SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE PRIMERA INSTANCIA
(Sala Quinta ampliada)
de 26 de octubre de 2000 *

En el asunto T-41/96,

Bayer AG, con domicilio social en Leverkusen (Alemania), representada por el Sr. J. Sedemund, Abogado de Colonia, que designa como domicilio en Luxemburgo el despacho de M^e^ A. May, 398, route d'Esch,

parte demandante,

apoyada por

European Federation of Pharmaceutical Industries' Associations, con sede en Ginebra (Suiza), representada inicialmente por el Sr. C. Walker, Solicitor, y posteriormente por el Sr. T. Woodgate, Solicitor, que designa como domicilio en Luxemburgo el despacho de M^e^ A. May, 398, route d'Esch,

parte coadyuvante,

* Lengua de procedimiento: alemán.

contra

Comisión de las Comunidades Europeas, representada por los Sres. W. Wils y K. Wiedner, miembros del Servicio Jurídico, en calidad de Agentes, que designa como domicilio en Luxemburgo el despacho del Sr. C. Gómez de la Cruz, miembro del Servicio Jurídico, Centre Wagner, Kirchberg,

parte demandada,

apoyada por

Bundesverband der Arzneimittel-Importeure e.V., con sede en Mülheim an der Ruhr (Alemania), representada por M[es] W.A. Rehmann y U. Zinsmeister, Abogados de Bruselas, que designa como domicilio en Luxemburgo el despacho de M[es] Bonn y Schmitt, 7, Val Sainte-Croix,

parte coadyuvante,

que tiene por objeto un recurso de anulación de la Decisión 96/478/CE de la Comisión, de 10 de enero de 1996, relativa a un procedimiento de aplicación del artículo 85 del Tratado CE (IV/34.279/F3 — Adalat) (DO L 201, p. 1),

EL TRIBUNAL DE PRIMERA INSTANCIA
DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS (Sala Quinta ampliada),

integrado por el Sr. J.D. Cooke, Presidente; el Sr. R. García-Valdecasas, la Sra. P. Lindh y los Sres. J. Pirrung y M. Vilaras, Jueces;

Secretario: Sr. J. Palacio González, administrador;

habiendo considerado los escritos obrantes en autos y celebrada la vista el 28 de octubre de 1999;

dicta la siguiente

Sentencia

Hechos que originaron el litigio

1 La demandante, Bayer AG (en lo sucesivo, «Bayer» o «grupo Bayer»), es la sociedad matriz de uno de los principales grupos químicos y farmacéuticos europeos y está presente en todos los Estados miembros de la Comunidad a través de sus filiales nacionales. Desde hace años, produce y comercializa, con la marca «Adalat» o «Adalate», una gama de medicamentos cuyo principio activo es la nifedipina, destinados al tratamiento de las enfermedades cardiovasculares.

2 En la mayoría de los Estados miembros, las autoridades sanitarias nacionales fijan, directa o indirectamente, el precio del Adalat. Entre 1989 y 1993, los

precios fijados por los servicios de salud españoles y franceses eran, por término medio, inferiores en un 40 % a los aplicados en el Reino Unido.

3 Debido a estas diferencias de precios, en 1989, una serie de mayoristas establecidos en España comenzaron a exportar Adalat al Reino Unido. A partir de 1991, varios mayoristas establecidos en Francia los imitaron. Según la demandante, entre 1989 y 1993, las ventas de Adalat efectuadas por su filial británica, Bayer UK, se redujeron casi a la mitad como consecuencia de las importaciones paralelas, dando lugar así a una pérdida de volumen de negocios de 230 millones de DEM para la filial británica, lo que representó para Bayer una pérdida de ingresos por valor de 100 millones de DEM.

4 Ante esta situación, el grupo Bayer modificó su política de suministros y empezó a no servir todos los pedidos, cada vez mayores, realizados por los mayoristas establecidos en España y en Francia a sus filiales española y francesa. Este cambio se produjo en 1989 para los pedidos recibidos por Bayer España y en el cuarto trimestre de 1991 para los recibidos por Bayer Francia.

5 Como consecuencia de las denuncias presentadas por algunos de los mayoristas afectados, la Comisión inició un procedimiento administrativo de investigación de supuestas infracciones del artículo 85, apartado 1, del Tratado CE (actualmente artículo 81 CE, apartado 1) cometidas por el grupo Bayer en Francia y en España.

6 El 10 de enero de 1996, la Comisión adoptó la Decisión 96/478/CE, que es objeto del presente recurso, relativa a un procedimiento de aplicación del artículo 85 del Tratado CE (IV/34.279/F3 — Adalat) (DO L 201, p. 1; en lo sucesivo, «Decisión»).

7 A tenor del artículo 1 de la Decisión, «la prohibición de exportar los productos Adalate y Adalate 20 mg LP desde Francia y los productos Adalat y Adalat Retard desde España a otros Estados miembros, incluida desde 1991 por Bayer Francia y desde al menos 1989 por Bayer España en sus respectivos acuerdos con los mayoristas, en el marco de sus relaciones comerciales continuas con éstos, constituye una infracción de lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 85 del Tratado, cometida por Bayer AG».

8 Conforme al artículo 2 de la Decisión:

«Bayer AG debe poner fin a la infracción descrita en el artículo 1 y en especial:

— enviar, en el plazo de dos meses a partir de la notificación de la presente Decisión, una circular a sus mayoristas de Francia y España en la que se precise que las exportaciones están permitidas dentro de la Comunidad y no son objeto de sanciones,

— indicar, en el plazo de dos meses a partir de la notificación de la presente Decisión, tales circunstancias de manera clara en las condiciones generales de venta aplicables en Francia y en España.»

9 El artículo 3 de la Decisión impone a Bayer AG una multa por importe de 3.000.000 de ECU.

10 Su artículo 4 fija una multa coercitiva por importe de 1.000 ECU por cada día de retraso en la ejecución de las obligaciones específicas enunciadas en el artículo 2.

Procedimiento y pretensiones de las partes

11 Mediante demanda registrada en la Secretaría del Tribunal de Primera Instancia el 22 de marzo de 1996, la demandante interpuso un recurso de anulación contra la Decisión.

12 Mediante escrito separado registrado el mismo día en la Secretaría del Tribunal de Primera Instancia, la demandante interpuso una demanda de suspensión de la ejecución del artículo 2 de la Decisión. Mediante auto del Presidente del Tribunal de Primera Instancia de 3 de junio de 1996, se concedió la suspensión de la ejecución del artículo 2 de la Decisión, quedando reservada la decisión sobre las costas.

13 El 1 de agosto de 1996, una asociación alemana de importadores de medicamentos, la Bundesverband der Arzneimittel-Importeure e.V. (en lo sucesivo, «BAI»), solicitó intervenir en apoyo de las pretensiones de la Comisión.

14 El 26 de agosto de 1996, la European Federation of Pharmaceutical Industries' Associations (en lo sucesivo, «EFPIA»), asociación profesional europea que representa los intereses de dieciséis asociaciones profesionales nacionales del sector de los medicamentos, solicitó intervenir en apoyo de las pretensiones de la demandante.

15 Mediante autos de 8 de noviembre de 1996, el Presidente de la Sala Quinta ampliada del Tribunal de Primera Instancia admitió la intervención de las dos partes coadyuvantes. Éstas presentaron sus escritos de formalización de la intervención el 12 de febrero de 1997. Las partes principales presentaron sus observaciones sobre dichos escritos el 11 de abril de 1997.

16 Visto el informe del Juez Ponente, el Tribunal de Primera Instancia decidió abrir la fase oral y, en el marco de las diligencias de ordenación del procedimiento

previstas en el artículo 64 del Reglamento del Procedimiento, formular por escrito una serie de preguntas a la demandante y a la Comisión, instándolas a darles respuesta durante la vista.

17 Los informes orales de las partes y sus respuestas a las preguntas escritas y orales planteadas por el Tribunal de Primera Instancia fueron oídas en la vista celebrada el 28 de octubre de 1999. Durante la vista, y en apoyo de algunas de sus respuestas a las preguntas formuladas por el Tribunal de Primera Instancia, la Comisión solicitó aportar a los autos una serie de anexos al pliego de cargos enviado a la demandante durante el procedimiento administrativo. Dado que la demandante no se opuso y señaló que los documentos de que se trata no contenían datos confidenciales por lo que a ella respecta, todas las partes, incluidas las coadyuvantes, recibieron una copia de dichos anexos y tuvieron ocasión de pronunciarse sobre ellos en el curso de la vista.

18 La demandante solicita al Tribunal de Primera Instancia que:

— Anule la Decisión.

— Con carácter subsidiario, anule la multa de 3.000.000 de ECU que se le impuso.

— Con carácter subsidiario de segundo grado, reduzca la multa.

— Condene en costas a la Comisión.

19 La EFPIA, parte coadyuvante en apoyo de la demandante, solicita al Tribunal de Primera Instancia que:

— Anule la Decisión.

— Condene a la Comisión a cargar con las costas de su intervención.

20 La Comisión solicita al Tribunal de Primera Instancia que:

— Desestime el recurso.

— Condene en costas a la demandante.

21 La BAI, parte coadyuvante en apoyo de la Comisión, solicita al Tribunal de Primera Instancia que:

— Desestime el recurso.

La Decisión

22 La Decisión se refiere al Adalat, producto que pertenece a una categoría de medicamentos denominados «calcioantagonistas» y sirve para tratar determinadas enfermedades cardiovasculares (insuficiencia coronaria, hipertensión

arterial e insuficiencia cardíaca congestiva) (considerando 8). No obstante, el alcance de la Decisión se limita a dos presentaciones de la gama Adalat, a saber, las cápsulas de 10 mg (comercializadas en el Reino Unido y España con el nombre de «Adalat» y en Francia con el nombre de «Adalate») y los comprimidos de efecto retardado (o de liberación prolongada) de 20 mg (comercializados en el Reino Unido y España con el nombre de «Adalat Retard» y en Francia con el nombre de «Adalate 20 mg LP») (considerando 4).

23 Por lo que respecta al mercado geográfico, en la Decisión se consideró que en el presente asunto se trataba de mercados nacionales (considerandos 150 a 152), habida cuenta de que, en la época en que se produjeron los hechos sancionados, la actividad de la industria farmacéutica se ejercía esencialmente en un marco nacional, siendo la autorización de comercialización de un medicamento de la competencia exclusiva de los Estados miembros. Además, la venta de medicamentos está influida por las políticas administrativas, fundamentalmente de abastecimiento, adoptadas por los Estados miembros, en particular en Francia y en España, donde la administración nacional competente fija directamente los precios. Por último, la Decisión destaca que las diferencias en los mecanismos de fijación de los precios y los procedimientos de reembolso crean fuertes disparidades de precios de los medicamentos en los Estados miembros.

24 En relación con el mercado del producto, la Decisión señala (considerando 153) que dicho mercado se define aplicando el criterio del uso terapéutico idéntico a los diversos productos competidores.

25 Finalmente, por lo que se refiere al mercado relevante relativo al comportamiento examinado en la Decisión, del considerando 154 resulta que, en primer lugar, se identificó con el mercado del Reino Unido «en la medida en que los acuerdos surten efecto directamente en este mercado protegiéndolo de las importaciones paralelas» y, «como mercados pertinentes secundarios, [con] los mercados de origen de las importaciones paralelas, Francia y España [...] por cuanto los obstáculos a las exportaciones paralelas los cierran de manera artificial».

26 Por lo que respecta a las cuotas de mercado que poseía Bayer mediante la comercialización del producto Adalat, la Decisión (considerando 23) precisa que se señalan con relación a las principales indicaciones terapéuticas del producto. La Comisión consideró que, en el caso de Francia, el Adalate representa cuotas de mercado del 5,1 % en el mercado de la insuficiencia coronaria y del 4,1 % en el mercado de la hipertensión. En España, el Adalat representa el 7,4 % en el mercado de la insuficiencia coronaria, mientras que supone el 8,7 % en el mercado de la hipertensión. En el Reino Unido, las cuotas de mercado ascienden al 19,6 % en el mercado de la insuficiencia coronaria y al 16,6 % en el de la hipertensión. Por último, en la Comunidad (de los Doce), el Adalat representa el 7,6 % del mercado de la insuficiencia coronaria y el 5,8 % del de la hipertensión (considerandos 24 a 27).

27 La Decisión describe el comportamiento del grupo Bayer frente al fenómeno de las exportaciones paralelas de Adalat de España y Francia al Reino Unido, así como las reacciones de los mayoristas y los clientes de Bayer España y de Bayer Francia al respecto.

28 Por lo que se refiere a la valoración jurídica de estos comportamientos, la Decisión afirma (considerandos 155 a 199) que Bayer Francia y Bayer España infringieron el artículo 85, apartado 1, del Tratado, al establecer una prohibición de exportación que se inscribe en el marco de sus relaciones comerciales con sus respectivos mayoristas, que estos últimos conocían los verdaderos motivos de Bayer Francia y de Bayer España y que adaptaron su comportamiento a las exigencias de Bayer Francia y de Bayer España. La Decisión considera que ello constituye un acuerdo que restringe sensiblemente la competencia y afecta de forma significativa al comercio entre Estados miembros.

Sobre el fondo

29 La demandante formula, con carácter principal, el motivo basado en una infracción del artículo 85, apartado 1, del Tratado, puesto que su comporta-

miento, tal como se describe en la Decisión, fue planificado y adoptado por ella de manera unilateral y no está incluido en el ámbito de aplicación de dicha disposición, por no existir acuerdo alguno entre ella y sus mayoristas en relación con las exportaciones al Reino Unido de los productos suministrados. Con carácter subsidiario, la demandante alega que la Comisión cometió un error manifiesto de apreciación al aplicar esta disposición a un comportamiento legítimo con arreglo al artículo 47 del Acta de adhesión de España a las Comunidades Europeas, relativo a la protección de las patentes. Con carácter subsidiario de segundo grado, alega un motivo basado en la violación de los principios de seguridad jurídica y de proporcionalidad, por el hecho de imponer una multa aplicando de forma innovadora el artículo 85 del Tratado, y en la infracción del artículo 15, apartado 2, del Reglamento nº 17 del Consejo, de 6 de febrero de 1962, Primer Reglamento de aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado (DO 1962, 13, p. 204; EE 08/01, p. 22).

Sobre el motivo formulado con carácter principal, basado en una infracción del artículo 85, apartado 1, del Tratado, en la medida en que la Comisión considera que es aplicable a los hechos del presente asunto

I. Alegaciones de las partes

30 Según la demandante, los elementos de hecho pertinentes en el caso de autos pueden resumirse de la siguiente forma: un fabricante que no domina el mercado sólo acepta, en un Estado miembro en el que las autoridades sanitarias nacionales han fijado precios muy inferiores a los precios practicados en los demás Estados miembros, los pedidos de los mayoristas que representen un volumen equivalente a las cantidades normalmente vendidas en sus zonas tradicionales de suministro. La razón por la que los pedidos de productos se rechazan parcialmente reside en el hecho de que los mayoristas aumentan de manera desproporcionada las cantidades normalmente pedidas para exportar el exceso, con el fin de lucrarse debido a las diferencias de precios. La demandante considera que dicha práctica es inoportuna porque provoca grandes pérdidas de volumen de negocios para sus propias filiales establecidas en los demás Estados, lo que pone en peligro la existencia económica de éstas. Para no cometer una infracción del artículo 85 del Tratado, da a su personal de ventas la instrucción estricta de resolver el problema

únicamente mediante el establecimiento unilateral de contingentes aplicables a las cantidades pedidas e invocar exclusivamente el «agotamiento de existencias» frente a los mayoristas. A pesar de todo, pasado un tiempo, los mayoristas descubren los verdaderos motivos del fabricante. Dado que éste sólo acepta los pedidos si las cantidades se corresponden con las que solicitaban con anterioridad, los mayoristas adaptan aparentemente sus pedidos en este sentido, pero al mismo tiempo se procuran mayores suministros destinados a las exportaciones pidiendo a otros mayoristas que compren los productos en su lugar. De hecho, las exportaciones paralelas siguen produciéndose, llegando incluso a aumentar.

31 La demandante señala que, en la mayoría de los Estados miembros, el precio del Adalat queda fijado de forma directa o indirecta por los servicios de salud del Estado, lo que provoca, debido a la utilización de criterios muy diversos, enormes diferencias de precios entre los distintos Estados miembros. En particular, durante el período de que se trata en el presente asunto, entre 1989 y 1993, los servicios estatales de salud españoles y franceses fijaron precios que eran, por término medio, inferiores en un 40 % a los aplicados en el Reino Unido, donde los precios de los productos farmacéuticos están sujetos a un control distinto por parte del Estado, basado en los beneficios de las empresas farmacéuticas.

32 Bayer afirma que tales diferencias de precios fueron el motivo por el que, en 1989, los mayoristas españoles, que tradicionalmente se ocupan del abastecimiento de las farmacias en su zona española de venta y que compran el Adalat a la filial española de la demandante, comenzaron a exportar este producto al Reino Unido en grandes cantidades, obteniendo así beneficios muy superiores a los producidos por el abastecimiento de sus clientes tradicionales en España (por ejemplo, indica, un solo mayorista pidió repentinamente una cantidad que representaba casi la mitad del consumo total en España; véase el considerando 114 de la Decisión). La demandante añade que, debido a los enormes beneficios obtenidos a través de las exportaciones, parte de los mayoristas españoles llegaron a renunciar por completo a abastecer a las farmacias españolas a las que normalmente servían para revender la práctica totalidad de su Adalat en el Reino Unido. Esta situación provocó en ciertas regiones de España grandes dificultades de abastecimiento para las farmacias y obligó a Bayer a suministrar directamente a las farmacias abandonadas por los mayoristas españoles, con el fin de proteger a los pacientes.

33 Por lo que respecta a los mayoristas franceses, la demandante destaca que en Francia se produjeron hechos similares a partir de septiembre/octubre de 1991, cuando aquéllos comenzaron, a su vez, a exportar grandes cantidades de Adalat al Reino Unido.

34 La demandante afirma que, ante esta situación y teniendo en cuenta los problemas que iban a surgir a largo plazo para Bayer UK, quiso reaccionar contra este fenómeno de las importaciones paralelas, que fue examinado por ella al más alto nivel de decisión y de responsabilidad. Tras profundas conversaciones y una vez realizado un examen jurídico minucioso de las diversas medidas posibles, tomando en consideración la práctica decisoria de la Comisión y la jurisprudencia comunitaria en la materia, Bayer decidió que, en lugar de abandonar por completo el suministro a los mayoristas y asumir por sí misma la distribución, era mejor elegir un medio «menos fuerte», limitándose a reducir las cantidades suministradas. Así, la demandante decidió aceptar los pedidos de los mayoristas basándose en sus pedidos del año anterior, permitiendo, no obstante, un aumento aproximado del 10 % anual, en función del aumento del consumo.

35 La demandante admite que dispone de un sistema interno de información para intentar detectar las importaciones paralelas, pero niega tanto el alcance de dicho sistema tal como lo expone la Decisión como las afirmaciones sobre su aplicación real respecto a los mayoristas franceses y españoles, circunstancias de las que la Comisión deduce equivocadamente la existencia de una «prohibición de exportación». Así, precisa que el sistema consistía únicamente en determinar las cantidades suministradas a cada mayorista durante los años anteriores y, tomando como base estas «cantidades de referencia», aumentadas, razonablemente, en alrededor de un 10 % anual, teniendo también en cuenta la inflación y el aumento de los índices generales de precios, fijar por anticipado las cantidades que serían suministradas anual y mensualmente.

36 Además, niega haber practicado una política de suministros condicionados al respeto de una supuesta prohibición de exportación, tesis mantenida por la Comisión, y precisa que el sistema establecido no incluye la realización de controles posteriores para comprobar si las cantidades suministradas habían sido exportadas.

37 Por último, la demandante destaca la libertad de los mayoristas para exportar los productos suministrados que, en su opinión, resulta del hecho de que, puesto que conocían la absoluta falta de control del destino final de los productos suministrados por parte de Bayer, no podían temer la imposición de «sanciones» si el destino último de tales productos era el Reino Unido. En realidad, los mayoristas disfrutaban *de facto* de dicha libertad, puesto que exportaban en gran medida los productos que se les habían suministrado, así como los suministrados a otros mayoristas o agentes locales.

38 La demandante afirma que la Comisión no ha probado la existencia de un acuerdo entre Bayer y sus mayoristas y alega que no hubo voluntad de establecer un acuerdo por su parte, puesto que consideró legal aplicar una política unilateral de suministro limitado para dificultar las exportaciones paralelas, ni por parte de los mayoristas, los cuales demostraron con su comportamiento su total oposición a la aplicación de esta política. En opinión de la demandante, la tesis adoptada por la Comisión equivale a decir que el requisito de la existencia de un acuerdo entre empresas en el sentido del artículo 85 del Tratado se cumple aun cuando el autor del pedido modifique sólo en apariencia su conducta y su comportamiento real pruebe de forma totalmente clara que, precisamente, no quiere celebrar el supuesto acuerdo. Según Bayer, este enfoque es contrario al tenor literal y a la finalidad del artículo 85, puesto que en este concepto de acuerdo deja de ser necesaria la concordancia de voluntades, es decir, el elemento central de dicho concepto.

39 Por otro lado, la demandante sostiene que, para justificar la adopción de este nuevo enfoque, la Comisión no podía recurrir a los precedentes decisorios ni jurisprudenciales, habida cuenta de las diferencias existentes entre los hechos del caso de autos y los de las Decisiones anteriores relativas a obstáculos a las exportaciones paralelas.

40 La demandante alega que, hasta este momento, no se discute que la negativa parcial o total de suministro constituye un acto unilateral que no puede entrar dentro del ámbito de aplicación del artículo 85 del Tratado. Al no existir un acuerdo en el sentido del artículo 85, apartado 1, del Tratado, dicha disposición no puede aplicarse en el caso de autos. Según la demandante, la tesis mantenida por la Comisión extiende el ámbito de aplicación del artículo 85 del Tratado a

una negativa unilateral de suministro que sólo puede estar incluida en el artículo 86 del Tratado, suprimiendo la delimitación sistemática existente entre el ámbito de aplicación del artículo 85 y el del artículo 86.

41 En opinión de Bayer, al adoptar la Decisión, la Comisión inició una nueva experiencia para poner a prueba la viabilidad de un enfoque político basado en un régimen jurídico especial y nuevo para las importaciones paralelas y los problemas que plantean en materia de competencia. Afirma que dicha política excede del marco del Tratado actual, el cual, a pesar de tener por objeto el establecimiento de un mercado interior, no llega al extremo de prohibir, a través de las disposiciones relativas a la competencia, un comportamiento unilateral cuando no existe una posición dominante por el mero hecho de que dicho comportamiento tenga por objeto impedir las exportaciones paralelas.

42 Además, siempre según la demandante, la decisión de principio que implica la Decisión tiene un alcance muy superior al del presente asunto, lo que daría lugar a una muy amplia obligación de contratar para las empresas que no dominan el mercado, puesto que un fabricante no podría negarse a servir los pedidos por los motivos antes mencionados sin infringir el artículo 85 del Tratado. Bayer afirma que este resultado sería diametralmente opuesto al tenor literal y al sistema de los artículos 85 y 86 del Tratado.

43 En segundo lugar, la demandante reprocha a la Comisión haber pasado por alto el hecho de que, para los productos farmacéuticos, la competencia queda fuertemente alterada por las regulaciones de los precios, que son distintas en los Estados miembros. Considera que estas regulaciones son difícilmente compatibles con el artículo 30 del Tratado CE (actualmente artículo 28 CE). También alega que los sistemas nacionales de fijación directa e indirecta de los precios de los productos farmacéuticos, muy diferentes entre sí, falsean en gran medida el juego de la competencia y, en consecuencia, infringen el artículo 3, letra g), del Tratado CE [actualmente artículo 3 CE, letra g), tras su modificación].

44 Por otra parte, afirma que, en el ámbito farmacéutico, la Comunidad está aún lejos de haber realizado un mercado interior y critica el hecho de que se trate a las

empresas como si ya se hubiese logrado su establecimiento, cuando la Comunidad no ha tomado ninguna medida efectiva para armonizar los sistemas nacionales de fijación de los precios al objeto de que no se falseen las condiciones de competencia.

45 También discute la tesis de la Comisión según la cual no es necesaria una normativa comunitaria porque, a largo plazo, las importaciones paralelas llevarán a la armonización del precio de los medicamentos.

46 La demandante propone que se examine a una serie de testigos para probar, en primer lugar, que el comportamiento de algunos mayoristas españoles, que habían exportado todas sus cajas de Adalat, puso en peligro el abastecimiento de numerosas farmacias españolas; en segundo lugar, que la decisión de dejar de servir todos los pedidos había ido precedida de un examen jurídico minucioso de la compatibilidad de dicha decisión con el Derecho comunitario, y, en tercer lugar, que la Comisión había renunciado a proseguir una investigación anterior a la que dio origen al presente recurso, en la que se había examinado ya el comportamiento de Bayer respecto a las importaciones paralelas.

47 La EFPIA, parte coadyuvante en apoyo de la demandante, suscribe las alegaciones de ésta.

48 La Comisión considera que la infracción está constituida por el acuerdo entre la demandante y los mayoristas españoles y franceses en relación con la prohibición de exportar el producto Adalat a otros Estados miembros.

49 Afirma que Bayer Francia y Bayer España previeron e impusieron una prohibición de exportación y que, para llevarla a la práctica, el grupo Bayer instauró un sistema de control de las importaciones paralelas que consistía en identificar a los mayoristas exportadores, reducir de forma drástica los

suministros, controlar el destino final de las cantidades suministradas y sancionar, mediante la reducción ulterior de los suministros, a los mayoristas que los hubieran exportado. Considera probado que Bayer aplicó este sistema, que los mayoristas conocían los motivos de la demandante y que aceptaron la prohibición de exportación porque sabían que, en caso contrario, se arriesgaban a que sus pedidos sólo se sirvieran en una cantidad equivalente a las necesidades del mercado nacional o incluso en una cantidad inferior fijada por la demandante.

50 Según la Comisión, es falso considerar que Bayer hubiera decidido, de forma generalizada, suministrar a todos los mayoristas cantidades al menos equivalentes a la cantidad de referencia, equivalente a la cantidad del año anterior más un 10 %. Así, las reducciones de suministros en relación con los pedidos no fueron aplicadas a todos los mayoristas conforme al supuesto nivel único de referencia (véase el considerando 96 de la Decisión). Los pedidos de algunos mayoristas se redujeron al nivel del año anterior sin aplicación del aumento del 10 % (caso de CERP Lorraine, contemplado en los considerandos 87 y 165 de la Decisión, y de Hefame, contemplado en los considerandos 122 a 124 y 168 de la Decisión), mientras que, en otros casos, el alcance de la reducción pudo llegar a menoscabar la capacidad de los mayoristas afectados para abastecer en cantidad suficiente a su mercado tradicional (caso de Hufasa, contemplado en los considerandos 114, 127 y 166 de la Decisión, así como de Cofares, contemplado en los considerandos 121 y 169 de la Decisión).

51 De ello resulta, según aduce la Comisión, que los mayoristas consideraban que las restricciones impuestas estaban vinculadas a las exportaciones y que, habida cuenta de las posibles medidas de retorsión, les interesaba respetar formalmente la prohibición de exportación, cosa que hicieron. Añade que los mayoristas se pusieron de acuerdo con la demandante para no exportar Adalat, con objeto de obtener a cambio abastecimientos suficientes.

52 La Comisión alega que, para el establecimiento de esta prohibición de exportación, la demandante contó con la aquiescencia de los mayoristas y afirma que la concordancia de voluntades no queda contradicha por el hecho de que las dos partes no tuvieran el mismo interés en celebrar el acuerdo. Según la Institución, un acuerdo en el sentido del artículo 85, apartado 1, del Tratado exige únicamente que las dos partes tengan interés en celebrarlo, sin que sea

necesario que dicho interés sea idéntico. Puesto que los mayoristas tienen interés en evitar las restricciones de suministros y la demandante tiene interés en impedir las exportaciones paralelas o, al menos, limitarlas, existe una concordancia de voluntades para que se impidan o, como mínimo, se reduzcan las exportaciones paralelas.

53 La Comisión considera que el hecho de que los mayoristas no hayan renunciado completamente a las exportaciones no puede suscitar dudas respecto a la existencia, en el presente asunto, de un acuerdo o de una aquiescencia por su parte respecto a la prohibición de exportación. Aunque reconoce que los mayoristas españoles y franceses habrían preferido continuar sus operaciones de exportación al Reino Unido, alega que redujeron las cantidades pedidas hasta alcanzar un nivel tal que Bayer debía tener la impresión de que respondían a su voluntad declarada de que tales cantidades se limitaran únicamente a las necesidades de sus mercados tradicionales.

54 Alega que la Decisión se corresponde totalmente con su práctica decisoria y con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, puesto que el concepto de acuerdo ha sido objeto de una interpretación parecida, en particular, en las sentencias del Tribunal de Justicia de 11 de enero de 1990, Sandoz prodotti farmaceutici/Comisión (C-277/87, Rec. p. I-45, publicación sumaria; en lo sucesivo, «sentencia Sandoz»), y de 8 de febrero de 1990, Tipp-Ex/Comisión (C-279/87, Rec. p. I-261, publicación sumaria).

55 La Comisión niega haber puesto en entredicho la delimitación entre los ámbitos de aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado, precisando que, en el caso de autos, los hechos sí que corresponden al artículo 85 relativo a los acuerdos, ya que los mayoristas decidieron por sí mismos someterse a la voluntad de la demandante y asegurarse un abastecimiento suficiente aceptando limitar las exportaciones. Por consiguiente, según la Comisión, las consideraciones de política jurídica esgrimidas por la demandante se basan en premisas que son, por su parte, erróneas, razón por la que no considera necesario seguir examinándolas.

56 La Comisión no comparte la afirmación de la demandante según la cual el sector farmacéutico constituye un mercado particular al que las normas sobre la

competencia deberían aplicarse tan sólo de manera limitada. Reconoce que muchos Estados miembros siguen interviniendo en el mercado de los productos farmacéuticos y que, dadas las diferencias de enfoque existentes, los precios medios y los hábitos de consumo son distintos. No obstante, la Comisión recuerda que se ha declarado que esta Institución no puede oponerse a la existencia de sistemas de control de los precios en cuanto tales mediante normas relativas a la libre circulación de mercancías, sino únicamente luchar contra eventuales repercusiones discriminatorias a la luz del artículo 30 del Tratado. Por esta razón, a partir de entonces, la Comisión sólo atacó las medidas nacionales que privilegiaran claramente la industria o la investigación farmacéutica nacional.

57 Afirma que el hecho de que en los Estados miembros existan distintos sistemas de regulación de los precios no significa que el objetivo del establecimiento de un mercado interior no se aplique al ámbito farmacéutico. Alega que, puesto que, en cualquier caso, los sistemas de regulación de los precios reconocen a las empresas un margen de maniobra suficiente, las importaciones paralelas no deben quedar obstaculizadas por medidas estatales ni por un comportamiento de las empresas que restrinja la competencia. Además, si están prohibidas las medidas estatales que obstaculicen las exportaciones paralelas, también deberán estarlo las medidas adoptadas por las empresas que persigan el mismo objetivo, como ocurre en el presente asunto. Por consiguiente, según la Comisión, el hecho mismo de obstaculizar las importaciones paralelas de medicamentos vulnera el artículo 85 del Tratado, como resulta, en particular, de la sentencia Sandoz (antes citada).

58 Añade que, en sus sentencias de 31 de octubre de 1974, Centrafarm y de Peijper (15/74, Rec. p. 1147), y de 20 de enero de 1981, Musik-Vertrieb membran y K-tel International (asuntos acumulados 55/80 y 57/80, Rec. p. 147), el Tribunal de Justicia precisó que las reglas relativas al establecimiento de la libre circulación de mercancías son aplicables a un sector independientemente de que las disposiciones nacionales afectadas hayan sido o no objeto de armonización. Por consiguiente, la Comisión deduce que las prohibiciones de exportación pueden combatirse también en el sector farmacéutico, como resulta claramente de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. Se refiere, en particular por lo que respecta al artículo 30 del Tratado, a las sentencias del Tribunal de Justicia de 20 de mayo de 1976, de Peijper (104/75, Rec. p. 613); de 23 de mayo de 1978, Hoffmann-La Roche (102/77, Rec. p. 1139), y de 14 de julio de 1981, Merck

(187/80, Rec. p. 2063), y, por lo que respecta al artículo 85, apartado 1, del Tratado, a la sentencia Sandoz.

59 En segundo lugar, la Comisión afirma que parte del principio de que, a largo plazo, las importaciones paralelas llevarán a la armonización del precio de los medicamentos y no considera aceptable que se obstaculicen las importaciones paralelas para que determinadas empresas farmacéuticas puedan imponer, en países que no aplican ningún control de los precios, tarifas excesivas para compensar beneficios menores en los Estados miembros cuya intervención en los precios es mayor.

60 La BAI señala que, por un lado, en el mercado de los medicamentos, las farmacias se encuentran, tanto desde el punto de vista económico como logístico, en la imposibilidad de almacenar en cantidades suficientes un surtido completo de los medicamentos más corrientes y, por otro lado, debido a su posición y su función en dicho mercado, los mayoristas se ven obligados a tener existencias de este surtido, de manera que puedan suministrar rápidamente a una farmacia todos los medicamentos que ésta haya pedido, puesto que, en caso contrario, la farmacia se dirigirá a un mayorista que disponga de las existencias necesarias. En estas circunstancias y habida cuenta de la estructura del mercado farmacéutico y del sistema de control de la distribución establecido por Bayer, la BAI considera que los mayoristas no podían sino someterse a dicho control, reducir sensiblemente los pedidos y, en consecuencia, las exportaciones, sin que el fabricante tuviera necesidad de amenazarlos expresamente.

61 Por lo que respecta a la prueba de la prohibición de exportación, la BAI considera que no puede negarse la existencia de sanciones contra los mayoristas exportadores, puesto que Bayer controló constantemente la distribución de sus productos y siempre se adaptó a las evoluciones del mercado. En apoyo de esta tesis, alega que el cuadro de pedidos de «Adalate 20 mg LP» contenido en el considerando 87 de la Decisión prueba de forma manifiesta que el mayorista que realizara exportaciones tenía que contar con una reducción ulterior del volumen de las entregas y que Bayer siempre reaccionaba al volumen de los pedidos de los mayoristas y sancionaba a los mayoristas exportadores reduciendo en gran medida los suministros.

II. Apreciación del Tribunal de Primera Instancia

A. *Observaciones preliminares*

62 Según jurisprudencia reiterada, cuando el Tribunal de Primera Instancia conoce de un recurso de anulación de una decisión de aplicación del artículo 85, apartado 1, del Tratado, debe ejercer de modo general un control completo sobre si concurren o no las condiciones de aplicación del artículo 85, apartado 1 (véanse, en este sentido, las sentencias del Tribunal de Justicia de 11 de julio de 1985, Remia y otros/Comisión, 42/84, Rec. p. 2545, apartado 34, y de 17 de noviembre de 1987, BAT y Reynolds/Comisión, asuntos acumulados 142/84 y 156/84, Rec. p. 4487, apartado 62).

63 A tenor del artículo 85, apartado 1, párrafo primero, del Tratado:

«Serán incompatibles con el mercado común y quedarán prohibidos todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado común [...]»

64 Del tenor literal de este artículo resulta que la prohibición establecida se refiere exclusivamente a los comportamientos coordinados bilateral o multilateralmente, en forma de acuerdos entre empresas, decisiones de asociaciones de empresas o prácticas concertadas.

65 En el presente asunto, la Decisión hace constar la existencia de un «acuerdo entre empresas» en el sentido del citado artículo. No obstante, la demandante afirma

que en la Decisión se sanciona un comportamiento unilateral por su parte que, en su opinión, es ajeno al ámbito de aplicación de dicho artículo. Sostiene que la Comisión dio al concepto de acuerdo en el sentido del artículo 85, apartado 1, del Tratado, una interpretación que va más allá de los precedentes jurisprudenciales y que su aplicación al caso de autos vulnera esta disposición del Tratado. La Comisión estima haber seguido plenamente la jurisprudencia en la apreciación de dicho concepto y considera que éste fue aplicado de manera totalmente adecuada a los hechos del presente asunto. Por consiguiente, debe determinarse si, habida cuenta de la definición jurisprudencial de este concepto, la Comisión podía detectar en los comportamientos cuya existencia acredita en su Decisión los elementos constitutivos de un acuerdo entre empresas en el sentido del artículo 85, apartado 1, del Tratado.

B. *Sobre el concepto de acuerdo en el sentido del artículo 85, apartado 1, del Tratado*

66 Con arreglo a la jurisprudencia, cuando una decisión tomada por un fabricante constituye un comportamiento unilateral de la empresa, esta decisión es ajena a la prohibición del artículo 85, apartado 1, del Tratado (véanse, en este sentido, las sentencias del Tribunal de Justicia de 25 de octubre de 1983, AEG/Comisión, 107/82, Rec. p. 3151, apartado 38, y de 17 de septiembre de 1985, Ford y Ford Europe/Comisión, asuntos acumulados 25/84 y 26/84, Rec. p. 2725, apartado 21, y la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 7 de julio de 1994, Dunlop Slazenger/Comisión, T-43/92, Rec. p. II-441, apartado 56).

67 Igualmente, según jurisprudencia reiterada, para que exista acuerdo a efectos del artículo 85, apartado 1, del Tratado basta con que las empresas de que se trate hayan expresado su voluntad común de comportarse de una determinada manera en el mercado (sentencias del Tribunal de Justicia de 15 de julio de 1970, ACF Chemiefarma/Comisión, 41/69, Rec. p. 661, apartado 112, y de 29 de octubre de 1980, Van Landewyck y otros/Comisión, asuntos acumulados 209/78 a 215/78 y 218/78, Rec. p. 3125, apartado 86, y sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 17 de diciembre de 1991, Hercules Chemicals/Comisión, T-7/89, Rec. p. II-1711, apartado 256).

68 Por lo que respecta a la forma de expresión de dicha voluntad común, basta con que una estipulación sea la expresión de la voluntad de las partes de comportarse en el mercado de conformidad con sus términos (véanse, en particular, las sentencias, antes citadas, del Tribunal de Justicia ACF Chemiefarma/Comisión, apartado 112, y Van Landewyck y otros/Comisión, apartado 86), sin que sea necesario que constituya un contrato obligatorio y válido conforme al Derecho nacional (sentencia Sandoz, antes citada, apartado 13).

69 De ello resulta que el concepto de acuerdo en el sentido del artículo 85, apartado 1, del Tratado, tal como ha sido interpretado por la jurisprudencia, se basa en la existencia de una concordancia de voluntades entre por lo menos dos partes, cuya forma de manifestación carece de importancia siempre y cuando constituya la fiel expresión de tales voluntades.

70 En determinadas circunstancias, medidas adoptadas o impuestas de manera aparentemente unilateral por el fabricante en el marco de las relaciones continuas que mantiene con sus distribuidores se han considerado constitutivas de un acuerdo en el sentido del artículo 85, apartado 1, del Tratado (sentencias del Tribunal de Justicia de 12 de julio de 1979, BMW Belgium y otros/Comisión, asuntos acumulados 32/78 y 36/78 a 82/78, Rec. p. 2435, apartados 28 a 30; AEG/Comisión, antes citada, apartado 38; Ford y Ford Europe/Comisión, antes citada, apartado 21; de 22 de octubre de 1986, Metro/Comisión, «Metro II», 75/84, Rec. p. 3021, apartados 72 y 73; Sandoz, antes citada, apartados 7 a 12, y de 24 de octubre de 1995, Bayerische Motorenwerke, C-70/93, Rec. p. I-3439, apartados 16 y 17).

71 De esta jurisprudencia resulta que deben distinguirse los supuestos en los que una empresa ha adoptado una medida verdaderamente unilateral y, por tanto, sin la participación expresa o tácita de otra empresa, de aquellos en los que el carácter unilateral es sólo aparente. Si bien los primeros no están incluidos en el artículo 85, apartado 1, del Tratado, los segundos han de considerarse constitutivos de un acuerdo entre empresas y, en consecuencia, pueden estar comprendidos dentro del ámbito de aplicación de dicho artículo. Tal es el caso, en particular, de las prácticas y las medidas restrictivas de la competencia que, aun habiendo sido adoptadas de forma aparentemente unilateral por el fabricante en el marco de sus relaciones contractuales con sus distribuidores, cuentan sin embargo con la aquiescencia, al menos tácita, de estos últimos.

72 Ahora bien, de esta jurisprudencia se deduce también que la Comisión no puede estimar que un comportamiento aparentemente unilateral por parte de un fabricante, adoptado en el marco de las relaciones contractuales que mantiene con sus distribuidores, haya dado en realidad origen a un acuerdo entre empresas, en el sentido del artículo 85, apartado 1, del Tratado, si no demuestra la existencia de una aquiescencia, expresa o tácita, por parte de los demás agentes económicos con los que mantiene relaciones contractuales, a la actitud adoptada por el fabricante (véanse, en este sentido, las sentencias, antes citadas, BMW Belgium y otros/Comisión, apartados 28 a 30; AEG/Comisión, apartado 38; Ford y Ford Europe/Comisión, apartado 21; Metro II, apartados 72 y 73; Sandoz, apartados 7 a 12, y Bayerische Motorenwerke, apartados 16 y 17).

C. *Sobre la aplicación del concepto de acuerdo en el presente asunto*

73 En el caso de autos, al no existir ninguna prueba documental directa de la celebración de un acuerdo entre las partes en relación con la limitación o la reducción de las exportaciones, la Comisión consideró que la concordancia de voluntades en la que se basa dicho acuerdo resulta de los comportamientos respectivos de la demandante y de los mayoristas contemplados en la Decisión.

74 Así, en la Decisión, la Comisión expone (considerando 155) que «Bayer Francia y Bayer España [infringieron] el apartado 1 del artículo 85» del Tratado y que concurrían las condiciones para la aplicación de dicho artículo porque estas filiales habían establecido «una prohibición de exportación que se [inscribía] en el marco de sus relaciones comerciales continuas con la clientela». En segundo lugar, apunta (considerando 156) que «las prácticas de Bayer Francia y Bayer España dirigidas a sus mayoristas [podían] reputarse de prohibición de exportación impuesta por Bayer Francia y Bayer España en el marco de sus relaciones comerciales con dichos mayoristas» y considera probado (considerando 176) que los mayoristas adoptaron «un comportamiento implícito de [aquiescencia a] la prohibición de exportación».

75 Por consiguiente, cuando la Comisión se refiere, en la Decisión, a la «prohibición de exportación», la concibe como una exigencia unilateral que fue objeto de un acuerdo entre la demandante y los mayoristas. La Comisión afirmó la existencia de un acuerdo contrario al artículo 85, apartado 1, del Tratado porque consideró probado que la demandante había intentado y conseguido celebrar un acuerdo con sus mayoristas en España y en Francia cuyo objeto era impedir o limitar las importaciones paralelas.

76 La demandante admite haber establecido una política unilateral dirigida a reducir las importaciones paralelas. No obstante, niega haber previsto e impuesto una prohibición de exportación. A este respecto, alega que nunca discutió, y aún menos celebró, un acuerdo con los mayoristas para impedirles exportar o limitar la exportación de las cantidades suministradas. Además, afirma que los mayoristas no se adhirieron en modo alguno a su política unilateral ni tuvieron voluntad de hacerlo.

77 En tales circunstancias, para determinar si la Comisión demostró de modo suficiente en Derecho la existencia de una concordancia de voluntades entre las partes en relación con la limitación de las exportaciones paralelas, procede examinar si, como afirma la demandante, la Comisión interpretó equivocadamente las voluntades respectivas de Bayer y de sus mayoristas.

1. Sobre la supuesta voluntad de la demandante de imponer una prohibición de exportación

a) Observaciones preliminares

78 La Decisión presenta como hechos probados que las filiales francesa y española de la demandante impusieron a los mayoristas franceses y españoles, respecti-

vamente, una prohibición de exportación, que se estableció identificando a los mayoristas exportadores y aplicándoles reducciones sucesivas del volumen de las entregas si se comprobaba que exportaban total o parcialmente los productos. En efecto, a tenor del considerando 156, párrafo segundo, de la Decisión, la prohibición de exportación «se deduce de los elementos complementarios siguientes: un sistema de detección de los mayoristas exportadores (a), las sucesivas reducciones del volumen de las entregas de Bayer Francia y Bayer España a los mayoristas que exportan la totalidad o parte de los productos (b)».

79 En la Decisión, la Comisión expone (considerandos 160 a 170) las razones por las cuales considera probado que la demandante efectuaba «reducciones sucesivas del volumen de las entregas de Bayer Francia y Bayer España a los mayoristas que [exportaban] la totalidad o parte de los productos» y que, por consiguiente, «la entrega [...] [estaba] supeditada al respeto de la prohibición de exportar». En particular, la Comisión afirma (considerando 160, párrafo primero): «Los mayoristas que exportan parte de los productos que reciben corren el riesgo de que Bayer Francia y Bayer España reduzcan el volumen de las entregas de pedidos ulteriores». Añade (considerando 163): «Las pruebas de que dispone la Comisión demuestran que la entrega de los volúmenes aceptados por Bayer Francia y Bayer España está supeditada al respeto de la prohibición de exportar. Bayer Francia y Bayer España modulan la reducción de las entregas en función de la aceptación de la prohibición de exportación. Si los mayoristas quebrantan esta prohibición, se les castiga con una nueva reducción automática de las entregas.»

80 La Comisión concluye afirmando (considerando 170):

«Todas estas características de las prácticas de Bayer Francia y Bayer España permiten demostrar que estas sociedades sometieron a sus mayoristas a una

amenaza permanente de reducción de las cantidades entregadas, amenaza que se puso en práctica en repetidas ocasiones en los casos en que los mayoristas no se acomodaron a la prohibición de exportación.»

b) *Sobre el alcance del sistema de control de la distribución de Adalat establecido por la demandante*

81 La demandante admite que, para aplicar su política consistente en servir los pedidos únicamente en la medida en que éstos respondieran a las necesidades tradicionales de los mayoristas, contó con un sistema general de control de la distribución de Adalat. Admite también haber tenido interés en conocer a los mayoristas que tenían intención de exportar para poder aplicar correctamente dicha política. Pero alega que este sistema de información no permitía efectuar controles posteriores al suministro destinados a saber si los productos suministrados habían sido o no efectivamente exportados. Según Bayer, el sistema consistió únicamente en determinar las cantidades suministradas a los mayoristas durante los años anteriores y en fijar por anticipado, basándose en tales datos, las cantidades que quería suministrar a cada mayorista. En consecuencia, la demandante afirma que carece de fundamento fáctico la tesis de la Comisión según la cual Bayer supeditó los suministros a cada mayorista a la comprobación de que las cantidades suministradas conforme a la nueva política no hubieran sido finalmente exportadas al Reino Unido y aplicó un sistema de sanción a los mayoristas que siguieran exportando tras el establecimiento de dicha política.

82 Para describir el sistema de control de la distribución de Adalat utilizado por la demandante, la Comisión se basa en el documento reproducido en el considerando 109 de la Decisión, procedente de Bayer España, que sus servicios encontraron, según afirma, en los locales de Bayer Francia. Dicho documento consiste en una serie de transparencias de conferencia empleadas por un responsable de la filial española para exponer, durante una reunión celebrada en los locales de Bayer Francia, el sistema de control de la distribución de Adalat aplicado en España. Según la Comisión, este documento hace una descripción completa del sistema utilizado por la demandante para identificar a aquellos de sus clientes que exportan.

83 La demandante admitió durante la vista que estas transparencias describen correctamente el sistema que aplicaba. Por tratarse de un documento que, por su naturaleza, estaba destinado a ser utilizado exclusivamente dentro del grupo Bayer, procede considerarlo ilustrativo de la forma en que Bayer decidió hacer frente a las importaciones paralelas.

84 El Tribunal de Primera Instancia señala que las citadas transparencias comenzaban con un planteamiento del problema, indicando que el volumen de los pedidos de Adalat aumentó hasta un 300 % en pocas semanas, que dicho aumento provocó agotamientos de existencias, que ponía en peligro la distribución uniforme en todo el país y producía un descontento general tanto entre los mayoristas como en «la organización interna y externa de las ventas» y entre los farmacéuticos y, por último, que perturbaba el ritmo de producción debido a las necesidades urgentes de Adalat.

85 Además, muestran que la demandante consideró que la solución más adecuada para hacer frente a los problemas provocados por el aumento repentino y desorbitado de los pedidos de Adalat era definir por anticipado un límite de suministro para cada mayorista teniendo en cuenta una serie de consideraciones, entre ellas la «detección de posibles exportadores». Por otra parte, de este documento resulta que, para la aplicación del sistema de control en España, el grupo Bayer se había preparado para tener que discutir los límites de volumen de suministro asignados a cada mayorista. A tal efecto, el grupo había previsto, por un lado, un único argumento que debía ser presentado por los niveles jerárquicos de base de su departamento de distribución, a saber, un «agotamiento de existencias», y, por otro, la designación de un responsable de los contactos directos con los mayoristas que, previsiblemente, iban a insistir para obtener una revisión de los límites fijados.

86 Las transparencias demuestran que, con el fin de aplicar el limite fijado para cada cliente, el sistema establecido permitía bloquear automáticamente el pedido del cliente si fuera superior a la cantidad atribuida para posibilitar un control «manual» de dicho pedido. Se precisa también que el sistema tiene, entre otras ventajas, la de permitir la «detección de los mayoristas sospechosos». Por último, por lo que respecta a lo que debía hacerse con los pedidos controlados

manualmente, de las transparencias resulta que, conforme a este sistema, «es preferible reducir la cantidad antes que cancelar el pedido».

87 La aplicación práctica del sistema de control queda ilustrada con ejemplos en el cuadro, titulado «Resultado», contenido en dichas transparencias y reproducido al final del considerando 109 de la Decisión. Del cuadro resulta que Bayer España fijaba por anticipado límites mensuales y anuales para los pedidos de cada mayorista y que controlaba, con ocasión de cada albarán de entrega, si el mayorista había excedido dichos límites.

88 No obstante, las transparencias no contienen ningún indicio de que Bayer quisiera prohibir las exportaciones o controlar las cantidades realmente exportadas por cada uno de los mayoristas examinados y reaccionar en consecuencia.

89 Por consiguiente, y a diferencia de la interpretación que defiende la Comisión, no puede considerarse que el contenido de este documento interno demuestre que la demandante había basado su estrategia en el control de los destinos finales de los productos suministrados y en la sanción de los mayoristas exportadores.

90 En segundo lugar, procede examinar los diversos ejemplos de mayoristas franceses y españoles a los que se refiere la Comisión para afirmar que las reducciones de los suministros no habían sido preestablecidas de forma unilateral, sino que constituían la reacción al comportamiento de los mayoristas en materia de pedidos, lo que, en su opinión, probaba la existencia de la política de control sistemático de las exportaciones y de sanción de los mayoristas que hubieran exportado los productos suministrados.

91 Por lo que respecta al caso de CERP Lorraine, la Comisión hace referencia al cuadro de los pedidos efectuados por este mayorista francés, expuesto en el

considerando 87 de la Decisión. Según la Institución demandada, dicho cuadro muestra que, a pesar de haber efectuado entre junio de 1991 y febrero de 1992 pedidos mensuales de entre 50.000 y 70.000 cajas de Adalat como media y aunque recibió de Bayer Francia 69.000 cajas en julio de 1991, este mayorista sólo recibió 35.000 en septiembre de 1991 y, a continuación, 15.000 al mes durante los tres meses siguientes y sólo 7.500 en febrero de 1992. La Comisión afirma que tales disminuciones en los suministros prueban que Bayer no aplicó siempre el mismo criterio, a saber, el de las cantidades de referencia fijadas en función de los pedidos del año anterior.

92 Del tenor literal del considerando 87 de la Decisión resulta que, a partir de septiembre de 1991, Bayer redujo notablemente sus suministros a este mayorista en comparación con los meses anteriores y que alegó problemas de agotamiento de existencias en el mercado francés. No obstante, no se hace ninguna referencia a las eventuales exportaciones de las cantidades suministradas. Por lo tanto, la Comisión no puede invocar este cuadro de pedidos como fundamento de su tesis del suministro condicionado. Por el contrario, este considerando de la Decisión reproduce también una carta de Bayer Francia a CERP Lorraine en la que, según la Comisión, Bayer Francia recuerda que «las necesidades mensuales (por término medio) de CERP Lorraine eran de 9.000 cajas al mes. Según Bayer, éste era el motivo por el que no había podido cubrir el incremento de la demanda del año siguiente.» Esta afirmación debe ser interpretada como la confirmación de que, tal como invoca la demandante, su nueva política de suministros se basaba en las necesidades tradicionales de cada mayorista, que, en el caso de CERP Lorraine, eran entre siete y ocho veces inferiores a las cantidades pedidas los meses anteriores a la puesta en práctica de la nueva política. La tesis de la demandante queda confirmada en el considerando 165 de la Decisión, que señala que Bayer Francia controlaba estrechamente los pedidos de CERP Lorraine y sólo aceptaba suministrarle un volumen estrictamente igual al del año precedente.

93 El caso del mayorista francés OCP merece la misma apreciación. El considerando 91 de la Decisión expone la situación de este mayorista que había propuesto a Bayer Francia una planificación de pedidos que preveía el suministro de 50.000 cajas de Adalat para marzo, abril y mayo de 1992. Se menciona un télex enviado por este mayorista a Bayer Francia en el que reprocha a esta última no haberle suministrado más que 15.000 cajas en febrero y 5.000 en marzo. Pues bien, puesto que no se menciona ni se hace referencia alguna a ningún tipo de

prohibición de exportación, la Comisión no puede invocar dicho télex para fundamentar su tesis del suministro condicionado.

94 Por lo que respecta al mayorista español Hefame, la Comisión alega que también había sido identificado como exportador paralelo. En el considerando 120 de la Decisión, que reproduce las explicaciones que Hefame dio a sus clientes descontentos del Reino Unido, la Comisión invoca, en particular, que la observación según la cual «las exportaciones paralelas [eran] demasiado grandes y las multinacionales las [controlaban]» (refiriéndose a Bayer, según la Comisión), prueba que la demandante sí que controlaba la situación, sabía positivamente qué mayoristas efectuaban exportaciones paralelas y los sancionaba en consecuencia. Debe hacerse constar que, aunque este documento muestra ciertamente que Bayer había aplicado restricciones al suministro a Hefame que provocaban problemas para los clientes de éste, no puede, no obstante, servir de base a la tesis de la Comisión según la cual los suministros estaban condicionados por el destino final de los productos suministrados, dado que ninguno de estos elementos puede ser interpretado como la prueba de un intento por parte de Bayer de prohibir las exportaciones de los productos suministrados y de sancionar dicha práctica. Al contrario, el hecho de que Bayer se haya limitado a establecer una política de suministros restringidos en función de las necesidades nacionales parece corroborado por las frases siguientes, contenidas en el documento reproducido en el considerando 120 de la Decisión: «Soy consciente de que estas noticias no le agradarán, pero en un año todo ha cambiado y las exportaciones paralelas son demasiado grandes y las multinacionales las controlan [...] Desde hace bastante tiempo tenemos graves dificultades para obtener cantidades suficientes de [Adalat], [...] y [...] de España [...] Al parecer, Bayer y [...] otra vez están haciendo lo imposible por que en el mercado español sus productos no se encuentren disponibles en un volumen superior a sus estimaciones de la demanda nacional, obstaculizando así el libre comercio dentro de la CE [¿Pueden ustedes ejercitar algún tipo de acción contra estas empresas?] [...]»

95 Siempre por lo que respecta a Hefame, los considerandos 122 a 124 de la Decisión señalan los acuerdos celebrados por este mayorista con algunos pequeños mayoristas. A tenor de uno de estos acuerdos, que figura en el

expediente de la Comisión, un pequeño mayorista se comprometía a «apoyar, mediante la aportación de los productos, o cantidades de los mismos, de los que [pudiera] disponer para, junto a los aportados por "Hefame", posibilitar el suministro normal y habitual, y en las cantidades necesarias, a los clientes de "Hefame" en el extranjero». La Comisión afirma que Hefame celebró estos acuerdos porque sabía que, en su condición de exportador paralelo identificado por la demandante, no iba a obtener nuevos suministros de Adalat. En su opinión, ello demuestra que los suministros no se producían teniendo en cuenta los valores o los umbrales previamente establecidos, puesto que algunos mayoristas no sospechosos recibieron sin dificultad cantidades superiores, y que la demandante introducía una distinción muy clara entre los mayoristas de los que se sospechaba que efectuaban exportaciones paralelas y los que no eran conocidos como exportadores paralelos. Finalmente, la Decisión expone (considerando 124) que la demandante se opuso rápidamente a este reparto de los mayoristas, puesto que identificó también a los pequeños mayoristas como exportadores paralelos y, en consecuencia, redujo igualmente los suministros que les estaban destinados.

96 El Tribunal de Primera Instancia observa que, efectivamente, estos extractos de documentos hacen referencia a acuerdos celebrados por este mayorista con otros mayoristas locales para tratar de obtener cajas de Adalat adicionales a las directamente suministradas por la demandante. No obstante, no aportan ningún elemento de prueba que apoye la afirmación según la cual la demandante condiciona su política de suministros para cada mayorista al comportamiento real de éste respecto al destino final de los productos suministrados. A diferencia de lo que afirma la Comisión, de los documentos expuestos en el considerando 122 de la Decisión no resulta que los suministros conforme a la nueva política no se produjeran en función de valores o de umbrales previamente establecidos tomando como base las necesidades históricas. Además, la propia Comisión afirma, en los considerandos 124 y 168 de la Decisión, que Bayer, al poner en práctica su nueva política que consiste en limitarse a las necesidades históricas, cuando comprobó que se suministraban a los pequeños mayoristas cantidades inusualmente elevadas en comparación con sus necesidades «normales» en el mercado local, decidió suministrarles únicamente hasta el nivel de sus necesidades tradicionales.

97 Por lo que respecta al caso de Cofares, la Comisión cita, en el considerando 121 de la Decisión, una declaración que este mayorista hizo durante la inspección efectuada por la Comisión en sus instalaciones.

98 Dicha declaración se refiere, por un lado, en términos generales, a las dificultades planteadas por varios laboratorios para suministrar productos destinados a la exportación y, por otro, de manera más particular, a las discusiones entre Cofares y Bayer España respecto al alcance de las necesidades de su mercado nacional. Sin embargo, aunque hace referencia a las dificultades de abastecimiento, no hace mención alguna a ningún tipo de prohibición de exportación impuesta por Bayer ni a un intento por parte de ésta de controlar el destino real de los productos suministrados en España para reaccionar en consecuencia en caso de que se exportaran. Por consiguiente, la Comisión tampoco puede tomarla como base para demostrar su tesis de los suministros condicionados.

99 Por lo que respecta a Hufasa, el considerando 127 de la Decisión reproduce el acta, redactada por este mayorista, de una reunión celebrada con los directivos de Bayer España para tratar de obtener mayores suministros, documento al que la Comisión concede un valor especial (véanse los considerandos 166 y 167 de la Decisión) a efectos de demostrar la existencia de la prohibición de exportación.

100 No obstante, ha de señalarse que este documento de Hufasa no contiene referencia alguna a una prohibición de exportación impuesta por la demandante ni a la supuesta aplicación por parte de ésta de una política de control sistemático *a posteriori* de los destinos reales de los productos suministrados. A diferencia de lo que afirma la Comisión, ningún elemento del documento justifica la supuesta necesidad de Hufasa de hacer que Bayer comprendiera que no iba a realizar exportaciones.

101 Además, procede indicar que la propia Decisión recoge elementos de hecho (considerandos 96 y 159) que confirman la tesis de la demandante respecto a la política de suministros establecida. Así, cuando señala, en el considerando 96, que «Bayer Francia siempre admite una variación, considerada normal, de ± 10 % para los pedidos destinados a Francia», la propia Decisión contradice la tesis

de la Comisión según la cual Bayer no aplicó este enfoque. La misma observación puede hacerse respecto al considerando 159, que, refiriéndose a los considerandos 78 y 79, expone que «la Comisión dispone de listados que indican mensualmente las cantidades pedidas y el aumento destacado de su cuantía en relación con las estadísticas elaboradas para el año anterior».

102 Por último, en el caso de autos, la Comisión no puede oponer a la afirmación de la demandante, según la cual las cantidades de productos que debían suministrarse se fijaban por anticipado en función de las necesidades históricas del interesado aumentadas en un 10 % y prescindiendo de cualquier supuesta exportación de los productos, el hecho de que esta política pueda no haber sido siempre aplicada de manera exacta o automática. A este respecto, procede señalar que, como precisó la demandante durante la vista, dado que la puesta en práctica de su nueva política de suministros sufrió un retraso de varios meses, es posible que una serie de mayoristas que recibieron cantidades muy elevadas de productos tras su adopción sufrieran posteriormente una reducción de los suministros hasta alcanzar la cantidad correspondiente a sus necesidades tradicionales determinadas por las estadísticas internas del grupo Bayer. Esto sucedió en particular en el caso de CERP Lorraine (expuesto en el considerando 87 de la Decisión), que recibió, a principios de 1991, la totalidad de los pedidos de más de 60.000 cajas de Adalat al mes y que, posteriormente, sólo obtuvo 9.000, cantidad correspondiente a sus pedidos anteriores al desarrollo del fenómeno de las importaciones paralelas. Por otra parte, el hecho de que los mayoristas que no eran considerados exportadores por la demandante hubieran podido obtener cantidades adicionales con mayor facilidad que los mayoristas identificados como exportadores, hipótesis que la demandante no parece negar en cuanto tal, no puede desvirtuar el análisis que acaba de realizarse sobre la falta de pruebas de la supuesta política de control de las exportaciones efectivamente realizadas y de sanción de sus autores.

103 Por lo que respecta a los documentos supuestamente probatorios expuestos de forma detallada en los considerandos 83 a 85 y 96 a 103 de la Decisión, por lo que a Francia se refiere, y en los considerandos 110 a 131 en el caso de España, a los que se remite el considerando 160 de la Decisión para fundamentar la tesis de la Comisión, basta señalar que, al igual que los documentos a que se refieren los

considerandos que acaban de examinarse, no demuestran en modo alguno el establecimiento, por parte de Bayer, de una política de suministros condicionados al respeto efectivo de una supuesta prohibición de exportación.

104 Durante la vista y respondiendo a una pregunta del Tribunal de Primera Instancia, la Comisión hizo referencia a los considerandos 80, 110, 140 y 147 de la Decisión para fundamentar su tesis del suministro condicionado al respeto de la prohibición de exportación.

105 Estos considerandos de la Decisión reproducen la correspondencia mantenida entre responsables de las filiales británica y francesa, entre la filial española y la sociedad matriz del grupo Bayer y entre la filial británica y dicha sociedad matriz, así como una nota interna del Comité de Dirección de Bayer Francia. Todos estos documentos se refieren a la aplicación por el grupo Bayer de su nueva política de suministros y del sistema de control de la distribución del Adalat para hacer frente al fenómeno de las importaciones paralelas. Tales documentos prueban que el grupo Bayer tuvo interés en identificar a los mayoristas que tenían intención de exportar. No obstante, al no existir en dichos documentos ninguna referencia a una voluntad de controlar el comportamiento de cada mayorista y sancionarlo si resultaba que había exportado los productos suministrados, la Comisión no puede basarse en ellos para fundamentar su tesis.

106 Por último, los argumentos esgrimidos por la Comisión basándose en la percepción subjetiva de la situación por los mayoristas no pueden modificar las conclusiones que preceden respecto a la supuesta voluntad de la demandante de imponer una prohibición de exportación y de sancionar su incumplimiento.

107 La Comisión alega que los mayoristas conocían los motivos de la demandante y que, en consecuencia, consideraban que las restricciones impuestas por Bayer

estaban vinculadas a las exportaciones. Añade que los mayoristas estaban especialmente interesados en respetar formalmente la prohibición de exportación y que, por consiguiente, aceptaban dicha prohibición para garantizarse un abastecimiento suficiente de Adalat. Finalmente, alega que los mayoristas que no observaran la prohibición de exportación se arriesgaban a recibir amenazas y sanciones por parte de Bayer.

108 Sin embargo, como acaba de señalarse, la Comisión no ha probado que la demandante hubiera establecido una política de control del destino último de los productos suministrados con arreglo a la nueva política y de suministros condicionados a dicho destino. Por consiguiente, el argumento según el cual los mayoristas tenían especial interés en respetar formalmente la prohibición de exportación para garantizarse un abastecimiento suficiente de Adalat carece de fundamento fáctico. Además, la Comisión no ha demostrado de modo suficiente en Derecho la existencia de sanciones contra los mayoristas que hubieran decidido exportar las cajas de Adalat ni de amenazas al respecto por parte de Bayer. La Comisión tampoco ha presentado elementos de prueba destinados a demostrar, aunque sea mediante indicios, que Bayer hubiera «exigido» a los mayoristas que no exportaran los productos suministrados o que un mayorista hubiera dado a Bayer «seguridad» respecto a las exportaciones. Al contrario, como afirma la demandante, al no existir ningún control del destino último de los productos suministrados, los mayoristas no debían temer la imposición de sanciones y no la temían, tal como resulta de la declaración del mayorista citada en el considerando 185 de la Decisión: «Lo importante es lo que se obtiene, no lo que se pide.» En tales circunstancias, el conocimiento por los mayoristas de la voluntad de la demandante de impedir las importaciones paralelas no puede demostrar la existencia de la supuesta relación entre la restricción de los suministros y el comportamiento de los mayoristas en materia de exportación.

109 Habida cuenta de las consideraciones anteriores, ha de afirmarse que la Comisión no ha demostrado de modo suficiente en Derecho que Bayer Francia y Bayer España hubieran impuesto una prohibición de exportación a sus mayoristas respectivos, ni que Bayer hubiese establecido un control sistemático del destino final real de las cajas de Adalat suministradas después de la adopción de su nueva política de suministros, ni que la demandante hubiera aplicado una política de amenazas y sanciones respecto a los mayoristas exportadores, ni que hubiera supeditado los suministros de este producto al respeto de esta supuesta prohibición de exportación.

110 Por último, de los documentos reproducidos en la Decisión tampoco resulta que la demandante hubiera tratado de obtener acuerdo alguno por parte de los mayoristas en relación con la aplicación de su política destinada a reducir las importaciones paralelas.

2. Sobre la supuesta voluntad de los mayoristas de adherirse a la política de la demandante destinada a reducir las importaciones paralelas

a) Observaciones preliminares

111 La demandante admite, en el presente asunto, haber adoptado y aplicado de manera unilateral una nueva política de suministros destinada a dificultar las exportaciones paralelas de los mayoristas. Como se ha recordado anteriormente, según la jurisprudencia, un comportamiento aparentemente unilateral por parte del fabricante, adoptado en el marco de las relaciones contractuales que mantiene con sus distribuidores, puede ser, en realidad, el origen de un acuerdo entre empresas, en el sentido del artículo 85, apartado 1, del Tratado, si se demuestra la aquiescencia, expresa o tácita, de los demás contratantes respecto a la actitud adoptada por el fabricante.

112 La Comisión afirma que, para el establecimiento de su política de restricción de los suministros, la demandante contó con la aquiescencia de los mayoristas.

113 Por consiguiente, en las circunstancias del presente asunto, procede examinar si la Comisión ha demostrado de modo suficiente en Derecho la adhesión expresa o tácita de los mayoristas a la política unilateral consistente en impedir las importaciones paralelas adoptada por Bayer.

b) Sobre la prueba del «comportamiento implícito de [aquiescencia]» por parte de los mayoristas

114 La Comisión afirma en el considerando 176 de la Decisión que los mayoristas adoptaron un «comportamiento implícito de [aquiescencia a] la prohibición de exportación», comportamiento que se describe más detalladamente en los considerandos 181 a 185. Llegó a esta conclusión tomando en cuenta una serie de elementos de hecho que considera probados.

115 En primer lugar, la Comisión recuerda (considerando 180), por un lado, que los mayoristas conocían la prohibición de exportación, circunstancia que, en su opinión, «[fue decisiva] en el asunto Sandoz», en el que, según la Comisión, la «mera ausencia de reacción [de los mayoristas] ante esta prohibición de exportación permitió que se considerase que la aceptaban y que mediaban los elementos constitutivos necesarios para la existencia de un acuerdo», y, por otro lado, que, al igual que en aquel asunto, la prohibición de exportación se integraba en el marco de las relaciones comerciales continuas entre Bayer Francia y Bayer España y sus mayoristas respectivos.

116 En segundo lugar, señala (considerando 180) que, en el presente asunto, como elemento adicional a los elementos considerados pertinentes en el asunto en el que recayó la sentencia Sandoz, «el propio comportamiento de los mayoristas» muestra «que no sólo han comprendido que se impone una prohibición de exportación de la mercancía suministrada sino que además se han plegado a tal prohibición».

117 La Comisión considera probada dicha «aceptación de las exigencias de Bayer Francia y Bayer España» a partir de la comprobación del hecho de que, una vez comprendidas las verdaderas intenciones de Bayer Francia y de Bayer España, los mayoristas mostraron su adhesión, «al menos aparente, a la condición de prohibición de exportación impuesta por su proveedor en el marco de sus

relaciones comerciales» (considerando 181). En efecto, según la Comisión, adaptaron la presentación de sus pedidos a la exigencia de Bayer Francia y de Bayer España, como lo prueban los distintos sistemas que establecieron para conseguir que se les suministrase la mercancía, en particular el sistema del reparto de los pedidos destinados a la exportación entre las diferentes agencias y los pedidos a mayoristas de pequeño tamaño (considerando 182).

118 Según la Decisión (considerandos 183 y 184), los mayoristas «[respetaron] las "cuotas" nacionales impuestas por su proveedor negociando duramente para aumentarlas al máximo, dado que se plegaban a la aplicación estricta y al respeto de las cifras consideradas por Bayer Francia y Bayer España como normales para el abastecimiento del mercado nacional». Esta actitud demuestra que «tienen conocimiento de las verdaderas razones de Bayer Francia y Bayer España y de los mecanismos establecidos por estas sociedades para obstaculizar las exportaciones paralelas: se [adaptaron] al sistema puesto en práctica por su interlocutor comercial para respetar sus exigencias».

119 No obstante, procede recordar, en primer lugar, que, como se ha declarado anteriormente, la Comisión no ha probado de modo suficiente en Derecho la adopción por parte de Bayer de una política sistemática de vigilancia del destino final de las cajas de Adalat suministradas, ni la aplicación de una política de amenazas y sanciones a los mayoristas que las hubieran exportado, ni, por consiguiente, que Bayer Francia y Bayer España hubieran impuesto una prohibición de exportación a sus mayoristas respectivos, ni, por último, que los suministros se hubieran supeditado a la observancia de la supuesta prohibición de exportación.

120 En segundo lugar, de ningún elemento del expediente resulta que Bayer Francia o Bayer España hubieran exigido comportamiento alguno a los mayoristas en relación con el destino último de las cajas de Adalat suministradas o el respeto de una determinada manera de realizar los pedidos, puesto que su política consistió

únicamente en limitar de forma unilateral los suministros estableciendo previamente las cantidades que serían suministradas tomando como base las necesidades tradicionales.

121 Por último, la Comisión no ha demostrado que la demandante hubiera intentado obtener el acuerdo o la aquiescencia de los mayoristas para la aplicación de su política. Ni siquiera afirmó que Bayer hubiera tratado de obtener que los mayoristas cambiaran de método de formulación de los pedidos.

122 De ello resulta que las afirmaciones contenidas en los considerandos 181 a 185 de la Decisión, que la Comisión toma como base para estimar que los mayoristas aceptaron la supuesta prohibición de exportación, carecen de fundamento fáctico, puesto que se fundan en circunstancias de hecho que no han quedado acreditadas.

123 Dado que la Comisión no dispone, en el presente asunto, de ningún documento que se refiera expresamente a un acuerdo entre Bayer y sus mayoristas en relación con las exportaciones con objeto de probar la concordancia de voluntades, afirma haber seguido el enfoque jurisprudencial que consiste en examinar el comportamiento real de los mayoristas para determinar la existencia de su aquiescencia. En efecto, como indicó en el considerando 180 de la Decisión, «en el presente caso [...] el propio comportamiento de los mayoristas pone de manifiesto que no sólo han comprendido que se impone una prohibición de exportación de la mercancía suministrada sino que además se han plegado a tal prohibición». Por el contrario, según la demandante, su comportamiento es precisamente la mejor prueba de la falta de concordancia de voluntades.

124 Por consiguiente, en las circunstancias del presente asunto, procede examinar si, habida cuenta de los comportamientos efectivos de los mayoristas como consecuencia de la adopción por la demandante de su nueva política de restricción de los suministros, la Comisión podía afirmar la existencia de una aquiescencia a dicha política por su parte.

i) El comportamiento de los mayoristas franceses

125 Con carácter preliminar, debe recordarse el considerando 96 de la Decisión, en el que la Comisión hace una descripción general de la forma en la que los tres mayoristas franceses se organizaron para tratar de que se les suministrara la mercancía:

«Los tres mayoristas utilizaron el mismo método: dejaron de efectuar pedidos para la exportación y se organizaron internamente para incrementar los pedidos destinados oficialmente al mercado francés.

Bayer Francia siempre admite una variación, considerada normal, de ± 10 % para los pedidos destinados a Francia. La organización de los mayoristas cuenta con cierto número de agencias locales repartidas por el territorio nacional que a su vez abastecen normalmente a escala local.

Los pedidos correspondientes a Francia efectuados por cada una de las agencias aumentan y no contienen, por lo que a Bayer Francia se refiere, ninguna indicación en cuanto a su destino. Se trata de hacer creer a Bayer Francia que la demanda en Francia ha aumentado, repartiéndola entre las distintas agencias. Posteriormente, el mayorista reorganiza internamente las cantidades destinadas en realidad a la exportación.»

126 Los considerandos 97 a 101 de la Decisión, dedicados a la exposición de la estrategia puesta en práctica por el mayorista CERP Rouen para eludir la política de restricción de los suministros instaurada por Bayer, reproducen varias cartas intercambiadas, entre octubre de 1991 y enero de 1992, por el servicio central de compras de CERP Rouen y los directores de las agencias locales del grupo para

obtener las cajas adicionales de Adalat que necesitaba la agencia de Boulogne, que se encargaba, dentro del grupo, de la exportación al Reino Unido. No obstante, a diferencia de lo que sostiene la Comisión, los extractos de estos documentos no pueden probar que dicho mayorista hubiera aceptado dejar de exportar, reducir sus pedidos o limitar sus exportaciones, ni que hubiera tratado de dar a Bayer la impresión de que iba a hacerlo. La única ilustración que proporcionan es la de la reacción de una empresa para intentar proseguir, en la medida de lo posible, sus actividades de exportación. No contienen ninguna mención directa ni ningún indicio que evoque una voluntad de suscribir la política de Bayer destinada a obstaculizar las exportaciones, que el mayorista conocía perfectamente, como se señala en el considerando 94 de la Decisión.

127 El examen de los documentos contemplados en los considerandos 102 y 103 de la Decisión en relación con los casos de CERP Lorraine y de OCP confirma este análisis. Por otra parte, ha de señalarse que el considerando 102 demuestra que CERP Lorraine consiguió, a pesar de las dificultades creadas por la actitud de Bayer, obtener cantidades nada despreciables para la exportación. En efecto, este considerando contiene un extracto de un informe interno de CERP Lorraine en el que el autor afirma:

«Aunque a corto plazo no creo que se llegue a una solución satisfactoria en lo referente a las entregas de Bayer (conseguimos obtener cantidades mínimas del producto a través de las agencias), creo que podrá alcanzarse el presupuesto al término del ejercicio.»

128 Los documentos reproducidos en los considerandos 105, 106 y 107 van en sentido contrario al de la tesis defendida por la Comisión, puesto que demuestran que los mayoristas CERP Lorraine y CERP Rouen no adaptaron realmente sus pedidos a la nueva política de restricción de los suministros establecida por Bayer. En efecto, exponen que Bayer intentaba «obstruir las entregas de Adalate» solicitadas por CERP Lorraine (considerando 105); que en el caso de CERP Rouen la demanda ascendía a principios de 1992 a un total de «hasta 50.000 cajas al mes», pero que sólo pudo cubrirla «con una cantidad de 7.000 cajas»

(considerando 106), y que OCP había enviado a Bayer una primera previsión de pedidos por una cuantía de 50.000 cajas al mes para febrero y marzo de 1992, pero que sólo se le suministraron 15.000 cajas en febrero y 5.000 cajas en marzo (considerandos 91 y 107).

129 De ello resulta que los extractos reproducidos en los considerandos 96 a 107 de la Decisión no pueden fundamentar la tesis de la aquiescencia expresa o tácita de los mayoristas franceses respecto a la política aplicada por Bayer. Estos extractos no hacen constar ninguna predisposición a adherirse a la política consistente en obstaculizar las exportaciones paralelas establecida por Bayer. Al contrario, dan prueba de la adopción por parte de estos mayoristas de un comportamiento que demuestra una voluntad firme y persistente de reacción contra una política radicalmente opuesta a sus intereses.

ii) El comportamiento de los mayoristas españoles

130 Por lo que respecta a los mayoristas españoles, del contenido de los considerandos 113 a 130 de la Decisión tampoco se deducen elementos en los que pueda fundarse la tesis de la aquiescencia tácita, mantenida por la Comisión.

131 Por el contrario, procede señalar que los considerandos 115, 118, 119 y 120 van en sentido contrario a dicha tesis. En efecto, de tales considerandos resulta, por una parte, que Bayer España mantuvo constantemente su política de restricción de los suministros a las necesidades tradicionales y, por otra, que los mayoristas estaban muy contrariados por las pérdidas causadas por la imposibilidad de obtener las cantidades necesarias para responder a la demanda de sus clientes británicos. Debe destacarse, en particular, el considerando 115, que reproduce extractos de documentos intercambiados entre CERP Rouen y su filial española Comercial Genové: «Quiero recibir cada semana la copia de las ordenes de pedido a los laboratorios de Adalate y [...] así como los albaranes correspon-

dientes a tales pedidos. Estoy intentando recabar pruebas concluyentes contra los laboratorios [...] Por lo que se refiere a su fax de hoy sobre los laboratorios [...] y Bayer, le doy mi palabra de que estoy haciendo lo imposible por obtener unos suministros superiores a nuestras necesidades. Los laboratorios no atienden a razones. Saben que las cantidades que nos entregan son más que suficientes para cubrir las necesidades del mercado español.» Igualmente, las citas contenidas en el considerando 118 —«no nos suministran las cantidades que precisamos. Nuestras existencias sólo son suficientes para nuestro propio mercado»— y en el considerando 119 —«[Bayer] no nos suministra las cantidades que pedimos»— demuestran que, a diferencia de lo que sostiene la Comisión, los mayoristas no adaptaron su política de pedidos a la nueva situación y siguieron pidiendo cantidades superiores a sus necesidades tradicionales.

132 Procede examinar el caso de cada uno de los mayoristas españoles afectados por la Decisión.

133 Por lo que respecta a Cofares, principal mayorista de España, la Decisión señala en el considerando 121 que la prueba de su aquiescencia se encuentra en la declaración realizada por los responsables de esta empresa durante una inspección efectuada por la Comisión en sus instalaciones. El directivo de Cofares afirmó que «la actividad exportadora de Cofares no [era] apenas apreciable sobre su facturación total habida cuenta de las dificultades que determinados laboratorios (entre ellos Bayer) plantean en las entregas de producto para la exportación» y que «[...] en su condición de Director de compras, cuando Bayer estableció un contingente de Adalat a Cofares que, al principio era netamente insuficiente para cubrir las necesidades de su mercado nacional, les advirtió de una posible denuncia por tales restricciones de venta. A partir de este momento, Bayer surte a Cofares una cantidad suficiente para el consumo nacional de dicho producto.»

134 A diferencia de lo que afirma la Comisión, de este documento no puede deducirse que «Cofares [aceptara] la exigencia de Bayer España de limitarse a su mercado nacional».

135 La primera frase, según la cual el hecho de que las exportaciones sean apenas apreciables respecto a la facturación total se debe a las dificultades planteadas por determinados laboratorios para entregar productos destinados a la exportación, no constituye en sí una prueba directa de la existencia de un acuerdo entre este mayorista y Bayer España al objeto de no exportar las cajas de Adalat recibidas. El hecho de que la entidad de las exportaciones fuera mínima no puede llevar a considerar que no existieran o que hubieran cesado. Por el contrario, esta afirmación puede demostrar que, al menos en parte, Cofares siguió exportando. El hecho de que, a diferencia de lo que sucede respecto a los demás mayoristas, de la Decisión no se deduzca que Cofares hubiese establecido una estrategia para eludir la política de Bayer, no invierte la carga de la prueba de su aquiescencia a la nueva política de Bayer, que sigue correspondiendo a la Comisión. Pues bien, puesto que se trataba del principal mayorista de España, con el 20,6 % del mercado (según el considerando 112 de la Decisión), la Comisión no podía considerar que la declaración reproducida en el considerando 121 probara que Cofares se había sometido a la exigencia de Bayer España de limitarse a su mercado nacional, sin haber comprobado si Cofares tenía una tradición exportadora importante y sin considerar la posibilidad de que, simplemente, Cofares hubiera decidido dedicarse a las exportaciones de forma totalmente secundaria; en efecto, dicha decisión podía ser la más razonable una vez comprobada la dificultad de obtener cantidades de productos adicionales respecto a las necesidades habituales. Máxime habida cuenta de que la Decisión no hace referencia a la importancia relativa del Adalat en el volumen total de ventas de Cofares.

136 Además, esta afirmación del directivo de Cofares supone, más que un indicio de una supuesta adhesión a una supuesta prohibición de exportar, la comprobación de que la política de restricción de los suministros de Bayer, junto con las dificultades suscitadas por otros laboratorios, había llevado a este mayorista a pensar en la exportación únicamente después de haber asegurado el abastecimiento adecuado del mercado nacional. Esta interpretación parece más plausible que la de la Comisión, teniendo en cuenta, en particular, que los mayoristas tienen la obligación de garantizar la distribución de sus productos en el mercado nacional de manera adecuada y estable y que, en este caso, se trata del primer mayorista nacional.

137 Según el considerando 137 de la Decisión, las cifras correspondientes a las ventas para la exportación entre 1989 y 1993, facilitadas por Cofares a petición de la Comisión, demuestran que tales ventas «se [mantenían] a niveles mínimos» y ello prueba que «Cofares [había aceptado] el régimen impuesto por Bayer España al limitarse estrictamente al mercado nacional español».

138 Sin embargo, del análisis de dichas cifras resulta más bien lo contrario, puesto que, aunque se trata ciertamente de un porcentaje mínimo del total de las ventas de Cofares, el porcentaje correspondiente a las exportaciones de Adalat no hizo sino aumentar a lo largo de los años, siguiendo una tendencia irregular pero constante, como lo demuestra el hecho de que el porcentaje más reducido de los cinco años considerados sea precisamente el del primer año, a saber, 1989. Por último, debe añadirse que la Comisión difícilmente podía llegar a la conclusión antes citada sin conocer los datos correspondientes a los años anteriores a 1989, es decir, al período inmediatamente anterior a la instauración por parte de Bayer España de su política de restricción de los suministros. Sin contar con dicha información es imposible determinar si Cofares modificó su tendencia a la exportación para este producto como consecuencia de la adopción de dicha política de Bayer.

139 Por lo que respecta al extracto de la declaración relativo a las discusiones entre el directivo de Cofares y Bayer España, debe examinarse si, al no existir ninguna referencia directa o indirecta a la libertad de exportar las cantidades recibidas, el hecho de que las partes se hayan puesto de acuerdo para aumentar las cantidades destinadas al suministro inicialmente asignadas por Bayer a dicho mayorista con el fin de garantizar la cobertura de sus necesidades nacionales demuestra la aquiescencia del mayorista a la política de la demandante destinada a dificultar las exportaciones paralelas. El considerando 143 de la Decisión contiene un extracto de un documento que, a pesar de no haber sido invocado directamente por la Comisión en el marco de esta cuestión, ha de destacarse puesto que se trata de una nota interna de Bayer España que también se refiere al contingente concedido inicialmente a Cofares por la demandante para cubrir sus necesidades en el mercado nacional.

140 De la citada nota interna resulta que Bayer España y Cofares discutieron las cantidades mínimas que debían suministrarse para permitir que dicho mayorista respondiera a sus necesidades de crecimiento y de penetración en el mercado nacional y que se pusieron de acuerdo sobre las cifras correspondientes a tales necesidades. Parece claro que Bayer España aseguró a Cofares que los suministros corresponderían, al menos, a estas cantidades. También resulta claramente que Bayer España estaba dispuesta a pensar en revisar los niveles reducidos de suministro adoptados inicialmente si surgían problemas de abastecimiento del mercado nacional, habida cuenta de su obligación legal y moral de garantizar la distribución adecuada de sus productos en el mercado español.

141 No obstante, esta nota interna no contiene ningún elemento referido al más mínimo menoscabo de la libertad de Cofares para destinar a la exportación productos recibidos tras las conversaciones relativas al nivel de las necesidades nacionales. Por consiguiente, carece de fundamento que la Comisión alegue que sólo se suministró a Cofares una vez que éste hubo asegurado a la demandante que los suministros estaban destinados únicamente al mercado interior. Por último, debe señalarse que, durante la negociación, Bayer España alegó que las farmacias españolas a las que los mayoristas no suministraban recibían los suministros directamente del fabricante. Pues bien, en lugar de indicar que Bayer España ponía impedimentos o sancionaba a los mayoristas cuando éstos decidían exportar los productos incluso asumiendo el coste de abandonar partes del mercado nacional, esta circunstancia parece más bien demostrar que los mayoristas quedaron cubiertos, a este respecto, por el fabricante.

142 Así pues, procede concluir que ni el documento al que se refiere el considerando 143 de la Decisión ni la declaración del directivo de Cofares reproducida en el considerando 121 de la Decisión pueden interpretarse como la prueba de la supuesta «exigencia» por parte de Bayer España de limitarse al mercado nacional ni de una aceptación de dicha exigencia por parte de Cofares.

143 En segundo lugar, la Decisión expone (considerando 122) la forma en que el mayorista español Hefame había establecido un sistema para abastecerse de cajas de Adalat destinadas a la exportación. Describe detalladamente un acuerdo tipo denominado «Protocolo de colaboración para los mercados exteriores» que Hefame había celebrado con varios mayoristas pequeños para obtener mayores cantidades de medicamentos interesantes para la exportación, entre ellos Adalat. Pues bien, en dicho documento no hay elemento alguno que muestre que el comportamiento de Hefame hubiera sido favorable a la aquiescencia a la nueva política de Bayer.

144 Por lo que respecta a las filiales españolas de CERP Rouen, la descripción del comportamiento de Comercial Genové, de Hufasa y de Disdasa, contenida en los considerandos 125 a 129 de la Decisión, confirma la falta de prueba de una concordancia de voluntad o aquiescencia a la política que consistía en impedir las importaciones paralelas.

145 En efecto, la propia Comisión destaca en el considerando 126 de la Decisión:

«En las instalaciones de Comercial Genové se encontraron documentos que muestran que CERP Rouen utilizó sus filiales españolas, Comercial Genové, Hufasa y Disdasa para responder a la demanda británica. Por lo tanto, CERP Rouen actuó como un grupo internacional al utilizar todas sus posibilidades, tanto en Francia como en España, para obtener el suministro necesario para sus clientes británicos. En este sistema, se utilizaron las filiales españolas del mismo modo que se había hecho lo propio con las agencias regionales francesas: se les rogó que incrementasen de forma verosímil sus pedidos para el mercado español, y las cantidades así obtenidas se suministraron a los clientes británicos por cuenta de CERP Rouen.»

146 Seguidamente, la Decisión hace referencia al mayorista Hufasa (considerando 127), recogiendo un acta de una reunión entre dicho mayorista y Bayer España que, según la Comisión, demostraba que «Hufasa asume por entero los argumentos de Bayer España: hay que concentrarse en las ventas nacionales». A este respecto, la Comisión invoca, entre otros argumentos, la siguiente cita: «Habíamos llegado a un acuerdo con Bayer para mantener unas entregas más voluminosas de Adalat; no convenía presentar unas cifras que no serían aceptadas como verosímiles para Hufasa y que delatarían la intención de realizar un volumen importante de exportaciones.»

147 De esta acta resulta que tuvo lugar una conversación entre un representante de Hufasa y directivos de Bayer España, conversación durante la cual los directivos de Bayer se negaron a suministrar las cantidades pedidas debido a que representaban el 50 % del mercado nacional y eran muy superiores a las de otras empresas de la misma zona; que el representante de Hufasa reaccionó destacando que esta empresa necesitaba mayores cantidades de Adalat debido, entre otras cosas, a que la estimación de las necesidades para el mercado nacional se había realizado partiendo de las necesidades registradas en un año atípico durante el cual dicha empresa había sufrido una crisis que se reflejaba en el nivel anormalmente bajo de compras de Adalat, y que, como resultado de estas

conversaciones, Bayer se comprometió a revisar los límites de suministro y a aumentarlos hasta alcanzar el nivel de otro mayorista no identificado.

148 Pues bien, esta acta demuestra claramente que las verdaderas intenciones y el comportamiento real de las filiales españolas del grupo CERP Rouen se apartan completamente de la voluntad de someterse o adaptarse a la política de Bayer consistente en impedir las importaciones paralelas. A este respecto, basta con citar la parte que sigue al extracto antes citado de dicho documento e interpretarla en el contexto de la estrategia de grupo adoptada por CERP Rouen: «Consideré que era más importante obtener Adalat para la exportación con cifras creíbles que mantener un volumen muy elevado de pedidos que no serían satisfechos. Lo importante es lo que se obtiene, no lo que se pide. Ésta es sin duda la razón por la que [...] hace unos pedidos menos voluminosos de lo previsto.» Además, si bien es cierto que el acta reproducida muestra que esta sociedad negoció duramente con Bayer España para que ésta admitiera que sus necesidades nacionales tradicionales eran más elevadas y que era necesario satisfacerlas, esta circunstancia no puede servir de base a la siguiente afirmación de la Comisión: «Hufasa asume por entero los argumentos de Bayer España: hay que concentrarse en las ventas nacionales.»

149 Por último, aunque en esta acta el directivo de Hufasa hace referencia a un «acuerdo con Bayer para mantener unas entregas más voluminosas de Adalat», acuerdo que, según se afirma, celebró el mayorista español con Bayer España, del tenor literal de esta afirmación y del contexto en el que se sitúa resulta claramente que las partes se limitaron a negociar la determinación exacta de las cantidades que el mayorista pedía tradicionalmente, criterio que la demandante había elegido para modular su nueva política, y la revisión al alza de las cifras de las necesidades nacionales y, por consiguiente, las cantidades que debía poder recibir Hufasa de conformidad con dicho criterio. Puesto que la frase «estas circunstancias les hacían suponer que una proporción importante de los productos estaba destinada a la exportación» no era sino una apreciación subjetiva del directivo de Hufasa, no puede considerarse que demuestre una intención por parte de Bayer de abordar la cuestión de las exportaciones o de los destinos reales de los productos suministrados. Además, en cualquier caso, no puede contradecir el sentido general del acta, que no hace más que reflejar las dificultades que encontró Bayer España para la aplicación de su nueva política de reducción de los

suministros y en la que, por lo demás, no existe ningún elemento que pueda acreditar que Bayer España y Hufasa hubiesen celebrado un acuerdo para limitar o impedir de alguna manera las exportaciones paralelas de las cajas de Adalat suministradas. La falta de concurso de voluntades respecto a las exportaciones queda, por otra parte, corroborada por el propio tenor de este considerando de la Decisión, en el que la Comisión afirma:

«Sin embargo, el acta es perfectamente explícita: esta negociación con Bayer España basada en argumentos referentes al mercado interior no es sino un medio para obtener cantidades destinadas a la exportación.»

150 Los considerandos 128 y 129 de la Decisión exponen el contenido de una carta de CERP Rouen a sus filiales y el de una carta enviada a aquél por su filial Comercial Genové, relativa también al mecanismo establecido por este grupo para tratar de obtener más productos de la demandante en España y en la que se destaca la dificultad para obtener cajas de Adalat adicionales. La Comisión tampoco puede basarse en estos documentos para demostrar que las filiales de CERP Rouen en España quisieron adherirse a la nueva política de Bayer España para limitar, de la forma que fuere, las exportaciones paralelas de los productos suministrados.

151 Del análisis de la actitud y el comportamiento real de los mayoristas resulta que la Comisión carece de fundamento para afirmar que se adaptaron a la política de la demandante destinada a reducir las importaciones paralelas.

152 La alegación basada en el hecho de que los mayoristas afectados redujeron sus pedidos hasta un determinado nivel para dar a Bayer la impresión de que respondían a su voluntad declarada de cubrir únicamente las necesidades de su mercado tradicional y que actuaban de aquella manera para eludir sus sanciones debe ser desestimada, puesto que la Comisión no ha conseguido acreditar que la demandante hubiera exigido o negociado la adopción de algún tipo de

comportamiento por parte de los mayoristas en relación con el destino a la exportación de las cajas de Adalat suministradas ni que hubiera sancionado, o amenazado con hacerlo, a los mayoristas exportadores.

153 Por las mismas razones, la Comisión no puede afirmar que Bayer sólo podía interpretar la reducción de los pedidos como una señal de que los mayoristas habían aceptado sus exigencias, ni sostener que aquéllos habían aceptado tales exigencias puesto que habían acudido a mayoristas que no eran «sospechosos» a ojos de la demandante, cuyos pedidos más elevados eran, por lo tanto, satisfechos sin dificultad, para obtener cantidades adicionales destinadas a la exportación.

154 Además, de los considerandos de la Decisión examinados resulta claramente que los mayoristas siguieron intentando obtener cajas de Adalat para la exportación y persistieron en esta línea de actuación, aunque, a tal efecto, consideraron de mayor utilidad emplear distintos sistemas para recibir suministros, a saber, por un lado, el sistema del reparto de los pedidos destinados a la exportación entre las diferentes agencias y, por otro, el que consiste en realizar indirectamente los pedidos a través de pequeños mayoristas. En tales circunstancias, el hecho de que los mayoristas hayan cambiado de política en relación con los pedidos y establecido sistemas variados de desglose o de diversificación de los pedidos, efectuándolos de forma indirecta, no puede interpretarse como una prueba de su voluntad de satisfacer a Bayer ni como una respuesta a solicitud o petición alguna de ésta. Al contrario, podría considerarse que este hecho demuestra la firme intención de los mayoristas de seguir practicando exportaciones paralelas de Adalat.

155 Al no existir pruebas de la existencia de exigencias por parte de la demandante respecto al comportamiento de los mayoristas en relación con las exportaciones de las cajas de Adalat suministradas, el hecho de que adoptaran medidas para obtener cantidades adicionales sólo puede interpretarse como un desmentido de su supuesta aquiescencia. Por estas mismas razones, debe desestimarse la alegación de la Comisión según la cual, en las circunstancias del caso de autos, es normal que algunos mayoristas intentaran obtener por vías indirectas

suministros adicionales, puesto que debían comprometerse con Bayer a no exportar y a pedir, por lo tanto, cantidades reducidas, que no podían ser exportadas.

156 Finalmente, ha de hacerse constar que la Comisión no probó que los mayoristas hubiesen deseado alcanzar los objetivos de Bayer ni que hubiesen pretendido hacérselo creer. Por el contrario, los documentos examinados anteriormente demuestran que los mayoristas adoptaron un comportamiento destinado a eludir la nueva política de Bayer de restricción de los suministros a los niveles de los pedidos tradicionales.

157 Por consiguiente, la Comisión erró al estimar que el comportamiento real de los mayoristas prueba de modo suficiente en Derecho su aquiescencia a la política de la demandante destinada a obstaculizar las importaciones paralelas.

3. Sobre los precedentes jurisprudenciales invocados por la Comisión

158 La Comisión considera que la Decisión corresponde totalmente a su práctica decisoria y a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre el concepto de acuerdo y afirma que, en el presente asunto, al igual que en algunos casos anteriores, existía una prohibición de exportación incluida en un conjunto de relaciones comerciales continuas entre el proveedor y sus clientes, como lo demuestra el hecho de que los mayoristas efectuaran pedidos, fueran regularmente abastecidos y recibieran las facturas correspondientes, y se contó con un consentimiento tácito por parte de los mayoristas, demostrado, siempre según la Comisión, por la reducción de los pedidos.

159 No obstante, no puede alegar de manera eficaz los precedentes jurisprudenciales invocados para poner en entredicho el análisis que acaba de realizarse, que lleva al Tribunal de Primera Instancia a declarar que, en el caso de autos, la

aquiescencia de los mayoristas a la nueva política de Bayer no ha quedado acreditada y, por consiguiente, la Comisión no ha conseguido probar la existencia de un acuerdo.

160 La Comisión invoca, en primer lugar, el asunto en el que recayó la sentencia Sandoz, en el que, según afirma, al igual que en el caso de autos, por un lado, los distribuidores consintieron tácitamente la prohibición de exportación para mantener sus relaciones comerciales (apartado 11 de dicha sentencia) y, por otro, aunque no tenían ningún interés en abandonar las exportaciones, aceptaron la prohibición de exportación del fabricante puesto que querían seguir obteniendo las mercancías.

161 Dicho asunto se refería a la sanción impuesta por la Comisión a una filial de una empresa farmacéutica multinacional, Sandoz, a la que se imputaba haber incluido en las facturas que enviaba a los clientes (mayoristas, farmacias y hospitales) la mención expresa «exportación prohibida». Sandoz no había negado la presencia de la citada mención en sus facturas, pero había discutido la existencia de un acuerdo en el sentido del artículo 85, apartado 1, del Tratado. El Tribunal de Justicia desestimó el recurso tras responder a cada una de las alegaciones invocadas por la demandante. Así, declaró que el envío de las facturas con esta mención no constituía un comportamiento unilateral, sino que, por el contrario, se incluía en el marco general de las relaciones comerciales que la empresa mantenía con sus clientes. Llegó a esta conclusión tras examinar la forma en que actuaba la empresa antes de autorizar que un nuevo cliente comercializara sus productos y teniendo en cuenta las prácticas repetidas y aplicadas de manera uniforme y sistemática en cada operación de venta (apartado 10 de la sentencia). En esta fase de su razonamiento (apartado 11), el Tribunal de Justicia trató de la cuestión de la aquiescencia de los socios comerciales a la prohibición de exportación, mencionada en la factura, en los siguientes términos:

«Debe señalarse, además, que los clientes de Sandoz PF recibieron la misma factura tipo después de cada pedido individual o, según el caso, tras la entrega de los productos. Los pedidos repetidos de productos y los pagos sucesivos sin que el cliente protestara los precios indicados en las facturas, que incluían la mención "exportación prohibida", constituían por su parte una aquiescencia tácita a las cláusulas estipuladas en la factura y al tipo de relaciones comerciales subyacentes a las relaciones de negocios entre Sandoz PF y su clientela. Así pues, la

autorización inicialmente dada por Sandoz PF se basaba en la aceptación tácita de la línea de conducta adoptada por la empresa en relación con los clientes por parte de éstos.»

162 Pues bien, procede señalar que el Tribunal de Justicia no declaró hasta después de realizadas estas constataciones que la Comisión podía considerar que «el conjunto de las relaciones comerciales continuas, del que formaba parte la cláusula de "exportación prohibida", establecidas entre Sandoz PF y sus clientes, se regía por un acuerdo general preestablecido aplicable a los incontables pedidos individuales de productos Sandoz. Dicho acuerdo está incluido en lo dispuesto en el artículo 85, apartado 1, del Tratado».

163 Aunque ambos asuntos se parecen en la medida en que se refieren a actitudes de grupos farmacéuticos dirigidas a impedir las importaciones paralelas de medicamentos, las circunstancias concretas que los caracterizan son muy distintas. En primer lugar, a diferencia de lo que sucede en el caso de autos, en el asunto Sandoz el fabricante había incluido de forma expresa en todas sus facturas una cláusula restrictiva de la competencia que, en consecuencia, al aparecer reiteradamente en los documentos relativos a todas las transacciones, formaba parte de las relaciones contractuales entre aquél y sus mayoristas. En segundo lugar, el comportamiento real de éstos respecto a la cláusula, que habían respetado *de facto* y sin discutirla, demostraba su aquiescencia tácita a dicha cláusula y al tipo de relaciones comerciales subyacentes. Por el contrario, en los hechos del presente asunto, no se reúne ninguna de las dos circunstancias principales del asunto Sandoz: no existe una cláusula expresa de prohibición de exportación ni, desde un punto de vista formal ni en la realidad, un comportamiento de falta de oposición o de aquiescencia.

164 En segundo lugar, la Comisión invoca la sentencia Tipp-Ex/Comisión, antes citada, en la que el Tribunal de Justicia confirmó su decisión por la que se sancionaba un acuerdo destinado a impedir las exportaciones y en la que, a diferencia de la sentencia Sandoz, no había ninguna estipulación escrita relativa a la prohibición de exportación. Aduce que, al igual que la demandante en el presente asunto, Tipp-Ex también había alegado ante el Tribunal de Justicia que se trataba de una medida unilateral que no estaba incluida en el ámbito de aplicación del artículo 85, apartado 1, del Tratado, y que por consiguiente,

puesto que, efectivamente, se había producido el suministro del distribuidor al exportador paralelo, no había interés común en que se pusiera fin a las exportaciones paralelas.

165 En aquel asunto, se trataba de un contrato de distribución exclusiva entre Tipp-Ex y su distribuidor francés, DMI, que había aceptado la exigencia del fabricante de aumentar en la medida necesaria los precios aplicados a un cliente con el fin de que éste perdiera todo interés económico en las importaciones paralelas. Además, se había acreditado que el fabricante efectuaba controles posteriores para incitar al distribuidor exclusivo a adoptar efectivamente dicho comportamiento [considerando 58 de la Decisión 87/406/CEE de la Comisión, de 10 de julio de 1987, relativa a un procedimiento de aplicación del artículo 85 del Tratado CEE (DO L 222, p. 1)]. Los apartados 18 a 21 de la sentencia muestran el razonamiento seguido por el Tribunal de Justicia que, tras constatar la existencia de un acuerdo verbal de distribución exclusiva en Francia entre Tipp-Ex y DMI y recordar los hechos principales, quiso examinar la reacción y, en consecuencia, el comportamiento adoptado por el distribuidor a raíz de la actitud de penalización adoptada por el fabricante. Así, el Tribunal de Justicia declaró que el distribuidor «reaccionó aumentando entre un 10 y un 20 % los precios aplicados únicamente a la empresa ISA France. Tras la interrupción, durante todo el año 1980, de las compras de ISA France a DMI, esta última se negó, a principios de 1981, a suministrar productos Tipp-Ex a ISA France.» Sólo después de estas constataciones respecto al comportamiento del fabricante y del distribuidor llegó el Tribunal de Justicia a su conclusión sobre la existencia de un acuerdo en el sentido del artículo 85, apartado 1, del Tratado:

«Por consiguiente, ha quedado acreditado que DMI aplicó la petición de Tipp-Ex de no vender a clientes que revenden los productos Tipp-Ex en otros Estados miembros.»

166 Así pues, a diferencia de lo que sucede en el caso de autos, en el asunto en el que recayó la sentencia Tipp-Ex, antes citada, no había dudas respecto al hecho de que la política consistente en impedir las exportaciones paralelas era aplicada por el fabricante con la cooperación de los distribuidores. Como se indica en dicha sentencia, esta voluntad quedaba ya de manifiesto en los contratos verbales y escritos existentes entre ambas partes (véanse los apartados 19 y 20 de la

sentencia por lo que respecta al distribuidor DMI y los apartados 22 y 23 por lo que respecta al distribuidor Beiersdorf) y, si siguiese existiendo alguna duda, el análisis del comportamiento de los distribuidores, presionados por el fabricante, mostraba de forma muy clara su aquiescencia a las intenciones restrictivas de la competencia de Tipp-Ex. La Comisión había probado no sólo que los distribuidores habían reaccionado a las amenazas y a las presiones por parte del fabricante, sino también el hecho de que al menos uno de ellos había enviado al fabricante las pruebas de su cooperación. Por último, ha de añadirse que la propia Comisión señala en el presente asunto que, en la sentencia Tipp-Ex, para pronunciarse sobre la existencia de un acuerdo, el Tribunal de Justicia siguió el enfoque consistente en analizar la reacción de los distribuidores al comportamiento del fabricante en sentido contrario a las exportaciones paralelas y que, tomando en consideración esta reacción del distribuidor, el Tribunal de Justicia declaró que tenía que existir entre éste y Tipp-Ex un acuerdo destinado a impedir las exportaciones paralelas.

167 De ello resulta que esta sentencia, al igual que la sentencia Sandoz, no hace sino confirmar la jurisprudencia según la cual si bien determinados comportamientos del fabricante aparentemente unilaterales pueden dar origen a un acuerdo entre empresas en el sentido del artículo 85, apartado 1, del Tratado, ello exige que el comportamiento posterior de los mayoristas o de los clientes pueda interpretarse como una aquiescencia *de facto*. Dado que este requisito no concurre en el presente asunto, la Comisión no puede invocar la supuesta similitud entre estos dos asuntos para fundamentar su tesis relativa a la existencia de aquiescencia en el presente asunto.

168 Por las mismas razones, ni la Comisión ni la BAI pueden alegar con razón apreciaciones efectuadas por el Tribunal de Justicia en sus sentencias BMW Belgium y otros/Comisión, AEG/Comisión y Ford y Ford Europa/Comisión, antes citadas, para reforzar su tesis relativa a la existencia de aquiescencia de los mayoristas en el presente asunto.

169 En efecto, en la sentencia BMW Belgium y otros/Comisión, antes citada, para determinar si había existido un acuerdo en el sentido del artículo 85, apartado 1, del Tratado, entre BMW Belgium y sus concesionarios belgas, el Tribunal de Justicia examinó los actos que podían demostrar la existencia de un acuerdo, en aquel caso, circulares dirigidas a los concesionarios BMW, «tanto en su tenor

literal como en relación con el contexto material y jurídico en la que se [situaban], así como en relación con el comportamiento de las partes» y afirmó que las circulares de que se trataba «[constituían] la manifestación de una voluntad dirigida a hacer cesar toda exportación de vehículos BMW nuevos desde Bélgica» (apartado 28). Añadió que «al enviar estas circulares a todos los concesionarios belgas, BMW Belgium se [había manifestado] como la promotora de un acuerdo con estos concesionarios para suprimir totalmente dichas exportaciones» (apartado 29). Pues bien, del apartado 30 de dicha sentencia resulta que el Tribunal de Justicia quiso confirmar la existencia de aquiescencia de los concesionarios.

170 En la sentencia AEG/Comisión, antes citada, en la que no estaban claras las voluntades respectivas del fabricante y de los distribuidores y el demandante invocaba expresamente el carácter unilateral de su comportamiento, el Tribunal de Justicia estimó que, en el marco de un sistema de distribución selectiva, una práctica en virtud de la cual el fabricante, para mantener un nivel de precios elevado o excluir algunas vías de comercialización modernas, se niega a autorizar a distribuidores que responden a los criterios cualitativos del sistema «no constituye una conducta unilateral de la empresa que, como alega AEG, no estaría afectada por la prohibición prevista en el apartado 1 del artículo 85 del Tratado. Por el contrario, la misma se integra en las relaciones contractuales que mantiene la empresa con los revendedores» (apartado 38). Pues bien, seguidamente, el Tribunal de Justicia quiso hacer constar la existencia de la aquiescencia de los distribuidores, precisando que «en efecto, en el supuesto de admisión de un distribuidor, la autorización se basa en la aceptación, expresa o tácita, por las partes contratantes, de la política que sigue AEG, la cual, entre otras cosas, exige la exclusión de la red de distribución de aquellos que tengan las cualidades requeridas para su admisión en la misma, pero que no estén dispuestos a adherirse a dicha política» (apartado 38). Este enfoque quedó confirmado en los demás casos de distribución selectiva resueltos por el Tribunal de Justicia (véanse las sentencias Ford y Ford Europe/Comisión, antes citada, apartado 21; Metro II, antes citada, apartados 72 y 73, y Bayerische Motorenwerke, antes citada, apartados 16 y 17).

171 De las consideraciones anteriores resulta que la Comisión no puede invocar los precedentes jurisprudenciales que ha alegado para demostrar, en el caso de autos, la existencia de un acuerdo.

4. Sobre la tesis de la Comisión según la cual, para probar la existencia de un acuerdo, basta con constatar que las partes mantienen sus relaciones comerciales

172 De los argumentos de la Comisión resulta que ésta sostiene, ciertamente de manera ambigua (véase la estructura de la Decisión resumida en los considerandos 155 y 156 y desarrollada en los considerandos 171 a 188), que puede considerar probada la existencia de un acuerdo entre empresas en el sentido del artículo 85, apartado 1, del Tratado simplemente por haber constatado que los mayoristas no interrumpieron sus relaciones comerciales con Bayer tras la instauración de la nueva política de ésta dirigida a restringir las exportaciones.

173 Esta tesis no puede ser acogida. La prueba de la existencia de un acuerdo entre empresas en el sentido del artículo 85, apartado 1, del Tratado debe basarse en la constatación directa o indirecta del elemento subjetivo que caracteriza el propio concepto de acuerdo, es decir, de una concordancia de voluntades entre operadores económicos sobre la aplicación de una política, la búsqueda de un objetivo o la adopción de un comportamiento determinado en el mercado, independientemente de la forma en que se expresa la voluntad de las partes de comportarse en el mercado conforme a los términos de dicho acuerdo (véanse en este sentido, en particular, las sentencias ACF Chemiefarma/Comisión, antes citada, apartado 112, y Van Landewyck y otros/Comisión, antes citada, apartado 86). La Comisión pasa por alto dicho concepto de concordancia de voluntades al estimar que el mantenimiento de las relaciones comerciales con el fabricante cuando éste adopta una nueva política, que aplica unilateralmente, equivale a una aquiescencia de los mayoristas a dicha política, mientras que su comportamiento *de facto* es claramente contrario a tal política.

174 Además, conforme al sistema del Tratado, una empresa sólo puede ser sancionada con arreglo al Derecho comunitario sobre la competencia como consecuencia de una infracción por su parte de las prohibiciones contenidas en los artículos 85, apartado 1, u 86 del Tratado. Pues bien, procede señalar que la aplicabilidad del artículo 85, apartado 1, exige que se cumplan varios requisitos: a) que exista un acuerdo entre, por lo menos, dos empresas o un supuesto similar,

como una decisión de asociación de empresas o una práctica concertada entre empresas; b) que pueda afectar al comercio intracomunitario, y c) que tenga por objeto o por efecto la restricción sensible de la competencia. Por lo tanto, en el marco de dicho artículo, los efectos del comportamiento de una empresa sobre la competencia dentro del mercado común sólo pueden examinarse cuando haya quedado probada la existencia de un acuerdo, de una decisión de asociación de empresas o de una práctica concertada en el sentido del artículo 85, apartado 1, del Tratado (sentencia del Tribunal de Justicia de 30 de junio de 1966, Société technique minière, 56/65, Rec. pp. 337 y ss., especialmente pp. 358 y ss.). De ello resulta que el objetivo de esta disposición no es «eliminar» de manera absolutamente general los obstáculos al comercio intracomunitario, sino que es más limitado, puesto que sólo prohíbe los obstáculos a la competencia creados por una voluntad conjunta entre al menos dos partes.

175 Esta interpretación del artículo 85, apartado 1, del Tratado fue seguida por el Tribunal de Justicia en la sentencia de 24 de octubre de 1996, Viho/Comisión (C-73/95 P, Rec. p. I-5457), apartados 15 a 17, cuando, confirmando una sentencia del Tribunal de Primera Instancia, declaró que el hecho de que la política seguida por una sociedad matriz que consiste principalmente en repartir los distintos mercados nacionales entre sus filiales pueda producir efectos fuera de la esfera del grupo, que puedan afectar a la situación competitiva de terceros, no conduce a la aplicación del artículo 85, apartado 1, aunque se interprete a la luz de los artículos 2 y 3, letras c) y g), del Tratado CE. Sin embargo, el artículo 86 del Tratado puede resultar aplicable a dicho comportamiento unilateral, si cumple los requisitos que en él se exigen para su aplicación.

176 Habida cuenta de las consideraciones anteriores, a diferencia de lo que parecen afirmar la Comisión y la BAI, las disposiciones del Tratado en materia de competencia sólo supeditan el derecho de un fabricante que se encuentra, como sucede en el caso de autos, frente a un acontecimiento perjudicial para sus intereses a aplicar la solución que considere más adecuada a la observancia de las prohibiciones contempladas en los artículos 85 y 86. Por consiguiente, siempre y cuando lo haga sin abusar de una posición dominante, en caso de que no exista ninguna concordancia de voluntades con sus mayoristas, un fabricante puede adoptar la política de suministros que estime necesaria, aun cuando, por la propia naturaleza de su objetivo, por ejemplo obstaculizar las importaciones paralelas, la

aplicación de dicha política pueda dar lugar a restricciones de competencia y afectar a los intercambios entre Estados miembros.

177 La Comisión invoca, a este respecto, la sentencia del Tribunal de Justicia de 5 de diciembre de 1996, Merck y Beecham (asuntos acumulados C-267/95 y C-268/95, Rec. p. I-6285), para alegar la necesidad de proteger en cualquier circunstancia las importaciones paralelas. Afirma que, en dicha sentencia, el Tribunal de Justicia puso fin a las especulaciones relativas al alcance de la solución dada en la sentencia de 14 de julio de 1981, Merck, antes citada (apartado 36), afirmando que un control de precios en determinados Estados miembros no justificaba excepción alguna al principio de la libre circulación de mercancías y que la posibilidad de impedir las importaciones paralelas daría lugar a una compartimentación no deseable de los mercados nacionales. Por consiguiente, según la Comisión, ni siquiera en el sector farmacéutico las importaciones paralelas pueden quedar obstaculizadas por medidas nacionales ni por acuerdos entre empresas.

178 No obstante, ha de señalarse que, en dicha sentencia, el Tribunal de Justicia se limitó a responder a la cuestión relativa, por un lado, a la fecha de expiración de determinadas disposiciones transitorias contenidas en el Acta de adhesión del Reino de España y de la República Portuguesa (artículos 47 y 209 del Acta de adhesión) que permitían impedir las importaciones paralelas de productos farmacéuticos de tales países en otras partes de la Comunidad y, por otro, al régimen jurídico aplicable a las importaciones paralelas tras la expiración de los períodos transitorios pertinentes, así como a la cuestión de si el alcance de la solución dada en la sentencia Merck de 14 de julio de 1981, antes citada, debía reconsiderarse. Sin embargo, el razonamiento desarrollado por el Tribunal de Justicia en su sentencia de 5 de diciembre de 1996, Merck y Beecham, antes citada, no se refiere a la cuestión que es objeto del presente asunto, que no pertenece al ámbito de la libre circulación de mercancías contemplada en los artículos 30, 34 y 36 del Tratado CE (actualmente artículos 28 CE, 29 CE y 30 CE, respectivamente, tras su modificación) y, a diferencia de lo que afirma la Comisión, no implica en forma alguna una prohibición general de obstaculizar las exportaciones paralelas impuesta no sólo a los Estados miembros, sino también, y en todos los casos, a las empresas.

179 En realidad, en lugar de apoyar la tesis de la Comisión, esta sentencia no hace sino confirmar que, en el sistema del Tratado, esta Institución no puede tratar de conseguir un resultado, como el de la armonización de los precios en el mercado de los medicamentos, ampliando o forzando el ámbito de aplicación de la Sección primera (Disposiciones aplicables a las empresas) del Capítulo I del Título VI del Tratado, máxime dado que dicho Tratado le ofrece vías específicas para intentar lograr esta armonización cuando se acredita que las fuertes disparidades de precios de los medicamentos en los Estados miembros tienen su origen en las diferencias existentes entre los mecanismos estatales de fijación de los precios y los procedimientos de reembolso, como sucede en el caso de autos (véanse los considerandos 151 y 152 de la Decisión). En efecto, como recordó el Tribunal de Justicia en el apartado 47 de la sentencia Merck y Beecham, antes citada, según jurisprudencia reiterada, las distorsiones causadas por la existencia de una normativa sobre precios diferente en un Estado miembro deben remediarse a través de medidas adoptadas por las autoridades comunitarias (véanse las sentencias del Tribunal de Justicia de 31 de octubre de 1974, Centrafarm y de Peijper, 16/74, Rec. p. 1183, apartado 17; Musik-Vertrieb membran y K-tel International, antes citada, apartado 24; de 11 de julio de 1996, Bristol-Myers Squibb y otros, asuntos acumulados C-427/93, C-429/93 y C-436/93, Rec. p. I-3457, apartado 46, y Merck y Beecham, antes citada, apartado 47).

180 Una extensión del ámbito de aplicación del artículo 85, apartado 1, del Tratado como la que propone la Comisión llevaría a una situación paradójica en la que la negativa de venta se penalizaría en mayor medida en el marco del artículo 85, apartado 1, que en el del artículo 86, puesto que la prohibición del artículo 85, apartado 1, afectaría al fabricante que decide suprimir o restringir sus suministros futuros, pero sin resolver completamente sus relaciones comerciales con sus clientes, mientras que, en el marco del artículo 86, la negativa de suministro, aun cuando sea total, sólo está prohibida si es abusiva. En efecto, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia reconoce indirectamente la importancia de la protección de la libertad de empresa en la aplicación de las normas sobre la competencia del Tratado cuando admite expresamente que incluso una empresa que ocupa una posición dominante puede, en determinados casos, negarse a vender o cambiar su política de suministros o de abastecimiento sin incurrir en la prohibición del artículo 86 (véase, en este sentido, la sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de febrero de 1978, United Brands/Comisión, 27/76, Rec. p. I-207, apartados 182 a 191).

181 Finalmente, en apoyo de su tesis, la Comisión no puede invocar su convicción, que por otra parte carece totalmente de elementos de apoyo, según la cual, a largo plazo, las importaciones paralelas llevarán a la armonización del precio de los medicamentos. Lo mismo sucede con su afirmación según la cual «no [es] aceptable que se obstaculicen las importaciones paralelas para que determinadas empresas farmacéuticas puedan imponer, en países que no aplican ningún control de los precios, tarifas excesivas para compensar beneficios menores en los Estados miembros cuya intervención en los precios es mayor».

182 De las consideraciones anteriores resulta que la Comisión no podía legítimamente considerar probada la existencia de un acuerdo entre los mayoristas y el fabricante partiendo de la simple constatación del mantenimiento de las relaciones comerciales preexistentes.

D. *Conclusión*

183 De todo lo expuesto se deduce que la Comisión efectuó una apreciación errónea de los hechos del presente asunto y cometió un error en su valoración jurídica, al considerar probada la existencia de una concordancia de voluntades entre Bayer y los mayoristas a los que se refiere la Decisión que permitía afirmar la existencia de un acuerdo en el sentido del artículo 85, apartado 1, del Tratado, destinado a impedir o a limitar las exportaciones de Adalat de Francia y España al Reino Unido.

184 Por consiguiente, el motivo invocado con carácter principal en el presente recurso debe declararse fundado. En consecuencia, la Decisión ha de ser anulada, sin que sea necesario proceder al examen de testigos solicitado por la demandante ni examinar los motivos invocados con carácter subsidiario, basados en una supuesta aplicación errónea del artículo 85, apartado 1, del Tratado, a comportamientos legítimos conforme al artículo 47 del Acta de adhesión de España a las Comunidades Europeas y en una aplicación errónea del artículo 15 del Reglamento nº 17 en la imposición de una multa a la demandante.

Costas

185 A tenor del artículo 87, apartado 2, del Reglamento de Procedimiento, la parte que pierda el proceso será condenada en costas, si así lo hubiera solicitado la otra parte. Por haber sido desestimadas las pretensiones de la parte demandada y dado que la demandante solicitó su condena en costas, procede condenarla a cargar con sus propias costas y con las costas en que incurrió la demandante, incluidas las ocasionadas por el procedimiento sobre medidas provisionales.

186 Con arreglo al artículo 87, apartado 4, párrafo tercero, el Tribunal de Primera Instancia podrá ordenar que una parte coadyuvante distinta de las mencionadas en el párrafo precedente de dicho apartado soporte sus propias costas. En el caso de autos, la EFPIA, parte coadyuvante en apoyo de la demandante, y la BAI, parte coadyuvante en apoyo de la parte demandada, cargarán, respectivamente, con sus propias costas.

En virtud de todo lo expuesto,

EL TRIBUNAL DE PRIMERA INSTANCIA (Sala Quinta ampliada)

decide:

1) **Anular la Decisión 96/478/CE de la Comisión, de 10 de enero de 1996, relativa a un procedimiento de aplicación del artículo 85 del Tratado CE (IV/34.279/F3 — Adalat).**

2) **La Comisión cargará con sus propias costas y con las costas en que ha incurrido la demandante, incluidas las ocasionadas a esta última por el procedimiento sobre medidas provisionales.**

3) **La European Federation of Pharmaceutical Industries' Associations y la Bundesverband der Arzneimittel-Importeure e.V. soportarán, respectivamente, sus propias costas.**

Cooke García-Valdecasas Lindh

Pirrung Vilaras

Pronunciada en audiencia pública en Luxemburgo, a 26 de octubre de 2000.

El Secretario

H. Jung

El Presidente

J.D. Cooke

Indice

Hechos que originaron el litigio II-3389
Procedimiento y pretensiones de las partes II-3392
La Decisión II-3394
Sobre el fondo II-3396
Sobre el motivo formulado con carácter principal, basado en una infracción del artículo 85, apartado 1, del Tratado, en la medida en que la Comisión considera que es aplicable a los hechos del presente asunto II-3397
I. Alegaciones de las partes II-3397
II. Apreciación del Tribunal de Primera Instancia II-3407
A. Observaciones preliminares II-3407
B. Sobre el concepto de acuerdo en el sentido del artículo 85, apartado 1, del Tratado II-3408
C. Sobre la aplicación del concepto de acuerdo en el presente asunto II-3410
1. Sobre la supuesta voluntad de la demandante de imponer una prohibición de exportación II-3411
a) Observaciones preliminares II-3411
b) Sobre el alcance del sistema de control de la distribución de Adalat establecido por la demandante II-3413
2. Sobre la supuesta voluntad de los mayoristas de adherirse a la política de la demandante destinada a reducir las importaciones paralelas II-3423
a) Observaciones preliminares II-3423
b) Sobre la prueba del «comportamiento implícito de aquiescencia» por parte de los mayoristas II-3424
i) El comportamiento de los mayoristas franceses II-3427
ii) El comportamiento de los mayoristas españoles II-3429
3. Sobre los precedentes jurisprudenciales invocados por la Comisión II-3438
4. Sobre la tesis de la Comisión según la cual, para probar la existencia de un acuerdo, basta con constatar que las partes mantienen sus relaciones comerciales II-3444
D. Conclusión II-3448
Costas II-3449