KENDELSE AFSAGT AF RETTENS PRÆSIDENT
3. juni 1996 *

I sag T-41/96 R,

Bayer AG, Leverkusen (Tyskland), ved advokat Jochim Sedemund, Köln, og med valgt adresse i Luxembourg hos advokat Aloyse May, 31, Grand-rue,

sagsøger,

mod

Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber ved Wouter Wils og Klaus Wiedner, Kommissionens Juridiske Tjeneste, som befuldmægtigede, og med valgt adresse i Luxembourg hos Carlos Gómez de la Cruz, Kommissionens Juridiske Tjeneste, Wagner-Centret, Kirchberg,

sagsøgt,

angående en begæring om udsættelse af gennemførelsen af artikel 2 i Kommissionens beslutning af 10. januar 1996 om en procedure i henhold til EF-traktatens artikel 85 (IV/34.279/F3 — Adalat),

har

* Processprog: tysk.

PRÆSIDENTEN FOR DE EUROPÆISKE FÆLLESSKABERS RET I FØRSTE INSTANS

afsagt følgende

Kendelse

Faktiske omstændigheder og retsforhandlinger

1 Bayer-koncernen er en international kemisk koncern, som inden for medicinalsektoren er den ottendestørste virksomhed i verden. Ifølge oplysningerne i Kommissionens beslutning af 10. januar 1996 om en procedure i henhold til EF-traktatens artikel 85 (IV/34.279/F3 — Adalat) (herefter »beslutningen«) havde koncernen i 1991-1992 et salg på ca. 3 264 mio. ECU. Koncernens moderselskab, Bayer AG (»Bayer«), har i adskillige år under betegnelsen Adalat (i Frankrig »Adalate«) produceret og forhandlet en serie lægemidler (»Adalat«) indeholdende det virksomme stof nifedipin, som bruges til behandling af hjerte-/kar-sygdomme. Ifølge interne Bayer-dokumenter, som citeres i beslutningen, er Adalat »et af de førende præparater til behandling af hypertension og hjerteinsufficiens«. Det er »et førende produkt med en stærk identitet«. Adalat indtager niendepladsen på listen over de fyrre mest solgte lægemidler i verden i 1992 og tegner sig for et salg på ca. 783 mio. ECU.

2 Det fremgår af beslutningen, at Adalat er et hovedprodukt i Bayer-datterselskabernes salgsstrategier i de forskellige medlemsstater. I 1992 tegnede dette lægemiddel sig for ca. 15% af den samlede omsætning i Bayer Spanien og

36% af den samlede omsætning i Bayer Frankrig. I Det Forenede Kongerige udgjorde Adalat 56% af Bayer UK's samlede omsætning.

3 Ifølge Bayer's oplysninger er Adalat's markedsandel inden for Fællesskabet på ca. 8%. Ifølge samme kilde — gengivet i beslutningen — optager Bayer på markederne for midler mod hjerteinsufficiens og hypertension henholdsvis 7% og 9% i Spanien, henholdsvis 5% og 4% i Frankrig og henholdsvis 20% og 17% i Det Forenede Kongerige.

4 I de fleste medlemsstater fastsættes prisen på Adalat direkte eller indirekte af de nationale sundhedsmyndigheder. Fra 1989 til 1993 lå de priser, som var fastsat af de spanske og franske sundhedsmyndigheder i gennemsnit 40% under priserne i Det Forenede Kongerige. På Adalat Retard 20 mg var prisforskellen i Spanien 35-47% og i Frankrig ca. 24%. For Adalat-kapsler var prisen i Spanien 48-55% og i Frankrig 39-45% under prisen i Det Forenede Kongerige.

5 På grund af disse prisforskelle påbegyndte grossister i Spanien fra 1989 en eksport af Adalat til Det Forenede Kongerige. Fra 1991 har grossister i Frankrig fulgt samme fremgangsmåde. Ifølge Bayer er Bayer UK's salg af Adalat fra 1989 til 1993 blevet næsten halveret på grund af parallelimport. Bayer's britiske datterselskab har således lidt et omsætningstab på 230 mio. DM, hvilket for Bayer har udgjort et indtægtstab på 100 mio. DM.

6 Over for denne situation besluttede Bayer Spanien og Bayer Frankrig ikke længere at efterkomme ordrer fra grossister i Spanien og Frankrig fuldt ud.

7 Kommissionen traf derfor den 10. januar 1996 den nævnte beslutning over for Bayer, som i artikel 1 fastslår, at Bayer AG har overtrådt traktatens artikel 85, idet Bayer Spanien og Bayer Frankrig med deres respektive grossister i Spanien og Frankrig i forbindelse med deres faste forretningsforbindelser havde aftalt at forbyde eksport af Adalat til andre medlemsstater. Kommissionen har fastslået, at de relevante geografiske markeder er de nationale markeder, i det omfang salget af lægemidler påvirkes af den administrative politik og indkøbspolitik, de nationale sundhedsvæsener anlægger. Ifølge beslutningen fører en analyse af den adfærd, Bayer Spanien og Bayer Frankrig har anlagt over for deres respektive grossister, til den konklusion, at disse Bayer-datterselskaber har pålagt grossisterne et eksportforbud inden for rammerne af deres forretningsforbindelser med dem. Kommissionen har udledt et sådant forbud af, hvad den anser for at være en systematisk indkredsning af eksporterende grossister samt af, at de to datterselskaber successivt har beskåret leverancer til de grossister, der eksporterer alle eller en del af de leverede varer (punkt 156).

8 Ifølge beslutningens artikel 2 skal Bayer »bringe den i artikel 1 omhandlede overtrædelse til ophør og i forbindelse hermed især

— senest to måneder efter meddelelsen af nærværende beslutning fremsende en rundskrivelse til deres grossister i Frankrig og Spanien, hvori det klart anføres, at det er tilladt at eksportere inden for Fællesskabet, og at en sådan eksport ikke vil medføre nogen sanktioner

— senest to måneder efter meddelelsen af nærværende beslutning angive dette klart i de almindelige salgsbetingelser, der anvendes i Frankrig og Spanien«.

9 I beslutningens artikel 3 pålægges Bayer en bøde på 3 mio. ECU. I artikel 4 pålægges en tvangsbøde på 1 000 ECU for hver dags forsinkelse med opfyldelsen af de i artikel 2 udtrykkeligt angivne forpligtelser.

10 Ved stævning indleveret til Rettens Justitskontor den 22. marts 1996 har Bayer påstået beslutningen annulleret.

11 Ved særskilt dokument registreret på Rettens Justitskontor den 22. marts 1996 indgav sagsøgeren i medfør af traktatens artikel 185 ligeledes begæring om, at gennemførelsen af beslutningens artikel 2 udsættes. Kommissionen indgav sine skriftlige bemærkninger til Rettens Justitskontor den 4. april 1996. Den 17. april 1996 fremkom sagsøgeren med sine bemærkninger til Kommissionens bemærkninger. Den sagsøgte institution tog stilling hertil ved processkrift den 25. april 1996. Parterne afgav mundtlige forklaringer den 2. maj 1996.

Retlige bemærkninger

12 I henhold til EF-traktatens artikel 185 og 186, jf. artikel 4 i Rådets afgørelse 88/591/EKSF, EØF, Euratom af 24. oktober 1988 om oprettelse af De Europæiske Fællesskabers Ret i Første Instans (EFT L 319, s. 1), som ændret ved Rådets afgørelse 93/350/Euratom, EKSF, EØF af 8. juni 1993 (EFT L 144, s. 21) og 94/149/EKSF, EF af 7. marts 1994 (EFT L 66, s. 29), og ved Rådets afgørelse 95/1/EF, Euratom, EKSF af 1. januar 1995 (EFT L 1, s. 1), kan Retten, hvis den skønner, at forholdene kræver det, udsætte gennemførelsen af den anfægtede retsakt eller foreskrive de nødvendige foreløbige forholdsregler.

13 Det fastslås i artikel 104, stk. 1, i Rettens procesreglement, at en begæring om udsættelse af gennemførelsen kun kan antages til realitetsbehandling, hvis den, der fremsætter begæringen, har anlagt sag til prøvelse af retsakten ved Retten. I artikel 104, stk. 2, bestemmes, at begæringer om foreløbige forholdsregler, som er omhandlet i traktatens artikel 185 og 186, skal angive de omstændigheder, der medfører uopsættelighed, og de faktiske og retlige grunde til, at den begærede forholdsregel umiddelbart forekommer berettiget. De begærede forholdsregler skal være af

foreløbig art i den forstand, at de ikke må foregribe afgørelsen i hovedsagen (jf. kendelse afsagt af Rettens præsident den 22.4.1996, sag T-23/96 R, De Persio mod Kommissionen, Sml. Pers. II, s. 527, præmis 19).

Parternes argumenter

Fumus boni juris

14 Sagsøgeren har indledningsvis fremhævet, at selskabet ikke har nogen indvendinger mod, at det fastslås over for dets grossister, at »det er tilladt at eksportere inden for Fællesskabet«. Selskabet har nemlig aldrig pålagt grossisterne eksportrestriktioner og har ikke til hensigt at gøre det. Selskabet modsætter sig derimod den formulering, hvorefter »en sådan eksport ikke vil medføre nogen sanktioner«, hvilket ifølge sagsøgeren indebærer, at selskabet »ikke længere ensidigt kunne nægte helt eller delvis at forsyne grossister, som eksporterer selskabets lægemidler til andre nationale markeder«. Sagsøgeren ville således blive pålagt en »leveringspligt«.

15 Sagsøgeren har gjort gældende, at Bayer Spanien og Bayer Frankrig ikke har indgået nogen aftale med deres grossister i Spanien og Frankrig om forbud mod at eksportere Adalat til andre medlemsstater, navnlig til Det Forenede Kongerige. Under retsmødet i forbindelse med begæringen om foreløbige forholdsregler har sagsøgeren bekræftet, at beskæringen af leverancerne til grossister i Spanien og Frankrig havde til formål at dæmme op for paralleleksport til Det Forenede Kongerige. Sagsøgerens datterselskaber har imidlertid aldrig pålagt deres kunder et eksportforbud. I det omfang de ikke havde nogen leveringspligt, havde de ensidigt afslået at efterkomme en række ordrer. For at undgå enhver aftale med grossisterne om et eksportforbud havde datterselskaberne endog instrueret personalet i distributionsafdelingen om ikke at angive de virkelige årsager til den ensidige beskæring af omfanget af leverancerne og om systematisk at henvise til »utilstrækkelig lagerbeholdning« på grund af interne problemer med leverancer eller produktion.

16 Nærmere bestemt har Bayer bestridt Kommissionens udsagn om, at de grossister, som eksporterede, skulle være blevet indkredset ved hjælp af et salgskontrolsystem og dernæst automatisk havde fået deres leverancer beskåret. Dette er ifølge sagsøgeren på ingen måde bevist. I det foreliggende tilfælde er sagsøgeren efter at have leveret varer til en grossist ude af stand til at efterprøve, hvorvidt grossisten eksporterer varerne. Under disse betingelser vidste grossisterne, at de ikke behøvede at frygte nogen begrænsning i leverancerne, når de eksporterede. I modsætning til, hvad Kommissionen har gjort gældende, havde de således ingen »interesse i at overholde eksportforbuddet«. Kommissionen havde i øvrigt fastslået, at sagsøgerens distributionskontrolsystem blot bestod i først at registrere de mængder, som var leveret til grossisten i løbet af de forudgående perioder (»referencemængderne«) og i ensidigt på forhånd at fastlægge de månedlige og årlige mængder, som sagsøgeren ville levere til grossisten (sædvanligvis referencemængden forhøjet ca. 10% årligt), og dernæst ved hjælp af distributionskontrolsystemet at undersøge, hvornår grossistens løbende ordrer oversteg referencemængderne. I så fald havde sagsøgeren ikke længere accepteret ordrer om leverancer eller kun delvis accepteret dem. Kommissionens bemærkning om, at sagsøgeren i enkelte tilfælde ikke tillagde referencemængden 10% eller efterfølgende korrigerede denne, ændrer efter sagsøgerens opfattelse ikke ved, at Bayer forud og ensidigt fastsatte, hvilke mængder der skulle leveres.

17 Sagsøgeren har i denne sammenhæng bestridt Kommissionens anbringende om, at grossisterne havde accepteret det påståede eksportforbud ved blot »tilsyneladende« at begrænse mængden af deres ordrer, hvilket på grund af de fortsatte handelsrelationer mellem sagsøgeren og grossisterne skulle udgøre en aftale i den i traktatens artikel 85, stk. 1, anførte betydning (beslutningens punkt 181). Denne fortolkning er ifølge sagsøgeren ikke i overensstemmelse med artikel 85's ordlyd eller med målene med og opbygningen af Fællesskabets konkurrenceret. En ensidig adfærd er ikke i medfør af denne konkurrenceret forbudt, blot fordi den tilsigter at forhindre paralleleksport. Beslutningen ville således udstrække anvendelsesområdet for artikel 85 til ligeledes at omfatte en ensidig leveringsnægtelse, hvilket principielt efter sagsøgerens opfattelse kun kan være omfattet af traktatens artikel 86.

18 Navnlig ville Kommissionens analyse have den virkning, at det centrale led i aftalebegrebet i artikel 85, nemlig parternes samstemmende vilje, faldt bort. Ifølge det synspunkt, som forfægtes af Kommissionen, vil en leverandør, der som sagsøgeren

vil vedtage rent ensidige foranstaltninger, ikke kunne forhindre, at der — endog imod hans vilje — opstår en »aftale«, fordi det er tilstrækkeligt, at kunden ensidigt ændrer sin adfærd i forbindelse med ordreafgivelsen. Desuden ville det være en aftale i den i artikel 85 anvendte betydning, selv når kunden kun tilsyneladende ændrer sin adfærd, og når den faktiske adfærd tværtimod klart viser, at leverandøren netop ikke tilsigtede at indgå den påståede aftale. Beslutningen går efter sagsøgerens opfattelse således mærkbart ud over Domstolens praksis og Kommissionens aktuelle praksis, idet det i øvrigt bemærkes, at Kommissionen har anset denne beslutning for at være en »prøvesag«.

19 Endelig er begrebet »sanktion«, som anvendes i beslutningens artikel 2, upræcist. Det kan efter sagsøgerens opfattelse omfatte et resultat — som af sagsøgeren forudsat — hvorefter sagsøgerens salgssystem ændres med henblik på at dæmme op for paralleleksport. Som et led i et sådant resultat ville Bayer indstille leverancerne til grossisterne og overlade denne opgave til sine datterselskaber, hvilket ikke er omfattet af artikel 85. Sagsøgeren slutter herudfra, at artikel 2 ikke kan anvendes øjeblikkeligt, for så vidt som bestemmelsens anvendelsesområde ikke er blevet fastlagt af Kommissionen.

20 Kommissionen har indledningsvis fremhævet, at udtrykket »sanktion« sigter til de begrænsninger i leverancerne, som er beskrevet i beslutningen, samt til enhver anden foranstaltning med samme virkning, nemlig overholdelse af eksportforbuddet.

21 Kommissionen har i øvrigt anført, at den adfærd, som beslutningen betegner som ulovlig, ikke er rent ensidig, men er udtryk for samstemmende vilje mellem på den ene side Bayer Spanien og Bayer Frankrig og på den anden deres respektive grossister i Spanien og i Frankrig. Ifølge Kommissionen forudsætter en aftale i den i artikel 85, stk. 1, anvendte betydning, at to parter har interesse i at indgå aftalen, uden at der nødvendigvis er tale om fælles interesse. I dette tilfælde består sagsøgerens interesse ifølge Kommissionen i at forhindre eller i det mindste i at indskrænke paralleleksport. Grossisternes interesse består ifølge Kommissionen i at undgå begrænsning af leverancerne af Adalat.

22 At der foreligger en aftale om eksportforbud bevises efter Kommissionens opfattelse af de af Bayer foretagne begrænsninger i leverancerne til grossister, som tilsidesætter denne aftale, med henblik på at få dem til at afstå fra fortsat at eksportere. Bayer havde således ved hjælp af et distributionskontrolsystem indkredset de grossister i Spanien og i Frankrig, som eksporterede til andre medlemsstater, og herefter begrænset deres forsyninger betragteligt. Disse begrænsninger fandt efter Kommissionens opfattelse sted automatisk, så snart en grossist tilsidesatte eksportforbuddet. I modsætning til, hvad sagsøgeren har gjort gældende, byggede begrænsningerne ikke på en referencemængde, som var fastsat for hver grossist i begyndelsen af hvert regnskabsår på grundlag af den mængde, som var leveret året før, forhøjet med 10%. For visse grossister — f.eks. CERP Lorraine eller Hefame — var leverancerne blevet begrænset på grundlag af det tidligere år uden tillæg af 10%. For andre — heriblandt Husafa og Cofares — var de blevet begrænset, således at de end ikke kunne dække behovene på det nationale marked.

23 Grossisterne havde efter Kommissionens opfattelse haft fuldt kendskab til begrundelsen for disse leveringsnægtelser og havde stiltiende accepteret eksportforbuddet. At de var indforståede med dette forbud fremgår navnlig efter Kommissionens opfattelse af den begrænsning i de mængder, som de afgav ordrer på hos Bayer Spanien og Bayer Frankrig med henblik på at tilpasse sig de omsætningstal, som disse datterselskaber efter forhandlinger med deres kunder fandt normale for forsyningen af det nationale marked. Ifølge Kommissionen forelå der en aftale, hvilket bekræftes af, at en række grossister ad omveje forsøgte at opnå større leverancer, netop fordi de over for Bayer skulle forpligte sig til ikke at eksportere og følgelig afgive ordrer på begrænsede mængder, som ikke kunne eksporteres.

24 Ganske som i Sandoz-sagen (Domstolens dom af 11.1.1990, sag C-277/87, Sandoz prodotti farmaceutici mod Kommissionen, Sml. I, s. 45 — summarisk offentliggørelse), i hvilken sag kunderne stiltiende havde accepteret et eksportforbud med henblik på at blive handelspartnere, udgjorde eksportforbuddet et af de vigtige elementer i de faste forretningsforbindelser mellem Bayer og selskabets grossister i Spanien og Frankrig. Desuden svarer de omhandlede faktiske forhold til de omstændigheder, som lå til grund for Kommissionens beslutning 80/1283/EØF af 25. november 1980 om en procedure i henhold til EØF-traktatens artikel 85 (IV/29.702: Johnson & Johnson, EFT L 377, s. 16), i hvilken sag kunderne fra den

1. januar 1977 havde accepteret et uskrevet eksportforbud pålagt af fabrikanten, som anvendte et kontrolsystem og truede med at ophæve eller forsinke forsyningen til paralleleksportørerne.

Uopsættelighed

25 Sagsøgeren har anført, at en øjeblikkelig gennemførelse af beslutningens artikel 2 vil tvinge selskabet til at efterkomme alle ordrer fra en grossist, som derefter eksporterer, hvilket vil medføre en betragtelig forøgelse af parallelhandelen. Den del af det samlede forbrug af Adalat i Det Forenede Kongerige, som dækkes af parallelimport, udgjorde allerede næsten 50% i 1993 og vil overstige 75% på grund af den stærke interesse hos grossister i Spanien og i Frankrig i at opnå supplerende leverancer med henblik på eksport. Kommissionen har fastslået, at denne interesse var af et sådant omfang, at efterspørgslen på Adalat i løbet af kort tid var steget med 300% i forhold til de tidligere leverede mængder, og at en enkelt grossist havde afgivet ordrer på ca. 50% af det samlede forbrug i Spanien. Desuden ville den leveringspligt, som pålægges i den omhandlede bestemmelse, sandsynligvis ikke blot finde anvendelse på de omtvistede varer, men tillige på alle sagsøgerens andre varer samt andre lægemiddelproducenters. Efter sagsøgerens opfattelse vil beslutningen nødvendigvis medføre en stærk stigning i parallelhandelen med sagsøgerens vigtigste produkter. Alle nationale markeder vil følgelig blive forsynet med varer fra de medlemsstater, hvor de nationale sundhedsvæsener fastsætter prisen lavest, idet prisforskellen når helt op på 100%. At de forskellige nationale markeder overvejende ville blive forsynet fra »lavprislande«, vil uopretteligt påvirke sagsøgerens distributionssystem, som i øjeblikket har datterselskaber i stort set alle medlemsstater. Endelig vil sagsøgeren sandsynligvis lide et årligt omsætningstab alene for sine vigtigste varer på ca. 240 mio. DM.

26 Såfremt 75% af markedet i Det Forenede Kongerige blev forsynet med Adalat fra grossister i Spanien, vil dette bl.a. medføre et årligt omsætningstab for Bayer UK på 100 mio. DM og et overskudstab på 30 mio. DM for sagsøgeren under

forudsætning af en prisforskel på 30%. Dette vil fjerne ethvert økonomisk grundlag for den distributionsstruktur, som Bayer har gennemført i Det Forenede Kongerige. Sagsøgeren ville blive tvunget til at afskedige et stort antal medarbejdere i Bayer UK, som har mere end 540 ansatte i sin afdeling for lægemidler. Sagsøgeren ville miste faglært personale og den direkte adgang til kunderne, som er resultatet af et arbejde igennem adskillige tiår. Et sådant tab ville ikke på kort sigt kunne genoprettes. Af disse grunde vil en øjeblikkelig gennemførelse af den omhandlede bestemmelse i beslutningens artikel 2 for sagsøgeren medføre et uforholdsmæssigt og uopretteligt økonomisk tab.

27 Sagsøgeren har bestridt Kommissionens argument, hvorefter sagsøgeren blot kunne nedsætte sine priser i Det Forenede Kongerige, således at de kunne konkurrere med de Adalat-produkter, som blev importeret fra Spanien eller fra Frankrig. Priserne i Det Forenede Kongerige er underlagt udbyttekontrol gennem National Health Service (»NHS«). Sagsøgeren har anført, at en prisreduktion i dette land ville have samme katastrofale følger som en massiv forhøjelse af parallelimporten. Den ville føre til tab af omsætning og udbytte, hvilket ville medføre fare for, at Bayer UK's afdeling ikke ville kunne overleve. Desuden har Kommissionen ikke i medfør af artikel 85 kompetence til at tvinge sagsøgeren til at nedsætte sine priser. Under alle omstændigheder er det eneste afgørende spørgsmål, hvorvidt en øjeblikkelig gennemførelse vil medføre en uoprettelig ændring af den nuværende tilstand til skade for sagsøgeren. Spørgsmålet om, hvorvidt sagsøgeren — som Kommissionen har påstået — stadig ville have tilstrækkeligt overskud, såfremt bestemmelsen blev gennemført øjeblikkeligt, er helt irrelevant.

28 Ifølge Kommissionen hviler sagsøgerens anbringender vedrørende uopsættelighed en på en misforståelse af beslutningens artikel 2. Artikel 2 tager udelukkende sigte på aftalerne om ikke-eksport mellem sagsøgeren og dennes grossister i Spanien og i Frankrig. Bayer vil således ikke have pligt til at forsyne alle grossisterne i ubegrænset omfang. Selskabet vil kunne begrænse eller annullere leverancerne, i det omfang dette ikke sker som en sanktion over for en sådan eksport.

29 Ifølge Kommissionen bærer sagsøgeren bevisbyrden og har ikke fremført noget, som for det første kan godtgøre, at en øjeblikkelig anvendelse af den omhandlede bestemmelse i beslutningens artikel 2 vil medføre en betragtelig stigning af paralleleksporten til Det Forenede Kongerige. Ifølge de af Bayer fremlagte statistiske oplysninger (bilag 3 til begæringen om foreløbige forholdsregler), var denne import allerede blevet mere end fordoblet fra 1984 til 1993, således at den fra 1993 næsten udgjorde halvdelen af den Adalat, som blev forhandlet i Det Forenede Kongerige. Desuden har paralleleksport af Adalat til Det Forenede Kongerige fra 1992 ikke længere på grund af pundets devaluering været rentabel for grossisterne i Frankrig. Selv om eksport fra Spanien svarede til en tiendedel af de varer, som sagsøgeren afsatte i Spanien, udgør den efter Kommissionens opfattelse kun en lille del af den samlede paralleleksport til Det Forenede Kongerige på grund af det spanske markeds mindre omfang. Kommissionen har heraf draget den slutning, at paralleleksporten fra Spanien aldrig har været af betydning, og at paralleleksporten fra Frankrig ikke længere er det.

30 For det andet har sagsøgeren ikke bevist, at det er nødvendigt at udsætte gennemførelsen for at undgå den påståede risiko for tab. Når henses til paralleleksportørernes omkostninger i forbindelse med transport og indpakning, ville Bayer nemlig kunne undgå en massiv stigning i parallelimporten ved at nedsætte sine priser til et niveau, som dog lå betragteligt over prisen i Spanien og i Frankrig, således at sagsøgeren stadig ville have en tilstrækkelig indtjening. Det eneste eventuelle tab ville således bestå i et mindre overskud. Kommissionen har herved anført, at sagsøgeren i Det Forenede Kongerige råder over store markedsandele på over henholdsvis 16% og 19%, for så vidt angår de to vigtigste produkter i Adalat-serien. Det er således usandsynligt, at Bayer UK på kort sigt kunne blive udkonkurreret i Det Forenede Kongerige, eftersom selskabet forhandler andre produkter i dette land.

Interesseafvejningen

31 Sagsøgeren har gjort gældende at have en altovervejende interesse i udsættelse af gennemførelsen af bestemmelsen i beslutningens artikel 2 med henblik på at undgå et uopretteligt og uforholdsmæssigt tab og at opretholde den finansielle tilstand.

Den begærede udsættelse af gennemførelsen vil ikke have nogen indflydelse på den aktuelle parallelimport, da grossister i Spanien og Frankrig stadig frit helt eller delvis kan eksportere Adalat-produkter indkøbt hos Bayer Spanien og Bayer Frankrig.

32 Derimod foreligger der ikke nogen dominerende fællesskabsinteresse i en øjeblikkelig gennemførelse af beslutningens artikel 2. I væsentlig grad er det grossister, som opnår uforholdsmæssige, uventede og exceptionelt høje fortjenester (»windfall-profits«), som udnytter paralleleksport til Det Forenede Kongerige. Mens grossisternes fortjenstmargen for salg til traditionelle kunder i Spanien og Frankrig er på ca. 12%, er denne margen fordoblet, for så vidt angår paralleleksport af Adalat til Det Forenede Kongerige.

33 Den »indirekte« fordel, som forbrugerne i Det Forenede Kongerige ville få, fordi NHS ville nyde godt af en del af rabatterne, er efter sagsøgerens opfattelse marginal. Forbrugerne skal betale samme pris, hvad enten produkterne stammer fra Bayer UK eller fra parallelimport, eftersom NHS, som praktisk taget har monopol på køb af lægemidler i Det Forenede Kongerige, principielt yder samme refusion for en bestemt vare, uanset dennes oprindelse.

34 Endelig må det tages i betragtning, at beslutningen er en »prøvesag«, hvis retlige grundlag efter sagsøgerens opfattelse er mere end tvivlsomt, og hvis resultat ikke bør accepteres, førend Retten har truffet afgørelse i hovedsagen.

35 Kommissionen har bestridt, at sagsøgerens interesse kan sidestilles med den almindelige interesse og andre berørtes interesser. Den begærede udsættelse af gennemførelsen ville ikke blot være til gene for paralleleksportørerne, som alene lovligt har udnyttet enhedsmarkedets muligheder, men ligeledes for NHS og — som følge heraf — for forbrugerne og skatteyderne i Det Forenede Kongerige, når henses til

den ordning, hvorved NHS på grundlag af en årlig beregning og gennem en refusionsprocedure — den såkaldte »claw back« — kræver indbetaling af en del af de rabatter, som grossisterne yder apotekerne.

Rettens bemærkninger

Fumus boni juris

36 Bestemmelsen i beslutningens artikel 2, hvis gennemførelse sagsøgeren har begæret udsat, tilsigter at bringe den overtrædelse til ophør, som er omhandlet i artikel 1, og som består i en aftale mellem på den ene side Bayer Spanien og Bayer Frankrig og på den anden side deres respektive grossister i Spanien og i Frankrig om et forbud mod eksport af Adalat til andre medlemsstater. Bestemmelsen pålægger sagsøgeren i en rundskrivelse til grossisterne i Spanien og i Frankrig og i de almindelige salgsbetingelser, der anvendes i Spanien og i Frankrig, at anføre, at »det er tilladt at eksportere inden for Fællesskabet, og at en sådan eksport ikke vil medføre nogen sanktioner«.

37 I modsætning til, hvad sagsøgeren har anført, er udtrykket »sanktioner« i artikel 2 blevet defineret af Kommissionen. Det må forstås under henvisning til de elementer, som udgør den overtrædelse, som er beskrevet i beslutningen. Det dækker således udelukkende leveringsnægtelse til grossister, som er blevet indkredset som eksportører, med henblik på at få dem til at afstå fra fortsat at tilsidesætte det påståede eksportforbud samt enhver anden foranstaltning med samme virkning.

38 Det fremgår således klart, at begrebet »sanktioner« ikke her indebærer enhver leveringsnægtelse begrundet i sagsøgerens ønske om at begrænse paralleleksporten. Det må fortolkes i forbindelse med begrebet »aftale« i beslutningen.

39 Efter denne indledende præcisering bemærkes, at parterne er fundamentalt uenige om, hvorledes den adfærd, som i beslutningen anses for at være en overtrædelse, og som består i, at sagsøgeren efter bestemte kriterier har begrænset sine leverancer med henblik på at formindske paralleleksport og i, at grossisterne har indrettet sig herpå, skal bedømmes. Uenigheden vedrører spørgsmålet om, hvorvidt disse former for adfærd er en del af en aftale i traktatens artikel 85, stk. 1's betydning og således falder inden for denne bestemmelses anvendelsesområde. Ifølge sagsøgeren er leveringsnægtelserne helt ensidige. Ifølge Kommissionen indgår de derimod som dele af en aftale, der har til formål at afskærme de nationale markeder.

40 I denne forbindelse bemærkes, at der kun foreligger en aftale i den i artikel 85, stk. 1, anførte betydning, hvis parternes vilje er samstemmende, men at det ikke kræves, at parterne formelt har givet udtryk for deres enighed. Denne kan ligeledes implicit fremgå af virksomhedernes klare og utvetydige adfærd som et led i deres faste forretningsforbindelser (jf. den nævnte dom i sagen Sandoz prodotti farmaceutici mod Kommissionen).

41 Når henses til parternes anbringender, må det indledningsvis fremhæves, at Kommissionen — ved under visse betingelser at anvende artikel 85, stk. 1, på leveringsnægtelser, som har til formål at begrænse paralleleksport — har truffet en beslutning, som rejser det særligt vanskelige spørgsmål, under hvilke omstændigheder en leveringsnægtelse, når den er et led i faste forretningsforbindelser, kan være en del af en aftale om eksportforbud. Et sådant spørgsmål, som vedrører fastlæggelsen af, hvilke elementer der indgår i en aftale i artikel 85's betydning, og som derfor vedrører afgrænsningen af denne bestemmelses anvendelsesområde og rækkevidde, vil nødvendiggøre en dybtgående undersøgelse under retsforhandlingerne i hovedsagen.

42 De af sagsøgeren fremførte anbringender forekommer på sagens nuværende stadium umiddelbart ikke at være uden grundlag.

43 Sagsøgeren har erkendt, at de omhandlede leveringsnægtelser havde til formål at dæmme op for paralleleksporten ved at begrænse de leverede mængder. Imidlertid skulle det anvendte informationssystem alene indkredse de grossister, som havde afgivet uforholdsmæssigt store ordrer sammenlignet med året før. En sådan adfærd — forudsat at den blev bevist — bør ikke nødvendigvis i sig selv fortolkes som et forsøg på at forbyde eksport til grossisterne. Sagsøgeren var principielt berettiget til frit at organisere sit distributionsnet og til fuldt ud at udnytte sin kontraktfrihed i sin forretningspolitik uden i medfør af artikel 85, stk. 1, at være bundet af en pligt til at levere til sine kunder.

44 Der må herefter tages stilling til sagsøgerens indvendinger over for Kommissionens anbringende, hvorefter sagsøgerens »distributionskontrolsystem« (dette udtryk anvendes i et dokument fra Bayer Spanien, som Kommissionen har fundet hos Bayer Frankrig, og som citeres i beslutningens punkt 109 og 158) havde haft til formål at opspore de eksporterende grossister netop med henblik på at »straffe« dem ved at begrænse leverancerne.

45 Selv om kontrolsystemet indgik som et led i de faste forretningsforbindelser mellem sagsøgeren og dennes kunder, som i de af Kommissionen påberåbte nævnte sager Sandoz og Johnson & Johnson, indebar det imidlertid ikke — i modsætning til, hvad der var tilfældet i de to nævnte sager — noget udtrykkeligt eksportforbud.

46 I Sandoz-sagen var fakturaerne blevet påført klausulen »må ikke eksporteres«, og disse var ikke blot bogføringsbilag, men indeholdt »detaljerede klausuler, som er strengt nødvendige for de professionelle handlende og de almindelige forretningsforbindelser mellem Sandoz PF og forhandlerne«. Domstolen kunne således træffe afgørelse om, at denne klausul om eksportforbud, som kunderne stiltiende havde accepteret, indgik som et led i de faste forretningsforbindelser mellem den omhandlede virksomhed og forhandlerne (den nævnte dom i sagen Sandoz prodotti farmaceutici mod Kommissionen, præmis 9-12). Det fremgår i øvrigt af den

nævnte beslutning 80/1283 i Johnson & Johnson-sagen, at eksportforbuddet, som først udtrykkeligt var angivet i prislisterne, dernæst var blevet opretholdt ved hjælp af trusler om at ophæve og forsinke leverancerne. Den pågældende virksomhed havde i praksis gennemført et kontrolsystem med sine kunder for at kunne indkredse eksportørerne navnlig ved hjælp af prøvekøb og nummerering af forsendelserne samt ved at fjerne dele af brugsvejledningen ved de leverede varer.

47 I denne sag fremgår det hverken så klart og åbenbart, at det af sagsøgeren gennemførte system havde til formål at kontrollere kundernes distribution af sagsøgerens produkter netop for at pålægge dem et eksportforbud, eller at grossisterne stiltiende havde samtykket i et sådant forbud som et led i deres faste forretningsforbindelser med Bayer Spanien og Bayer Frankrig.

48 Navnlig synes de indicier, som beslutningen bygger på, ikke ved første øjekast at være tilstrækkelige til, at man kan formode, at grossisterne har fortolket sagsøgerens omtvistede adfærd som en trussel om at begrænse leverancerne, såfremt de fortsatte med paralleleksport. At de havde haft kendskab til sagsøgerens underliggende motiver til at nægte at levere til dem betyder ikke nødvendigvis, at grossisterne på denne baggrund havde kunnet slutte sig til, at sagsøgeren ville forbyde dem at eksportere de leverede produkter ved at kontrollere eksporten og »straffe« en sådan ved fornyede beskæringer af leverancerne. I denne henseende bemærkes, at grossisterne i de i beslutningen nævnte dokumenter hverken henviser til et sådant forbud eller til det kontrolsystem, som skulle opspore paralleleksporten, og som sagsøgeren skulle have gennemført med henblik på at pålægge dem dette forbud. De henviser blot til, at sagsøgeren vil forhindre paralleleksport ved at begrænse leverancerne.

49 Dertil kommer, at grossisternes adfærd, da de blev mødt med de omhandlede begrænsninger af leverancerne, snarere umiddelbart syntes at lade formode, at de ikke stiltiende havde samtykket i det påståede eksportforbud. Det fremgår således af en summarisk gennemgang af sagen, at grossisterne ikke har ændret deres adfærd

for så vidt angår eksporten, men alene har tilpasset deres ordrer til sagsøgerens krav og til tilsyneladende at acceptere ikke at afgive ordrer på større mængder, end Bayer Spanien og Bayer Frankrig anså for at være normale til forsyningen af det nationale marked (beslutningens punkt 183). De har således på forskellig vis skaffet sig leverancer, bl.a. ved at fordele eksportordrerne på de forskellige afdelinger og ved at afgive ordrer til små grossister (punkt 182).

50 Det ser således ud til, at aftalen mellem sagsøgeren og grossisterne alene har vedrørt omfanget af de ordrer, som grossisterne afgav. En sådan aftale kan principielt ikke fortolkes som et implicit eksportforbud. Aftalen udstikker således ingen begrænsninger i bestemmelsesstedet for de leverede varer. Under visse betingelser i henhold til national lovgivning om mindstelagre af lægemidler kunne grossisterne prioritere eksport af Adalat til Det Forenede Kongerige i forhold til forsyningen af deres nationale marked (jf. beslutningens punkt 203, første led, og punkt 204).

51 Denne analyse synes bekræftet af den stadige stigning fra 1989 til 1993 i paralleleksporten fra Spanien og fra Frankrig, som i 1993 dækkede næsten 50% af behovet for Adalat på markedet i Det Forenede Kongerige (jf. de af sagsøgeren fremlagte statistiske oplysninger, bilag 3 til begæringen om foreløbige forholdsregler, gengivet af Kommissionen).

52 Det følger heraf, at sagsøgerens argumentation, hvorefter der ikke foreligger nogen aftale om eksportforbud mellem Bayer Spanien og Bayer Frankrig og deres respektive grossister i de to lande, ikke umiddelbart savner ethvert grundlag, idet der dog tages forbehold for den vurdering, som skal gennemføres som et led i hovedsagen. En gennemgang af de overordentligt vanskelige retlige og faktiske spørgsmål, som beslutningen rejser vedrørende begrebet »aftale« i den i artikel 85, stk. 1, anførte betydning, må under alle omstændigheder foretages af Retten, når den træffer afgørelse om sagens realitet.

Uopsættelighed

53 Vedrørende spørgsmålet om uopsættelighed har sagsøgeren gjort en række forhold gældende for at bevise, at det tab, sagsøgeren risikerer at lide, såfremt den omhandlede bestemmelse finder øjeblikkelig anvendelse, er alvorligt og vanskeligt at genoprette eller i hvert fald uforholdsmæssigt, når bl.a. henses til afvejningen af de forskellige interesser.

54 For at kunne vurdere, hvor alvorligt det af sagsøgeren påståede tab måtte være, må man bl.a. tage hensyn til, at beslutningens artikel 2 — når henses til dens begrundelse — kan fortolkes som et forbud mod at nægte at levere med henblik på at forhindre en stigning i paralleleksport af Adalat til Det Forenede Kongerige på grundlag af det kontrolsystem, som sagsøgeren har gjort gældende ikke skulle lægge pres på grossisterne med henblik på at få dem til at afstå fra at eksportere. Selv om en leveringsnægtelse efter fast retspraksis under visse klart fastlagte særlige omstændigheder kan indgå som et led i en aftale i den i artikel 85, stk. 1, anførte betydning (jf. bl.a. Domstolens dom af 17.9.1985, forenede sager 25/84 og 26/84, Ford mod Kommissionen, Sml. s. 2725, præmis 20, 21 og 22), er kontraktfriheden på dette område ikke desto mindre hovedreglen, hvilket Retten har fastslået i dom af 18. september 1992, sag T-24/90, Automec mod Kommissionen (Sml. II, s. 2223, præmis 51 og 52). Såfremt Retten i dette tilfælde skulle tage sagsøgerens påstand til følge, ville en øjeblikkelig gennemførelse af den omhandlede bestemmelse medføre risiko for, at sagsøgeren ikke fik mulighed for selvstændigt at fastlægge en række vigtige led i sin forretningspolitik. Under alle omstændigheder ville det skabe usikkerhed med hensyn til sagsøgerens frihed til at fastlægge denne politik, når navnlig henses til, at det er vanskeligt på grundlag af de i beslutningen opregnede kriterier at fastlægge, hvorvidt en leveringsnægtelse indgår som en del af en aftale om et eksportforbud, eller hvorvidt den er udtryk for en ensidig foranstaltning.

55 En sådan situation vil ganske særligt kunne forårsage et alvorligt tab for sagsøgeren netop i lægemiddelbranchen, som karakteriseres ved, at de nationale sundhedsvæsener har fastlagt ordninger til fastsættelse eller kontrol af priserne og

refusionsordninger, som medfører store udsving i prisen på samme lægemiddel i de forskellige medlemsstater. Sagsøgeren er således ikke herre over sine priser i eksportlandene, Spanien og Frankrig, hvor priserne på Adalat fastsættes af de ansvarlige myndigheder på et niveau, der gennemsnitligt i øjeblikket ligger ca. 40% under prisen i Det Forenede Kongerige, således som der er enighed om det mellem parterne.

56 Under disse omstændigheder kan det ikke udelukkes, at der er risiko for en mærkbar stigning af paralleleksporten af Adalat til Det Forenede Kongerige, hvis den omhandlede bestemmelse gennemføres øjeblikkeligt. Kommissionens argumenter til støtte for, at grossister i Spanien og Frankrig ikke længere skulle have interesse i at forøge omfanget af deres eksport til disse lande, er i denne forbindelse ikke overbevisende. Dels er det ubestridt (jf. præmis 51), at næsten 50% af behovet på markedet i Det Forenede Kongerige i 1993 blev dækket af paralleleksport af Adalat, hvilket vidner om, at sagsøgerens kunder i Spanien og i Frankrig har en klar interesse i sådanne fremgangsmåder. Dels medfører prisforskellene på de nationale markeder, at denne interesse fortsat består. Kommissionens anbringender, hvorefter det mere begrænsede spanske marked skulle umuliggøre en mærkbar stigning i paralleleksport fra dette land, er i virkeligheden uden relevans for spørgsmålet om, hvorvidt det er muligt at foretage yderligere eksport til Det Forenede Kongerige. En sådan mulighed kan nemlig føre til, at en grossist — uafhængigt af behovene på det nationale marked — i mærkbar grad forøger sin virksomhed. Kommissionens anbringender forekommer under alle omstændigheder at være i modstrid med en række af beslutningens begrundelser, som f.eks. nævner, at de grossister i Spanien, der ønsker at eksportere til Det Forenede Kongerige, endnu den dag i dag støder på hindringer (jf. bl.a. punkt 215). Endelig skulle devalueringen af det britiske pund fra 1992 have frataget eksport fra Frankrig enhver handelsmæssig interesse, men en sådan devaluering udelukker på ingen måde en udvikling i valutakurserne i tidens løb, hvilket i øvrigt også fremgår af beslutningen (punkt 195). Under alle omstændigheder har Kommissionen fastslået, at intet efter 1992 tyder på »nogen ændring i grossisternes adfærd« (punkt 217).

57 At sagsøgeren ifølge Kommissionen havde haft mulighed for selv at reagere over for parallelimport til Det Forenede Kongerige ved at nedsætte Bayer UK's priser,

så de blev konkurrencedygtige, må i denne sammenhæng tillægges mindre vægt, fordi selskabet ikke selv fastsætter priserne i eksportlandene, hvor de fastlægges af de offentlige myndigheder.

58 Samtlige interesser i sagen må derfor afvejes med henblik på at vurdere, om uopsættelighedsbetingelsen er opfyldt.

59 Sagsøgeren har i dette tilfælde en berettiget interesse i den begærede udsættelse af gennemførelsen med henblik på at kunne bevare sin kontraktfrihed (jf. præmis 43 og 54) og opretholde status quo. I sidstnævnte forbindelse bemærkes, at det forhold, at sagsøgeren kunne være nødsaget til at nedsætte prisen på Adalat i Det Forenede Kongerige for at undgå en mærkbar stigning i parallelimporten, ikke blot kan medføre betydelige og uoprettelige indtægtstab for sagsøgerens datterselskab i Det Forenede Kongerige, men ligeledes vil kunne fratage dette datterselskabs lægemiddelafdeling sit økonomiske grundlag og føre til afskedigelse af adskillige medarbejdere. Det er således ubestridt, at Adalat dækker 56% af Bayer UK's samlede omsætning.

60 Sagsøgerens risiko skal afvejes både over for den interesse, som grossister i Spanien og i Frankrig har i at kunne øge deres eksport til Det Forenede Kongerige inden for rammerne af det fælles marked og i forhold til den interesse, NHS, forbrugerne og skatteyderne i Det Forenede Kongerige har i, at prisen på Adalat nedsættes på det nationale marked. Når man sammenholder de forskellige involverede interesser, fremgår det, at det tab, som sagsøgeren muligvis vil lide, såfremt den omhandlede bestemmelse træder i kraft omgående, ikke står i rimeligt forhold til den interesse, grossister i Spanien og i Frankrig har i at kunne forøge deres eksport. De sidstnævnte opererer allerede på nationale markeder, som sagsøgerens omtvistede forretningspolitik langt fra har afskærmet, hvilket også fremgår af det niveau, som parallelimporten af Adalat til Det Forenede Kongerige antager. Det er i denne forbindelse allerede blevet fastslået (jf. præmis 51 og 56), at denne parallelimport i 1993 dækkede næsten 50% af behovet på markedet i Det Forenede Kongerige. Det fremgår i øvrigt af sagen, at strømmen af denne import er vokset endog i den periode — fra 1989 til 1993 — hvor overtrædelsen skulle være blevet begået. Heraf

følger, at en midlertidig opretholdelse af status quo, indtil Retten har truffet afgørelse i hovedsagen, ikke udgør en utålelig hindring for integreringen af markedet og den frie konkurrence. Det bemærkes for så vidt angår hensynet til NHS og — i sidste række — forbrugerne og skatteyderne i Det Forenede Kongerige, at Bayer UK's aktuelle priser, som ligger over de priser, som er fastsat af de spanske og franske myndigheder, under alle omstændigheder i Det Forenede Kongerige er underlagt indirekte kontrol fra de ansvarlige myndigheders side, således som det også fremgår af beslutningen (punkt 151).

61 Det fremgår af det ovenfor anførte, at interesseafvejningen klart falder ud til sagsøgerens fordel, således at den begærede foranstaltnings uopsættelighed er tilstrækkelig godtgjort på grund af risikoen for, at sagsøgeren vil lide et tab, som i hvert fald er uforholdsmæssigt, såfremt Retten ikke tager begæringen om udsættelse af gennemførelsen til følge.

62 Da betingelserne for at træffe afgørelse om udsættelse af gennemførelsen således er opfyldt, tages sagsøgerens begæring til følge.

Af disse grunde

bestemmer

RETTENS PRÆSIDENT

1) Gennemførelsen af beslutningens artikel 2 udsættes.

2) Afgørelsen om sagens omkostninger udsættes.

Således bestemt i Luxembourg den 3. juni 1996.

H. Jung

Justitssekretær

A. Saggio

Præsident