# BESLUT MEDDELAT AV FÖRSTAINSTANSRÄTTENS ORDFÖRANDE
den 3 juni 1996 *

I mål T-41/96 R,

**Bayer AG**, bolag bildat enligt tysk rätt, Leverkusen (Tyskland), företrätt av advokaten Jochim Sedemund, Köln, med delgivningsadress i Luxemburg hos advokatbyrån Aloyse May, 31, Grand-rue,

sökande,

mot

**Europeiska gemenskapernas kommission**, företrädd av Wouter Wils och Klaus Wiedner, båda vid rättstjänsten, i egenskap av ombud, med delgivningsadress i Luxemburg hos Carlos Gómez de la Cruz, rättstjänsten, Centre Wagner, Kirchberg,

svarande,

angående en ansökan om uppskov med verkställigheten av artikel 2 i kommissionens beslut av den 10 januari 1996 i ett förfarande enligt artikel 85 i Romfördraget — ärende (IV/34.279/F3 — ADALAT),

meddelar

* Rättegångsspråk: tyska.

FÖRSTAINSTANSRÄTTENS ORDFÖRANDE

följande

## Beslut

### Bakgrund och förfarande

1 Bayer-koncernen är en internationell kemisk koncern som är nummer åtta på världsmarknaden inom läkemedelssektorn. Bolagets försäljning uppgick under åren 1991—1992 till cirka 3 264 miljoner ecu, enligt uppgifter i kommissionens beslut av den 10 januari 1996 i ett förfarande enligt artikel 85 i Romfördraget — Ärende (IV/34.279/F3 — ADALAT) (nedan kallat beslutet). Moderbolaget inom koncernen, bolaget Bayer AG (nedan kallat Bayer), producerar och saluför sedan flera år under märket Adalat (i Frankrike Adalate) en serie läkemedel (nedan kallad Adalat) vars aktiva beståndsdel är nifedipin. Läkemedlen är avsedda för behandling av hjärt-och kärlsjukdomar. Adalat är enligt interna dokument från Bayer som citeras i beslutet "för närvarande ... en av de ledande produkterna för behandling av hypertoni och koronarinsufficiens". Det handlar om "en marknadsledare med stark identitet". Adalat låg på nionde plats bland de 40 mest sålda läkemedelsprodukterna i världen under år 1992, med en försäljning på cirka 783 miljoner ecu.

2 Det framgår av beslutet att Adalat är en betydelsefull produkt i Bayers dotterbolags försäljningsstrategier i de olika medlemsstaterna. Detta läkemedel motsvarade år 1992 för cirka 15 procent av den totala omsättningen för Bayer Spanien och

36 procent av den totala omsättningen för Bayer Frankrike. I Förenade kungariket motsvarade det 56 procent av den totala omsättningen för Bayer UK.

3 Enligt Bayers uppgifter uppgår Adalats marknadsandelar inom gemenskapen till cirka 8 procent. Enligt samma källa, som återges i beslutet, har Bayer cirka 7 respektive 9 procent av marknaden för koronarinsufficiens och hypertoni i Spanien, 5 respektive 4 procent av samma marknader i Frankrike och 20 respektive 17 procent i Förenade kungariket.

4 I flertalet medlemsstater fastställs priset på Adalat direkt eller indirekt av de nationella hälso-och sjukvårdsmyndigheterna. Mellan åren 1989 och 1993 var de priser som spanska och franska hälso-och sjukvårdsmyndigheter hade fastställt i genomsnitt ungefär 40 procent lägre än de som gällde i Förenade kungariket. För Adalat Retard 20 mg uppgick prisskillnaden till 35—47 procent i Spanien och till cirka 24 procent i Frankrike. På samma sätt var priset på Adalat-kapslar i Spanien 48—55 procent lägre och i Frankrike 39—45 procent lägre än det som gällde i Förenade kungariket.

5 På grund av dessa prisskillnader började grossister i Spanien år 1989 att exportera Adalat till Förenade kungariket. Från och med år 1991 började även grossister i Frankrike med detta. Enligt Bayer nästan halverades försäljningen av Adalat genom Bayer UK från år 1989 till år 1993 på grund av parallellimport. Det brittiska dotterbolaget till Bayer förlorade således 230 miljoner DM av sin omsättning, vilket för Bayer motsvarade förlorade intäkter på 100 miljoner DM.

6 Ställda inför denna situation beslutade Bayer Spanien och Bayer Frankrike att inte längre helt efterkomma beställningar från grossister i Spanien och i Frankrike.

7 Det var i detta sammanhang som kommissionen den 10 januari 1996 antog ovannämnda beslut avseende Bayer. I artikel 1 i beslutet fastställs att Bayer Spanien och Bayer Frankrike har brutit mot artikel 85 i fördraget, vilket kan tillskrivas moderbolaget, genom att med sina grossister i Spanien och Frankrike sluta ett avtal angående förbud mot export av Adalat till andra medlemsstater inom ramen för löpande affärsförbindelser. De geografiska marknader som kommissionen har definierat som relevanta är de nationella marknaderna, i den mån som läkemedelsförsäljningen påverkas av vilken administrativ politik eller inköpspolitik som de nationella hälso-och sjukvårdsmyndigheterna i medlemsstaterna för. Enligt beslutet kan det av en analys av Bayer Spaniens och Bayer Frankrikes agerande gentemot sina respektive grossister i detta fall fastställas att det föreligger ett exportförbud som har genomförts av dessa dotterbolag till Bayer inom ramen för affärsförbindelserna med deras kunder. Kommissionen har av vad den har ansett som ett system för att upptäcka vilka grossister som exporterar samt en successiv minskning av de kvantiteter som de båda dotterbolagen levererar till grossister som exporterar samtliga eller en del av produkterna, slutit sig till att det föreligger ett sådant exportförbud (punkt 156).

8 Enligt artikel 2 i beslutet "skall [Bayer] upphöra med den överträdelse som konstateras i artikel 1 och skall därvid särskilt

— inom två månader från delgivningen av detta beslut skicka ett cirkulärbrev till sina grossister i Frankrike och Spanien som klargör att export till andra medlemsstater i gemenskapen är tillåten och inte får leda till några sanktioner,

— ta in detta klarläggande inom två månader från delgivningen av detta beslut i de allmänna försäljningsvillkoren för Frankrike och Spanien".

9 Enligt artikel 3 i beslutet skall Bayer betala böter på 3 miljoner ecu. I artikel 4 fastställs ett vite om 1 000 ecu för varje dags dröjsmål med att verkställa de specifika skyldigheter som anges i artikel 2.

10 Genom en ansökan som registrerades vid förstainstansrättens kansli den 22 mars 1996 har Bayer begärt att beslutet skall ogiltigförklaras.

11 Genom en särskild handling som registrerades vid förstainstansrättens kansli samma dag har sökanden även med stöd av artikel 185 i fördraget ansökt om uppskov med verkställigheten av artikel 2 i det ovannämnda beslutet. Kommissionen har yttrat sig skriftligen genom en handling som inkom till förstainstansrättens kansli den 4 april 1996. Genom en inlaga som inkom den 17 april 1996 har sökanden framfört synpunkter på kommissionens ovannämnda yttrande. Svarandeinstitutionen har tagit ställning till dessa synpunkter i en inlaga som inkom den 25 april 1996. Parterna har yttrat sig muntligen vid sammanträdet den 2 maj 1996.

## Rättsfrågan

12 Enligt bestämmelserna i artiklarna 185 och 186 i fördraget och artikel 4 i rådets beslut 88/591/EKSG, EEG, Euratom av den 24 oktober 1988 om upprättandet av Europeiska gemenskapernas förstainstansrätt (EGT nr L 319, s. 1), i dess lydelse enligt rådets beslut 93/350/Euratom, EKSG, EEG av den 8 juni 1993 (EGT nr L 144, s. 21), rådets beslut 94/149/EKSG, EG av den 7 mars 1994 (EGT nr L 66, s. 29), och rådets beslut 95/1/EG, Euratom, EKSG av den 1 januari 1995 (EGT nr L 1, s. 1), får förstainstansrätten, om den anser att omständigheterna kräver det, förordna om uppskov med verkställigheten av den ifrågasatta rättsakten eller föreskriva nödvändiga interimistiska åtgärder.

13 Enligt artikel 104.1 i förstainstansrättens rättegångsregler kan en ansökan om ett sådant uppskov endast prövas om sökanden har väckt talan om prövning av den ifrågavarande rättsakten vid förstainstansrätten. I artikel 104.2 föreskrivs att det i en ansökan om sådana interimistiska åtgärder som avses i artiklarna 185 och 186 i fördraget skall anges de omständigheter som ställer krav på skyndsamhet och de faktiska och rättsliga grunder på vilka den begärda åtgärden omedelbart framstår som befogad. De begärda åtgärderna skall vara interimistiska i den meningen att de

inte skall föregripa avgörandet i sak (se beslut meddelat av förstainstansrättens ordförande den 22 april 1996, De Persio mot kommissionen, T-23/96 R, REG s. II-527, punkt 19).

*Parternas argument*

Kravet på att talan omedelbart skall framstå som faktiskt och rättsligt befogad (fumus boni juris)

14 Sökanden har inledningsvis förtydligat att den inte har några invändningar mot fastställelsen av att "export till andra medlemsstater i gemenskapen är tillåten" för de grossister som sökanden levererar till. Sökanden har nämligen aldrig begränsat grossisternas export och har inte för avsikt att göra det. Sökanden har dock bestridit formuleringen enligt vilken denna export "inte får leda till några sanktioner", vilket innebär att den "inte längre har rätt att ensidigt vägra, allmänt eller delvis, att leverera till grossister som exporterar [sina] produkter till andra nationella marknader". Den är således underkastad en "leveransskyldighet".

15 Sökanden har vidhållit att Bayer Spanien och Bayer Frankrike inte har ingått något avtal med sina grossister i Spanien och Frankrike som innehåller ett förbud mot att exportera Adalat-produkterna till andra medlemsstater, i synnerhet Förenade kungariket. Vid sammanträdet bekräftade sökanden att de minskade leveranserna till grossister i Spanien och Frankrike hade till syfte att dämpa parallellexporten till Förenade kungariket. Dess dotterbolag har emellertid aldrig ålagt sina kunder ett exportförbud. Eftersom det inte förelåg någon leveransskyldighet, har de ensidigt vägrat att efterkomma vissa beställningar. I syfte att undvika ett avtal med grossisterna om exportförbud, har de till och med instruerat personalen som ansvarar för distributionen att inte tillkännage de verkliga skälen för den ensidiga minskningen av levererade kvantiteter och att systematiskt åberopa "varubrist på lagret" på grund av interna leverans-eller produktionsproblem.

16 Bayer har närmare bestämt bestridit kommissionens påståenden om att grossisterna som exporterade hade identifierats med hjälp av ett system för att kontrollera försäljningen och att dessa sedan drabbades av en automatisk minskning av sina leveranser. Det finns inga bevis för dessa påståenden. I detta fall kan sökanden, sedan den har levererat produkter till en grossist, inte kontrollera om denne exporterar dem. Under dessa omständigheter vet grossisterna att de inte behöver frukta minskade leveranser då de exporterar. De har således inte, i motsats till vad kommissionen har vidhållit, något "intresse av att följa exportförbudet". Kommissionen har för övrigt själv konstaterat att det distributionskontrollsystem som sökanden har valt endast består i att först registrera vilka kvantiteter varje grossist har fått under föregående perioder ("referenskvantiteter") och att i förväg ensidigt bestämma vilka månatliga och årliga kvantiteter som den vill leverera till grossisten (i allmänhet referenskvaliteten ökad med cirka 10 procent per år), därefter i att med hjälp av distributionskontrollsystemet kontrollera när en grossists löpande beställningar överstiger referenskvantiteterna. I ett sådant fall accepterar sökanden inte längre eller endast delvis leveransordern. Kommissionens påpekande att sökanden i sällsynta fall inte ökar referenskvantiteten med de 10 procenten eller ändrar denna senare, ändrar inte det förhållandet att sökanden i förväg och ensidigt fastställer vilka kvantiteter som skall levereras.

17 I detta sammanhang har sökanden förkastat kommissionens uppfattning att grossisterna hade accepterat det påstådda exportförbudet genom att enbart "skenbart" minska sina beställningsvolymer, vilket på grund av affärsförbindelserna mellan sökanden och dennes grossister skulle utgöra ett avtal i den mening som avses i artikel 85.1 i fördraget (punkt 181 i beslutet). Denna tolkning är oförenlig med såväl ordalydelsen av artikel 85 som ändamålen med och systematiken i gemenskapens konkurrensrätt. Enligt denna är ett ensidigt agerande inte förbjudet enbart av det skälet att det syftar till att förhindra parallellexport. Beslutet innebär således att tillämpningsområdet för artikel 85 utvidgas till att omfatta en ensidig leveransvägran, vilken i princip endast kan omfattas av artikel 86 i fördraget.

18 Framför allt innebär kommissionens analys att man bortser från det centrala i avtalsbegreppet enligt artikel 85, nämligen parternas samstämmiga vilja. Enligt den uppfattning som kommissionen försvarar skulle en leverantör, som liksom sökan-

den vill vidta helt ensidiga åtgärder, inte ens mot sin vilja kunna förhindra ett "avtal", eftersom det skulle vara tillräckligt att kunden ensidigt ändrar sitt agerande i fråga om beställningar. Med andra ord skulle det föreligga ett avtal i den mening som avses i artikel 85 till och med när kunden enbart skenbart ändrar detta agerande och kundens faktiska handlande tvärtom klart visar att han inte alls avsåg att ingå det påstådda avtalet. Beslutet går således avsevärt utöver domstolens rättspraxis och kommissionens nuvarande praxis. Kommissionen har för övrigt betraktat detta beslut som ett "provbeslut".

19 Slutligen är begreppet "sanktioner" som används i artikel 2 i beslutet vagt. Det skulle kunna omfatta den lösning, som sökanden redan har planerat, som består i att ändra försäljningssystemet för att dämpa parallellexporten. Vid en sådan lösning skulle Bayer upphöra med leveranser till grossister och överföra den uppgiften till sina egna dotterbolag, vilket inte skulle omfattas av artikel 85. Sökanden har härav dragit slutsatsen att artikel 2 inte kan tillämpas omedelbart, i den mån som dess tillämpningsområde inte har definierats av kommissionen.

20 Kommissionen har för sin del inledningsvis förtydligat att termen "sanktioner" avser de minskade leveranser som har beskrivits i beslutet samt alla åtgärder som får samma verkan, nämligen att genomdriva att ett exportförbud följs.

21 Kommissionen har för övrigt vidhållit att det agerande som påtalas i beslutet inte var rent ensidigt, utan följde av en vilja att medverka från å ena sidan Bayer Spanien och Bayer Frankrike, och å andra sidan deras respektive grossister i Spanien och Frankrike. Enligt kommissionen förutsätter ett avtal i den mening som avses i artikel 85.1 att två parter har ett intresse av att ingå detta avtal, utan att detta intresse behöver vara gemensamt. I detta fall har sökanden haft ett intresse av att förhindra, eller åtminstone minska, parallellexporten. Grossisterna har haft ett intresse av att undvika en minskning av leveranserna av Adalat.

22 Förekomsten av ett avtal med ett exportförbud bekräftas av att Bayer minskade leveranserna till grossister som bröt mot avtalet, i syfte att avhålla dem från fortsatt export. Bayer identifierade nämligen med hjälp av ett distributionskontrollsystem vilka grossister i Spanien och i Frankrike som exporterade till andra medlemsstater och minskade avsevärt leveranserna till dessa. Dessa minskningar tillämpades automatiskt så snart en grossist hade överträtt exportförbudet. I motsats till vad sökanden har påstått grundades de inte på en referenskvantitet som grossisten fastställde vid verksamhetsårets början, med utgångspunkt av den kvantitet som hade tilldelats under föregående år, ökad med 10 procent. För vissa grossister, som CERP Lorraine och Hefame, minskades leveranserna på grundval av föregående år utan något tillägg på 10 procent. För andra, som Hufasa och Cofares, minskades leveranserna innan behoven på den nationella marknaden var täckta.

23 Grossisterna hade fullständig kännedom om skälen för de nekade leveranserna och accepterade underförstått exportförbudet. Att de följde förbudet framgår framför allt av de minskade kvantiteter som de beställde av Bayer Spanien och Bayer Frankrike, i syfte att rätta sig efter de kvantiteter som dotterbolagen, efter förhandlingar med sina kunder, ansåg som normala för att försörja den nationella marknaden. Förekomsten av ett avtal bekräftas enligt kommissionen av att vissa grossister har försökt erhålla större leveranser på omvägar, just därför att de har förbundit sig gentemot Bayer att inte exportera och att följaktligen beställa mindre och kvantiteter som inte kunde exporteras.

24 Precis som i målet Sandoz (domstolens dom av den 11 januari 1990, Sandoz prodotti farmaceutici mot kommissionen, C-277/87, Rec. s. I-45 — publicerad som sammanfattning), där distributörerna underförstått hade accepterat ett exportförbud för att få bli handelspartners, utgjorde exportförbudet en väsentlig omständighet för de löpande affärsförbindelserna mellan Bayer och dess grossister i Spanien och Frankrike. Dessutom liknar omständigheterna i detta fall de som låg till grund för kommissionens beslut 80/1283/EEG av den 25 november 1980 i ett förfarande enligt artikel 85 i EEG-fördraget — Ärende (IV/29.702: Johnson & Johnson, EGT

nr L 377, s. 16), där distributörerna från och med den 1 januari 1977 hade accepterat tillverkarens icke skriftliga exportförbud. Tillverkaren tillämpade ett kontrollsystem och hotade att tillfälligt uppskjuta eller försena leveranser till parallellexportörer.

Skyndsamheten

25 Sökanden har uppmärksammat att en omedelbar verkställighet av artikel 2 i beslutet skulle innebära en skyldighet för denna att efterkomma alla beställningar från en grossist som exporterar och medföra en avsevärd ökning av parallellhandeln. Den andel av den totala konsumtionen av Adalat i Förenade kungariket som motsvaras av parallellimport, vilken år 1993 redan uppgick till nästan 50 procent, skulle överstiga 75 procent på grund av det stora intresse som grossister i Spanien och i Frankrike har av att erhålla ytterligare leveranser avsedda för export. Kommissionen har rapporterat att detta intresse är sådant att efterfrågan på Adalat på kort tid har ökat med 300 procent i förhållande till de kvantiteter som tidigare har tillhandahållits och att en enda grossist själv har beställt cirka 50 procent av den totala konsumtionen i Spanien. Dessutom skulle leveransskyldigheten enligt den ifrågavarande bestämmelsen sannolikt inte enbart tillämpas på de omtvistade produkterna utan även på sökandens övriga produkter samt på produkter från andra läkemedelstillverkare. Leveransskyldigheten skulle oundvikligen medföra en mycket stark ökning av parallellhandeln av sökandens huvudprodukter. Samtliga nationella marknader skulle således förses med produkter från medlemsstater där behöriga nationella hälso-och sjukvårdsmyndigheter har fastställt priserna på lägsta möjliga nivå, med en prisskillnad på upp till 100 procent. Om en övervägande andel av leveranserna till olika nationella marknader till största delen kom från "lågprisländer", skulle det ohjälpligt påverka sökandens distributionssystem, där det för närvarande ingår dotterbolag i praktiskt taget samtliga medlemsstater. Slutligen skulle sökanden enbart för dessa huvudprodukter kunna gå miste om en årsomsättning på cirka 240 miljoner DM.

26 Om 75 procent av den brittiska marknaden försågs med Adalat-produkter genom grossister i Spanien, skulle det, med antagande av en prisskillnad på 30 procent, medföra en förlorad årsomsättning för Bayer UK på cirka 100 miljoner DM och en

resultatförlust på 30 miljoner DM för sökanden. Detta skulle innebära att Bayers distributionsuppbyggnad i Förenade kungariket förlorade hela sin ekonomiska bas. Sökanden skulle tvingas att avskeda ett stort antal anställda vid Bayer UK, som sysselsätter mer än 540 personer i sin läkemedelsgren. Sökanden skulle förlora kvalificerad personal och den direkta tillgång till kunder som är resultatet av ett arbete som sträcker sig över flera decennier. En sådan förlust skulle vara irreparabel på kort sikt. Av samtliga dessa skäl skulle en omedelbar verkställighet av bestämmelsen i fråga i artikel 2 i beslutet orsaka sökanden en oproportionerlig och irreparabel skada.

27 Sökanden har bestridit kommissionens argument att det skulle vara tillräckligt för denna att sänka sina priser i Förenade kungariket för att konkurrera med Adalatprodukterna som importeras från Spanien och Frankrike. De priser som gäller i Förenade kungariket är underställda en vinstkontroll av National Health Service (Förenade kungarikets nationella hälsovård, nedan kallad NHS). Sökanden har gjort gällande att en prissänkning i det landet skulle få samma förödande konsekvenser som en massiv ökning av parallellimporten. Det skulle leda till omsättnings-och resultatförluster som skulle äventyra Bayer UK: s läkemedelsgren. För övrigt har kommissionen enligt artikel 85 inte rätt att tvinga sökanden att sänka sina priser. I vart fall är den avgörande frågan om en omedelbar verkställighet skulle föranleda en irreparabel förändring av det befintliga läget till skada för sökanden. Frågan om sökanden, såsom kommissionen har hävdat, fortfarande skulle gå med tillräcklig vinst vid omedelbar verkställighet av denna bestämmelse, saknar relevans.

28 Enligt kommissionen stödjer sökanden sina påståenden angående skyndsamhet på en missuppfattning av artikel 2 i beslutet. Artikeln avser enbart avtalen mellan sökanden och dennes grossister i Spanien och i Frankrike om att inte exportera. Bayer är således inte skyldigt att förse alla grossister med obegränsade leveranser. Det kan begränsa eller upphöra med leveranserna i den mån som bolaget därvid inte agerar för att bestraffa export med sanktioner.

29 Sökanden, som har bevisbördan, har inte anfört några omständigheter som för det första gör det möjligt att fastställa att omedelbar verkställighet av ifrågavarande bestämmelse i artikel 2 i beslutet skulle medföra en avsevärd ökning av parallellimporten till Förenade kungariket. Enligt den statistik som Bayer har företett (bilaga 3 till ansökan om interimistiska åtgärder) har denna import redan mer än fördubblats mellan åren 1984 och 1993, vilket innebär att den redan år 1993 motsvarade nästan hälften av de Adalat-produkter som såldes i Förenade kungariket. Sedan år 1992 är dessutom parallellexport av Adalat till Förenade kungariket inte längre lönsam för grossisterna i Frankrike, på grund av devalveringen av det brittiska pundet. Vad beträffar export från Spanien utgör denna endast, även om den motsvarade en tiondel av de produkter som sökanden sålde i Spanien, en liten andel av den samlade parallellexporten till Förenade kungariket på grund av den spanska marknadens begränsade storlek. Kommissionen har härav dragit den slutsatsen att parallellexporten från Spanien aldrig har varit betydande och att parallellexporten från Frankrike inte längre är det i dagsläget.

30 För det andra har sökanden inte visat att det begärda uppskovet med verkställigheten är nödvändigt för att undvika den av sökanden påstådda risken för skada. Bayer UK kan nämligen undvika en massiv ökning av parallellimporten genom att sänka sina priser till en till och med klart högre nivå än de priser som gäller i Spanien och Frankrike, med beaktande av de transportkostnader och förpackningskostnader som parallellimportörerna har, vilket innebär att Bayer UK ändå skulle gå med tillräcklig vinst. Den enda möjliga skadan består således i en lägre vinst. Härvid har kommissionen betonat att sökanden har höga marknadsandelar i Förenade kungariket, vilka överstiger 16 respektive 19 procent av marknaden vad gäller två av huvudprodukterna i Adalat-serien. Det är således osannolikt att Bayer UK kortsiktigt kan utkonkurreras från Förenade kungariket. Detta gäller i än högre grad då Bayer UK säljer andra produkter i det landet.

Intresseavvägningen

31 Sökanden anser sig ha ett avgörande intresse av att det beviljas uppskov med verkställigheten av ifrågavarande bestämmelse i artikel 2 i beslutet för att undvika en irreparabel och oproportionerlig skada och för att vidmakthålla det befintliga

ekonomiska läget. Det begärda uppskovet med verkställigheten påverkar inte den befintliga situationen vad gäller parallellimporten, eftersom grossister i Spanien och Frankrike fortfarande fritt kan exportera samtliga eller en del av de Adalat-produkter som de har köpt av Bayer Spanien och Bayer Frankrike.

32 Omvänt finns det inte något övervägande gemenskapsrättsligt intresse av omedelbar verkställighet av artikel 2 i beslutet. Parallellexporten till Förenade kungariket gynnar främst grossister, vilka gör vinster som är oproportionerliga, oväntade och exceptionellt höga ("wind-fall-profits"). Medan bruttomarginalen för grossister uppgår till cirka 12 procent vid försäljning avsedd för traditionella kunder i Spanien och Frankrike, är denna marginal dubbelt så hög vid parallellexport av Adalat till Förenade kungariket.

33 Den "indirekta" förmånen för konsumenterna i Förenade kungariket, genom att en del av rabatten gynnar NHS, är marginell. Konsumenterna måste betala samma pris vare sig produkterna kommer från Bayer UK eller från parallellimport, eftersom NHS, som praktiskt taget har monopol på inköp av läkemedelsprodukter i Förenade kungariket, i princip ger samma ersättning för en given produkt oavsett ursprung.

34 Slutligen skall det beaktas att beslutet utgör ett "provbeslut", vars rättsliga grund är mer än tveksam och vars resultat inte bör godtas innan förstainstansrätten har avgjort talan i sak.

35 Kommissionen har invänt att sökandens intresse måste vägas mot allmänintresset och andra berörda personers intressen. Det begärda uppskovet med verkställigheten skulle inte endast skada parallellexportörernas intressen, vilka endast rättmätigt utnyttjar möjligheterna på den inre marknaden, utan även NHS intressen och följaktligen konsumenternas och skattebetalarnas intresse i Förenade kungariket,

på grund av NHS system för återvinning av en del av den rabatt som grossisterna ger apoteken, baserat på en årlig beräkning och enligt ett sätt för återbetalning som kallas "claw-back".

## Förstainstansrättens bedömning

### Kravet på att talan omedelbart skall framstå som faktiskt och rättsligt befogad

36 Med bestämmelsen i artikel 2 i beslutet, som sökanden har ansökt om uppskov med verkställigheten av, åsyftas att sätta stopp för den i artikel 1 konstaterade överträdelsen, som utgörs av ett avtal mellan Bayer Spanien och Bayer Frankrike och deras respektive grossister i Spanien och Frankrike, vilket innehåller ett förbud mot att exportera Adalat till andra medlemsstater. Enligt denna bestämmelse skall sökanden i ett cirkulärbrev till grossisterna i Spanien och i Frankrike och i de allmänna försäljningsvillkoren för Spanien och Frankrike ange att "export till andra medlemsstater i gemenskapen är tillåten och inte får leda till några sanktioner".

37 I motsats till vad sökanden har vidhållit har begreppet "sanktioner" i artikel 2 definierats av kommissionen. Det skall förstås utifrån de omständigheter som i beslutet har fastställts som väsentliga för överträdelsen. Det omfattar således enbart leveransvägran gentemot grossister, vilka har identifierats som exportörer, för att avhålla dem från att fortsätta att överträda det åberopade exportförbudet, samt alla andra åtgärder som får samma verkan.

38 Det framgår således klart att begreppet "sanktioner" inte omfattar all leveransvägran som motiveras av att sökanden vill begränsa parallellexporten. Det skall tolkas i förhållande till det i beslutet fastställda begreppet "avtal".

39 Efter detta inledande förtydligande kan det noteras att parternas uppfattningar är helt motstridiga vad gäller kvalificeringen av det agerande som påtalas i beslutet, vilket för sökanden består i att enligt vissa former minska leveranserna för att begränsa parallellexporten, och för grossisterna i att anpassa sig till detta beteende. Tvisten gäller huruvida dessa beteenden ingår i ett avtal i den mening som avses i artikel 85.1 i fördraget och på grund härav omfattas av artikeln. Enligt sökanden är leveransvägran enbart ensidig. Enligt kommissionen utgör den tvärtom en av aspekterna i ett avtal avsett att avskilja de nationella marknaderna.

40 Härvid är det av betydelse att erinra om att förekomsten av ett avtal, i den mening som avses i artikel 85.1, förutsätter parternas samstämmiga vilja, utan att det är nödvändigt att dessa formellt har uttryckt sitt samtycke. Detta kan även implicit framgå av företagens klara och otvetydiga beteende inom ramen för löpande affärsförbindelser (se ovannämnda dom i målet Sandoz prodotti farmaceutici mot kommissionen).

41 Med hänsyn till de uppfattningar som parterna försvarar bör det genast understrykas att kommissionen, genom att på vissa villkor tillämpa artikel 85.1 på leveransvägran avsedd att begränsa parallellexport, har fattat ett beslut som ger upphov till den synnerligen delikata frågan om under vilka omständigheter en leveransvägran inom ramen för löpande affärsförbindelser kan utgöra en av aspekterna i ett avtal som innehåller ett exportförbud. En sådan fråga angående fastställelse av vilka omständigheter som är väsentliga för ett avtal i den mening som avses i artikel 85, och följaktligen för avgränsningen av artikelns tillämpningsområde och räckvidd, kommer att kräva en grundlig prövning inom ramen för talan i sak.

42 I förfarandet om interimistiska åtgärder förefaller det inte som om sökandens argument vid första anblicken är uppenbart grundlösa.

43 Sökanden har medgivit att avsikten med leveransvägran i fråga är att dämpa parallellexporten genom att begränsa levererade kvantiteter. Det informationssystem som sökanden tillämpar är dock endast avsett för att identifiera grossister, vilkas beställningar ökat oproportionerligt i förhållande till föregående år. Ett sådant agerande i sig — om det fastställs — behöver inte nödvändigtvis tolkas som att det syftar till att ålägga grossisterna ett exportförbud. Sökanden har nämligen i princip rätt att fritt organisera sitt distributionssystem och fullt ut utnyttja sin avtalsfrihet vid genomförandet av sin handelspolitik, utan att enligt artikel 85.1 vara bunden av en leveransskyldighet gentemot sina kunder.

44 Under dessa omständigheter bör de invändningar som sökanden har framställt mot kommissionens uppfattning, enligt vilken avsikten med det "distributionskontrollsystem" (enligt lydelsen av ett dokument från Bayer Spanien som kommissionen har hittat i Bayer Frankrikes lokaler, citerat i punkterna 109 och 158 i beslutet) som sökanden har genomfört är att upptäcka grossistexportörer just i syfte att bestraffa dem med "sanktioner" genom att minska leveranserna.

45 Även om detta kontrollsystem ingår i löpande affärsförbindelser mellan sökanden och dennes kunder, som i de ovan nämnda av kommissionen åberopade målen Sandoz och Johnson & Johnson, innehåller det i motsats till de fallen dock inte något uttalat exportförbud.

46 I målet Sandoz återfanns uttrycket "export förbjuden" på fakturorna, vilka inte var vanliga, enkla bokföringshandlingar, utan innehöll "detaljerade klausuler som var oundgängliga för yrkesmässiga näringsidkare och befintliga affärsförbindelser mellan Sandoz PF och dess återförsäljare". Domstolen kunde således fastslå att denna klausul om exportförbud, som kunderna tyst accepterat, ingick i de fortsatta allmänna affärsförbindelserna mellan företaget i fråga och dess återförsäljare (ovannämnda dom i målet Sandoz prodotti farmaceutici mot kommissionen, punkt 9—12). För övrigt framgår det av ovannämnda beslut 80/1283 i målet Johnson & Johnson att exportförbudet, som i ett första skede hade blivit föremål för en

uttrycklig bestämmelse i prislistorna, därefter hade vidmakthållits genom hot om uppskjutna och försenade leveranser. I praktiken hade företaget i fråga inrättat ett system för kontroll av sina kunder för att identifiera exportörer genom bland annat provköp och numrering av sändningar samt begränsningar i användningsområdet för levererade produkter.

47 I förevarande fall framgår det inte lika klart och tydligt dels att det system som sökanden har inrättat är avsett för att kontrollera kundernas distribution av dennes produkter för att just ålägga dem ett exportförbud, dels att grossisterna inom ramen för sina fortsatta affärsförbindelser med Bayer Spanien och Bayer Frankrike tyst har samtyckt till ett sådant förbud.

48 Framför allt förefaller de indicier som beslutet grundas på inte vid första anblicken som tillräckliga för att det skall kunna presumeras att grossisterna har tolkat sökandens omtvistade beteende som ett hot om minskade leveranser, för det fall att de företog parallellexport. Det förhållandet att de kände till skälen som låg bakom sökandens leveransvägran, betyder inte nödvändigtvis att grossisterna därav har slutit sig till att sökanden vill ålägga dem ett förbud att exportera levererade produkter genom att kontrollera exporten och genom att bestraffa dem med "sanktioner" i form av nya minskningar av leveranserna. Härvid skall det noteras att grossisterna, i de dokument som nämns i beslutet, varken har åberopat ett sådant förbud eller ett kontrollsystem avsett att upptäcka parallellexport, som sökanden skulle ha inrättat för att ålägga dem detta förbud. De har enbart hänvisat till att sökanden vill hindra parallellexport genom att begränsa leveranserna.

49 Dessutom förefaller grossisternas agerande, då de blev konfronterade med ifrågavarande leveransminskningar, vid första anblicken snarare tyda på att de inte tyst har samtyckt till det påstådda exportförbudet. En summarisk genomgång av handlingarna i målet ger nämligen vid handen att grossisterna inte har ändrat sitt

beteende i fråga om export, utan har inskränkt sig till att anpassa sina beställningar till sökandens krav och till att skenbart acceptera att endast beställa de kvantiteter som Bayer Spanien och Bayer Frankrike ansåg som normala för att försörja den nationella marknaden (punkt 183 i beslutet). De utnyttjar i själva verket olika system för att få leveranser, särskilt ett system med fördelning av beställningar avsedda för export på olika agenturer och ett system med beställningar hos mindre grossister (punkt 182).

50 Det synes således som om avtalet mellan sökanden och grossisterna endast avser den beställningsvolym som passerade de senare. Ett sådant avtal kan i princip inte tolkas som att det implicit innehåller ett exportförbud. Avtalet innehåller nämligen inte några begränsningar vad beträffar levererade produkters destinationsort. Grossisterna kan på vissa villkor som sammanhänger med nationell lagstiftning i fråga om minimilager av läkemedel gynna export av Adalat till Förenade kungariket i förhållande till försörjningen av sin egen nationella marknad (se punkterna 203 första stycket och 204 i beslutet).

51 Denna analys förefaller att bekräftas av den konstanta ökningen mellan åren 1989 och 1993 av parallellexporten från Spanien och Frankrike, vilken år 1993 täckte nästan 50 procent av behovet av Adalat-produkter på den brittiska marknaden (se statistik som sökanden har tillhandahållit i bilaga 3 till ansökan om interimistiska åtgärder och som kommissionen har återgivit).

52 Av samtliga ovan anförda överväganden framgår vid första anblicken, utan att den bedömning som skall göras inom ramen för talan i sak föregås, att det inte är uppenbart att sökandens argumentation angående att det inte finns något avtal med ett exportförbud mellan Bayer Spanien och Bayer Frankrike och deras respektive grossister i dessa båda länder är grundlöst. I vart fall ankommer det på förstainstansrätten att vid avgörandet i sak pröva de ytterst delikata rättsliga och faktiska frågorna avseende begreppet "avtal" i den mening som avses i artikel 85.1, vilka har uppkommit genom beslutet.

Skyndsamheten

53 Vad gäller skyndsamheten har sökanden åberopat flera omständigheter som är av sådant slag att det kan fastställas att den skada som denne riskerar att lida vid omedelbar tillämpning av bestämmelsen i fråga är allvarlig och svårersättlig, eller åtminstone oproportionerlig, särskilt med hänsyn till avvägningen mellan föreliggande intressen.

54 För att bedöma allvaret i den av sökanden påstådda skadan, skall framför allt det förhållandet beaktas att artikel 2 i beslutet, mot bakgrund av skälen för detta, kan tolkas som ett förbud mot leveransvägran som syftar till att förhindra ökningen av parallellexporten av Adalat till Förenade kungariket på grundval av ett kontrollsystem, vilket enligt sökanden inte är avsett för att utöva påtryckningar på grossisterna för att avhålla dem från export. Även om en försäljningsvägran under vissa mycket bestämda villkor kan ingå i ett avtal i den mening som avses i artikel 85.1 (se bland annat domstolens dom av den 17 september 1985, Ford mot kommissionen, 25/84 och 26/84, Rec. s. 2725, punkt 20—22), är det icke desto mindre enligt en fast rättspraxis så att avtalsfrihet skall fortsätta att vara regel, såsom förstainstansrätten har erinrat om i sin dom av den 18 september 1992, Automec mot kommissionen (T-24/90, Rec. s. II-2223, punkterna 51 och 52). Om förstainstansrätten i detta fall skulle finna att sökandens uppfattning är välgrundad, skulle en omedelbar tillämpning av bestämmelsen i fråga riskera att beröva den berörda parten möjligheten att självständigt definiera vissa väsentliga omständigheter i sin handelspolitik. I vart fall skulle en sådan tillämpning skapa osäkerhet vad beträffar det spelrum som sökanden förfogar över vid definitionen av denna politik, särskilt med beaktande av svårigheten att med hänsyn till de kriterier som har fastställts i beslutet avgöra om en leveransvägran utgör en av aspekterna i ett avtal som innehåller ett exportförbud eller om den utgör en ensidig åtgärd.

55 En sådan situation skulle särskilt kunna orsaka sökanden allvarlig skada inom läkemedelssektorn, vilken kännetecknas av att de nationella hälso-och sjukvårdsmyndigheterna genomför åtgärder för att fastställa eller kontrollera priser och former

för ersättning som ger upphov till stora skillnader i priser på samma produkt i de olika medlemsstaterna. I detta fall har sökanden inte kontroll över priserna i exportländerna Spanien och Frankrike, där priserna på Adalat-produkterna fastställs av de behöriga myndigheterna till en nivå som för närvarande understiger de priser som gäller i Förenade kungariket med i genomsnitt cirka 40 procent, vilket är ostridigt mellan parterna.

56 Under dessa omständigheter kan risken för en väsentlig ökning av parallellimporten av Adalat till Förenade kungariket vid en omedelbar tillämpning av bestämmelsen i fråga inte uteslutas. Härvid är de argument som kommissionen har åberopat för att visa att grossisterna i Spanien och Frankrike inte längre har något intresse av att öka exportvolymen till det landet knappast övertygande. Dels är det klarlagt (se punkt 51 ovan) att nästan 50 procent av behovet på den brittiska marknaden år 1993 täcktes av parallellexport av Adalat, vilket väl vittnar om att sökandens kunder i Spanien och Frankrike har intresse av sådana transaktioner. Dels är de konstaterade prisskillnaderna på berörda nationella marknader av sådant slag att detta intresse består. Beträffande kommissionens påståenden att den spanska marknadens mindre storlek skulle omöjliggöra en väsentlig ökning av parallellexporten från det landet, är de i själva verket inte relevanta för möjligheten av ytterligare export till Förenade kungariket. En sådan möjlighet kan nämligen medföra en väsentlig ökning av en grossists verksamhet oberoende av behoven på den nationella marknaden. I vart fall förefaller kommissionens påståenden oförenliga med vissa skäl för beslutet, där det bland annat hänvisas till de begränsningar som än i dag gäller för grossister i Spanien som vill exportera till Förenade kungariket (se bland annat punkt 215). Vad slutligen gäller devalveringen av det brittiska pundet, som sedan år 1992 skulle ha medfört att det inte längre finns något affärsmässigt intresse av att exportera från Frankrike, innebär den inte att en utveckling över tiden av växelkurserna kan uteslutas, vilket för övrigt har påpekats i beslutet (punkt 195). I vart fall har kommissionen själv konstaterat att sedan år 1992 tyder inget på "någon förändring av grossisternas agerande" (punkt 217).

57 I detta sammanhang skall det noteras att kommissionens påstående om att sökanden själv har haft möjlighet att påverka parallellimporten till Förenade kungariket

genom en konkurrerande sänkning av Bayer UK: s priser, försvagas av det förhållandet att den berörda parten inte själv bestämmer vilka priser som skall gälla i exportlandet, där de fastställs av en offentlig myndighet.

58 Det är således lämpligt att övergå till en avvägning mellan samtliga föreliggande intressen för att bedöma om villkoret angående skyndsamhet är uppfyllt.

59 I detta fall har sökanden ett intresse av det begärda uppskovet med verkställigheten för att bevara sin avtalsfrihet (se punkterna 43 och 54 ovan) och för att vidmakthålla det befintliga läget. Utifrån den senare aspekten riskerar det förhållandet att sökanden skulle vara absolut tvungen att sänka priserna på Adalat i Förenade kungariket, för att undvika en väsentlig ökning av parallellimporten, inte bara att medföra betydande vinstbortfall för dotterbolaget i Förenade kungariket som inte skulle gå att återhämta, utan även att beröva detta dotterbolags läkemedelsgrendess ekonomiska grund och förorsaka uppsägning av åtskilliga anställda. Det är nämligen ostridigt att Adalat motsvarar 56 procent av den totala omsättningen för Bayer UK.

60 Den risk som sökanden utsätts för skall jämföras dels med intresset för grossister i Spanien och Frankrike att inom ramen för en enad marknad öka exportvolymen till Förenade kungariket, dels intresset för NHS samt för konsumenter och skattebetalare i Förenade kungariket att få en prissänkning på Adalat på den nationella marknaden. Av jämförelsen av de olika intressena i förevarande fall framgår att den skada som kan uppstå för sökanden vid omedelbar tillämpning av bestämmelsen i fråga är oproportionerlig i förhållande till intresset för grossisterna i Spanien och Frankrike att öka sin export. Dessa är redan nu verksamma på nationella marknader som är långt i från helt avskilda genom sökandens omtvistade handelspolitik, vilket intygas av nivån på parallellimporten av Adalat till Förenade kungariket. Härvid har det redan konstaterats (se punkterna 51 och 56 ovan) att denna parallellimport år 1993 täckte nästan 50 procent av behovet på den brittiska marknaden. Det framgår för övrigt av akten att denna import ökade under samma tidsperiod som den påstådda överträdelsen mellan åren 1989 och 1993. Härav följer att det

tillfälliga vidmakthållandet av det aktuella läget, så länge förstainstansrätten inte har avgjort talan i sak, inte kan anses som ett oacceptabelt hinder för marknadsintegrationen och för den fria konkurrensen. Vad gäller NHS intresse och, som sista analys, konsumenternas och skattebetalarnas i Förenade kungariket intressen, skall det erinras om att de priser som Bayer UK för närvarande tillämpar, vilka är högre än de som har fastställts av spanska och franska myndigheter, i vart fall är underkastade en indirekt kontroll av de behöriga myndigheterna i Förenade kungariket, vilket framgår av beslutet (punkt 151).

61 Av samtliga föregående överväganden framgår att intresseavvägningen klart väger till sökandens fördel, vilket innebär att den minst sagt oproportionerliga risk för skada som sökanden skulle utsättas för, för det fall att förstainstansrätten beslutade att inte bevilja det begärda uppskovet med verkställigheten, är tillräcklig för att det skall kunna fastställas att den begärda åtgärden måste vidtas skyndsamt.

62 Eftersom villkoren för att bevilja uppskov med verkställigheten således är uppfyllda, skall sökandens ansökan bifallas.

På dessa grunder fattar

FÖRSTAINSTANSRÄTTENS ORDFÖRANDE

följande beslut:

**1) Artikel 2 i beslutet får tills vidare inte verkställas.**

**2) Beslut om rättegångskostnaderna kommer att meddelas senare.**

Luxemburg den 3 juni 1996

H. Jung

Justitiesekreterare

A. Saggio

Ordförande