначално става ясно, че тя е недостатъчна, за да задоволи изискванията на вътрешния пазар ... (той) ги е предупредил за възможна жалба поради тези ограничения. Оттогава,

Байер снабдява Sofares с количества, които са достатъчни, за да задоволят националното потребление на въпросния продукт.

134. Обратно на това, което Комисията твърди, от този документ не може да се направи изводът, че Sofares е спазил изискването на Байер Испания да се ограничи в рамките на националния пазар.

135. Първото изречение, в смисъл че незначителният обем на износа на фона на целия оборот се дължи на трудностите, предизвикани от определени производители при снабдяване с продукти за износ, само по себе си не представлява пряко доказателство за споразумение между този търговец на едро и Байер Испания, съгласно което получените опаковки Adalate не трябва да се изнасят. Фактът, че износът е незначителен, не може да води до заключението, че износ не е осъществяван или че е бил преустановен. Обратно, това изявление може да демонстрира, че поне отчасти, Sofares е продължил да изнася. Фактът, че за разлика от ситуацията на останалите търговци на едро, решението не илюстрира, че Sofares е изготвил стратегия за заобикаляне политиката на Байер, не прехвърля тежестта за доказване на наличието на мълчаливо съгласие с новата политика на Байер, като тази тежест все още е за Комисията. Тъй като това е най-големият търговец на едро в Испания, с дял от 20,6 % от пазара (според съображение 112 от решението), Комисията не може законосъобразно да счете, че изявлението, възпроизведено в съображение 121, доказва, че Sofares е спазил изискването на Байер Испания да се ограничи в рамките на националния пазар, без да потвърждава, че Sofares е имал силни традиции в сферата на износа и без да разглежда възможността, че Sofares просто е решил да разглежда износа само като много спомагателна възможност; това решение би било най-разумното, имайки предвид трудността да се получат допълнителни количества от продуктите в сравнение с обичайните потребности. Това е така още повече с оглед на липсата на някакво позоваване в Решението на относителната важност на Adalate за всички продажби на Sofares.

136. Освен това, изявлението на управляващия директор на Sofares, вместо да е доказателство за претендирано спазване на забраната за износ, която се твърди, налага констатацията, че политиката на Байер за ограничаване на доставките, заедно с трудностите, предизвикани от други производители, е накарало търговеца на едро да счита износа за възможен, само след като се осигури съответно снабдяване на националния пазар. Това тълкуване изглежда по-правдоподобно от тълкуването на Комисията, като се има предвид по-конкретно, факта, че от търговците на едро се изисква да осигурят съответно и постоянно разпространение на продуктите на националния пазар и че този случай засяга най-големия в държавата търговец на едро.

137. Според съображение 137 от мотивите към решението, данните за износните продажби между 1989 г. и 1993 г., представени от Sofares по искане на Комисията, показват, че износните продажби са останали на минимално ниво и това показва, че Sofares е възприел режима, наложен от Байер Испания и се е ограничил точно в рамките на испанския национален пазар.

138. От друга страна, проверката на тези данни разкрива точно обратното, тъй като, дори той да представлява минимален процент от продажбите на Sofares като цяло, процентът, съответстващ на износа на Adalat, само се увеличава през годините, нередовно, но постоянно, което се демонстрира и от факта, че най-малкият процент

през разглеждания петгодишен период е точно този от първата година, а именно 1989 г. Накрая, следва да се допълни, че за Комисията е трудно да стигне до този извод, без да знае данните за годините преди 1989 г., тоест за периода, непосредствено предшестваш въвеждането от Bayer на политиката на ограничени доставки. Без тази информация, не е възможно да се определи дали Sofares са изменили тенденцията си за износ на този продукт след въвеждането на тази политика от Bayer.

139. Относно абзаца, съдържащ се в изявлението относно обсъжданията между изпълнителния директор на Sofares и Bayer Испания, необходимо е да се прецени дали при липсата на пряко или косвено позоваване на свободата да се изнасят получените количества, фактът, че страните са се съгласили да увеличат първоначално отредените от Bayer количества на доставките за този търговец на едро, за да гарантират, че са задоволени националните потребности, демонстрира мълчаливо съгласие от страна на търговеца на едро с политиката на ищеца, предназначена да затрудни паралелния износ. Съображение 143 от мотивите на решението съдържа откъс от документ, който, въпреки че Комисията не се позовава директно на него в контекста на този въпрос, трябва да се разгледа, тъй като представлява вътрешен меморандум на Bayer Испания, който също се отнася за квотата, която Bayer първоначално е отпуснал на Sofares, за да задоволява потребностите на националния пазар.

140. Този вътрешен меморандум показва, че Bayer Испания и Sofares са обсъждали минимални количества доставки, които ще дадат възможност на този търговец да задоволява своите потребности с оглед неговия растеж и проникване на националния пазар и че те са постигнали споразумение за количествата, съответстващи на тези потребности. Явно е, че Bayer Испания са убедили Sofares, че доставките най-малко ще съответстват на тези количества. Ясно е, също така, че Bayer Испания е готов да предвиди преразглеждане на намалените количества, които са първоначално приети, ако възникнат проблеми със снабдяването на националния пазар, като има предвид своето морално и законово задължение да гарантира съответно разпространение на своите продукти на испанския пазар.

141. От друга страна, нищо в този вътрешен меморандум не се отнася и за най-малко ограничение на свободата на Sofares да предназначи за износ продуктите, получени след разговори за размера на националните потребности. Следователно Комисията няма основание да твърди, че на Sofares са правени доставки, само след като е убедил Bayer, че доставките са предназначени единствено за вътрешния пазар. На последно място, следва да се отбележи, че при преговорите Bayer Испания е претендирал, че испанските аптеки, които не са снабдявани от търговците на едро, са били снабдявани директно от производителя. Това обстоятелство, вместо да укаже, че търговците на едро са възпрепятствани или санкционирани от Bayer, когато са взели решение да изнасят тези продукти, дори на цената на това да изоставят части от националния пазар, изглежда по-скоро демонстрира, че те са обезпечавани в тази връзка от производителя.

142. При тези обстоятелства, заключението следва да бъде, че нито документът, посочен в съображение 143 от мотивите на решението, нито изявлението на изпълнителния директор на Sofares, възпроизведено в съображение 121 от решението може да се приеме като доказателство за твърдяното изискване на Bayer Испания към търговеца на едро да остане в рамките на националния пазар, или като приемане на това изискване от страна на Sofares.

143. Освен това, решението описва (съображение 122 от мотивите) как испанският търговец на едро Hefame е установил система за получаване на опаковки Adalate за износ. То показва подробно стандартно споразумение, озаглавено Споразумение за сътрудничество за външни пазари, което Hefame е сключил с няколко малки търговци на едро, за да получава по-големи количества от медицинските продукти, чиито износ е изгоден, включително Adalat. От друга страна, нищо в този документ не показва, че поведението на Hefame е било в полза на идеята за мълчаливо съгласие с новата политика на Bayer.

144. По отношение на испанските поделения на CERP Rouen, описанието на поведението на Commercial Genové, Hufasa и Disdasa, съдържащо се в съображения 125 - 129 от решението, потвърждава липсата на доказателство за съвпадение на волеизявления или мълчаливо съгласие с политиката за предотвратяване на паралелния внос.

145. Самата Комисия изтъква в съображение 126 от мотивите на решението: „В помещенията на Commercial Genové бяха открити документи, които показват че CERP Rouen е използвал своите испански поделения Commercial Genové, Hufasa и Disdasa, за да задоволява потребности на британския пазар. По този начин CERP Rouen е действал като международна група и се е възползвал от всичките си ресурси във Франция и Испания, за да се снабди с количествата, необходими за неговите британски клиенти. Съгласно тази система, испанските поделения са използвани по същия начин, както и френските регионални агенции: от тях се иска да увеличават правдоподобно техните поръчки за испанския пазар, а така получените количества се доставят на британски клиенти от името на CERP Rouen.”

146. На следващо място решението разглежда търговеца Hufasa (съображение 127), като цитира протокол от заседание между Hufasa и Bayer Испания, за който се твърди че показва, че Hufasa изцяло приема доводите на Bayer Испания, а именно, че той трябва да се концентрира на вътрешните продажби. В тази връзка, Комисията се позовава по-специално на следния цитат: „...постигнахме споразумение с Bayer да поддържа високи доставки на Adalat, като по-добре беше да не представяме цифри, които не биха били приети като възможни за Hufasa и които разкриват нашия интерес да изнасяме значителни количества.”

147. Този протокол показва, че се е състоял разговор между представители на Hufasa и ръководителите на Bayer Испания, на който директорите от Bayer са отказали да доставят заявените количества, тъй като те възлизат на 50 % от националното потребление и са много по-високи от заявките на останалите фирми в същия район; че представителите на Hufasa са отговорили, като са заявили, че тяхното дружество се нуждае от по-големи количества Adalate на основание, по-конкретно, че преценката на потребностите на националния пазар са направени въз основа на потребностите, отбелязани през една нетипична година, когато дружеството им е било в криза, което се е отразило в необичайно ниското ниво на покупки на Adalat; и че след тези разговори, Bayer са се ангажирали да преразгледат лимита за доставки и да ги увеличат до лимита на друг неидентифициран търговец на едро.

148. Този протокол ясно показва, че истинските намерения и действителното поведение на испанските поделения на CERP Rouen не могат повече да бъдат разграничени от всякакво намерение за спазване или съблюдаване на политиката на Bayer за

предотвратяване на паралелния внос. В тази връзка достатъчно е да се цитира част от документа, който е след упоменатия по-горе точка и да се разгледа в контекста на груповата стратегия, възприета от CERP Rouen: „Заемам позицията, че беше по-важно да се получи количество Adalate за износ с много правдоподобни данни, а не да се поддържат много високи нива на поръчки, които няма да бъдат изпълнени. Важното беше действително полученото, а не поръчката. Затова безспорно е защо (...) поръчва по-малко от предвиденото. Освен това, докато е вярно, че представеният протокол показва, че дружеството е водило тежки преговори с Bayer Испания, за да си осигури нейното признание, че нейните традиционни национални потребности са по-високи и че те трябва да бъдат задоволени, този факт не може да служи в подкрепа на изявлението на Комисията, че изцяло е приела доводите на Bayer Испания, а именно, че трябва да се съсредоточи върху вътрешните продажби.”

149. На последно място, въпреки че директорът на Hufasa в този протокол се позовава на споразумение с Bayer за поддържане по-големи доставки на Adalat, което се твърди, че Hufasa е сключила с Bayer Испания, от буквалното съдържание на това изявление и неговия контекст става ясно, че страните са се ограничили до преговори за точното определяне на количествата, които търговецът на едро обичайно изисква, като това е бил критерият, според който ищецът е решил да адаптира своята нова политика на доставки, и бъдещото преразглеждане на количествата за потребностите на националния пазар и, следователно, количествата, на които Hufasa има право съгласно този критерий. Тъй като изречението „Това ги е навело на мисълта, че значителна част от продукта е предназначена за износ” е само субективна преценка от страна на директора на ... , не може да се счита, че тя демонстрира намерение от страна на Bayer да се занимае с въпроса за износа или действителното предназначение на доставените продукти. Освен това, то не може в никакъв случай да противоречи на общия смисъл на протокола, който само отразява трудностите, които Bayer е срещнал при прилагането на своята нова политика за намаляване на доставките, и в който протокол няма нищо, което може да установи, че Bayer Испания и Hufasa са сключили споразумение да ограничат или предотвратят по някакъв начин паралелния износ на доставените опаковки Adalat. Липсата на съвпадение на волеизявления във връзка с износа е потвърдено, още повече, че с текста на този мотив в самото решение, където Комисията изтъква: От друга страна, протоколът е изричен; натискът, оказан на Bayer Испания въз основа на доводи за националния пазар е само средство, използвано от Hufasa, за да получи количествата, предназначени за износ.

150. Съображения 128 и 129 към решението очертават съдържанието на писмо от CERP Rouen до неговите поделения, както и съдържанието на писмо, изпратено до CERP Rouen от неговото поделение Commercial Genové също относно механизма, използван от тази групировка в опитите Ж да получи допълнителни опаковки Adalat. Комисията не може да се позове на тези документи, нито за да установи, че поделенията на CERP Rouen в Испания са се опитвали по всякакъв начин да се адаптират към новата политика на Bayer, която е предназначена да ограничи паралелния износ на доставените продукти.

151. Проверката на отношението и действителното поведение на търговците на едро показва, че Комисията няма основание да твърди, че те са съблюдавали политиката на ищца, предназначена за намаляване на паралелния внос.

152. Доводът, основан на факта, че засегнатите търговци на едро са намалили техните поръчки до определено ниво, за да оставят у Bayer впечатлението, че те се съобразяват с неговото обявено намерение и по този начин да задоволят потребностите си за своя традиционен пазар и че те са действали по този начин, за да избегнат санкции, трябва да бъде отхвърлено, тъй като Комисията не е успяла да докаже, че ищецът е изискал или е договорил приемането на някаква конкретна линия на поведение от страна на търговците на едро във връзка с предназначението за износ на опаковките Adalat, които той е доставил, и че той е санкционирал или е заплашил със санкции търговците на едро, които осъществяват износ.

153. Поради същите причини, Комисията не може да твърди, че намалението на поръчките може да се разбира от Bayer само като знак, че търговците на едро са приели неговите условия, както и да поддържа, че това е така, тъй като те са изпълнили изискванията на Bayer да си осигурят допълнителни количества, предназначени за износ от търговци на едро, които Bayer не подозира и поради това техните по-големи доставки се изпълняват без проблем.

154. Освен това, от мотивите в решението, разгледани по-горе, става ясно, че търговците на едро са продължили да опитват да получат опаковки Adalate за износ и са поддържали тази линия на поведение, дори ако, за тази цел, те са счели за по-резултатно да използват различни системи за осигуряване на доставки, а именно система за разпределяне на поръчките, предназначение за износ, на различни агенции от една страна, и от друга страна косвено посредством по-малки търговци на едро. При тези обстоятелства, фактът, че търговците на едро са променили своята политика на поръчки и са установили различни системи за тяхното раздробяване и разнообразяване, като са ги правили посредством косвени средства, не може да се разглежда като доказателство за тяхното намерение да изпълнят условията на Bayer или като отговор на искане от страна на Bayer. Обратно, този факт може да се разглежда като демонстриращ твърдото намерение от страна на търговците на едро да продължат да осъществяват паралелен износ на Adalat.

155. При липсата на доказателство за определено изискване от страна на ищеца към поведението на търговците на едро по отношение на износа на доставените опаковки Adalat, фактът, че те са предприели мерки, за да се снабдят с допълнителни количества, може да се разглежда единствено като отрицание на мълчаливо съгласие от тяхна страна, което се твърди. Поради същите причини, Съдът трябва да отхвърли и довода на Комисията, че при обстоятелствата по делото, е нормално определени търговци на едро да се опитват да получат допълнителни доставки по заобиколни начини, тъй като те трябва да се ангажират пред Bayer, да не изнасят и по този начин да поръчват занижени количества, които не могат да бъдат изнасяни.

156. Освен това, Комисията не е доказала, че търговците на едро са се опитвали да преследват целите на Bayer или са искали да убедят Bayer, че те са постъпвали така. Обратно, разгледаните по-горе документи показват, че търговците на едро са възприели линия на поведение, предназначена да заобиколи новата политика на Bayer за ограничаване на доставките до равнището на традиционните поръчки.

157. Следователно, Комисията неправилно е сметнала, че действителното поведение на търговците на едро представлява достатъчно доказателство за тяхното съгласие с политиката на ищеца, предназначена да предотврати паралелния внос.

### 3. Съдебна практика, цитирана от Комисията

158. Комисията твърди, че решението изцяло съответства на нейната законодателна практика и на съдебната практика на Съда по понятието за споразумение, и твърди, че по това дело, както в редица предходни дела, е имало забрана за износ, вменена в поредица трайни търговски отношения между доставчика и неговите клиенти, както се потвърждава от факта, че търговците на едро, заявили поръчки, са били редовно снабдявани и са получавали съответни фактури, и че е имало мълчаливо съгласие от страна на търговците на едро, което е установено според Комисията посредством намалението на поръчките.

159. От друга страна, тя не може ефективно да се позовава на прецеденти от съдебната практика, посочени, за да поставят под съмнение анализа, който е довел Съда до заключението, че по това дело съгласието на търговците на едро с новата политика на Bayer не е било установено и че следователно Комисията не е успяла да докаже наличието на споразумение.

160. Комисията на първо място се позовава на решението Sandoz, в което според нея, както и по настоящото дело, разпространителите, от една страна, мълчаливо са се съгласили със забраната за износ, за да поддържат своите търговски отношения (точка 11 от решението) и, от друга страна, въпреки че те не са били заинтересовани да се откажат от износа, са приели забраната на производителя за износ, тъй като са искали да продължат да получават стоките.

161. Това дело се е отнасяло за санкцията, наложена от Комисията на клон на мултинационално фармацевтично дружество, Sandoz, която е виновна за надписа във фактурите на доставените стоки, които е изпращала на своите клиенти (търговци на едро, аптеки и болници) „износът забранен”. Дружеството Sandoz не е отрекло съществуването на този израз в нейните фактури, но е оспорило съществуването на споразумение по смисъла на член 85, параграф 1 от Договора. Съдът е отхвърлил иска, след като е отговорил на всички доводи на ищеца. Съдът е счел, че изпращането на фактурите с този израз не представлява едностранно поведение, а напротив, формира част от общата рамка търговски отношения, които предприятието е поддържало със своите клиенти. Той е стигнал до този извод, след като е проверил начина, по който предприятието е действало, преди да разреши на нов клиент да продава неговите продукти, и като е взел предвид практиките, които се повтарят и прилагат единно и систематично при всяка продажба (точка 10 от решението). На този етап от изготвянето на мотивите, Съдът се е занимавал с въпроса за мълчаливото съгласие на търговските партньори със забраната за износ, упомената във фактурата, при следните условия:

Следва също да се отбележи, че на клиентите на Sandoz PF са изпратени еднакви стандартни фактури след всяка отделна поръчка, или, според случая, след доставката на стоките. Повтарящите се поръчки на продуктите и последващите плащания без възражение от страна на клиента за цените, упоменати във фактурите, които съдържат израза „забранено за износ”, представляват мълчаливо съгласие от страна на последните с условията, поставени във фактурата и с вида на търговските отношения, на които се крепят бизнес отношенията между Sandoz PF и неговата клиентела. По този начин одобрението, първоначално дадено от страна на Sandoz, е основано на



мълчаливото приемане от страна на неговите клиенти на линията на поведение, възприета от страна на Sandoz спрямо тях.

162. Чак след тези констатации Съдът стига до извода, че Комисията има право да счита, че съвкупността от трайни търговски отношения, от които клаузата „износът забранен” е неразделна част, установени между Sandoz PF и неговите клиенти, се ръководи от предварително сключено общо споразумение, приложимо към безброй отделни поръчки за продукти на Sandoz. За това споразумение се прилагат разпоредбите на член 85, параграф 1 от Договора.

163. Въпреки че двете дела си приличат, тъй като те засягат поведението на фармацевтичните дружества, предназначено да предотврати паралелния внос на медицински продукти, конкретните обстоятелства, характерни за всяко дело са съвсем различни. На първо място, за разлика от ситуацията по настоящото дело, производителят по делото Sandoz изрично е включил във всички свои фактури клауза, ограничаваша конкуренцията, която, като се е появявала редовно на документи, отнасящи се за всички сделки, е формирала неразделна част от договорните отношения между Sandoz и търговците на едро, с които той работи. На второ място, действителното поведение на търговците на едро спрямо тази клауза, с която те действително и без обсъждане са се съобразявали, демонстрира тяхното мълчаливо съгласие с нея и вида на търговските отношения, на които тя се основава. По фактите от настоящото дело, обаче, не може да се открие нито една от основните характеристики на делото Sandoz; липсва официална клауза, която да забранява износа, няма и поведение на неоспорване или мълчаливо съгласие, нито формално, нито действително.

164. Второ, Комисията се позовава на решението по делото TIPP-EH срещу Комисията, упоменато по-горе, в което Съдът е потвърдил нейното решение, което санкционира споразумение, предназначено за предотвратяване на паралелния износ и в което, за разлика от делото Sandoz, не е имало писмено изявление относно забраната за износ. Тя твърди, че TIPP-EH, както ищеца по настоящото дело, също е оспорил пред Съда, че това е едностранна мярка, която не попада в обхвата на член 85, параграф 1 от Договора, и че тъй като доставките от дистрибутора до паралелния износител действително са се състояли, няма общ интерес от преустановяването на паралелния износ.

165. Това дело се е отнасяло за споразумение за изключително дистрибуторство между TIPP-EH и неговия френски дистрибутор DMI, който е спазил изискването на производителя да увеличи крайните цени толкова, колкото е необходимо, за да елиминира икономическия интерес от негова страна да осъществява паралелен износ. Освен това е било установено, че производителят е осъществил последващи проверки, за да даде на изключителния дистрибутор стимул да възприеме това поведение (съображение 58 от Решение 87/406/ЕИО на Комисията от 10 юли 1987 г., свързано с процедура съгласно член 85 от Договора за ЕИО (ОВ 1987 г. L 222, стр. 1). Точки 18-21 от решението показват, че мотивите, възприети от Съда, който, след като е констатирал наличието на устно споразумение за изключителен дистрибутор за Франция между TIPP-EH и DMI, като си припомня основните факти, е поискал да провери реакцията, а оттам и поведението, възприето от дистрибутора след санкционното поведение, възприето от производителя. Тогава Съдът е констатирал, че дистрибуторът е реагирал, като е повишил с между 10 и 20 % цените, определяни само за ISA France. След

прекъсване на покупките на ISA France от DMI през цялата 1980 г., DMI се е отказал в началото на 1981 г. сам да снабдява Tipp-Eх с продукти на ISA France. Едва след тези констатации за поведението на производителя и дистрибутора Съдът е стигнал до заключението за наличието на споразумение по смисъла на член 85, параграф 1 от Договора: следователно, установено е, че DMI е действал по искане на Tipp-Eх да не продава на клиенти, които препродават продукти на Tipp-Eх в други държави-членки (точка 21 от решението).

166. В Tipp-Eх следователно, за разлика от ситуацията по настоящото дело, няма съмнения относно факта, че политиката за предотвратяване на паралелния износ е установена от производителя със сътрудничеството на дистрибуторите. Както е упоменато в това решение, това намерение вече е изразено при устните и писмени контакти, установени между двете страни (вж. точки 19 и 20 относно дистрибутора DMI и точки 22 и 23 относно дистрибутора Beiersdorf) и ако е останало някакво съмнение, анализът на поведението на дистрибуторите, на които производителите оказват натиск, показва много явно тяхното мълчаливо съгласие с намеренията на Tipp-Eх за ограничаване на конкуренцията. Комисията е доказала, не само че дистрибуторите са отговорили на заплахите и натиска от страна на производителя, но и факта, че поне един от тях е изпратил на производителя доказателство за своето сътрудничество. И накрая, самата Комисия отбелязва по това дело, че по делото Tipp-Eх, за да определи дали съществува споразумение, Съдът е възприел подхода на анализиране на реакцията на дистрибуторите срещу поведението на производителя и при преценката на реакцията на дистрибутора, той е стигнал до извода, че трябва да е било налице споразумение между него и Tipp-Eх, предназначено да предотврати паралелния износ.

167. Следователно, това решение, както решението Sandoz, само потвърждава съдебната практика в смисъл, че въпреки че очевидно едностранното поведение на производител може да е в основата на споразумение между предприятия по смисъла на член 85, параграф 1 от Договора, това е условие последващото поведение на търговеца на едро или на потребителите да може да се тълкува като фактическо мълчаливо съгласие. Тъй като това условие не е изпълнено по настоящото дело, Комисията не може да се позовава на твърдяно сходство между тези две дела в подкрепа на своя довод, че по делото е налице мълчаливо съгласие.

168. Поради същите причини, нито Комисията, нито ВАI може валидно да се позове на оценки, извършени от Съда по делата BMW Белгия, AEG и Ford и Ford Европа, в подкрепа на техния довод, че в този случай е налице мълчаливо съгласие от страна на търговците на едро.

169. По делото BMW Белгия, за да определи дали има споразумение по смисъла на член 85, параграф 1 от Договора между BMW и неговите белгийски дилъри, Съдът е проверил мерките, които могат да демонстрират наличието на споразумение, по това дело, писма изпратени до дилърите на BMW, според тяхното съдържание и във връзка с правната рамка и фактическата обстановка, и стига до извода, че въпросните писма указват намерение да се преустанови целият износ на нови автомобили BMW от Белгия (точка 28). Съдът допълва, че като изпраща тези писма на всички белгийски дилъри, BMW Белгия е изиграло основна роля за сключването на споразумение с тези дилъри за цялостно спиране на този износ (точка 29). Точка 30 от това решение показва, че Съдът е имал намерение да потвърди наличието на мълчаливо съгласие от страна на дилърите.

170. По делото АЕГ, в което съответните намерения на производителя и дистрибуторите не са изяснени, като обаче ищецът изрично се е позовал на едностранния характер на тяхното поведение, Съдът е счел, че в контекста на избирателната система за разпространение, практика, при която производителят, за да поддържа високи цени или да изключва определени съвременни канали за разпространение, е отказал да одобри дистрибутори, които отговарят на качествените критерии на системата, не представлява едностранно поведение от страна на предприятието, което, както твърди АЕГ, би било изключение от забраната, съдържаща се в член 85, параграф 1 от Договора. Напротив, това представлява част от договорните отношения между предприятието и препродавачите (точка 38). Съдът тогава се е опитал да определи наличието на мълчаливо съгласие от страна на дистрибуторите, като изтъква: „Наистина, в случай че се допусне дистрибутор, одобрението се основава на приемане, мълчаливо или изрично, от договарящите се страни на политиката, провеждана от АЕГ, което изисква между другото изключване от мрежата на всички дистрибутори, които са подходящи за допускане, но не са подготвени да спазват тази политика” (точка 38). Този подход е потвърден по други дела за избирателно дистрибуторство, разглеждани от Съда (Ford и Ford Европа, точка 21; Metro II, точки 72 и 73; BMW/ALD, точки 16 и 17).

171. Следователно, Комисията не може да се позовава на прецеденти от съдебната практика, които е цитирала, за да установи съществуването на споразумение по това дело.

4. Довода на Комисията, според който, за да се докаже съществуването на споразумение, достатъчно е да се установи, че страните поддържат своите търговски отношения.

172. Мотивите на Комисията показват, че тя твърди, макар и двусмислено (вж. структурата на решението, обобщена в съображения 155 и 156 и развита в съображения 171 - 188), че дори само констатацията на факта, че търговците на едро не са прекъснали своите търговски отношения с Bayer, след като последният е въвел своята нова политика, предназначена да ограничи износа, е достатъчно основание да счита, че е установено наличието на споразумение между предприятията по смисъла на член 85, параграф 1 от Договора.

173. Този довод не може да бъде приет. Доказателството за споразумение между предприятията по смисъла на член 85, параграф 1 от Договора трябва да се основава на пряка или косвена констатация за наличието на субективен елемент, който характеризира самото понятие за споразумение, тоест съвпадение на волеизявления между икономически субекти за провеждането на политика, преследването на цел или възприемането на определена линия на поведение на пазара, без оглед на начина, по който е изразено намерението на страните да се държат на пазара в съответствие с условията на това споразумение (вж., по-специално Решение ACF Chemiefarma, точка 112, упоменато по-горе; и Van Landewyck и други/Комисия, точка 86, упоменато по-горе). Комисията неправилно приема понятието съвпадение на волеизявления, като счита че продължаването на търговските отношения с производителя, когато той започва да провежда нова политика, която той прилага едностранно, се равнява на мълчаливо съгласие с тази политика от страна на търговците на едро, въпреки че тяхното действително поведение е точно обратно на тази политика.

174. Освен това, в съответствие с общата структура на Договора, предприятие може да бъде санкционирано съгласно правото на Общността в областта на конкуренцията, само ако то е нарушило забрани, съдържащи се в член 85, параграф 1 или член 86 от Договора. В тази връзка, следва да се отбележи, че приложимостта на член 85, параграф 1 се основава на редица условия, а именно: а) трябва да има споразумение между най-малко две предприятия или подобна уговорка, като например решение на сдружение от предприятия или съгласувана практика между предприятия, б) тази уговорка трябва да е в състояние да окаже влияние на търговията в рамките на Общността, и в) тя трябва да има за цел или резултат ограничаване на конкуренцията в значителна степен. Следователно, в контекста на тази разпоредба, резултатите от поведението на предприятие върху конкуренцията в общия пазар могат да се проверят само ако вече е установено наличието на споразумение, решение на сдружение на предприятия или съгласувана практика по смисъла на член 85, параграф 1 от Договора (решение на Съда от 30 юни 1966 г., *Société technique minière*, 56/65, *Recueil*, стр. 337, стр. 358 и следващи). Следователно целта на тази разпоредба не е да премахне като цяло препятствията пред търговията в рамките на Общността; тя е по-ограничена, тъй като тя забранява само препятствия пред търговията, създадени в резултат от съвпадение на волеизявления между най-малко две страни.

175. Това тълкуване на член 85, параграф 1 от Договора е възприето от Съда с решение от 24 октомври 1996 г., *Viho/Комисия* (C-73/95 P, *Recueil*, стр. I-5457, точки 15 - 17), в което, като потвърждава решението на Първоинстанционния съд, Съдът е постановил, че фактът, че политиката, провеждана от дружеството – майка, се е състояла основно в разделяне на различни национални пазари между нейните поделения, може да предизвика резултати, които са извън обсега на дружеството, които от своя страна могат да окажат влияние на конкурентното положение на трети страни, не може да ангажира приложението на член 85, параграф 1 от Договора, дори ако той се разглежда във връзка с член 2 и член 3, буква в) и ж) от Договора за ЕО. От друга страна, такова едностранно поведение може да попадне в обхвата на член 86 от Договора, ако са изпълнени условията за неговото приложение, упоменати в този член.

176. Като взе предвид упоменатите по-горе съображения, и обратно на твърденията на *Bayer* и *VAI*, правото на производител, който е изправен, както е в настоящия случай, пред неблагоприятно за неговите интереси събитие, да вземе решение, което според него е най-доброто, се разглежда от разпоредбите на Договора по въпросите на конкуренцията, само доколкото той следва да съблюдава забраните, упоменати в член 85 и 86. Съответно, при условие че той постъпва така, без да злоупотребява с доминиращо положение, и при липса на съвпадение на волеизявления между него и неговите търговци на едро, производителят може да възприеме политика на доставки, която счита за необходима, дори ако, поради самия характер на неговата цел, например да възпрепятства паралелния внос, прилагането на тази политика може да води до ограничения на конкуренцията и да окаже влияние на търговията между държавите-членки.

177. В тази връзка Комисията се позовава на решението на Съда по съединени дела от 5 декември 1996 г., *Merck and Beecham* (C-267/95 и C-268/95 *Recueil*, стр. I-6285), като основание да твърди, че при всякакви обстоятелства паралелният внос трябва да бъде защитаван. Тя претендира, че в това решение, Съдът е преустановил една спекулация относно обсега на решението от 14 юли 1981 г., *Merck*, упоменато по-горе (точка 36),

като изтъква, че контролът на цените в определени държави-членки не оправдава всяко отклонение от принципа за свободно движение на стоки, и че възможността за предотвратяване на паралелния внос е довела до нежелателно разделяне на националните пазари. Следователно, твърди Комисията, дори във фармацевтичния сектор паралелният внос не може да бъде възпрепятстван нито от национални мерки, нито от споразумения между предприятия.

178. Следва, обаче, да се отбележи, че в това решение, Съдът се ограничава, като отговаря само на въпроса за: първо - крайния срок, когато изтичат определени преходни разпоредби, съдържащи се в Акта за присъединяване на Кралство Испания и Република Португалия (член 47 и 209 от Акта за присъединяване), който позволява предотвратяването на паралелния износ на фармацевтични продукти от тези страни в други части на Общността, и второ – правния режим, приложим за паралелния внос след изтичането на съответните преходни периоди и за въпроса дали обсегът на решението, взето по делото *Merck/Stephar and Exler*, трябва да бъде преразгледан. Мотивите на Съда по делото *Merck and Beecham* не се отнасят за предмета на спора по настоящото дело, което не попада под правото на свободно движение на стоки съгласно член 30, 34 и 36 от Договора за ЕО (понастоящем, след изменение член 28 ЕО, 29 ЕО и 30 ЕО) и обратно на твърдението на Комисията, по никакъв начин не предполага обща забрана за предотвратяване на паралелния износ, приложима не само за държавите-членки, но и за всички случаи, и за предприятия.

179. В действителност, вместо да подкрепи довода на Комисията, това решение само потвърждава че съгласно системата на Договора, Комисията няма възможност да се опитва да постигне резултат, като например хармонизация на цените на пазара на медицински продукти, като разширява или ограничава обхвата на раздел 1 (Правила, приложими за предприятия) от раздел 1, част VI от Договора, особено, след като Договорът дава на Комисията специални средства да търси такава хармонизация, ако е безспорно, че се получават големи несъответствия в цените на медицинските продукти в държавите-членки в резултат на разликите, които съществуват между държавните механизми за определяне на цените и правилата за възстановяване на средства, както по настоящото дело (вж., съображения 151 и 152 от мотивите на решението). Както Съдът изтъква в точка 47 от решението по делото *Merck and Beecham*, установена съдебна практика е несъответствията, предизвикани от различно законодателство по въпросите на цените в държавите-членки, да се изглаждат посредством мерки, които се вземат от службите на Комисията (вж., решения на Съда от 31 октомври 1974 г., *Centrafarm*, 16/74, *Recueil*, стр. 1183, точка 17, *Musik-Vertrieb membran* и *K-tel International*, упоменати по-горе, точка 24, от 11 юли 1996 г., *Bristol-Myers Squibb* и други, C-427/93, C-429/93 и C-436/93, *Recueil*, стр. I- 3457, точка 46, и *Merck* и *Beecham*, упоменато по-горе, точка 47).

180. Разширяването на обхвата на член 85, параграф 1 от Договора, по начина, който е предложен от Комисията, би довело до парадоксална ситуация, в която отказът да продава би се наказвал по-тежко съгласно член 85, параграф 1, отколкото съгласно член 86, тъй като забраната в член 85, параграф 1 би засегнала производител, който решава да откаже или да ограничи бъдещите доставки, но без да преустановява изцяло своите търговски отношения с неговите търговски партньори, докато съгласно член 86, отказът да доставя, дори да е цялостен, е забранен, само ако представлява злоупотреба. Прецедентната практика на Съда косвено признава важността на това да се гарантира свободната инициатива, когато се прилагат правилата на Договора в сферата на

конкуренцията, когато той изрично признава, че дори предприятие с доминиращо положение може, в определени случаи, да откаже да продава или да промени своите доставки, или политика на доставки, без да попада под забраната, установена в член 86 (вж., решение на Съда от 14 февруари 1978 г., *United Brands/Комисия*, 27/76, Recueil, стр. I-207, точки 182 - 191).

181. И на последно място, Комисията не може в подкрепа на своя довод да се позовава на своето убеждение, което още повече е лишено от основание, че паралелният внос в дългосрочен план ще допринесе за хармонизиране на цените на медицинските продукти. Същото се отнася и за нейното твърдение, че не е приемливо да се възпрепятства паралелният внос, така че фармацевтичните предприятия да могат да налагат изключително високи цени в държави, които не прилагат контрол на цените, за да компенсират ниските печалби в държави-членки, които повече интервенират по отношение на цените.

182. Следователно, Комисията не може законосъобразно да счита, че е установено споразумение между търговците на едро и производителя, единствено въз основа на констатацията, че вече съществуващи търговски отношения са продължили да съществуват.

#### *Г- Заключение*

183. От всички упоменати по-горе съображения следва, че Комисията неправилно е оценила фактите по делото и е допуснала грешка в правната квалификация на тези факти, като е сметнала за установено, че е налице общо намерение между Bayer и търговците на едро, упоменати в решението, което е оправдало извода, че е налице споразумение по смисъла на член 85, параграф 1 от Договора, предназначено да предотврати или ограничи износа на Adalate от Франция и Испания за Обединеното Кралство.

184. В резултат на това, основното искане, поставено по това дело, трябва да се обяви за достатъчно обосновано. Следователно решението трябва да бъде отменено, без да е необходимо да се изслушват свидетели, както ищецът предлага, или да се разглеждат евентуалните искове, в които се претендира неправилно приложение на член 85, параграф 1 от Договора спрямо поведение, което е законосъобразно съгласно член 47 от Акта за присъединяване на Испания към Европейските общности, и неправилното приложение на член 15 от Регламент № 17 за налагане на глоба на ищеца.

#### **По съдебните разноски**

185. По силата на член 89, параграф 2 от Процедурния правилник загубилата делото страна се осъжда да заплати съдебните разноски, ако е направено такова искане. Тъй като Комисията е загубила делото, а ищецът е претендирал разноски, Комисията трябва да бъде осъдена да поеме своите разноски и да плати тези, направени от ищеца, включително тези, направени от нея по делото за обезпечение.

186. Съгласно член 87, параграф 4, точка 3 от Процедурния правилник, Първоинстанционният съд може да осъди встъпила страна, различна от тези, упоменати в предшестващия параграф, да поемат своите разноски. По това дело, EFPIA, която е

встъпила в подкрепа на ищеца, и ВАІ, който е встъпил в подкрепа на Комисията, трябва да бъдат осъдени да поемат техните собствени разноски.

По изложените съображения Първоинстанционният съд (пети, разширен състав) реши:

- 1. Отменя Решение 96/478/ЕО на Комисията от 10 януари 1996 г. относно процедурата съгласно член 85 от Договора за ЕО (Дело IV/34.279/ F3 - Adalat);**
- 2. Осъжда Комисията да поеме своите разноски и да плати разноските, направени от ищеца, включително тези, направени от последния по обезпечителната мярка.**
- 3. Осъжда Европейската Федерация на сдруженията на фармацевтичните производители и Bundesverband der Arzneimittel-Importeure eV да поемат своите разноски.**

Подписи

Произнесено в открито съдебно заседание в Люксембург на 26 октомври 2000 година.

Подписи