

SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA
de 6 de enero de 2004 *

En los asuntos acumulados C-2/01 P y C-3/01 P,

Bundesverband der Arzneimittel-Importeure eV, con domicilio social en Mülheim an der Ruhr (Alemania), representada por los Sres. U. Zinsmeister y W. A. Rehmann, Rechtsanwälte, que designa domicilio en Luxemburgo,

parte recurrente,

apoyada por

European Association of Euro Pharmaceutical Companies (EAEPC), con domicilio social en Bruselas (Bélgica), representada por los Sres. M. Epping y M. Lienemeyer, Rechtsanwälte, que designa domicilio en Luxemburgo,

parte coadyuvante en casación,

* Lengua de procedimiento: alemán.

Comisión de las Comunidades Europeas, representada por los Sres. K. Wiedner y W. Wils, en calidad de agentes, asistidos por el Sr. H.-J. Freund, Rechtsanwalt, que designa domicilio en Luxemburgo,

parte recurrente,

apoyada por

Reino de Suecia, representado por el Sr. A. Kruse, en calidad de agente, que designa domicilio en Luxemburgo,

y por

European Association of Euro Pharmaceutical Companies (EAEPC),

partes coadyuvantes en casación,

que tienen por objeto dos recursos de casación interpuestos contra la sentencia dictada por el Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas (Sala Quinta ampliada) el 26 de octubre de 2000, en el asunto Bayer/Comisión de las Comunidades Europeas (T-41/96, Rec. p. II-3383), por el que se solicita su anulación,

y en que las otras partes en el procedimiento son:

Bayer AG, con domicilio social en Leverkusen (Alemania), representada por el Sr. J. Sedemund, Rechtsanwalt, que designa domicilio en Luxemburgo,

parte demandante en primera instancia,

y

European Federation of Pharmaceutical Industries' Associations, con domicilio social en Ginebra (Suiza), representada por el Sr. A. Woodgate, Solicitor, que designa domicilio en Luxemburgo,

parte coadyuvante en primera instancia,

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA,

integrado por el Sr. V. Skouris, Presidente, los Sres. P. Jann, C.W.A. Timmermans y J.N. Cunha Rodrigues, Presidentes de Sala, y los Sres. D.A.O. Edward (Ponente), A. La Pergola, J.-P. Puissochet y R. Schintgen, las Sras. F. Macken y N. Colneric y el Sr. S. von Bahr, Jueces;

Abogado General: Sr. A. Tizzano;

Secretario: Sr. H. A. Rühl, administrador principal;

habiendo considerado el informe para la vista;

oídos los informes orales de las partes en la vista celebrada el 12 de noviembre de 2002, en la que la Bundesverband der Arzneimittel-Importeure eV estuvo representada por el Sr. W.A. Rehmann, la Comisión por el Sr. K. Wiedner, asistido por el Sr. H.-J. Freund, la European Association of Euro Pharmaceutical Companies (EAEP) por el Sr. A. Martin-Ehlers, Rechtsanwalt, Bayer AG por el Sr. J. Sedemund, y la European Federation of Pharmaceutical Industries' Associations por el Sr. A. Woodgate;

oídas las conclusiones del Abogado General, presentadas en audiencia pública el 22 de mayo de 2003,

dicta la siguiente

Sentencia

1 Mediante dos escritos presentados en la Secretaría del Tribunal de Justicia el 5 de enero de 2001, la Bundesverband der Arzneimittel-Importeure eV (en lo sucesivo, «BAI»), y la Comisión de las Comunidades Europeas interpusieron recurso de casación, con arreglo al artículo 49 del Estatuto CE del Tribunal de Justicia, contra la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 26 de octubre de 2000, Bayer/Comisión (T-41/96, Rec. p. II-3383; en lo sucesivo, «sentencia recurrida»), por la que el Tribunal de Primera Instancia anuló 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; en lo sucesivo, «Decisión controvertida»).

Antecedentes del litigio

Hechos que originaron el litigio

- 2 La sentencia recurrida expone los antecedentes de hecho del siguiente modo:
 - «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 [Bayer], 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.»

Decisión controvertida

- 3 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 las filiales de Bayer en Francia (en lo sucesivo, «Bayer Francia») y en España (en lo sucesivo, «Bayer España»). El 10 de enero de 1996, la Comisión adoptó la Decisión controvertida.

- 4 Según la Comisión, Bayer Francia y Bayer España infringieron el artículo 85, apartado 1, del Tratado, al establecer una prohibición de exportación que se encuadraba en las relaciones comerciales continuas de las dos filiales mencionadas con sus respectivos clientes. La Comisión afirma que este acuerdo constituía una restricción significativa para la competencia y que afectaba de forma igualmente significativa al comercio entre Estados miembros (apartados 155 a 199 de la Decisión controvertida).

- 5 Concretamente, la Comisión dedujo la existencia de la prohibición de exportar a partir de su análisis de las prácticas de Bayer, y en particular por existir un sistema de detección de los mayoristas exportadores, así como de reducciones sucesivas del volumen de las entregas de Bayer Francia y Bayer España a los mayoristas en cuestión que exportaban la totalidad o parte de los medicamentos que se les suministraba.

- 6 Según la Comisión, la entrega de los volúmenes aceptados por Bayer Francia y Bayer España estaba supeditada al respeto de una prohibición de exportar. Bayer Francia y Bayer España modulaban la reducción de las entregas en función del comportamiento de los mayoristas respecto a la prohibición de exportación. Los mayoristas que la quebrantaban se veían expuestos a una nueva reducción automática de las entregas de medicamentos.
- 7 A la luz de esas consideraciones, la Comisión llegó a la conclusión, en el considerando 170 de la Decisión controvertida, de que Bayer Francia y Bayer España sometieron a sus mayoristas a una amenaza permanente de reducción de las cantidades entregadas, amenaza que se cumplió en repetidas ocasiones en los casos en que los mayoristas no respetaron la prohibición de exportación.
- 8 La Comisión estimó que el propio comportamiento de los mayoristas mostraba que éstos no sólo habían comprendido que la mercancía suministrada estaba sujeta a una prohibición de exportación, sino que además se plegaban a tal prohibición. De este modo, mostraban su adhesión, al menos aparente, respecto a Bayer Francia y Bayer España, a la condición que prohibía la exportación y que había sido impuesta por su proveedor en el marco de las relaciones comerciales continuas que estos mayoristas mantenían con él. En este sentido, la Comisión precisó lo siguiente en los considerandos 182 y 183 de la Decisión controvertida:
- «182 Utilizando diferentes sistemas para conseguir que se les suministrase la mercancía, en particular el sistema de repartición de pedidos destinados a la exportación entre las diferentes agencias [...] y los pedidos a otros mayoristas de pequeño tamaño “no controlados” [...], los mayoristas se adaptaron en la presentación de sus pedidos a la exigencia de Bayer Francia y Bayer España consistente en prohibir la exportación del producto.

183 Así, en sus pedidos a Bayer Francia o Bayer España ya sólo mencionaban las necesidades nacionales. Una vez que los proveedores se percataron de ello, los mayoristas empezaron a respetar 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.»

9 En el considerando 184 de la Decisión controvertida, la Comisión concluyó que el comportamiento descrito demostraba la adhesión de los mayoristas a la prohibición de exportación de las mercancías que se enmarcaba en las relaciones comerciales continuas entre Bayer Francia y Bayer España y sus mayoristas. Así pues, a su juicio existía un acuerdo con arreglo al artículo 85, apartado 1, del Tratado.

10 En consecuencia, la Comisión declaró en el artículo 1 de la Decisión controvertida que «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».

11 A tenor del artículo 2 de la Decisión controvertida, Bayer debía:

«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.»
- 12 En virtud del artículo 3 de la Decisión controvertida se impuso a Bayer una multa por importe de 3.000.000 de ecus. Su artículo 4 fija una multa coercitiva por importe de 1.000 ecus por cada día de retraso en la ejecución de las obligaciones específicas enunciadas en el artículo 2 de la Decisión, a partir de la expiración del plazo de dos meses previsto para ejecutarlas.

Procedimiento ante el Tribunal de Primera Instancia y sentencia recurrida

- 13 Mediante demanda registrada en la Secretaría del Tribunal de Primera Instancia el 22 de marzo de 1996, Bayer interpuso un recurso de anulación contra la Decisión controvertida. 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, quedando reservada la decisión sobre las costas.
- 14 El 1 de agosto de 1996, una asociación alemana de importadores de medicamentos, BAI, solicitó intervenir en apoyo de las pretensiones de la Comisión. 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 Bayer. 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.

15 Visto el informe del Juez Ponente, el Tribunal de Primera Instancia decidió abrir la fase oral y formular por escrito, en el marco de las diligencias de ordenación del procedimiento previstas en el artículo 64 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Primera Instancia, una serie de preguntas a Bayer y a la Comisión, instándoles a darles respuesta durante la vista. Los informes orales de las partes y sus respuestas a las preguntas escritas y orales planteadas por el Tribunal de Primera Instancia fueron oídos en la vista celebrada el 28 de octubre de 1999.

16 Mediante la sentencia recurrida, el Tribunal de Primera Instancia anuló la Decisión impugnada y condenó a la Comisión a cargar con las costas causadas por Bayer basándose en que la Comisión había efectuado una apreciación errónea de los hechos del caso de autos y había cometido 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.

17 Para llegar a esta solución, el Tribunal de Primera Instancia comenzó resumiendo en los apartados 66 a 72 de la sentencia impugnada la jurisprudencia relativa al concepto de «acuerdo» en el sentido del artículo 85, apartado 1, del Tratado y, en particular, aquella que versa sobre la fundamentación de un acuerdo de ese tipo en el comportamiento aparentemente unilateral del fabricante. A este respecto, destacó sobre todo que «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» (apartado 66). A continuación precisó 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» (apartado 71).

- 18 En dicho contexto y ante la alegación de Bayer de no haber previsto ni impuesto una prohibición de exportación a pesar de haber establecido una política unilateral dirigida a reducir las importaciones paralelas, el Tribunal de Primera Instancia estimó que, 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, [procedía] examinar si, como afirma [Bayer], la Comisión interpretó equivocadamente las voluntades respectivas de Bayer y de sus mayoristas» (apartado 77 de la sentencia recurrida).
- 19 Así pues, en relación con la supuesta voluntad de Bayer de imponer una prohibición de exportación, el Tribunal de Primera Instancia declaró en el apartado 109 de la sentencia recurrida que la Comisión no había 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 [Bayer] 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». Según el Tribunal de Primera Instancia, de los documentos reproducidos en la Decisión controvertida tampoco resulta que Bayer 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. A su juicio, los documentos invocados por la Comisión no aportan ningún elemento de prueba que apoye la afirmación según la cual Bayer había sujetado su política de suministros a cada mayorista al comportamiento real de éste respecto al destino final de los productos suministrados.

20 Más adelante, el Tribunal de Primera Instancia examinó en los apartados 111 a 157 de la sentencia recurrida la actitud y el comportamiento reales de los mayoristas en el marco del análisis relativo a la existencia de un acuerdo en el sentido del artículo 85, apartado 1, del Tratado. En un primer momento resolvió que la constatación de la Comisión de que los mayoristas habían aceptado la supuesta prohibición de exportación carecía de fundamento fáctico, ya que la Comisión no había probado de modo suficiente en Derecho que Bayer hubiera impuesto una prohibición de exportación a sus mayoristas ni que los suministros se hubieran supeditado a la observancia de esa supuesta prohibición de exportación (apartados 119 y 122 de la sentencia recurrida).

21 Por consiguiente, el Tribunal de Primera Instancia examinó la cuestión de si, habida cuenta del comportamiento real de los mayoristas como consecuencia de la adopción por Bayer de su nueva política de restricción de los suministros, la Comisión podía afirmar con arreglo a Derecho que existía una aquiescencia a dicha política por su parte (apartado 124). Tras tomar en consideración los documentos citados en la Decisión impugnada, el Tribunal de Primera Instancia declaró lo siguiente:

«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 [Bayer] 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 [Bayer] 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 [Bayer], 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 [controvertida] 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 [Bayer] 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 [Bayer] destinada a obstaculizar las importaciones paralelas.»

22 Por último, el Tribunal de Primera Instancia prosiguió su razonamiento analizando los precedentes jurisprudenciales invocados por la Comisión para probar que en el caso de autos existía un acuerdo en el sentido del artículo 85, apartado 1, del Tratado, para llegar luego a la conclusión, en el apartado 171 de la sentencia recurrida, de que la Comisión no podía invocar de manera eficaz dichos precedentes para cuestionar el análisis que había llevado a declarar que en el caso de autos la aquiescencia de los mayoristas respecto a la nueva política de Bayer no había quedado demostrada y que, en consecuencia, la Comisión no había podido probar la existencia del acuerdo.

23 Respecto a la sentencia de 11 de enero de 1990, Sandoz prodotti farmaceutici/ Comisión (C-277/87, Rec. p. I-45), el Tribunal de Primera Instancia declaró lo siguiente:

«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 [prodotti farmaceutici/Comisión] 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 [prodotti farmaceutici/Comisión]: 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.»

24 En cuanto a la sentencia de 8 de febrero de 1990, Tipp-Ex/Comisión (C-279/87, Rec. p. I-261), que también invocó la Comisión, en la que el Tribunal de Justicia confirmó la decisión de ésta por la que sancionaba un acuerdo destinado a impedir las exportaciones y en la que, a diferencia del asunto que dio lugar a la sentencia Sandoz prodotti farmaceutici/Comisión, antes citada, no había ninguna estipulación escrita relativa a la prohibición de exportación, el Tribunal de Primera Instancia declaró lo siguiente:

«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.” (Apartado 21 de la sentencia).

- 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/[Comisión], 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/[Comisión], 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 [prodotti farmaceutici/Comisión], 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.»

25 Respecto a los asuntos que dieron lugar a las sentencias de 25 de octubre de 1983, AEG/Comisión (107/82, Rec. p. 3151), y de 17 de septiembre de 1985, Ford/Comisión (asuntos acumulados 25/84 y 26/84, Rec. p. 2725), el Tribunal de Primera Instancia declaró lo siguiente:

«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/Comisión, antes citada, apartado 21, [de 22 de octubre de 1986, Metro/Comisión, denominada “Metro II”, 75/84, Rec. p. 3021], apartados 72 y 73, y [de 24 de octubre de 1995,] Bayerische Motorenwerke [C-70/93, Rec. p. I-3439], apartados 16 y 17).»

26 Por lo que se refiere a la sentencia de 12 de julio de 1979, BMW Belgium y otros/ Comisión (asuntos acumulados 32/78, 36/78 a 82/78, Rec. p. 2435), el Tribunal de Primera Instancia declaró:

«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.»

27 Por otra parte, el Tribunal de Primera Instancia descartó en los apartados 173 a 181 de la sentencia recurrida la tesis de la Comisión según la cual ésta 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. En cambio, consideró que la prueba de la existencia de un acuerdo en el sentido de dicha disposición debe basarse en la constatación directa o indirecta del elemento subjetivo que caracteriza el propio concepto de acuerdo, es decir, de la existencia de una concordancia de voluntades entre operadores económicos.

28 En particular, en los apartados 179 a 182 de la sentencia recurrida, el Tribunal de Primera Instancia reprocha a la Comisión haber tratado de extender el ámbito de aplicación de las «disposiciones aplicables a las empresas» tal como se recogen en la parte tercera del Tratado, título V, capítulo 1, sección primera.

- 29 Por consiguiente, el Tribunal de Primera Instancia anuló la Decisión impugnada sin haber examinado los motivos invocados con carácter subsidiario por Bayer, basados en una supuesta aplicación errónea del artículo 85, apartado 1, del Tratado a comportamientos legítimos conforme al artículo 47 del Acta relativa a las condiciones de adhesión del Reino de España y de la República Portuguesa y a las adaptaciones de los Tratados (DO 1985, L 302, p. 23), y en una aplicación errónea, para la imposición de una multa a Bayer, del artículo 15 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).

Procedimiento y pretensiones de las partes

- 30 Mediante auto del Presidente del Tribunal de Justicia de 28 de marzo de 2001, se acumularon los asuntos C-2/01 P y C-3/01 P a efectos de las fases escrita y oral del procedimiento y de la sentencia.

- 31 El 9 de abril de 2001, la European Association of Euro Pharmaceutical Companies (en lo sucesivo, «EAEPC»), asociación europea que representa los intereses de las sociedades farmacéuticas europeas, solicitó intervenir en apoyo de las pretensiones de BAI y de la Comisión. Mediante auto de 26 de septiembre de 2001, el Presidente del Tribunal de Justicia admitió la intervención de la EAPC.

- 32 El 23 de abril de 2001, el Reino de Suecia solicitó intervenir, en virtud del artículo 37, párrafo primero, del Estatuto CE del Tribunal de Justicia, en apoyo de las pretensiones de la Comisión. Mediante auto de 25 de junio de 2001, el Presidente del Tribunal de Justicia admitió la intervención del Reino de Suecia.

33 BAI solicita al Tribunal de Justicia que:

- Anule la sentencia recurrida y desestime las pretensiones formuladas por Bayer en primera instancia.

- Con carácter subsidiario, devuelva el asunto al Tribunal de Primera Instancia.

- Condene en costas a Bayer, incluidas las causadas por la intervención de BAI en primera instancia.

34 La Comisión solicita al Tribunal de Justicia que:

- Anule la sentencia recurrida y desestime el recurso interpuesto por Bayer contra la Decisión impugnada.

- Condene a Bayer, en su condición de recurrida y recurrente, a las costas causadas tanto ante el Tribunal de Justicia como ante el Tribunal de Primera Instancia.

35 Bayer, parte demandante en primera instancia, solicita al Tribunal de Justicia que:

— Desestime en su totalidad el recurso de casación de la Comisión.

— Condene a la Comisión a cargar con las costas causadas en casación.

36 La EFPIA, parte coadyuvante en apoyo de las pretensiones de Bayer en primera instancia, solicita al Tribunal de Justicia que:

— Desestime el recurso de casación de la Comisión y de BAI.

— Condene a la Comisión a cargar con las costas en que ha incurrido EFPIA.

37 El Reino de Suecia, parte coadyuvante en apoyo de las pretensiones de la Comisión, solicita la anulación de la sentencia recurrida.

38 La EAEPC, parte coadyuvante en apoyo de las pretensiones de BAI y de la Comisión, solicita al Tribunal de Justicia que:

— Anule la sentencia recurrida y desestime la demanda interpuesta por Bayer en primera instancia.

- Con carácter subsidiario, devuelva el asunto al Tribunal de Primera Instancia.

- Condene en costas a Bayer.

Resumen de los motivos de las partes

- 39 BAI invoca tres motivos en apoyo de su recurso de casación. El primero está basado en que los hechos en los que se funda la Decisión impugnada se tomaron en consideración de manera incompleta. El segundo, en una apreciación errónea del Tribunal de Primera Instancia de las pruebas aportadas, vulnerando así las normas sobre la carga de la prueba, y el tercero se basa en un error de Derecho en relación con los criterios jurídicos utilizados para determinar la existencia de un acuerdo en el sentido del artículo 85, apartado 1, del Tratado.
- 40 Por su parte, la Comisión formula una crítica de carácter general al enfoque restrictivo que sigue el Tribunal de Primera Instancia para aplicar el artículo 85, apartado 1, del Tratado a las restricciones de la exportación, antes de invocar cinco motivos precisos basados, en esencia, en una interpretación demasiado restrictiva del concepto de «acuerdo» en el sentido de dicha disposición, un error de Derecho en su aplicación y una desnaturalización de las pruebas.
- 41 Los motivos relativos a la apreciación jurídica efectuada por el Tribunal de Primera Instancia en relación con el concepto de «acuerdo» en el sentido del artículo 85, apartado 1, del Tratado plantean en general la cuestión de si el Tribunal de Primera Instancia acogió una interpretación excesivamente restrictiva de este precepto, excluyendo que en una situación como la examinada en el presente asunto se pueda considerar celebrado un acuerdo que contiene una prohibición de exportación.

Observación preliminar

42 Antes de examinar los motivos invocados, procede destacar que en la Decisión impugnada la Comisión se limitó estrictamente al examen de una sola imputación, basada en la existencia de un «acuerdo» en el sentido del artículo 85, apartado 1, del Tratado, entre Bayer y sus mayoristas, y ello dentro de un mercado definido en relación con las principales indicaciones terapéuticas del producto en cuestión, Adalat. Por consiguiente, es necesario precisar que en el presente procedimiento no se cuestiona la posible aplicación de otros elementos de dicho artículo 85, o del artículo 86 del Tratado CE (actualmente artículo 82 CE), ni otras posibles definiciones del mercado pertinente.

Sobre los motivos relativos a la comprobación de los hechos

43 Tanto BAI como la Comisión cuestionan la comprobación de los hechos operada por el Tribunal de Primera Instancia. Sostienen que dicho Tribunal tomó en consideración de manera incompleta los hechos en los que se basó la Comisión, por lo que se refiere, respectivamente, a los controles que supuestamente efectuó Bayer sobre el destino final de los productos suministrados y a la voluntad de los mayoristas de hacer creer a Bayer que sus pedidos únicamente servían para cubrir las necesidades de su mercado nacional.

Sobre los controles supuestamente efectuados por Bayer

Alegaciones de las partes

44 Mediante su primer motivo BAI alega la inexactitud de la apreciación del Tribunal de Primera Instancia, que figura en el apartado 109 de la sentencia recurrida,

según la cual la Comisión no demostró que Bayer hubiera establecido un control sobre el destino final de los productos suministrados a los mayoristas españoles y franceses. De ello deduce que el Tribunal de Primera Instancia efectuó una apreciación jurídica errónea ya que no tomó en consideración datos pertinentes de los autos para llegar a la conclusión de que no existía un acuerdo en el sentido del artículo 85, apartado 1, del Tratado.

- 45 BAI se basa en el tenor de los documentos a los que se refiere la Comisión en los puntos 140 y 80 de la Decisión controvertida para subrayar que Bayer consiguió llegar hasta los mayoristas españoles mediante los números de serie de los lotes del producto encontrados en el Reino Unido. En contra de lo que señaló el Tribunal de Primera Instancia, considera que de dichos documentos se desprende que tales controles tuvieron lugar, si bien sólo afectaron a un número limitado de lotes.
- 46 Tanto Bayer como la EFPIA consideran inadmisibles este motivo de recurso, en la medida en que su finalidad es únicamente cuestionar la apreciación de los hechos realizada por el Tribunal de Primera Instancia en los apartados 105, 108 y 109 de la sentencia recurrida. Bayer precisa que este motivo se basa en una versión errónea de los hechos puesto que, aun cuando los números de serie «permitieran» llegar hasta los mayoristas exportadores, no prueban que tales controles se hubieran llevado efectivamente a cabo. En cualquier caso, niega que los números de serie permitan identificar a operadores concretos, en la medida en que normalmente figura el mismo número sobre los lotes suministrados a varios mayoristas.

Apreciación del Tribunal de Justicia

- 47 En virtud de los artículos 225 CE y 58 del Estatuto del Tribunal de Justicia, según los cuales el recurso de casación ante el Tribunal de Justicia se limitará a las cuestiones de Derecho, el Tribunal de Primera Instancia es, por una parte, el único competente para determinar los hechos, salvo en los casos en que la inexactitud

material de sus comprobaciones se desprenda de los documentos que obran en autos, y, por otra parte, es el único competente para apreciar estos hechos, sin perjuicio de la desnaturalización de los medios de prueba. Cuando el Tribunal de Primera Instancia ha comprobado o apreciado los hechos, el Tribunal de Justicia sólo es competente para ejercer, con arreglo a dicho artículo 225 CE, un control sobre la calificación jurídica de éstos y las consecuencias jurídicas que de ella ha deducido el Tribunal de Primera Instancia (sentencia de 28 de mayo de 1998, Deere/Comisión, C-7/95 P, Rec. p. I-3111, apartado 21).

48 Pues bien, con su primer motivo BAI sólo recurre la apreciación de los hechos del Tribunal de Primera Instancia y, en especial, que éste, aun tomando en consideración los documentos mencionados en la Decisión controvertida, llegó a la conclusión de que la Comisión no había demostrado suficientemente con arreglo a Derecho la existencia de un «control sistemático» por parte de Bayer sobre el destino final de los lotes de Adalat suministrados a los mayoristas después de adoptar su nueva política de suministros de medicamentos. Por lo tanto, la excepción de inadmisibilidad formulada por Bayer y la EFPIA está fundada y procede desestimar el primer motivo de BAI.

Sobre la voluntad de los mayoristas de hacer creer a Bayer que ya solamente realizaban pedidos para cubrir las necesidades de su mercado nacional

Alegaciones de las partes

49 Mediante su tercer motivo, la Comisión sostiene que el Tribunal de Primera Instancia no tuvo en cuenta determinados medios de prueba existentes o los desnaturalizó al declarar, en el apartado 126 de la sentencia recurrida, que los documentos invocados por la Comisión en la Decisión controvertida no demostraban que los mayoristas quisieran dar la impresión a Bayer de que seguían la nueva política comercial de esta última.

- 50 La Comisión alega, por una parte, que el Tribunal de Primera Instancia no tuvo en cuenta el hecho de que las agencias locales de mayoristas, entre las que se repartían los pedidos destinados a la exportación, fueron invitadas a actuar con discreción después de que Bayer Francia rechazara los pedidos que estaban abiertamente destinados a la exportación y, por otra, que el Tribunal de Primera Instancia no tomó en consideración el hecho de que dicho reparto de las cantidades deseadas entre las agencias locales sólo podía tener como objetivo engañar a Bayer en relación con sus proyectos de exportación.
- 51 La Comisión destaca además tanto la voluntad de los mayoristas de engañar a Bayer en cuanto al nivel de las necesidades del mercado nacional, como demuestra la correspondencia a que hace referencia la Decisión controvertida, como la necesidad de dicho comportamiento habida cuenta, por un lado, de la voluntad de los mayoristas de continuar exportando los medicamentos y, por otro, de la política de Bayer de suministrarlos únicamente para cubrir las necesidades de dicho mercado.
- 52 Bayer y EFPIA responden que el motivo relativo a la supuesta falta de consideración de determinados medios de prueba debe ser excluido, en primer lugar, porque el Tribunal de Primera Instancia examinó y tuvo en cuenta de manera pormenorizada en la sentencia recurrida todos los documentos mencionados por la Comisión en la Decisión controvertida y que, por tanto, el motivo presente sólo se dirige contra la comprobación de hechos del Tribunal de Primera Instancia. Por lo que respecta a la imputación relativa a la supuesta desnaturalización de los medios de prueba, alegan, por una parte, que el Tribunal de Primera Instancia señaló expresamente en los apartados 125, 128, 131 y 143 a 152 de la sentencia recurrida, que algunas empresas simulaban una demanda nacional superior y, por otra, que la Comisión tampoco intentó demostrar que el Tribunal de Primera Instancia, al no tener en cuenta las pruebas supuestamente «desnaturalizadas», habría efectuado un apreciación diferente. En realidad, según ellas, la Comisión pretende de nuevo discutir las apreciaciones de hecho del Tribunal de Primera Instancia.

Apreciación del Tribunal de Justicia

53 En primer lugar procede señalar que el Tribunal de Primera Instancia tuvo en cuenta todos los datos invocados por la Comisión en la Decisión controvertida, al examinar si el comportamiento efectivo de los mayoristas, sin ninguna prueba de que Bayer intentase obtener su acuerdo o aquiescencia para su nueva política comercial, podía llevar a la conclusión de que consintieron dicha política.

54 A este respecto el Tribunal de Primera Instancia no declaró en absoluto que los mayoristas no hubieran tenido la intención de engañar a Bayer en relación con sus intenciones de exportación. Por el contrario, se limitó a declarar que los documentos a los que se había referido la Comisión no demostraban que los mayoristas hubiesen querido dar la impresión a Bayer de que, como respuesta a su voluntad declarada, estaban dispuestos a reducir sus pedidos a un nivel determinado.

55 En segundo lugar, por lo que se refiere a la supuesta desnaturalización de los medios de prueba, el Tribunal de Primera Instancia, por una parte, no negó el hecho de que, como reacción a la política de Bayer, algunos mayoristas prefirieron hacer los pedidos repartiéndolos entre sus agencias locales con el pretexto de un aumento de los pedidos destinados oficialmente al mercado nacional.

56 Por otra parte, el Tribunal de Primera Instancia reconoció expresamente que los mayoristas habían mantenido arduas negociaciones con Bayer para llevarle a admitir que su demanda nacional tradicional era mayor y que era necesario satisfacerla. Pues bien, el Tribunal de Primera Instancia declaró que esta circunstancia no podía utilizarse para demostrar que los mayoristas habían consentido la política de Bayer.

57 Por lo tanto, procede desestimar por infundado el tercer motivo de la Comisión.

Sobre la carga de la prueba de la existencia de un acuerdo en el sentido del artículo 85, apartado 1, del Tratado

Alegaciones de las partes

58 Mediante su segundo motivo, BAI reprocha al Tribunal de Primera Instancia haber cometido un error de Derecho al reconocer el principio de que la carga de la prueba de un acuerdo, en el sentido del artículo 85, apartado 1, del Tratado, entre Bayer y los mayoristas de que se trata recae exclusivamente sobre la Comisión (apartados 119 a 121 de la sentencia recurrida). A su juicio, al actuar de este modo, el Tribunal de Primera Instancia pasó por alto el principio que el Tribunal de Justicia reconoció en la sentencia de 8 de julio de 1999, Comisión/Anic Partecipazioni (C-49/92 P, Rec. p. I-4125, apartado 96), según la cual, cuando los elementos que la Comisión ha reunido basten para demostrar *prima facie* la existencia de un acuerdo, corresponde a la empresa de que se trate probar la inexistencia de una concordancia de voluntades entre ella y sus distribuidores.

59 A este respecto, BAI alega que, según los hechos constatados por la Comisión y no discutidos por Bayer, hubo conversaciones entre esta última y los mayoristas con ocasión de las restricciones a la exportación impuestas por Bayer. En dichas conversaciones, ésta manifestó claramente su voluntad de impedir las importaciones paralelas mediante la fijación de contingentes de venta. Además, los mayoristas comprendieron esa voluntad y terminaron por aceptar la fijación de contingentes. Aunque el Tribunal de Primera Instancia expuso correctamente todos estos hechos, no sacó las conclusiones jurídicamente exactas. Según BAI, en virtud de la sentencia Comisión/Anic Partecipazioni, antes citada, el Tribunal de Primera Instancia tenía que haber llegado a la conclusión de que se había probado *prima facie* la existencia de un acuerdo en el sentido del artículo 85, apartado 1, del Tratado, cuya consecuencia era hacer recaer sobre Bayer la carga de la prueba de que no había existido concordancia de voluntades. Así pues, según BAI, la sentencia recurrida también se basa en esta aplicación errónea del Derecho.

60 Como respuesta a lo anterior, tanto Bayer como EFPIA alegan que la sentencia Comisión/Anic Partecipazioni, antes citada, cuyos antecedentes de hecho difieren de los del presente asunto, no es en absoluto pertinente en el presente caso. Bayer, apoyada por EFPIA, estima que en realidad esta imputación se dirige contra la comprobación de hecho del Tribunal de Primera Instancia según la cual la Comisión no aportó prueba alguna de la existencia de un acuerdo en el sentido de dicha disposición y, en cuanto tal, el motivo es inadmisibile o infundado.

Apreciación del Tribunal de Justicia

61 Por lo que se refiere a la excepción de inadmisibilidad propuesta por Bayer y EFPIA, basta con señalar que la cuestión del reparto de la carga de la prueba, aunque puede tener una incidencia en las apreciaciones de hecho del Tribunal de Primera Instancia, es una cuestión de fondo. Por lo tanto, esta excepción de inadmisibilidad carece de fundamento.

62 En cuanto al fondo, procede destacar que en la sentencia Comisión/Anic Partecipazioni, antes citada, el Tribunal de Primera Instancia, contrariamente a lo sugerido por BAI, no modificó el principio según el cual, en caso de litigio sobre la existencia de una infracción de las normas sobre competencia, incumbe a la Comisión probar la infracción que constate y aportar las pruebas que acrediten de modo suficiente en Derecho la existencia de los hechos constitutivos de la infracción.

63 En efecto, en el asunto que dio lugar a la sentencia Comisión/Anic Partecipazioni, antes citada, se declaró que se había celebrado un «acuerdo», en el sentido del artículo 85, apartado 1, del Tratado, durante una reunión entre varios participantes. El Tribunal de Justicia declaró por tanto que una empresa que haya asistido a dicha reunión soporta la carga de la prueba si posteriormente desea alegar que no quiso participar en la ejecución del acuerdo de ese modo establecido. De lo anterior se deduce que la inversión de la carga de la prueba en

este asunto se efectuó después de que se comprobase la existencia de un acuerdo adoptado en una reunión entre tres empresas. Por otra parte, la empresa en cuestión, sobre la que recaía la carga de la prueba, tenía abierta la posibilidad de desligarse del acuerdo establecido y no la de negar su propia existencia. Por consiguiente, BAI no puede invocar eficazmente la sentencia Comisión/Anic Partecipazioni, antes citada, en apoyo de su segundo motivo, que ha de desestimarse por infundado.

Sobre los motivos relativos al concepto de «acuerdo» en el sentido del artículo 85, apartado 1, del Tratado

- ⁶⁴ Tanto BAI como la Comisión critican la apreciación jurídica excesivamente restrictiva en que se fundamenta el Tribunal de Primera Instancia para declarar que no existió un acuerdo en materia de prohibición de exportación incluido en el ámbito de aplicación del artículo 85, apartado 1, del Tratado.

Observaciones generales relativas al enfoque del Tribunal de Primera Instancia sobre el concepto de «acuerdo» en el sentido del artículo 85, apartado 1, del Tratado

- ⁶⁵ La Comisión estima que la sentencia recurrida rompe con los precedentes jurisprudenciales sobre el concepto de «acuerdo» en el sentido del artículo 85, apartado 1, del Tratado y que al hacerlo redefine los criterios exigidos para probar la existencia de una prohibición de exportar y de un acuerdo en la materia. La interpretación restrictiva de estos conceptos, así como las exigencias más severas relativas a la prueba de la conclusión de un acuerdo entre un fabricante y un mayorista en el que se establece una prohibición de exportar, pone en tela de juicio la política seguida por la Comisión para luchar contra las restricciones de la competencia basadas en un sistema de obstáculos a las importaciones paralelas.

- 66 Sobre este particular, EAEPIC sostiene que el comercio paralelo es un corolario del perfeccionamiento del mercado interior. El Reino de Suecia invoca argumentos similares, destacando que, al no haber sido objeto de una armonización completa a escala europea el sector de los medicamentos, es preciso promover en él las importaciones paralelas para impedir que se creen obstáculos en un mercado ya sensible a los comportamientos desleales dirigidos a mantener las diferencias de precios existentes entre los Estados miembros.
- 67 EAEPIC recuerda que los Estados miembros tienen prohibido restringir de cualquier manera la libre circulación de mercancías en la medida en que no esté justificado por el Tratado, y alega que las restricciones estatales no deben ser sustituidas por restricciones impuestas por los particulares.
- 68 Según Bayer, apoyada por EFPIA, las alegaciones relativas al ámbito de aplicación del artículo 85, apartado 1, del Tratado carecen manifiestamente de fundamento. Las decisiones y la jurisprudencia relativas a la aplicación de esta disposición a las prohibiciones de exportar afectan exclusivamente a casos en los que un fabricante había celebrado con los distribuidores previamente, de manera expresa o tácita, un acuerdo sobre una prohibición de esa índole, en cuyo marco controlaba *a posteriori* si se respetaba la prohibición de exportar y sancionaba a las empresas que no respetaban los términos del acuerdo. No sucede así en el caso de autos y, por tanto, los precedentes no pueden aplicarse a éste.
- 69 En realidad, el verdadero objetivo de la Comisión, a juicio de Bayer, consiste en extender el ámbito de aplicación del artículo 85, apartado 1, del Tratado y conseguir que el «obstáculo a las importaciones paralelas», que entra en el ámbito del principio relativo a la libre circulación de mercancías contemplado en el artículo 30 del Tratado CEE (actualmente artículo 28 CE, tras su modificación), se convierta prácticamente en una infracción propia del artículo 85, apartado 1, del Tratado. En el presente asunto, considera que la Comisión pretende expresamente llegar a una armonización del precio de los medicamentos

aplicando ese precepto, sin armonizar las normativas de los Estados miembros, que constituyen la causa de las diferencias de precio. De hecho, afirma que no es la industria farmacéutica sino los Estados miembros los responsables de fijar diferentes precios para un mismo medicamento en los Estados miembros. Esta distorsión de la competencia sólo puede eliminarse aplicando el artículo 30 del Tratado y con una armonización de las disposiciones nacionales relativas a la fijación de los precios de los medicamentos.

- 70 La propuesta de utilizar el artículo 85, apartado 1, del Tratado para penalizar a una empresa que no se encuentre en posición dominante y que decida no suministrar a los mayoristas para impedirles efectuar importaciones paralelas, ignora manifiestamente los requisitos de aplicación de dicho artículo 85 y la estructura del Tratado, según Bayer. Con arreglo a su estructura, aunque ciertamente las medidas —adoptadas por un Estado miembro— que impidan las exportaciones paralelas están prohibidas por el artículo 30 del Tratado, las medidas unilaterales adoptadas por las empresas privadas sólo están sometidas a restricciones, en virtud de los principios del Tratado, cuando se trate de una empresa que ocupe una posición dominante en el mercado en el sentido del artículo 86 del Tratado, lo cual no sucede en el caso de autos.
- 71 Precisamente en este contexto se han de examinar los distintos motivos basados en una supuesta interpretación demasiado restrictiva del Tribunal de Primera Instancia sobre el concepto de «acuerdo» en el sentido del artículo 85, apartado 1, del Tratado.

Sobre la necesidad de un sistema de controles y sanciones para que pueda considerarse celebrado un acuerdo relativo a una prohibición de exportación

Alegaciones de las partes

- 72 Mediante el primer motivo y mediante la primera parte, inciso i), del tercer motivo, respectivamente, la Comisión y BAI, apoyadas en este extremo por el

Reino de Suecia, reprochan al Tribunal de Primera Instancia haber interpretado de modo excesivamente restrictivo el artículo 85, apartado 1, del Tratado, ya que, en su opinión, estimó equivocadamente que la existencia de un sistema de controles sobre el destino final de los lotes de Adalat suministrados a los mayoristas exportadores y las sanciones contra éstos constituyen un requisito necesario para que pueda considerarse celebrado un acuerdo relativo a una prohibición de exportar.

73 BAI destaca que, si bien tal sistema de controles y sanciones puede constituir un indicio de la existencia de un acuerdo prohibido por el artículo 85, apartado 1, del Tratado, en la medida en que puede tener como efecto obligar a quienes tienen relaciones comerciales a cumplir sus promesas, ello no significa que la inexistencia de tal sistema sea suficiente, por sí misma, para excluir *ipso facto* la celebración de un acuerdo. BAI se remite a este respecto a las sentencias antes citadas, Sandoz prodotti farmaceutici/Comisión y Ford/Comisión, en las que el Tribunal de Justicia declaró la existencia de un acuerdo contrario a la competencia sin que existieran tales controles. Por lo tanto, constituye un error de aplicación del Derecho exigir el funcionamiento de un sistema de controles y sanciones de esa índole como requisitos acumulativos para declarar que existe un acuerdo relativo a una prohibición de exportación prohibido por dicho precepto.

74 Por su parte, la Comisión reprocha, en particular, al Tribunal de Primera Instancia haber estimado que sólo existe un acuerdo relativo a una prohibición de exportar cuando se ha establecido un sistema de controles *a posteriori* sobre el destino final real de los productos suministrados y se hayan aplicado sanciones con el fin de asegurarse que los productos no se exportan. En su opinión, tal acuerdo también existe en un supuesto como el del caso de autos, en el que se pone en marcha una técnica de tipo preventivo más sutil, que establece restricciones a los suministros tan pronto como suficientes indicios permitan suponer que se realizan exportaciones. Con tal política de suministros, la prohibición directa subsiguiente a un suministro concreto se sustituye por una prohibición indirecta impuesta en el momento de realizar los pedidos.

- 75 A este respecto, tanto el Reino de Suecia como EAEPD señalan que Bayer, en lugar de imponer una prohibición de exportación manifiestamente contraria al Derecho comunitario, efectúa ahora sutiles limitaciones de los suministros que, combinados con la exigencia de mantener un stock permanente suficiente de medicamentos, producen el mismo efecto que una prohibición de exportar. Por lo tanto, la falta de prueba relativa a un sistema de control *a posteriori* no tiene una importancia determinante.
- 76 Como respuesta, tanto Bayer como EFPIA sostienen que este motivo sólo está dirigido en realidad contra la comprobación de los hechos por el Tribunal de Primera Instancia y que, por lo tanto, es inadmisibile. Por otra parte, el argumento de las recurrentes versa sobre una interpretación del artículo 85, apartado 1, del Tratado que no se contiene en la sentencia recurrida. Bayer destaca que el Tribunal de Primera Instancia se limitó a verificar el argumento de hecho invocado por la Comisión, según el cual Bayer había efectuado un control *a posteriori* sobre el destino de la mercancía suministrada. Con arreglo a ello, Bayer, apoyada por EFPIA, alega que la sentencia recurrida no demuestra que sólo pueda existir un «acuerdo» sobre una prohibición de exportar si el fabricante controla *a posteriori* que el mayorista ha exportado la mercancía suministrada y si, en este caso, le sanciona con una reducción de los suministros o negándose a suministrarle los medicamentos.
- 77 Por otra parte, en relación con la supuesta inobservancia de la jurisprudencia en esta materia, Bayer precisa en su escrito de dúplica que, a diferencia de las circunstancias del caso de autos, en todos los asuntos citados por la Comisión, así como en todos aquellos sobre los que el Tribunal de Justicia ha debido pronunciarse hasta la fecha, el fabricante intentaba evitar la exportación de las cantidades suministradas, tanto si ya se había establecido un contingente sobre ellas como si no, mediante prohibiciones de exportar expresas o implícitas.

Apreciación del Tribunal de Justicia

- 78 Mediante los motivos anteriores las recurrentes reprochan al Tribunal de Primera Instancia haber considerado que constituía un requisito para la existencia de un

acuerdo en el sentido del artículo 85, apartado 1, del Tratado, el establecimiento de un sistema de controles sobre el destino final de los lotes de Adalat y de un sistema de sanción contra los mayoristas exportadores.

79 No obstante, de la sentencia recurrida no se desprende de ningún modo que el Tribunal de Primera Instancia haya considerado que sólo pueda existir «acuerdo» sobre una prohibición de exportar si existe ese sistema de control y de sanción de los mayoristas.

80 Al examinar la supuesta voluntad de Bayer de imponer una prohibición de exportar, el Tribunal de Primera Instancia declaró, por una parte, 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 hubiera supeditado los suministros de este producto al respeto de esta supuesta prohibición de exportación» (apartado 109 de la sentencia recurrida).

81 Por otra parte, en el marco del examen complementario relativo a la supuesta voluntad de los mayoristas de adherirse a la política de Bayer, el Tribunal de Primera Instancia, refiriéndose a lo que acababa de declarar, recordó que «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» (apartado 119 de la sentencia recurrida).

82 De la sentencia recurrida se desprende que, al declarar de ese modo la inexistencia de un sistema de control *a posteriori* y de sanción que hubiese sido establecido por Bayer, el Tribunal de Primera Instancia, en primer lugar, respondía al argumento

de hecho invocado por la Comisión según el cual Bayer había impuesto a los mayoristas una prohibición de exportación que se estableció identificando a los mayoristas exportadores y aplicándoles reducciones sucesivas del volumen de las entregas de medicamentos cuando se comprobaba que exportaban total o parcialmente estos productos.

- 83 En segundo lugar; el Tribunal de Primera Instancia no consideró en ningún caso que la inexistencia de un sistema de control *a posteriori* y de sanción implicara por sí misma la inexistencia de un acuerdo prohibido por el artículo 85, apartado 1, del Tratado. En cambio, esa inexistencia fue considerada uno de los elementos pertinentes del análisis sobre la supuesta voluntad de Bayer de imponer una prohibición de exportación y, en consecuencia, sobre la existencia de un acuerdo en el caso de autos. A este respecto, aunque la existencia de un acuerdo no se derive necesariamente del hecho de que exista un sistema de control *a posteriori* y de sanción, el establecimiento de un sistema de esta índole puede constituir, no obstante, un indicio de la existencia de un acuerdo.
- 84 Por lo que se refiere a los motivos sobre la supuesta inobservancia de las sentencias antes citadas Sandoz prodotti farmaceutici/Comisión y Ford/Comisión, basada en que en dichas sentencias el Tribunal de Justicia no examinó si existía un sistema de control *a posteriori* y de sanción antes de declarar la existencia de un acuerdo prohibido por el artículo 85, apartado 1, del Tratado, procede recordar de nuevo que un control de la existencia de semejante sistema no es necesario en todos los casos para que se considere celebrado un acuerdo contrario a este precepto.
- 85 En el asunto que dio lugar a la sentencia Sandoz prodotti farmaceutici/Comisión, antes citada, el fabricante había enviado facturas a sus clientes con la mención expresa «exportación prohibida», que había sido aceptada tácitamente por los clientes (véase el apartado 23 de la presente sentencia). Por lo tanto, el Tribunal de Justicia podía declarar la existencia de un acuerdo prohibido por dicha disposición, sin tener que buscar la prueba de ello en la existencia de un sistema de control *a posteriori*.

- 86 En el asunto que dio lugar a la sentencia Ford/Comisión, antes citada, el Tribunal de Justicia consideró que constituía un acuerdo la decisión de una empresa automovilística de no suministrar vehículos con el volante a la derecha a los concesionarios alemanes con el fin de impedir que los exportaran al mercado británico. En relación con el presente motivo, basta con señalar que ese asunto trataba de una mera negativa de venta y no de una venta supuestamente supeditada a determinadas condiciones impuestas a los distribuidores y que, por tanto, en todo caso habría sido superfluo establecer un sistema de control *a posteriori*.
- 87 En cuanto a los argumentos de la Comisión, del Reino de Suecia y de EAEP, según los cuales un sistema de control *a posteriori* venía exigido por el sistema preventivo de suministro establecido por Bayer, se ha de observar que estos argumentos pretenden destacar el carácter unilateral de la actuación de Bayer en relación con la restricción de las importaciones paralelas.
- 88 El mero hecho de que la política unilateral de fijación de contingentes seguida por Bayer, combinada con las exigencias nacionales de surtidos completos que incumbe a los mayoristas, produzca el mismo efecto que una prohibición de exportación no significa que el fabricante haya impuesto tal prohibición ni que exista un acuerdo prohibido por el artículo 85, apartado 1, del Tratado.
- 89 Por tanto, el Tribunal de Primera Instancia no cometió ningún error de Derecho al declarar que la Comisión no había demostrado suficientemente en Derecho la existencia de un sistema de control *a posteriori* y de sanción de los mayoristas. En consecuencia, procede desestimar el motivo de BAI y de la Comisión basado en que tal sistema de control *a posteriori* y de sanción de los mayoristas no constituye el requisito necesario para la existencia de un acuerdo en el sentido del artículo 85, apartado 1, del Tratado.

Sobre el motivo basado en la necesidad de que el productor exija un comportamiento determinado a los mayoristas o trate de obtener la adhesión de éstos a su política

Alegaciones de las partes

- 90 Mediante el segundo motivo y mediante la primera parte, inciso ii), del tercer motivo, respectivamente, la Comisión y BAI reprochan al Tribunal de Primera Instancia que haya interpretado de modo excesivamente restrictivo el artículo 85, apartado 1, del Tratado, ya que, en su opinión, estimó equivocadamente que sólo puede considerarse celebrado un acuerdo relativo a una prohibición de exportar si el productor persigue un determinado comportamiento de los distribuidores o trata de obtener la adhesión de éstos a su política de impedir las importaciones paralelas. En particular, a su juicio no es necesario probar que Bayer impuso una prohibición de exportación expresa a los mayoristas para declarar la existencia de un acuerdo prohibido por el artículo 85, apartado 1, del Tratado.
- 91 Invocando concretamente las sentencias antes citadas, Sandoz prodotti farmaceutici/Comisión y Ford/Comisión, BAI sostiene que debe entenderse celebrado un acuerdo en el sentido del artículo 85, apartado 1, del Tratado por el mero hecho de que los mayoristas continúen abasteciéndose de un productor que ha manifestado su voluntad de impedir las exportaciones paralelas, ya que, de este modo, dichos mayoristas aceptan de hecho la política comercial del productor.
- 92 En esa misma línea, la Comisión subraya que, para que exista un acuerdo en el sentido del artículo 85, apartado 1, del Tratado, basta con que las empresas controvertidas hayan expresado su voluntad común de comportarse en el mercado de una manera determinada. La Comisión reprocha al Tribunal de Primera Instancia no haber tenido en cuenta, en el presente caso, que Bayer había exteriorizado con suficiente claridad su voluntad de ver un cambio en el modo en que los mayoristas efectuaban los pedidos y las entregas y que, por lo tanto, este hecho en combinación con el cambio de comportamiento de los mayoristas podía

significar una concordancia de voluntades entre Bayer y los mayoristas. La Comisión se remite a este respecto a las sentencias antes citadas AEG/Comisión y Ford/Comisión, en las que el Tribunal de Justicia no examinó si el fabricante había exigido a sus clientes un comportamiento determinado, o si había intentado obtener su aquiescencia para las medidas que había adoptado.

93 BAI, EAEPD y el Reino de Suecia destacan que, cuando un productor fija contingentes a los suministros para los mayoristas en función de las necesidades del mercado nacional que cubren, ello puede constituir un obstáculo a las exportaciones si se combina con una obligación adicional de abastecer prioritariamente un mercado determinado. No se requiere ninguna prohibición expresa. Semejante restricción de los suministros causa ineluctablemente el efecto de una prohibición de exportación y, por tanto, una compartimentación artificial de los mercados, puesto que el suministro ya no sería suficiente para permitir las exportaciones. El Reino de Suecia observa también que, de conformidad con la jurisprudencia comunitaria, en particular con la sentencia Ford/Comisión, antes citada, se podría calificar el comportamiento de Bayer de negativa parcial de venta, aplicada de manera uniforme y sistemática a todos los mayoristas de Francia y España, de modo que se puede considerar que tal comportamiento constituye una disposición contractual contraria al artículo 85, apartado 1, del Tratado.

94 Por su parte, tanto Bayer como EFPIA estiman que se debe desestimar el presente motivo puesto que procede de una lectura errónea de la sentencia recurrida. A su juicio, el Tribunal de Primera Instancia no supeditó en ningún caso la existencia de un «acuerdo sobre una prohibición de exportación» a la cuestión de si Bayer había «exigido» expresamente o «intentado» activamente obtener la adhesión de los mayoristas para una prohibición de exportación. Añaden que este motivo no se apoya en realidad en ningún argumento jurídico, sino que recurre una comprobación de hechos efectuada por el Tribunal de Primera Instancia en el apartado 157 de la sentencia recurrida para desestimar una alegación de hecho invocada por la propia Comisión, comprobación según la cual el comportamiento real de los mayoristas no era prueba suficiente para declarar que hubiesen tolerado la política destinada a obstaculizar las importaciones paralelas. En consecuencia, defienden la inadmisibilidad de este motivo.

- 95 Por lo que atañe a la supuesta inobservancia de la jurisprudencia resultante de las sentencias antes citadas AEG/Comisión y Ford/Comisión, examinada por el Tribunal de Primera Instancia, tanto Bayer como EFPIA alegan que la situación del caso de autos difiere de la de los asuntos que dieron lugar a dichas sentencias y, por consiguiente, niegan que el Tribunal de Primera Instancia se haya apartado de dicha jurisprudencia.

Apreciación del Tribunal de Justicia

- 96 De la sentencia recurrida no se desprende que el Tribunal de Primera Instancia considerase que sólo puede existir un acuerdo en el sentido del artículo 85, apartado 1, del Tratado si una de las partes comerciales exige a la otra un comportamiento determinado.
- 97 Por el contrario, en el apartado 69 de la sentencia recurrida, el Tribunal de Primera Instancia parte del principio de que el concepto de acuerdo en el sentido del artículo 85, apartado 1, del Tratado «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». Asimismo, en el apartado 67 de la sentencia recurrida recuerda que para que exista acuerdo a efectos de dicha disposición basta con que las empresas de que se trate hayan expresado su voluntad común de comportarse de una determinada manera en el mercado.
- 98 No obstante, dado que la cuestión que se plantea en el presente asunto es si una medida adoptada o impuesta de una manera aparentemente unilateral por un productor en el marco de las relaciones continuas que mantiene con sus mayoristas constituye un acuerdo en el sentido del artículo 85, apartado 1, del Tratado, el Tribunal de Primera Instancia examinó los argumentos de la Comisión, tal y como se exponen en el punto 155 de la Decisión controvertida, según los cuales Bayer había infringido dicho artículo al establecer «una prohibición de exportación que se inscribe en el marco de [...] relaciones

comerciales continuas [de Bayer Francia y Bayer España] con la clientela», prohibición respecto a la cual los mayoristas adoptaron un «comportamiento implícito de acatamiento» (apartado 74 de la sentencia recurrida).

- 99 En cuanto al argumento según el cual el Tribunal de Primera Instancia consideró erróneamente que era necesario probar que Bayer había prohibido de manera expresa la exportación, del análisis relativo al sistema de control de la distribución de los lotes de Adalat suministrados que efectuó el Tribunal de Primera Instancia (véanse los apartados 44 a 48 de la presente sentencia) resulta que en ningún caso exigió la prueba de una prohibición expresa.
- 100 Respecto a los argumentos de las recurrentes según los cuales el Tribunal de Primera Instancia debía haber admitido que la manifestación de voluntad de Bayer de restringir las importaciones paralelas podía constituir el fundamento de un acuerdo prohibido por el artículo 85, apartado 1, del Tratado, se ha de reconocer ciertamente que la existencia de un acuerdo en el sentido de dicha disposición puede deducirse del comportamiento de las partes de que se trate.
- 101 No obstante, un acuerdo de esa índole no puede basarse en algo que tan sólo es la expresión de una política unilateral de una de las partes contratantes, que puede realizarse sin la ayuda de otros. En efecto, considerar que se puede declarar la existencia de un acuerdo prohibido por el artículo 85, apartado 1, del Tratado tomando como único fundamento la expresión de una política unilateral destinada a impedir las importaciones paralelas tendría como efecto confundir el ámbito de aplicación de este precepto con el del artículo 86 del Tratado.
- 102 Para que un acuerdo en el sentido del artículo 85, apartado 1, del Tratado pueda estimarse celebrado mediante una aceptación tácita, es necesario que la manifestación de voluntad de una de las partes contratantes con un objetivo contrario a la competencia constituya una invitación a la otra parte, ya sea expresa o implícita, para realizar en común dicho objetivo; con más razón aún cuando ese acuerdo no beneficia a primera vista, como ocurre en el presente asunto, a la otra parte, a saber, los mayoristas.

- 103 Por lo tanto, el Tribunal de Primera Instancia examinó con todo acierto si el comportamiento de Bayer permitía llegar a la conclusión de que ésta había exigido a los mayoristas, como condición de sus futuras relaciones contractuales, que actuasen de conformidad con su nueva política comercial.
- 104 Por lo que se refiere al asunto que dio lugar a la sentencia Sandoz prodotti farmaceutici/Comisión, antes citada, que invocan las recurrentes, es indiscutible que en ese asunto el fabricante buscó la cooperación de los mayoristas con el fin de eliminar o reducir las importaciones paralelas porque su colaboración, en las circunstancias de dicho asunto, era necesaria para alcanzar dicho objetivo. En este contexto, la inserción por el productor de la mención «exportación prohibida» en las facturas equivalía a una petición para obtener un comportamiento particular por parte de los mayoristas. No sucede así en el caso de autos.
- 105 Las recurrentes invocan también las sentencias antes citadas AEG/Comisión y Ford/Comisión y sostienen que en ellas el Tribunal de Justicia declaró, en el marco de las medidas aparentemente unilaterales adoptadas por el fabricante frente a sus distribuidores, la existencia de un acuerdo en el sentido del artículo 85, apartado 1, del Tratado, sin siquiera haberse interrogado si había una exigencia por parte de dicho fabricante.
- 106 No obstante, en los asuntos que dieron lugar a esas sentencias no se planteó la necesidad de demostrar que se había concluido un acuerdo en el sentido del artículo 85, apartado 1, del Tratado. Por el contrario, la cuestión que se planteaba era si las medidas adoptadas por los fabricantes formaban parte de los acuerdos de distribución selectiva celebrados anteriormente entre ellos y sus distribuidores y, por tanto, si estas medidas debían tenerse en cuenta para apreciar la compatibilidad de los acuerdos con la normativa sobre competencia.

- 107 En el asunto que dio lugar a la sentencia AEG/Comisión, antes citada, el fabricante, para aplicar un acuerdo de distribución selectiva que había sido declarado con anterioridad compatible con el artículo 85, apartado 1, del Tratado, empezó a negarse a admitir en su red a distribuidores que respondían a los criterios cualitativos de dicho acuerdo, y ello con el fin de mantener un nivel elevado de precios o de eliminar algunos canales de comercialización modernos. Así pues, se trataba de demostrar si la Comisión podía basarse en el comportamiento adoptado por el fabricante al aplicar un acuerdo de distribución selectivo para determinar si éste, en su aplicación concreta, era contrario al artículo 85, apartado 1, del Tratado.
- 108 En el asunto que dio lugar a la sentencia Ford/Comisión, antes citada, se precisa en el apartado 12 de la sentencia que «las recurrentes y la Comisión [estaban] de acuerdo en que el principal problema que el asunto suscitaba [era] si la Comisión podía negar al contrato de concesión de Ford AG la exención en el sentido del artículo 85, apartado 3, del Tratado, puesto que dicha empresa había dejado de suministrar los modelos GD [con el volante la derecha] a los propios distribuidores alemanes».
- 109 Por consiguiente, habiéndose demostrado la existencia de un acuerdo que podía infringir el artículo 85, apartado 1, del Tratado, en dichos asuntos el Tribunal de Justicia podía limitarse a examinar si las medidas adoptadas posteriormente por el fabricante formaban parte del acuerdo controvertido y si, en consecuencia, debían ser tenidas en cuenta al examinar la compatibilidad del acuerdo con dicha disposición. Pues bien, esta cuestión no coincide con la que se plantea en el caso de autos, que consiste en si se ha demostrado la existencia misma de un acuerdo contrario a la competencia. Por lo tanto, las recurrentes no pueden apoyar en las sentencias antes citadas AEG/Comisión y Ford/Comisión su tesis sobre la existencia de un acuerdo prohibido por el artículo 85, apartado 1, del Tratado.
- 110 En cuanto a los argumentos del Reino de Suecia y de EAEPC, que alegan que el efecto combinado de la política de fijación de contingentes de Bayer y de la

obligación nacional de mantenimiento de stocks que incumbe a los mayoristas se traduce en una exigencia, sin necesidad de exigir de manera explícita un límite de las exportaciones, basta recordar que tal argumento no sirve para demostrar el carácter unilateral de la política comercial de Bayer, que podía llevarse a cabo sin la cooperación de los mayoristas. Dado que se ha excluido la aplicabilidad de las sentencias antes citadas AEG/Comisión y Ford/Comisión al presente asunto, es preciso destacar que tampoco las partes coadyuvantes pueden apoyar en ellas su argumentación. Por lo tanto, el mero hecho de que exista un obstáculo a las importaciones paralelas no basta para demostrar la existencia de un acuerdo prohibido por el artículo 85, apartado 1, del Tratado.

- 111 A la luz de las consideraciones anteriores procede desestimar el motivo basado en la necesidad de que el productor exija a los mayoristas que adopten un comportamiento determinado.

Sobre el motivo basado en la consideración errónea de la voluntad real de los mayoristas

Alegaciones de las partes

- 112 Mediante su cuarto motivo, la Comisión reprocha al Tribunal de Primera Instancia haber cometido un error de Derecho al estimar que no concurren los requisitos necesarios para una concordancia de voluntades porque la voluntad declarada de los mayoristas (realizar únicamente pedidos de los medicamentos para las necesidades del mercado nacional) no se correspondía con su voluntad real (realizar pedidos de los medicamentos también para la exportación). Puesto que sólo se refiere a la voluntad real de los mayoristas, la Comisión opina que el Tribunal de Primera Instancia interpretó de manera errónea el concepto de acuerdo en el sentido del artículo 85, apartado 1, del Tratado.

- 113 En este sentido, la Comisión alega en particular que en la sentencia *Sandoz prodotti farmaceutici/Comisión*, antes citada, el Tribunal de Justicia no dio ninguna importancia a la voluntad real o a eventuales «reservas mentales» de las empresas, ya que para la celebración de un acuerdo en el sentido del artículo 85, apartado 1, del Tratado lo determinante es únicamente la voluntad declarada de las empresas afectadas.
- 114 En el mismo sentido, EAEP y, en el marco de su tercer motivo, primera parte, inciso iii), BAI, sostienen que el hecho de que los mayoristas se opusieran a una política contraria a sus intereses no puede desvirtuar en el plano jurídico el hecho de que, a fin de cuentas, se adhirieran a dicha política. Aunque la práctica jurídica habitual exija una concordancia de voluntades para declarar la existencia de un acuerdo prohibido por el artículo 85, apartado 1, del Tratado, en ningún caso exige una concordancia de intereses de las partes [véase la Decisión 80/1283/CEE de la Comisión, de 25 de noviembre de 1980, relativa a un procedimiento de aplicación del artículo 85 del Tratado de la CEE (IV/29702 — *Johnson & Johnson*) (DO L 377, p. 16), así como la Decisión 87/406 (apartado 49), y la sentencia *Ford/Comisión*, antes citada]. EAEP también se remite a la sentencia de 20 de septiembre de 2001, *Courage y Crehan* (C-453/99, Rec. p. I-6297), de la que resulta que existe un acuerdo en el sentido del artículo 85, apartado 1, del Tratado, aunque una de las partes se haya visto obligada a celebrarlo contra su voluntad.
- 115 Según Bayer y EFPIA, este motivo es inadmisibles porque, en esencia, pone en cuestión la comprobación de hechos del Tribunal de Primera Instancia. Al equiparar la voluntad declarada de los mayoristas a una señal en virtud de la cual únicamente habrían pedido los medicamentos de que se trata para las necesidades del mercado nacional, las recurrentes pretenden eludir las comprobaciones del Tribunal de Primera Instancia, efectuadas en los apartados 151 a 153 de la sentencia recurrida, según las cuales los documentos a que hacía referencia la Decisión controvertida no demostraban una eventual propensión de los mayoristas a respetar de una manera o de otra la política de Bayer.
- 116 En cuanto al fondo, Bayer alega que, habiendo una declaración expresa de voluntad, sólo ésta tiene valor, sin que lo tenga la existencia de una voluntad no

manifiesta o de una «reserva mental» distinta de la exteriorizada expresamente. En cambio, cuando, como en el presente caso, se está en presencia de «declaraciones tácitas de voluntad», debe tomarse en consideración solamente la voluntad real de la parte interesada en la medida en que se expresa a través de su comportamiento.

Apreciación del Tribunal de Justicia

- 117 En relación con la excepción de inadmisibilidad propuesta por Bayer y por EFPIA, procede señalar que el motivo basado en la falta de concordancia de voluntades no significa de ningún modo que se cuestione las apreciaciones de hecho del Tribunal de Primera Instancia. En cambio, tiene por objeto impugnar el valor jurídico que el Tribunal de Primera Instancia haya atribuido a la voluntad real de los mayoristas a pesar de su supuesta voluntad declarada. Por lo tanto, la excepción de inadmisibilidad carece de fundamento.
- 118 En cuanto al fondo, es preciso recordar que el Tribunal de Primera Instancia parte del principio general según el cual, «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» (apartado 67 de la sentencia recurrida). Tras declarar, al examinar la supuesta voluntad de Bayer de imponer una prohibición de exportación, que ésta no había impuesto tal prohibición, el Tribunal de Primera Instancia analizó el comportamiento de los mayoristas con el fin de determinar si, no obstante, existía un acuerdo prohibido por el artículo 85, apartado 1, del Tratado.
- 119 En ese contexto, por una parte, desestimó la tesis de que existiera un acuerdo por una aceptación tácita de los mayoristas en relación con la supuesta prohibición de exportación porque, según lo que acababa de declarar, la Comisión no había probado de modo suficiente en Derecho que Bayer hubiese impuesto tal prohibición ni que el suministro de los medicamentos estuviese supeditado al respeto de la supuesta prohibición (véanse los apartados 119 y 122 de la sentencia recurrida).

- 120 En esas circunstancias, el Tribunal de Primera Instancia examinó, por otra parte, si «habida cuenta de los comportamientos efectivos de los mayoristas como consecuencia de la adopción por [Bayer] de su nueva política de restricción de los suministros, la Comisión podía afirmar la existencia de una aquiescencia a dicha política por su parte» (apartado 124 de la sentencia recurrida).
- 121 El Tribunal de Primera Instancia pretendía determinar de ese modo si, de no existir una prohibición de exportación, los mayoristas compartían, no obstante, la voluntad de Bayer de impedir las importaciones paralelas. El Tribunal de Primera Instancia no cometió en dicho análisis ningún error de Derecho al referirse a la voluntad «real» de los mayoristas de continuar realizando pedidos de medicamentos para la exportación y para las necesidades del mercado nacional.
- 122 En todo caso, como señala el Abogado General en el punto 108 de sus conclusiones, el motivo basado en la falta de concordancia de las voluntades exige que exista una voluntad declarada por parte de los mayoristas de adherirse a la voluntad de Bayer de impedir las importaciones paralelas. No obstante, como se ha señalado en los apartados 52 y 53 de la presente sentencia, el Tribunal de Primera Instancia declaró que los documentos aportados por la Comisión no demostraban que los mayoristas hubieran querido dar la impresión a Bayer de que, en respuesta a su voluntad declarada, se proponían reducir sus pedidos a un nivel determinado.
- 123 La estrategia de los mayoristas tenía por objeto, en cambio, hacer creer a Bayer, mediante un reparto de los pedidos destinados a la exportación entre las distintas agencias, que las necesidades de los mercados nacionales habían aumentado. Lejos de demostrar la existencia de una concordancia de voluntades, esta estrategia sólo constituía una tentativa de los mayoristas de hacer jugar en su favor la aplicación de la política unilateral de Bayer, cuya puesta en práctica no dependía de su cooperación.

- 124 De todo lo anterior resulta que procede desestimar por infundado el motivo basado en que el Tribunal de Primera Instancia declaró erróneamente una falta de concordancia entre la voluntad de Bayer y la de los mayoristas en relación con la política de Bayer dirigida a reducir las importaciones paralelas.

Sobre la necesidad de una aquiescencia ulterior a las medidas que se insertan en las relaciones comerciales continuas reguladas por los acuerdos generales preestablecidos

Alegaciones de las partes

- 125 Mediante su quinto motivo, la Comisión, apoyada por EAEP, reprocha al Tribunal de Primera Instancia que aplicara erróneamente el artículo 85, apartado 1, del Tratado, al exigir, contrariamente a la sentencia Sandoz prodotti farmaceutici/Comisión, antes citada, la prueba de la voluntad de los mayoristas de ajustarse a las medidas adoptadas por Bayer, pese a que éstas se inscribían en el marco de las relaciones comerciales continuas entre éstos y el productor. La Comisión también sostiene que el Tribunal de Primera Instancia incurrió en un error de Derecho al rehusarle el derecho a invocar las sentencias antes citadas AEG/Comisión, Ford/Comisión y BMW Belgium y otros/Comisión para interpretar como aquiescencia *de facto* el comportamiento adoptado por los mayoristas posteriormente a la aplicación de la nueva política de Bayer en materia de suministros de medicamentos.
- 126 En idéntico sentido, mediante la primera parte, inciso iii), y la segunda parte de su tercer motivo, BAI reprocha al Tribunal de Primera Instancia no haber comprobado si las medidas adoptadas por Bayer eran sólo aparentemente unilaterales, ya que se inscribían en el marco de sus relaciones comerciales

continuas con los mayoristas. En concreto, sostiene que las relaciones comerciales habituales en el sector del comercio al por mayor de productos farmacéuticos son comparables al sistema de distribución selectiva del que se trataba en los asuntos que dieron lugar a las sentencias antes citadas AEG/Comisión, Ford/Comisión y BMW Belgium y otros/Comisión, por lo que reprocha al Tribunal de Primera Instancia haber excluido la aplicabilidad de estas sentencias al caso de autos.

- 127 La Comisión defiende una postura similar al sostener que la venta de medicamentos presenta algunas características de la distribución selectiva. A este respecto, las recurrentes sostienen que la admisión de un mayorista en el sistema de distribución de que se trate significaría que ha dado su consentimiento a las consignas del productor.
- 128 Según BAI, los mayoristas ocupan una posición clave para abastecer de medicamentos el mercado, parecida a la de un revendedor en un sistema de distribución selectiva. Destaca los lazos de estrecha dependencia en que se hallan las partes comerciales en el mercado de los medicamentos y destaca que los mayoristas están vinculados a la práctica de suministros del productor. BAI subraya que los mayoristas dependen de los fabricantes de productos farmacéuticos porque no pueden sustituir el Adalate por otros medicamentos. Así, en su escrito de réplica alega que están obligados a celebrar un compromiso con el fin de mantener sus beneficios a un nivel máximo, aunque ello tenga como consecuencia que los terceros establecidos fuera del territorio que cubren los mayoristas de que se trata ya no puedan ser abastecidos. Los mayoristas son víctimas por tanto de las restricciones de suministro practicadas por el productor y su consentimiento al acuerdo contrario a la competencia constituye para ellos el medio de asegurarse el mantenimiento de sus relaciones comerciales.
- 129 En vista de las consideraciones anteriores, BAI deduce que el consentimiento de los mayoristas a la restricción de las cantidades suministradas por el productor es suficiente para considerar que existe un acuerdo con el objetivo de realizar una compartimentación artificial de los mercados y, por tanto, de falsear el juego de la

competencia en el mercado común infringiendo así el artículo 85, apartado 1, del Tratado. Si el Tribunal de Primera Instancia hubiese apreciado los hechos de la manera jurídicamente correcta, habría debido llegar a la conclusión de que existe un acuerdo entre Bayer Francia y Bayer España y los mayoristas afectados.

130 EAEPCC comparte esta opinión y destaca que no es necesario un comportamiento real —a saber, el respeto del acuerdo por los mayoristas sin oponerse— con arreglo a la sentencia *Sandoz prodotti farmaceutici/Comisión*, antes citada. Contrariamente a la interpretación dada por el Tribunal de Primera Instancia, esta sentencia tan sólo constató que la realización de nuevos pedidos, tras la modificación de las condiciones correspondientes, basta para declarar que existe una aquiescencia tácita de los mayoristas. En el caso de autos, al continuar haciendo sus pedidos, los mayoristas se sometieron a la voluntad de Bayer de limitar las entregas de Adalat. Esta modificación de su comportamiento constituye un indicio claro de su aquiescencia a la nueva política comercial de Bayer.

131 Por otra parte, en el asunto que dio lugar a la sentencia *Sandoz prodotti farmaceutici/Comisión*, antes citada, no fue necesario determinar el comportamiento efectivo de los mayoristas porque la Comisión y el Tribunal de Justicia se limitaron a determinar el objetivo de la cláusula que prohibía la exportación de los productos de que se trataba y no tomaron en consideración los efectos de la misma. En la medida en que el objetivo ya se manifiesta en la oferta del fabricante, es suficiente una aquiescencia tácita a la cláusula determinante puesto que el mayorista reconoce también esta condición contractual cuando realiza nuevos pedidos.

132 En cuanto a los argumentos basados en la supuesta inobservancia de la jurisprudencia, tanto Bayer como EFPIA estiman que la Comisión trata de hacer creer que las circunstancias de hecho que dieron lugar a las sentencias antes citadas *AEG/Comisión*, y *Ford/Comisión*, así como a la sentencia de 24 de octubre de 1995, *Bayerische Motorenwerke/ALD* (C-70/93, Rec. p. I-3439), son idénticas a las del caso de autos. Sin embargo, en los asuntos que dieron lugar a dichas sentencias las medidas «aparentemente unilaterales» de los fabricantes formaban parte en realidad de los acuerdos de distribución de larga duración preestablecidos

y continuos, de modo que no se necesitaba ningún consentimiento expreso o tácito de los distribuidores. EFPIA se apoya en este argumento y destaca que, en todos esos casos, se impugnaban los sistemas de distribución selectiva. En el presente asunto, no existen tales acuerdos; en efecto, considera manifiesto que Bayer no explota una red de distribución de ese tipo. Tanto Bayer como EFPIA observan además que las condiciones legales del Derecho nacional relativas a las actividades de los mayoristas no constituyen en ningún caso un marco contractual extensivo, preestablecido y continuo entre el productor y los mayoristas.

133 En su escrito de réplica, la Comisión destaca que, frente a la afirmación de Bayer en el sentido de que sólo abastecía a los mayoristas en cada caso singular, las relaciones comerciales entre ésta y los mayoristas franceses existían desde hacía decenios y que Bayer no habría podido en ningún caso ponerles fin de un día para otro.

134 Por lo que se refiere a la objeción de Bayer relativa a la inclusión de las condiciones legales en sus relaciones comerciales con los mayoristas, en contraposición a las condiciones contractuales, la Comisión recuerda que, según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, la admisión de un mayorista en un sistema de distribución selectiva de larga duración implica su consentimiento a determinadas medidas del productor que, sólo por ello, pierden su carácter aparentemente unilateral y van a formar parte de las relaciones contractuales existentes. Lo mismo puede suceder no solamente en el marco de sistemas de distribución selectiva, sino también con ocasión de relaciones contractuales de larga duración.

135 A este respecto, no considera importante que se trate del respeto de criterios contractuales o de requisitos legales. En su opinión, el respeto de la obligación legal de abastecimiento constituye la base de toda relación contractual entre un

productor de medicamentos y un mayorista en Francia o en España, habida cuenta de que el consentimiento del mayorista depende de ella.

- 136 La Comisión se basa, por analogía, en las circunstancias del asunto que dio lugar a la sentencia Ford/Comisión, antes citada. Señala que las relaciones contractuales entre Bayer y los mayoristas franceses existían desde hacía decenios y destaca que los acuerdos deben necesariamente dejar para una decisión posterior del productor algunos aspectos de estas relaciones, como el volumen de suministro, que puede oscilar y que, por tanto, no puede fijarse previamente.
- 137 Por esa razón, deduce que la cantidad de un medicamento determinado suministrada por el productor, encargada en el marco de las relaciones comerciales de larga duración que el fabricante mantiene con sus mayoristas, no constituye pues una medida unilateral que pueda ser objeto de un acuerdo en el sentido del artículo 85, apartado 1, del Tratado. Por el contrario, tal medida forma parte de este tipo de relaciones contractuales.
- 138 En su escrito de dúplica, Bayer afirma que la Comisión, con su motivo relativo a la «elusión» de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, quiere alegar en realidad que, aún no existiendo tal «acuerdo», un previo establecimiento unilateral de contingentes debe ser tratado de la misma manera que una prohibición de exportación «represiva», en tanto que obstáculo «preventivo» a las importaciones paralelas.
- 139 Según Bayer, ese argumento esconde una tentativa de introducir en el Derecho comunitario de la competencia una prohibición general de todo «obstáculo a las

importaciones paralelas» que es ajena al sistema creado por los artículos 85 y 86 del Tratado, pero que parece tener que apoyarse de manera general en el objetivo de la realización del mercado interior. En cambio, la sentencia recurrida declaró que, a diferencia de una medida estatal adoptada en virtud del artículo 30 del Tratado, las medidas unilaterales preventivas adoptadas por una empresa privada que, al no haber «acuerdo», no entran en el ámbito de aplicación del artículo 85, apartado 1, del Tratado, no quedan afectadas por las normas sobre competencia establecidas en el Tratado.

Apreciación del Tribunal de Justicia

140 Mediante estos motivos, las recurrentes pretenden impugnar la apreciación del Tribunal de Primera Instancia según la cual la Comisión no podía «alegar de manera eficaz los precedentes jurisprudenciales invocados para poner en entredicho el análisis 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» (apartado 159 de la sentencia recurrida).

141 A este respecto, es preciso recordar que el presente asunto plantea la cuestión de la existencia de un acuerdo prohibido por el artículo 85, apartado 1, del Tratado. El mero hecho de que existan de manera concomitante un acuerdo, en sí mismo neutro, y una medida restrictiva de la competencia impuesta de manera unilateral no equivale a un acuerdo prohibido por dicho precepto. Por tanto, el mero hecho de que una medida adoptada por un productor, que tiene por objeto o por efecto restringir la competencia, se encuadre en las relaciones comerciales continuas entre éste y sus mayoristas no basta para declarar la existencia de un acuerdo de esa índole.

142 El asunto que dio lugar a la sentencia *Sandoz prodotti farmaceutici/Comisión*, antes citada, se refería a una prohibición de exportación impuesta por un fabricante en el marco de relaciones comerciales continuas con los mayoristas. El

Tribunal de Justicia declaró que existía un acuerdo prohibido por el artículo 85, apartado 1, del Tratado. No obstante, como señala el Tribunal de Primera Instancia en los apartados 161 y 162 de la sentencia recurrida, esta conclusión se basaba en la existencia de una prohibición de exportación impuesta por el productor, aceptada de manera tácita por los mayoristas. A este respecto el Tribunal de Justicia declaró en el apartado 11 de la sentencia *Sandoz prodotti farmaceutici/Comisión* que «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». La existencia de un acuerdo prohibido en este caso no reposaba en el mero hecho de que los mayoristas hubieran continuado abasteciéndose con un productor que había manifestado su voluntad de impedir las exportaciones, sino en el hecho de que éste había impuesto una prohibición de exportación, aceptada de manera tácita por los mayoristas. En consecuencia, las recurrentes no pueden alegar eficazmente la sentencia *Sandoz prodotti farmaceutici/Comisión* en apoyo de su motivo basado en el error de Derecho cometido por el Tribunal de Primera Instancia al exigir la aquiescencia de los mayoristas a las medidas impuestas por el productor.

143 En cuanto a los asuntos que dieron lugar a las sentencias antes citadas *AEG/Comisión*, *Ford/Comisión*, y *Bayerische Motorenwerke/ALD*, las recurrentes tampoco pueden invocar su aplicabilidad al caso de autos, sosteniendo que las relaciones comerciales en el sector del comercio al por mayor de los productos farmacéuticos son comparables a un sistema de distribución selectiva como el controvertido en esos asuntos. Como se ha expuesto en el apartado 141 de la presente sentencia, la cuestión pertinente es la de la existencia de un acuerdo en el sentido del artículo 85, apartado 1, del Tratado.

144 Pues bien, como se ha señalado en el apartado 106 de la presente sentencia, en las sentencias antes citadas *AEG/Comisión* y *Ford/Comisión* no se discutía la

necesidad de demostrar la existencia de un acuerdo en el sentido del artículo 85, apartado 1, del Tratado. En efecto, puesto que ya se había declarado la existencia de un acuerdo que podía infringir dicho precepto, la cuestión que se planteaba era si las medidas adoptadas por el productor formaban parte del acuerdo y, por consiguiente, debían ser tenidas en cuenta al examinar la compatibilidad del acuerdo con dicha disposición.

A este respecto, el Tribunal de Primera Instancia señaló acertadamente que, en dichas sentencias, el Tribunal de Justicia declaró que al admitir a un distribuidor su aceptación se basaba en que se adhiriera a la política seguida por el productor (apartado 170 de la sentencia recurrida).

145 Debe aplicarse un análisis similar a la sentencia Bayerische Motorenwerke/ALD, antes citada, en la que se trataba de apreciar «si el apartado 1 del artículo 85 del Tratado debe interpretarse en el sentido de que impide a un fabricante de automóviles, que vende sus vehículos a través de un sistema de distribución selectiva, acordar con sus distribuidores que no suministren vehículos a sociedades de arrendamiento financiero cuando, sin conceder opción de compra, los pone a disposición del arrendatario cuyo domicilio o sede social esté situado fuera del territorio contractual del distribuidor de que se trate, o insta a tales distribuidores para que sigan tal comportamiento» (apartado 14).

146 De las consideraciones anteriores se desprende que el Tribunal de Primera Instancia no cometió ningún error de Derecho al excluir la aplicación de la jurisprudencia invocada por BAI y por la Comisión al caso de autos. En consecuencia, procede desestimar los motivos basados en la aplicación errónea del artículo 85, apartado 1, del Tratado.

- 147 Dado que ninguno de los motivos de recurso formulados por BAI y por la Comisión han sido acogidos por resultar inadmisibles o infundados, procede desestimar los recursos de casación.

Costas

- 148 A tenor del artículo 69, apartado 2, del Reglamento de Procedimiento, aplicable al recurso de casación en virtud del artículo 118 del mismo Reglamento, la parte que pierda el proceso será condenada en costas si así lo hubiera solicitado la otra parte. Por haber solicitado Bayer y EFPIA, en el asunto C-3/01 P, la condena en costas de la Comisión, procede condenarla al pago de las costas causadas en el procedimiento de recurso de casación por ella iniciado.
- 149 El artículo 69, apartado 4, párrafo primero, del Reglamento de Procedimiento, asimismo aplicable al procedimiento de recurso de casación en virtud del artículo 118, prevé que los Estados miembros y las instituciones que hayan intervenido en el litigio como coadyuvantes soportarán sus propias costas. Por tanto, procede decidir que el Reino de Suecia soporte sus propias costas.
- 150 Por lo que se refiere al procedimiento de recurso de casación iniciado por BAI (C-2/01 P), ni Bayer ni EFPIA han solicitado la condena de BAI. Procede decidir, por tanto, que cada parte cargue con sus propias costas en relación con este procedimiento.

En virtud de todo lo expuesto,

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA

decide:

- 1) **Desestimar los recursos de casación.**

- 2) **La Bundesverband der Arzneimittel-Importeure eV, Bayer AG y la European Federation of Pharmaceutical Industries' Associations soportarán sus propias costas en el asunto C-2/01 P.**

- 3) **Condenar en costas a la Comisión de las Comunidades Europeas en el asunto C-3/01 P.**

- 4) **El Reino de Suecia soportará sus propias costas.**

Skouris

Jann

Timmermans

Cunha Rodrigues

Edward

La Pergola

Puissochet

Schintgen

Macken

Colneric

von Bahr

Pronunciada en audiencia pública en Luxemburgo, a 6 de enero de 2004.

El Secretario

El Presidente

R. Grass

V. Skouris