

SENTENZA DEL TRIBUNALE (Quinta Sezione ampliata)
26 ottobre 2000 *

Nella causa T-41/96,

Bayer AG, con sede in Leverkusen (Germania), rappresentata dall'avv. J. Sedemund, del foro di Colonia, con domicilio eletto in Lussemburgo presso lo studio dell'avv. A. May, 398, route d'Esch,

ricorrente,

sostenuta da

European Federation of Pharmaceutical Industries' Associations, con sede in Ginevra (Svizzera), rappresentata inizialmente dal signor C. Walker, solicitor, quindi dal signor T. Woodgate, solicitor, con domicilio eletto in Lussemburgo presso lo studio dell'avv. A. May, 398, route d'Esch,

interveniente,

* Lingua processuale: il tedesco.

contro

Commissione delle Comunità europee, rappresentata dai signori W. Wils e K. Wiedner, membri del servizio giuridico, in qualità di agenti, con domicilio eletto in Lussemburgo presso il signor C. Gómez de la Cruz, membro del servizio giuridico, Centre Wagner, Kirchberg,

convenuta,

sostenuta da

Bundesverband der Arzneimittel-Importeure e.V., con sede in Mülheim an der Ruhr (Germania), rappresentato dagli avv.ti W.A. Rehmann e U. Zinsmeister, del foro di Bruxelles, con domicilio eletto in Lussemburgo presso lo studio degli avv.ti Bonn e Schmitt, 7, Val Ste Croix,

interveniante,

avente ad oggetto la domanda di annullamento della decisione della Commissione 10 gennaio 1996, 96/478/CE, relativa ad un procedimento a norma dell'art. 85 del trattato CE (IV/34.279/F3 — Adalat) (GU L 201, pag. 1),

IL TRIBUNALE DI PRIMO GRADO
DELLE COMUNITÀ EUROPEE (Quinta Sezione ampliata),

composto dai signori J.D. Cooke, presidente, R. García-Valdecasas, dalla signora P. Lindh, dai signori J. Pirrung e M. Vilaras, giudici,

cancelliere: J. Palacio González, amministratore

vista la fase scritta del procedimento e in seguito alla trattazione orale del 28 ottobre 1999,

ha pronunciato la seguente

Sentenza

Fatti all'origine della controversia

- 1 La ricorrente, Bayer AG (in prosieguo: la «Bayer» o il «gruppo Bayer»), è la società madre di uno dei principali gruppi chimico-farmaceutici europei ed è presente in tutti gli Stati membri della Comunità attraverso le sue consociate nazionali. Essa produce e vende da molti anni, sotto il marchio «Adalat» o «Adalate», una gamma di medicinali il cui principio attivo è la nifedipina, destinata alla cura delle malattie cardiovascolari.
- 2 Nella maggior parte degli Stati membri il prezzo dell'Adalat è fissato, direttamente o indirettamente, dalle autorità sanitarie nazionali. Dal 1989 al

1993 i prezzi fissati dai servizi sanitari spagnoli e francesi erano, in media, inferiori del 40% a quelli applicati nel Regno Unito.

- 3 A causa di queste differenze di prezzo, alcuni grossisti stabiliti in Spagna hanno iniziato, sin dal 1989, a esportare l'Adalat nel Regno Unito. A partire dal 1991, alcuni grossisti stabiliti in Francia li hanno seguiti sulla stessa strada. Secondo la ricorrente le vendite di Adalat effettuate dalla sua consociata britannica, la Bayer UK, si sarebbero quasi dimezzate tra il 1989 e il 1993 a causa delle importazioni parallele, causando così alla sua consociata britannica una perdita di fatturato di DEM 230 milioni e alla Bayer stessa minori introiti per DEM 100 milioni.
- 4 A fronte di questa situazione, il gruppo Bayer ha mutato politica di fornitura, cominciando a non onorare integralmente gli ordinativi, sempre più consistenti, fatti alle sue consociate spagnola e francese dai grossisti stabiliti in Spagna e in Francia. Questo mutamento si è verificato nel 1989 per gli ordinativi raccolti dalla Bayer Spagna e nel quarto trimestre del 1991 per quelli raccolti dalla Bayer Francia.
- 5 A seguito delle denunce presentate da alcuni dei grossisti interessati, la Commissione ha avviato una indagine amministrativa sulle pretese infrazioni all'art. 85, n. 1, del Trattato CE (divenuto art. 81, n. 1, CE) che il gruppo Bayer avrebbe commesso in Francia e Spagna.
- 6 Il 10 gennaio 1996 la Commissione ha adottato la decisione 96/478/CE, oggetto del presente ricorso, relativa ad un procedimento a norma dell'art. 85 del Trattato CE (IV/34.279/F3 — Adalat) (GU L 201, pag. 1; in prosieguo: la «decisione»).

7 Ai sensi dell'art. 1° della decisione, la Commissione constata che «il divieto di esportare i prodotti Adalate e Adalate 20 mg LP dalla Francia e i prodotti Adalat e Adalat-Retard dalla Spagna in altri Stati membri, convenuto nel quadro delle relazioni continuative d'affari tra Bayer Francia e i suoi grossisti dal 1991 e almeno dal 1989 tra Bayer Spagna e i suoi grossisti, costituisce un'infrazione [da parte] di Bayer [AG] all'articolo 85, paragrafo 1, del trattato».

8 L'art. 2 della decisione recita:

«È fatto obbligo a Bayer [AG] di porre fine all'infrazione, e in particolare di:

- inviare ai grossisti in Francia e in Spagna, entro il termine di due mesi dalla notifica della presente decisione, una circolare la quale precisi che le esportazioni nell'ambito della Comunità europea sono consentite e non sono soggette ad alcuna sanzione;
- indicare, entro il termine di due mesi dalla notifica della presente decisione, tali elementi in forma chiara nelle condizioni generali di vendita applicabili in Francia e in Spagna».

9 L'art. 3 della decisione irroga alla Bayer un'ammenda di ECU 3 milioni.

10 L'art. 4 fissa una penalità di mora di ECU 1 000 per ogni giorno di ritardo nell'adempimento degli specifici obblighi enunciati all'art. 2.

Procedimento e conclusioni delle parti

- 11 Con ricorso iscritto nel ruolo del Tribunale 22 marzo 1996 la ricorrente ha chiesto l'annullamento della decisione.
- 12 Con atto separato, iscritto nel ruolo del Tribunale lo stesso giorno, la ricorrente ha proposto una domanda di sospensione dell'esecuzione dell'art. 2 della decisione. Con ordinanza del Presidente del Tribunale 3 giugno 1996 è stata accolta la detta domanda di sospensione, spese riservate.
- 13 Il 1° agosto 1996 il Bundesverband der Arzneimittel-Importeure e.V. (in prosieguo: il «BAI»), un'associazione tedesca di importatori di medicinali, ha chiesto di intervenire a sostegno delle conclusioni della Commissione.
- 14 Il 26 agosto 1996 la European Federation of Pharmaceutical Industries' Associations (in prosieguo: la «EFPIA»), un'associazione di categoria europea che rappresenta gli interessi di sedici associazioni professionali nazionali del settore dei medicinali, ha chiesto di intervenire a sostegno delle conclusioni della ricorrente.
- 15 Con ordinanze 8 novembre 1996 il presidente della Quinta Sezione ampliata del Tribunale ha accolto l'intervento dei due intervenienti. Gli intervenienti hanno depositato le rispettive memorie d'intervento il 12 febbraio 1997. Le parti principali hanno depositato le osservazioni sulle memorie di intervento l'11 aprile 1997.
- 16 Su relazione del giudice relatore, il Tribunale ha deciso di passare alla fase orale e di porre per iscritto alla ricorrente e alla Commissione una serie di quesiti,

nell'ambito delle misure di organizzazione del procedimento di cui all'art. 64 del regolamento di procedura, invitandole a rispondere a tali punti in udienza.

- 17 Le parti sono state sentite nelle loro difese orali e nelle loro risposte ai quesiti scritti e orali del Tribunale nell'udienza del 28 ottobre 1999. In udienza, la Commissione ha chiesto, a sostegno di talune sue risposte ai quesiti del Tribunale, di poter inserire nel fascicolo alcuni allegati alla comunicazione degli addebiti trasmessa alla ricorrente nella fase del procedimento amministrativo. Posto che la ricorrente non vi si è opposta e che ha comunicato che i documenti di cui trattasi non contenevano informazioni riservate che la riguardassero, tutte le parti, compresi gli intervenienti, hanno ricevuto copia di tali allegati e hanno avuto modo di esprimersi sugli stessi nel corso dell'udienza.

- 18 La ricorrente conclude che il Tribunale voglia:

- annullare la decisione;
- in via subordinata, annullare l'ammenda irrogatale per un importo di ECU 3 000 000;
- in via ulteriormente subordinata, ridurre l'ammenda;
- condannare la Commissione alle spese.

19 L'EFPIA, interveniente a sostegno della ricorrente, conclude che il Tribunale voglia:

— annullare la decisione;

— condannare la Commissione alle spese del suo intervento.

20 La Commissione conclude che il Tribunale voglia:

— respingere il ricorso;

— condannare la ricorrente alle spese.

21 Il BAI, interveniente a sostegno della Commissione, conclude che il Tribunale voglia respingere il ricorso.

La decisione

22 La decisione riguarda l'Adalat, un prodotto appartenente a una categoria di medicinali detti «calcioantagonisti», utile per il trattamento di certe malattie cardiovascolari (insufficienza coronarica, ipertensione arteriosa e angina pectoris)

(‘considerando’ ottavo). Peraltro, la decisione concerne soltanto due specialità della gamma Adalat, ossia, la capsula da 10 mg (posta in commercio nel Regno Unito e in Spagna con il nome «Adalat», in Francia con il nome «Adalate») e la compressa a effetto ritardato (o liberazione prolungata) da 20 mg (venduta nel Regno Unito e in Spagna con il nome «Adalat Retard», in Francia sotto il nome «Adalate 20 mg LP») (‘considerando’ quarto).

- 23 Per quanto riguarda il mercato geografico, la decisione ha accolto l’ipotesi che, per il caso in esame, si trattasse di mercati nazionali (‘considerando’ 150-152), tenuto conto della circostanza che all’epoca dei fatti sanzionati l’attività dell’industria farmaceutica si svolgeva in un contesto essenzialmente nazionale, dato che la decisione di autorizzare la vendita dei medicinali era di competenza esclusiva degli Stati membri. Inoltre, la vendita dei medicinali è influenzata dalle politiche amministrative, nel caso specifico di rifornimento, adottate negli Stati membri, in particolare in Francia e Spagna, dove i prezzi sono fissati direttamente dall’amministrazione statale competente. La decisione sottolinea infine che i differenti meccanismi di fissazione dei prezzi e le diverse modalità di rimborso causano forti disparità di prezzo dei medicinali fra gli Stati membri.
- 24 Per quanto riguarda il mercato del prodotto, la decisione spiega (‘considerando’ 153) che esso è definito in base al criterio dell’uso terapeutico identico per i vari prodotti concorrenti.
- 25 Risulta infine dal ‘considerando’ 154 che, quale mercato rilevante per il comportamento esaminato dalla decisione, è stato individuato, in primo luogo, il mercato del Regno Unito, «nella misura in cui l’effetto degli accordi incide direttamente su questo mercato mettendolo al riparo dalle importazioni parallele» e, «a titolo secondario, i mercati di provenienza delle importazioni parallele, Francia e Spagna» «nella misura in cui risultano artificialmente chiusi per effetto degli ostacoli frapposti alle esportazioni parallele».

- 26 Per quanto riguarda le quote di mercato detenute dalla Bayer con la messa in commercio del prodotto Adalat, la decisione ('considerando' 23) precisa che le stesse sono indicate con riferimento alle principali indicazioni terapeutiche del prodotto. Per la Francia, la Commissione ha considerato che l'Adalate ha una quota del 5,1% nel mercato dell'insufficienza coronarica e del 4,1% in quello dell'ipertensione. Per la Spagna, l'Adalat ha una quota del 7,4% nel mercato dell'insufficienza coronarica e dell'8,7% in quello dell'ipertensione. Per il Regno Unito, le quote di mercato sono del 19,6% per l'insufficienza coronarica e del 16,6% per l'ipertensione. Infine, nella Comunità (dei Dodici), l'Adalat ha una quota di mercato del 7,6% per l'insufficienza coronarica e del 5,8% per quello dell'ipertensione ('considerando' 24-27).
- 27 La decisione descrive il comportamento del gruppo Bayer di fronte al fenomeno delle esportazioni parallele di Adalate da Spagna e Francia verso il Regno Unito, così come le reazioni al fenomeno stesso dei grossisti e dei clienti della Bayer Spagna e della Bayer Francia.
- 28 Per quanto riguarda la valutazione giuridica di tali comportamenti, la decisione afferma ('considerando' 155-199) che la Bayer Francia e la Bayer Spagna avrebbero violato l'art. 85, n. 1, del Trattato imponendo un divieto di esportazione che si inserisce nel quadro dei loro rapporti commerciali con i rispettivi grossisti, che questi ultimi sarebbero stati a conoscenza dei veri motivi della Bayer Francia e della Bayer Spagna e che avrebbero allineato il loro comportamento alle esigenze della Bayer Francia e della Bayer Spagna. La decisione ritiene che questo costituirebbe un accordo che restringerebbe in modo sensibile la concorrenza e pregiudicherebbe in maniera sensibile il commercio fra Stati membri.

Nel merito

- 29 La ricorrente solleva, in via principale, il motivo relativo alla violazione dell'art. 85, n. 1, del Trattato per il fatto che il suo comportamento, quale

descritto dalla decisione, è stato programmato e attuato da lei stessa unilateralmente e non rientrerebbe nella fattispecie prevista da questa disposizione, mancando un qualsivoglia accordo tra lei e i suoi grossisti relativo all'esportazione dei prodotti effettuata verso il Regno Unito. In via subordinata, la ricorrente fa valere che la Commissione avrebbe commesso un errore manifesto di valutazione nell'applicare questa disposizione a un comportamento legittimo ai sensi dell'art. 47 dell'Atto di adesione della Spagna alle Comunità europee, relativo alla protezione dei brevetti. In ulteriore subordine, fa valere un motivo, relativo alla violazione dei principi di certezza del diritto e di proporzionalità, per il fatto che l'ammenda sarebbe stata irrogata in base ad un'applicazione innovativa dell'art. 85 del Trattato, e relativo alla violazione dell'art. 15, n. 2, del regolamento del Consiglio 6 febbraio 1962, n. 17, primo regolamento d'applicazione degli artt. 85 e 86 del Trattato (GU n. 13 del 21 febbraio 1962, pag. 204).

Sul motivo sollevato in via principale, che deduce una violazione dell'art. 85, n. 1, del Trattato, in quanto la Commissione lo considera applicabile alla fattispecie in esame

I — Argomenti delle parti

- 30 Secondo la ricorrente, gli elementi di fatto rilevanti nella fattispecie potrebbero riassumersi come segue: un produttore, privo di una posizione di mercato dominante, accetta dai grossisti di uno Stato membro, in cui i prezzi sono stati fissati dalle autorità sanitarie nazionali molto al di sotto dei prezzi praticati negli altri Stati membri, solo ordinativi in quantità corrispondente al volume normalmente smerciato nelle loro zone di consegna abituali. Il motivo per cui gli ordinativi di prodotto sono in parte rifiutati sta nel fatto che i grossisti aumenterebbero in modo sproporzionato i quantitativi abitualmente ordinati per poter esportare il soprappiù e approfittare così della differenza di prezzo. La ricorrente considera inopportuna tale pratica, perché questo provoca gravi perdite di fatturato alle proprie consociate stabilite negli altri Stati, compromettendone la sussistenza economica. Per non violare l'art. 85 del Trattato, essa dà al suo personale incaricato della vendita la stretta consegna di risolvere il problema

unicamente tramite un contingentamento unilaterale del volume degli ordinativi, invocando nei confronti dei grossisti il solo «esaurimento delle scorte». Ciononostante, col tempo i grossisti scoprirebbero i veri motivi del produttore. Dato che questi accetta gli ordinativi solo in quantità corrispondente al volume precedentemente richiesto, apparentemente i grossisti adeguerebbero gli ordinativi di conseguenza, ma contemporaneamente si procurerebbero forniture maggiori incaricando altri grossisti di acquistare per loro i prodotti. In effetti, le esportazioni parallele continuerebbero e addirittura aumenterebbero.

- 31 La ricorrente fa osservare che il prezzo dell'Adalat, nella maggior parte degli Stati membri, è fissato, direttamente o indirettamente, dai servizi sanitari dello Stato, il che, tenuto conto dell'uso di criteri molto diversi, causerebbe enormi differenze di prezzo da uno Stato membro all'altro. In particolare, nel corso del periodo controverso 1989-1993, in Spagna e in Francia i servizi sanitari nazionali avrebbero fissato un prezzo inferiore mediamente del 40% rispetto a quello del Regno Unito, dove i prezzi dei prodotti farmaceutici subiscono un controllo diverso da parte dello Stato, basato sugli utili delle imprese farmaceutiche.
- 32 Queste differenze di prezzo sarebbero la causa che ha spinto i grossisti spagnoli, che tradizionalmente riforniscono le farmacie della loro zona di vendita spagnola e che acquistano l'Adalat dalla consociata spagnola della ricorrente, a iniziare, nel 1989, l'esportazione in gran quantità di questo prodotto verso il Regno Unito, traendone un profitto molto maggiore di quello tratto dall'approvvigionamento della loro clientela tradizionale spagnola (un solo grossista avrebbe ad esempio improvvisamente ordinato un quantitativo corrispondente quasi alla metà del consumo totale della Spagna, v. 'considerando' 114 della decisione). La ricorrente aggiunge che, a causa degli immensi profitti ottenuti dalle esportazioni, una parte dei grossisti spagnoli avrebbe perfino rinunciato completamente all'approvvigionamento delle farmacie spagnole abitualmente rifornite, per rivendere la quasi totalità del loro Adalat nel Regno Unito. Questa situazione avrebbe causato in certe regioni spagnole una penuria di rifornimenti alle farmacie, obbligando la Bayer, per tutelare i pazienti, a rifornire direttamente le farmacie neglette dai grossisti spagnoli.

- 33 Per quanto riguarda la Francia, la ricorrente sottolinea che una situazione simile si sarebbe verificata a partire dal settembre/ottobre 1991, quando anche i grossisti francesi avrebbero iniziato a esportare grossi quantitativi di Adalat verso il Regno Unito.
- 34 La ricorrente afferma che di fronte a questa situazione, e considerati i problemi che a lungo termine sarebbero sorti per la Bayer UK, essa ha deciso di opporsi alle importazioni parallele, dopo un esame del fenomeno da parte dei suoi più alti responsabili di direzione. Dopo discussioni approfondite e un esame giuridico minuzioso delle diverse soluzioni possibili, tenendo conto della prassi decisionale della Commissione e della giurisprudenza comunitaria in materia, si sarebbe deciso di preferire una linea «più morbida» rispetto a quella di farsi carico in prima persona della distribuzione, interrompendo completamente il rifornimento ai grossisti, e di accontentarsi di ridurre i quantitativi consegnati. In tal modo la ricorrente avrebbe deciso di accettare gli ordinativi dei grossisti unicamente sulla base degli ordinativi dell'anno precedente, permettendone peraltro un aumento annuo del 10%, in linea con l'aumento del consumo.
- 35 La ricorrente ammette l'esistenza di un sistema interno d'informazione per cercare di individuare le importazioni parallele, ma ne contesta sia la portata descritta in decisione sia le asserzioni sulla sua funzione reale rispetto ai grossisti francesi e spagnoli, circostanze da cui la Commissione desumerebbe erroneamente l'esistenza di un «divieto di esportare». Essa spiega così che la sola funzione del sistema sarebbe stata quella di accertare i quantitativi consegnati a ciascun grossista negli anni precedenti e di fissare in anticipo le quantità da consegnare annualmente e mensilmente sulla base dei «quantitativi di riferimento», aumentati, ragionevolmente, del 10% annuo tenuto conto anche dell'inflazione e dell'aumento degli indici generali dei prezzi.
- 36 Essa nega inoltre di aver praticato una politica di rifornimento subordinata al rispetto di un asserito divieto di esportazione, tesi questa sostenuta dalla Commissione, e precisa che il sistema messo in opera non avrebbe incluso l'effettuazione di controlli successivi volti a verificare che i quantitativi consegnati non fossero stati esportati.

- 37 La ricorrente mette infine in rilievo la libertà goduta dai grossisti di esportare i prodotti loro consegnati, derivante dal fatto che, essendo loro nota la mancanza di qualsiasi controllo della ricorrente circa la destinazione finale di tali prodotti, non avrebbero dovuto temere alcuna «sanzione» se la destinazione finale dei prodotti fosse stata il Regno Unito. In effetti, i grossisti avrebbero «di fatto» goduto di tale libertà, esportando ampiamente i prodotti loro consegnati così come quelli consegnati ad altri grossisti o agenti locali.
- 38 La ricorrente sostiene che la Commissione non avrebbe provato l'esistenza di un accordo tra la Bayer e i suoi grossisti e fa valere che la volontà di concludere un accordo sarebbe mancata sia da parte sua, poiché essa avrebbe ritenuto legittimo praticare una politica unilaterale di fornitura limitata per rendere più difficili le esportazioni parallele, sia da parte dei grossisti, che con il loro comportamento avrebbero dimostrato la loro completa opposizione all'attuazione di una tale politica. Per la ricorrente, la tesi fatta propria dalla Commissione equivarrebbe a dire che sussiste un accordo tra imprese ai sensi dell'art. 85 del Trattato anche quando l'autore dell'ordinativo modifica solo in apparenza il suo comportamento, mentre la sua attività effettiva prova in tutta chiarezza che non vuole assolutamente concludere l'asserito accordo. Un tale approccio sarebbe contrario alla lettera e alla finalità dell'art. 85, dato che la comune volontà, vale a dire l'elemento centrale della nozione di accordo, non sarebbe più necessaria secondo questa interpretazione della nozione medesima.
- 39 La ricorrente sostiene inoltre che la Commissione, per giustificare l'adozione di questa nuova linea interpretativa, non potrebbe invocare decisioni già emanate e precedenti giurisprudenziali, tenuto conto delle differenze esistenti tra la fattispecie in esame e quelle oggetto delle precedenti decisioni relative agli ostacoli alle esportazioni parallele.
- 40 La ricorrente fa valere che, finora, sarebbe pacifico che il rifiuto parziale o totale di fornitura costituisce un atto unilaterale che non rientra nella previsione dell'art. 85 del Trattato. Mancando un accordo ai sensi dell'art. 85, n. 1, del Trattato questa disposizione non potrebbe applicarsi alla fattispecie. Secondo la ricorrente la tesi sostenuta dalla Commissione amplierebbe l'ambito di applicazione dell'art. 85 del Trattato per ricomprendervi il rifiuto unilaterale di

fornitura, che potrebbe ricadere solo sotto la previsione dell'art. 86 del Trattato, di modo che verrebbe eliminata la distinzione sistematica esistente tra l'ambito di applicazione dell'art. 85 e quello dell'art. 86.

- 41 Secondo la ricorrente, con questa decisione la Commissione sperimenterebbe per la prima volta la percorribilità di un approccio politico fondato su una disciplina giuridica speciale e nuova applicabile alle importazioni parallele e alle loro problematiche in materia di concorrenza. Questa politica andrebbe oltre l'ambito attuale del trattato il quale, pur avendo lo scopo di realizzare un mercato interno, non arriverebbe a proibire, tramite le disposizioni in materia di concorrenza e in mancanza di posizione dominante, un comportamento unilaterale per il solo motivo che un tale comportamento è volto a impedire le esportazioni parallele.
- 42 Inoltre, la scelta di principio che sta alla base della decisione avrebbe una portata che va molto al di là del caso in esame e comporterebbe, per le imprese che non hanno una posizione dominante nel mercato, un amplissimo obbligo di contrarre, dato che un produttore non potrebbe rifiutare di dar seguito a un ordinativo per i motivi sopra esposti senza violare l'art. 85 del Trattato. Questo risultato sarebbe diametralmente opposto alla lettera e all'economia degli artt. 85 e 86 del Trattato.
- 43 La ricorrente rimprovera poi alla Commissione di trascurare il fatto che per i prodotti farmaceutici la concorrenza sarebbe gravemente alterata dalla diversa regolamentazione dei prezzi nei vari Stati membri. La ricorrente considera che queste regolamentazioni difficilmente possano essere compatibili con l'art. 30 del Trattato CE (divenuto art. 28 CE). Essa fa anche valere che i sistemi nazionali di fissazione diretta e indiretta dei prezzi dei prodotti farmaceutici, molto diversi gli uni dagli altri, falserebbero ampiamente la concorrenza e perciò violerebbero l'art. 3, lett. g), del Trattato CE [divenuto, in seguito a modifica, art. 3, lett. g), CE].
- 44 In aggiunta, essa constata che nel campo farmaceutico la Comunità sarebbe ancor lungi dall'aver realizzato un mercato interno e sottopone a critica il fatto che le

imprese siano trattate come se questo fosse un fatto acquisito, mentre la Comunità non avrebbe preso nessuna vera misura di armonizzazione dei sistemi nazionali di fissazione dei prezzi, affinché le condizioni di concorrenza non siano falsate.

- 45 Essa contesta parimenti la tesi della Commissione secondo cui una disciplina comunitaria non sarebbe necessaria dato che, a lungo termine, le importazioni parallele dovrebbero portare all'armonizzazione dei prezzi dei medicinali.
- 46 La ricorrente propone di escutere alcuni testimoni per provare, in primo luogo, che il comportamento di alcuni grossisti spagnoli, che avevano esportato tutte le loro confezioni di Adalat, avrebbe messo a repentaglio l'approvvigionamento di numerose farmacie spagnole; in secondo luogo, che la decisione di non onorare la totalità degli ordinativi sarebbe stata preceduta da un minuzioso esame giuridico circa la compatibilità con il diritto comunitario della decisione stessa e, in terzo luogo, che la Commissione avrebbe rinunciato a proseguire un'indagine precedente a quella all'origine del presente ricorso, in cui il comportamento della Bayer nei confronti degli importatori paralleli sarebbe già stato esaminato.
- 47 L'EFPIA, parte interveniente a sostegno della ricorrente, appoggia gli argomenti di quest'ultima.
- 48 La Commissione considera che la violazione sarebbe costituita dall'accordo tra la ricorrente e i grossisti spagnoli e francesi relativo al divieto di esportare il prodotto Adalate in altri Stati membri.
- 49 Essa sostiene che la Bayer Francia e la Bayer Spagna avrebbero previsto e imposto un divieto di esportazione e che, per metterlo in opera, il gruppo Bayer avrebbe instaurato un sistema di controllo delle importazioni parallele consistente nell'identificazione dei grossisti esportatori, nella drastica riduzione delle

consegne, nel controllo della destinazione finale dei quantitativi consegnati e nelle sanzioni a carico dei grossisti che effettuassero esportazioni, sotto forma di un'ulteriore riduzione delle consegne. Essa considera assodato che la Bayer abbia messo in opera questo sistema, che i grossisti conoscessero i motivi della ricorrente e che abbiano acconsentito al divieto di esportare sapendo che, altrimenti, i loro ordinativi sarebbero stati onorati solo nei limiti del fabbisogno del mercato nazionale, o addirittura entro limiti inferiori stabiliti dalla ricorrente.

- 50 Secondo la Commissione, sarebbe sbagliato considerare che la Bayer abbia deciso, in modo generalizzato, di consegnare a tutti i grossisti quantitativi corrispondenti almeno al quantitativo di riferimento, vale a dire al quantitativo dell'anno precedente, aumentato del 10%. Infatti, non a tutti i grossisti sarebbe stata applicata la riduzione dei quantitativi consegnati rispetto a quelli ordinati secondo l'asserito livello unico di riferimento (vedi 'considerando' 96 della decisione). Gli ordinativi sarebbero stati ridotti, nei confronti di certi grossisti, al livello dell'anno precedente senza applicazione dell'aumento del 10% (caso della «CERP Lorraine», esaminato ai 'considerando' 87 e 165 della decisione, e della «Hefame», esaminato ai 'considerando' 122-124 e 168 della decisione), mentre in altri casi l'ampiezza della riduzione avrebbe addirittura potuto compromettere la capacità di rifornimento del mercato tradizionale dei grossisti coinvolti (è il caso della «Hufasa», esaminato ai 'considerando' 114, 127 e 166 della decisione, e della «Cofares», esaminato ai 'considerando' 121 e 169 della decisione).
- 51 Ne conseguirebbe che i grossisti consideravano che le restrizioni imposte fossero legate alle esportazioni e che, viste le possibili misure di ritorsione, avevano tutto l'interesse a rispettare formalmente il divieto di esportazione, ciò che avrebbero fatto. I grossisti si sarebbero accordati con la ricorrente per non esportare l'Adalate per poter in cambio ottenere approvvigionamenti sufficienti.
- 52 La Commissione fa valere che la ricorrente avrebbe potuto contare sull'acquiescenza dei grossisti per mettere in opera tale divieto di esportazione e sostiene che la comune volontà non sarebbe esclusa dal fatto che le due parti non avrebbero avuto lo stesso interesse alla conclusione dell'accordo. Un accordo ai sensi dell'art. 85, n. 1, del Trattato presupporrebbe unicamente che le due parti abbiano un interesse alla sua conclusione, senza che sia necessario che l'interesse

sia identico. Dato che i grossisti avrebbero avuto interesse a evitare le restrizioni delle consegne e la ricorrente avrebbe avuto interesse a impedire le esportazioni parallele, o almeno a limitarle, sarebbe esistita la comune volontà a che le esportazioni parallele fossero impedito o almeno ridotte.

- 53 La Commissione considera che il fatto che i grossisti non abbiano rinunciato completamente alle esportazioni non potrebbe far dubitare dell'esistenza, nel caso in esame, di un accordo, o di un loro assenso, relativamente al divieto di esportazione. Pur ammettendo che i grossisti spagnoli e francesi avrebbero preferito continuare a esportare nel Regno Unito, l'istituzione convenuta fa tuttavia valere che essi avrebbero ridotto gli ordinativi a quantitativi tali da indurre la Bayer a ritenere che essi si conformassero alla sua espressa volontà, limitandosi così al solo fabbisogno dei rispettivi mercati tradizionali.
- 54 La Commissione fa valere che la decisione corrisponderebbe in pieno alla sua prassi decisionale e alla giurisprudenza della Corte di giustizia, posto che la nozione di accordo sarebbe stata oggetto di analoga interpretazione, in particolare, nelle sentenze della Corte 11 gennaio 1990, causa C-277/87, Sandoz prodotti farmaceutici/Commissione (Racc. pag. I-45, pubblicazione sommaria, in prosieguo: la « sentenza Sandoz ») e 8 febbraio 1990, causa C-279/87, Tipp-Ex/Commissione (Racc. pag. I-261, pubblicazione sommaria).
- 55 La Commissione contesta di aver rimesso in discussione gli ambiti di applicazione degli artt. 85 e 86 del Trattato e precisa che la fattispecie in esame rientrerebbe assolutamente nell'ambito di applicazione dell'art. 85 relativo agli accordi, dato che i grossisti stessi avrebbero deciso di piegarsi alla volontà della ricorrente, accettando di limitare le esportazioni per assicurarsi un approvvigionamento sufficiente. Di conseguenza, secondo la Commissione, sarebbero errate le premesse stesse su cui la ricorrente fonderebbe le sue valutazioni di politica del diritto, il che costituirebbe ragione sufficiente per non esaminarle ulteriormente.
- 56 La Commissione non condivide l'affermazione della ricorrente secondo cui il settore farmaceutico costituirebbe un mercato particolare cui le regole di

concorrenza dovrebbero applicarsi solo parzialmente. Essa ammette che numerosi Stati membri interverrebbero ancora sul mercato dei prodotti farmaceutici e che in essi, viste le diversità di approccio esistenti, i prezzi medi e le consuetudini dei consumatori sarebbero diversi. Tuttavia, la Commissione ricorda che sarebbe stato dichiarato in giudizio che essa non può opporsi, mediante le disposizioni sulla libera circolazione delle merci, a sistemi di controllo dei prezzi in quanto tali, ma solo combattere eventuali ripercussioni discriminatorie rispetto all'art. 30 del Trattato. Per questo motivo la Commissione avrebbe in seguito perseguito solo i provvedimenti statali aventi ad oggetto evidenti privilegi in favore dell'industria o della ricerca farmaceutica nazionali.

- 57 Essa sostiene che il fatto che gli Stati membri abbiano sistemi differenti di regolamentazione dei prezzi non significherebbe che il settore farmaceutico non rientri nell'obiettivo della realizzazione del mercato interno. La Commissione fa valere che, dato che i sistemi di regolamentazione dei prezzi lascerebbero comunque alle imprese sufficienti margini di manovra, le importazioni parallele non dovrebbero essere ostacolate né da provvedimenti statali, né da comportamenti delle imprese che limitino la concorrenza. Inoltre, così come sarebbero vietate le disposizioni dello Stato che ostacolano le esportazioni parallele, così pure dovrebbero essere vietate quelle adottate dalle imprese e che perseguano lo stesso scopo, come nel caso in esame. Di conseguenza, per la Commissione, il fatto stesso di ostacolare le importazioni parallele di medicinali violerebbe l'art. 85 del Trattato, come risulterebbe appunto dalla già citata sentenza Sandoz.
- 58 Essa aggiunge che la Corte avrebbe già precisato nelle sentenze 31 ottobre 1974, causa 15/74, Centrafarm e de Peijper (Racc. pag. 1147) e 20 gennaio 1981, cause riunite 55/80 e 57/80, Musik-Vertrieb membran e K-tel International (Racc. pag. 147) che le regole relative all'attuazione della libera circolazione delle merci si applicano a un settore indipendentemente dal fatto che le relative disposizioni nazionali siano o no state armonizzate. la Commissione trae quindi da quanto sopra, la conclusione che i divieti di esportazione potrebbero essere perseguiti anche nel settore farmaceutico, come risulterebbe chiaramente dalla giurisprudenza della Corte. Essa si riferisce in particolare, per quanto riguarda l'art. 30 del Trattato, alle sentenze della Corte 20 maggio 1976, causa 104/75, de Peijper (Racc. pag. 613), 23 maggio 1978, causa 102/77, Hoffmann-La Roche (Racc.

pag. 1139), 14 luglio 1981, causa 187/80, Merck (Racc. pag. 2063) e, per quanto riguarda l'art. 85, n.1, del Trattato, alla citata sentenza Sandoz.

- 59 La Commissione afferma poi di partire dal principio che, a lungo andare, le importazioni parallele dovrebbero comportare l'armonizzazione dei prezzi dei medicinali e di considerare inaccettabile che le importazioni parallele siano ostacolate al fine di permettere alle imprese farmaceutiche di imporre, nei paesi che non praticano un controllo dei prezzi, tariffe eccessive per compensare i minori utili realizzati negli Stati membri che più intervengono nella fissazione dei prezzi.
- 60 Il BAI fa osservare che sul mercato dei medicinali, le farmacie si troverebbero nell'impossibilità tanto economica che logistica di tenere in deposito, in quantitativi sufficienti, un assortimento completo dei medicinali più diffusi, mentre i grossisti, data la loro posizione e la loro funzione nel mercato, dovrebbero invece avere in magazzino un tale assortimento per poter essere in grado di consegnare rapidamente alla farmacia tutti i medicinali che questa ordina, altrimenti quest'ultima potrebbe in seguito rivolgersi a un grossista che disponga delle scorte necessarie. In tali circostanze e considerando la struttura del mercato farmaceutico e il sistema di controllo della distribuzione attuato dalla Bayer, il BAI ritiene che i grossisti non potessero fare a meno di piegarsi a tale controllo, ridurre sensibilmente gli ordinativi e, di conseguenza, le esportazioni, senza bisogno che il produttore li minacciasse apertamente.
- 61 Secondo il BAI, per quanto riguarda la prova del divieto di esportare, sarebbe incontestabile che esistessero sanzioni nei confronti dei grossisti esportatori, dato che la Bayer avrebbe sempre esercitato un controllo costante sulla distribuzione dei suoi prodotti e si sarebbe sempre adattata ai cambiamenti del mercato. A conforto di tale tesi, essa fa valere che la tabella degli ordinativi di «Adalat 20 mg LP», di cui al 'considerando' 87 della decisione provverebbe manifestamente che il grossista che effettuava esportazioni avrebbe dovuto aspettarsi una riduzione ulteriore dei quantitativi consegnati e che la Bayer avrebbe tenuto conto ogni volta del volume degli ordinativi dei grossisti, sanzionando i grossisti esportatori con notevolissimi tagli nelle consegne.

II — Giudizio del Tribunale

A. Osservazioni preliminari

- ⁶² Secondo una costante giurisprudenza, allorché è adito con una domanda d'annullamento di una decisione emessa a norma dell'art. 85, n. 1, del Trattato, il Tribunale deve in generale esercitare un controllo completo relativamente al punto se siano, o meno, soddisfatte le condizioni di applicazione dell'art. 85, n. 1, (v., in tal senso, sentenze della Corte 11 luglio 1985, causa 42/84, Remia e a./Commissione, Racc. pag. 2545, punto 34, e 17 novembre 1987, cause riunite 142/84 e 156/84, BAT e Reynolds/Commissione, Racc. pag. 4487, punto 62).
- ⁶³ Ai sensi dell'art. 85, n. 1, primo comma, del Trattato:
- «Sono incompatibili con il mercato comune e vietati tutti gli accordi tra imprese, tutte le decisioni di associazioni di imprese e tutte le pratiche concordate che possano pregiudicare il commercio tra Stati membri e che abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza all'interno del mercato comune (...)».
- ⁶⁴ Dal tenore di questo articolo si desume che il divieto così sancito riguarda esclusivamente i comportamenti coordinati bilaterali o multilaterali, che prendono forma di accordi tra imprese, di decisioni di associazioni di imprese o di pratiche concordate.
- ⁶⁵ Nel caso in esame, la decisione constata l'esistenza di un «accordo tra imprese» ai sensi di questo articolo. Tuttavia, la ricorrente sostiene che nella decisione si

sanzionerebbe un suo comportamento unilaterale che sarebbe estraneo all'ambito di applicazione di tale articolo. Essa afferma che la Commissione avrebbe dato alla nozione d'accordo di cui all'art. 85, n. 1, del Trattato un'interpretazione che andrebbe oltre i precedenti giurisprudenziali e la cui applicazione alla fattispecie violerebbe tale disposizione del Trattato. La Commissione ritiene di aver seguito pedissequamente la giurisprudenza nell'analisi di tale nozione e considera di averne fatto un'applicazione che ben si attaglierebbe alla fattispecie. Va perciò stabilito se, tenuto conto della portata che tale nozione ha in giurisprudenza, la Commissione potesse vedere nei comportamenti descritti in decisione gli elementi costitutivi di un accordo tra imprese ai sensi dell'art. 85, n. 1, del Trattato.

B. Sulla nozione di accordo ai sensi dell'art. 85, n. 1, del Trattato

⁶⁶ Secondo la giurisprudenza, allorché una decisione del produttore si sostanzia in un comportamento unilaterale dell'impresa, tale decisione esula dal divieto di cui all'art. 85, n. 1, del Trattato (v., in tal senso, sentenze della Corte 25 ottobre 1983, causa 107/82, AEG/Commissione, Racc. pag. 3151, punto 38, e 17 settembre 1985, cause riunite 25/84 e 26/84, Ford e Ford Europe/Commissione, Racc. pag. 2725, punto 21; sentenza del Tribunale 7 luglio 1994, causa T-43/92, Dunlop Slazenger/Commissione, Racc. pag. II-441, punto 56).

⁶⁷ Risulta parimenti da una giurisprudenza costante che, perché esista un accordo ai sensi dell'art. 85, n. 1, del Trattato è sufficiente che le imprese interessate abbiano espresso la loro comune volontà di comportarsi sul mercato in un determinato modo (sentenze della Corte 15 luglio 1970, causa 41/69, ACF Chemiefarma/Commissione, Racc. pag. 661, punto 112, e 29 ottobre 1980, cause riunite da 209/78 a 215/78 e 218/78, Van Landewyck e a./Commissione, Racc. pag. 3125, punti 86; sentenza del Tribunale 17 dicembre 1991, causa T-7/89, Hercules Chemicals/Commissione, Racc. pag. II-1711, punto 256).

- ⁶⁸ Per quanto riguarda la manifestazione formale di tale comune volontà, è sufficiente che una pattuizione sia espressione della volontà delle parti di comportarsi nel mercato in conformità alla stessa (v., in particolare, sentenze già citate ACF Chemiefarma/Commissione, punto 112, e Van Landewyck/Commissione, punto 86), senza che sia necessario che essa costituisca un contratto vincolante e valido secondo il diritto nazionale (sentenza Sandoz, citata, punto 13).
- ⁶⁹ Ne consegue che, nell'interpretazione giurisprudenziale, la nozione di accordo, di cui all'art. 85, n. 1, del Trattato, si struttura sull'esistenza, tra almeno due parti, di una comune volontà, il cui modo di manifestarsi non è rilevante, purché sia fedele espressione della volontà delle parti stesse.
- ⁷⁰ In determinate circostanze si è dichiarato che misure prese o imposte in modo apparentemente unilaterale dal produttore nell'ambito di rapporti continuativi intercorrenti con i suoi distributori costituivano un accordo ai sensi dell'art. 85, n. 1, del Trattato (sentenze della Corte 12 luglio 1979, cause riunite 32/78, da 36/78 a 82/78, BMW Belgium e a./Commissione, Racc. pag. 2435, punti 28-30; AEG/Commissione, citata, punto 38; Ford e Ford Europe/Commissione, citata, punto 21; 22 ottobre 1986, causa 75/84, Metro/Commissione, detta «Metro II», Racc. pag. 3021, punti 72 e 73; Sandoz, citata, punti 7-12, e 24 ottobre 1995, causa C-70/93, Bayerische Motorenwerke, Racc. pag. I-3439, punti 16 e 17).
- ⁷¹ Si desume da tale giurisprudenza che occorre distinguere le ipotesi in cui un'impresa ha adottato una misura effettivamente unilaterale e quindi senza la partecipazione espressa o tacita di un'altra impresa da quella in cui il carattere unilaterale è solo apparente. Se le prime non rientrano nell'ambito di applicazione dell'art. 85, n. 1, del Trattato le seconde vanno considerate come sintomatiche di un accordo tra imprese e possono perciò rientrare nell'ambito di applicazione del detto articolo. È il caso, in particolare, delle pratiche e delle misure restrittive della concorrenza che, adottate in apparenza in modo unilaterale dal produttore nell'ambito delle sue relazioni contrattuali con i propri rivenditori, sono tuttavia accettate, almeno tacitamente, da questi ultimi.

- 72 Orbene, da questa giurisprudenza si desume anche che la Commissione non può ritenere che un comportamento apparentemente unilaterale del produttore, adottato nell'ambito delle relazioni contrattuali intrattenute con i suoi rivenditori, possa in realtà essere fonte di un accordo tra imprese ai sensi dell'art. 85, n. 1, del Trattato, se non si dimostra che le altre parti hanno assentito, espressamente o tacitamente, al comportamento adottato dal produttore (v., in tal senso, le citate sentenze BMW Belgium e a./Commissione, punti 28-30; AEG/Commissione, punto 38; Ford e Ford Europe/Commissione, punto 21; Metro II, punti 72 e 73; Sandoz, punti 7-12 e Bayerische Motorenwerke, punti 16 e 17).

C. Sull'applicabilità alla fattispecie della nozione di accordo

- 73 Nel caso in esame, in mancanza di una prova documentale diretta della conclusione tra le parti di un accordo volto a restringere o a ridurre le esportazioni, la Commissione ha ritenuto che la comune volontà su cui si fonda detto accordo possa desumersi dal comportamento, rispettivamente, della ricorrente e dei grossisti, descritto in decisione.
- 74 Così, la Commissione espone ('considerando' 155) in decisione che «Bayer Francia e Bayer Spagna hanno violato l'articolo 85, paragrafo 1,» del Trattato e che ricorrono tutte le condizioni che rendono applicabile tale articolo, poiché queste consociate hanno previsto «un divieto di esportazione (...) che si inserisce nel quadro dei loro rapporti commerciali continuativi con i loro clienti». In seguito, essa enuncia ('considerando' 156) che «[l]'analisi del comportamento adottato da Bayer Francia e Bayer Spagna nei riguardi dei loro rispettivi grossisti permette di individuare l'esistenza di un divieto di esportazione impartito da Bayer Francia e Bayer Spagna nel quadro dei loro rapporti commerciali con i rispettivi grossisti» e presenta come dimostrato ('considerando' 176) che i grossisti «hanno accettato implicitamente questo divieto di esportazione».

- 75 Di conseguenza, quando la Commissione, in decisione, si riferisce al «divieto di esportazione», lo concepisce come una pretesa unilaterale che ha formato oggetto di un accordo tra la ricorrente e i suoi grossisti. Se la Commissione ha potuto concludere che si è in presenza di un accordo vietato dall'art. 85, n. 1, del Trattato, è perché ha giudicato assodato che la ricorrente avesse cercato e ottenuto un accordo con i suoi grossisti in Spagna e in Francia, il cui oggetto sarebbe stato di impedire o di restringere le importazioni parallele.
- 76 La ricorrente ammette di aver praticato una politica unilaterale volta a ridurre le importazioni parallele. Essa contesta tuttavia di aver previsto e imposto un divieto di esportazione, asserendo in proposito di non aver mai discusso, né tanto meno concluso un accordo con i grossisti per impedire loro di esportare o per limitarne l'attività di esportazione dei quantitativi consegnati. Inoltre, essa afferma che i grossisti non avrebbero in alcun modo aderito alla sua politica unilaterale, né ne avrebbero mai avuto intenzione.
- 77 Ciò posto, per stabilire se la Commissione abbia sufficientemente dimostrato l'esistenza di una comune volontà tra le parti relativa alla limitazione delle esportazioni parallele, va esaminato se, come sostiene la ricorrente, la Commissione abbia erroneamente valutato le volontà, rispettivamente, della Bayer e dei grossisti.

1. Sull'asserita volontà della ricorrente d'imporre un divieto di esportazione

a) Osservazioni preliminari

- 78 La decisione dà per dimostrato che le consociate francese e spagnola della ricorrente abbiano imposto, rispettivamente, ai grossisti francesi e spagnoli un

divieto di esportazione, che sarebbe stato attuato individuando i grossisti esportatori e praticando ripetuti tagli nei volumi consegnati, se risultava che esportavano in tutto o in parte tali prodotti. Infatti, ai sensi del primo capoverso del 'considerando' 156 della decisione, il divieto di esportazione «si deduce dai seguenti elementi complementari: un sistema di individuazione dei grossisti esportatori (a) e riduzioni successive dei quantitativi forniti da Bayer Francia e da Bayer Spagna nel caso in cui i grossisti esportano la totalità o parte di tali prodotti (b)».

- 79 La Commissione illustra in decisione ('considerando' 160-170) i motivi per i quali ritiene dimostrato che la ricorrente procedesse a «riduzioni successive dei volumi forniti da Bayer Francia e Bayer Spagna nel caso in cui i grossisti esporta[ssero] in tutto o in parte» e che, pertanto, «la fornitura (...) [fosse] subordinata all'osservanza di un divieto di esportazione». La Commissione afferma, in particolare, ('considerando' 160, principio): « Quando i grossisti esportano una parte dei prodotti loro forniti, rischiano di subire, da parte di Bayer Francia e Bayer Spagna, un taglio delle forniture sugli ordinativi successivi». Essa aggiunge ('considerando' 163): «Dagli elementi in possesso della Commissione risulta che la fornitura dei quantitativi accordati da Bayer Francia e Bayer Spagna è subordinata all'osservanza di un divieto di esportazione. La riduzione dei quantitativi forniti da Bayer Francia e Bayer Spagna è modulata da Bayer Spagna e Bayer Francia in funzione del comportamento che i grossisti adottano nei riguardi del citato divieto di esportazione. Se i grossisti violano il divieto di esportazione, essi subiscono un'ulteriore riduzione automatica delle forniture».

- 80 La Commissione conclude ('considerando' 170) osservando:

«Tutti questi comportamenti messi in atto da Bayer Francia e Bayer Spagna mostrano che queste due società hanno costantemente sottoposto i loro grossisti

alla minaccia di riduzione del volume delle forniture, minaccia che è stata ripetutamente eseguita quando i grossisti non rispettavano il divieto di esportare».

b) Sulla portata del sistema di controllo della distribuzione dell'Adalat attuato dalla ricorrente

- 81 La ricorrente ammette di aver potuto disporre, per poter attuare la sua politica che consisteva nell'onorare gli ordinativi solo se questi corrispondevano al fabbisogno tradizionale dei grossisti, di un sistema di controllo generale della distribuzione dell'Adalat. Essa ammette pure che era suo interesse conoscere i grossisti che avevano tendenza a esportare per poter correttamente attuare tale politica. Fa tuttavia valere che il sistema informativo non permetteva l'effettuazione di controlli successivi alla consegna volti a stabilire se i prodotti consegnati fossero stati, o meno, effettivamente esportati. Questo sistema sarebbe unicamente consistito nel rilevare i quantitativi forniti ai grossisti nel corso degli anni precedenti e, su tale base, stabilire in anticipo i quantitativi che essa aveva intenzione di consegnare a ciascun grossista. Di conseguenza, la ricorrente sostiene che la tesi della Commissione secondo cui la Bayer, dopo l'introduzione della sua nuova politica, avrebbe assoggettato le consegne ad ogni grossista alla verifica che i quantitativi consegnati, in base a questa nuova strategia, non fossero stati esportati nel Regno Unito e avrebbe attuato un sistema di sanzioni nei confronti dei grossisti che continuavano le esportazioni, sarebbe errata in fatto.
- 82 Per descrivere il sistema di controllo della distribuzione dell'Adalat attuato dalla ricorrente, la Commissione si fonda sul documento, proveniente dalla Bayer Spagna, riprodotto al 'considerando' 109 della decisione, documento che i suoi funzionari avrebbero trovato negli uffici della Bayer Francia. Questo documento si compone di una serie di lucidi di conferenza usati da un responsabile della consociata spagnola per illustrare, in occasione di un incontro svoltosi nei locali della Bayer Francia, il sistema di controllo della distribuzione dell'Adalat applicato in Spagna. Secondo la Commissione, questo documento fornirebbe una descrizione completa del sistema usato dalla ricorrente per individuare chi tra i suoi clienti effettuava esportazioni.

- 83 La ricorrente ha ammesso, in udienza, che i lucidi descrivono fedelmente il sistema da essa applicato. Trattandosi di un documento che, per sua natura, doveva essere usato esclusivamente all'interno del gruppo Bayer, può essere considerato come rappresentativo del modo in cui la Bayer aveva deciso di affrontare le importazioni parallele.
- 84 Il Tribunale osserva che i lucidi iniziano con un'illustrazione del problema, indicando che il volume degli ordinativi di Adalat ha sfiorato in poche settimane un aumento del 300%, che tale aumento ha causato un esaurimento delle scorte, mettendo in pericolo la copertura distributiva nel paese e generando un diffuso malcontento sia presso i grossisti, sia in seno all'«organizzazione vendite interne e esterne», sia presso i farmacisti, e, infine, che la richiesta pressante di Adalat a ciò conseguente sconvolge il ritmo di produzione.
- 85 In seguito, essi mostrano che la ricorrente ha valutato che la soluzione migliore per affrontare i problemi causati dall'improvviso ed esorbitante aumento degli ordinativi di Adalat consistesse nello stabilire, in anticipo, un limite nelle consegne a ciascun grossista, prendendo in considerazione un insieme di parametri, tra i quali era compresa l'«identificazione di eventuali esportatori». Inoltre, risulta da tali documenti che il gruppo Bayer, per attuare questo sistema di controllo in Spagna, si era preparato a dover discutere dei limiti, fissati per ciascun grossista, dei quantitativi da consegnare. A tal fine, il gruppo aveva previsto, da un lato, una giustificazione unitaria che il livello gerarchico di base della sua divisione distribuzione doveva fornire, vale a dire l'«esaurimento scorte», e, dall'altro, la nomina di un responsabile unico per i rapporti diretti con i grossisti, che avrebbero prevedibilmente insistito per ottenere una revisione dei limiti stabiliti.
- 86 I lucidi dimostrano che, al fine di poter rispettare il limite stabilito per ciascun cliente, il sistema introdotto permetteva un blocco automatico dell'ordinativo del cliente che superasse il quantitativo assegnato, per poter passare a un controllo «manuale» dell'ordinativo. Vi si precisa inoltre che il sistema, tra gli altri, ha anche il vantaggio di consentire l'«individuazione dei grossisti sospetti». Infine,

per quanto riguarda il seguito da dare agli ordini controllati manualmente, dai lucidi risulta che il sistema «riduce la quantità anziché annullare l'ordinativo».

- 87 L'applicazione pratica di tale sistema di controllo è illustrata in modo paradigmatico dal grafico, intitolato «Risultato», contenuto in tali lucidi e ripreso alla fine del 'considerando' 109 della decisione. Risulta da tale grafico che la Bayer Spagna prefissava limiti mensili e annui agli ordinativi di ciascun grossista e che controllava, ad ogni bolla di consegna, se il grossista avesse superato tali limiti.
- 88 Questi lucidi non contengono tuttavia alcun indizio di una volontà della Bayer volta a vietare le esportazioni o a controllare i quantitativi effettivamente esportati da ciascun grossista sorvegliato per reagire di conseguenza.
- 89 Perciò, e contrariamente all'interpretazione sostenuta dalla Commissione, il contenuto di questo documento interno non può essere considerato una dimostrazione del fatto che la ricorrente avesse fondato la sua strategia sul controllo della destinazione finale dei prodotti consegnati e sulla sanzione dei grossisti esportatori.
- 90 Saranno esaminati, in seguito, i vari esempi di grossisti francesi e spagnoli che la Commissione riporta per affermare che i tagli alle forniture non sarebbero stati prestabiliti unilateralmente, ma avrebbero costituito invece la reazione al comportamento dei grossisti in materia di ordinativi, ciò che proverebbe l'esistenza della politica di controllo sistematico delle esportazioni e di sanzione dei grossisti che avevano esportato il prodotto consegnato.
- 91 Per quanto riguarda il caso della CERP Lorraine, la Commissione rinvia alla tabella degli ordinativi fatti da questo grossista francese, illustrata al 'conside-

rando' 87 della decisione. Tale tabella mostrerebbe che questo grossista, che tra il giugno 1991 e il febbraio 1992 aveva effettuato ordinativi mensili oscillanti, in media, tra le 50 000 e le 70 000 confezioni di Adalat, e che pure aveva ricevuto dalla Bayer Francia 69 000 confezioni nel luglio 1991, ne avrebbe ricevute nel settembre 1991 solo 35 000, quindi 15 000 al mese nel trimestre successivo e solo 7 500 nel febbraio 1992. La Commissione sostiene che questi tagli nelle consegne provrebbero che la Bayer non avrebbe sempre usato il solo criterio dei quantitativi di riferimento fissati in funzione degli ordinativi dell'anno precedente.

- 92 Dalla formulazione del 'considerando' 87 della decisione si ricava che dal settembre 1991 la Bayer ha diminuito considerevolmente le sue consegne a questo grossista, rispetto ai mesi che precedevano, e che ha invocato l'esaurimento delle scorte sul mercato francese. Nessun riferimento è tuttavia fatto all'eventuale esportazione dei quantitativi consegnati. Di conseguenza, la Commissione non può avvalersi di questa tabella degli ordinativi per suffragare la sua tesi della consegna condizionata: al contrario, questo 'considerando' della decisione riporta parimenti una lettera della Bayer Francia alla CERP Lorraine nella quale, secondo la Commissione, la Bayer Francia ricorda che «il fabbisogno mensile (medio) di CERP Lorraine ammontava a 9 000 confezioni al mese. Per questo motivo Bayer Francia non sarebbe in grado di soddisfare l'accresciuta domanda nell'anno successivo». Questa affermazione va interpretata come una conferma che, come sostiene la ricorrente, la sua nuova politica di consegna si basava sul fabbisogno tradizionale di ciascun grossista che, nel caso della CERP Lorraine, era tra le sette e le otto volte inferiore ai quantitativi ordinati il mese precedente l'introduzione della nuova politica. La tesi della ricorrente è confermata dal 'considerando' 165 della decisione, che spiega che la Bayer Francia controllava da vicino gli ordinativi della CERP Lorraine e accettava di rifornirla solo nello stretto limite dell'anno precedente.

- 93 Il caso della OCP, grossista francese, richiede la stessa valutazione. Il 'considerando' 91 della decisione illustra la posizione di questo grossista il quale aveva proposto alla Bayer Francia uno scadenzario degli ordinativi che prevedeva la consegna di 50 000 confezioni di Adalat per marzo, aprile e maggio 1992. Vi si menziona un telex indirizzato da questo grossista alla Bayer Francia, in cui le rinfacciava di aver consegnato solo 15 000 confezioni in febbraio e 5 000 in marzo. Ora, in mancanza di ogni menzione o riferimento a un qualsivoglia

divieto di esportazione, la Commissione non può avvalersi di questo telex per suffragare la sua tesi della consegna condizionata.

- 94 Per quanto riguarda la Hefame, grossista spagnolo, la Commissione asserisce che era stata individuata anche come esportatore parallelo. Nel 'considerando' 120 della decisione, che riporta le spiegazioni che la Hefame avrebbe dato ad alcuni clienti insoddisfatti nel Regno Unito, la Commissione sostiene, in particolare, che l'osservazione secondo la quale «(...) le esportazioni parallele [erano] troppo elevate e soggette a controllo multinazionale» (il riferimento sarebbe alla Bayer, secondo la Commissione), proverebbe che la ricorrente aveva il completo controllo della situazione, che conosceva precisamente quali grossisti effettuavano esportazioni parallele e che li sanzionava di conseguenza. Occorre constatare che, sebbene questo documento certamente dimostri che la Bayer aveva ridotto le consegne alla Hefame, il che causava problemi ai clienti di quest'ultima, esso non è tuttavia idoneo a suffragare la tesi della Commissione secondo cui le consegne sarebbero state condizionate alla destinazione ultima del prodotto consegnato, dato che nessuno di questi elementi può essere interpretato come prova di un tentativo della Bayer di vietare l'esportazione del prodotto consegnato e di sanzionare una tale prassi. Al contrario, il fatto che la Bayer si sia limitata a mettere in atto una politica di consegne limitate in base al fabbisogno nazionale risulta essere rinforzata dalle frasi che seguono, tratte dal documento riportato al 'considerando' 120 della decisione:

«Capisco che queste notizie non sono di Vostro gradimento, ma in un anno tutto è cambiato e le esportazioni parallele sono troppo elevate e soggette a controllo multinazionale (...) Già da qualche tempo stiamo incontrando serie difficoltà per ottenere sufficienti quantitativi di [Adalat] (...) e (...) dalla Spagna. (...) Sembra che, ancora una volta, Bayer e (...) stiano facendo tutto il possibile per mantenere la disponibilità dei loro prodotti rigorosamente entro i limiti dei fabbisogni da essi presunti per la Spagna, impedendone di conseguenza il libero scambio all'interno della CE. Esiste una qualche possibilità di azione da parte Vostra contro queste società?»

- 95 Sempre riguardo alla Hefame, i 'considerando' 122-124 della decisione illustrano gli accordi intercorsi tra questo grossista e alcuni piccoli grossisti. Secondo uno di questi accordi, inserito nel fascicolo della Commissione, un piccolo grossista si

impegnava «a contribuire, fornendo i prodotti o i quantitativi degli stessi di cui dispon[esse], a facilitare, insieme a quelli apportati da Hefame, l'approvvigionamento normale e abituale, e nei quantitativi necessari, dei clienti di Hefame all'estero». La Commissione sostiene che se la Hefame ha concluso tali accordi, è perché sapeva che come esportatore parallelo individuato dalla ricorrente non avrebbe ottenuto nuove consegne di Adalat. Questo dimostrerebbe che le consegne non erano effettuate con riferimento a valori o a soglie prestabiliti, dato che certi grossisti non sospetti avrebbero ricevuto senza difficoltà quantitativi maggiori, e che la ricorrente avrebbe distinto molto nettamente tra i grossisti sospettati di effettuare esportazioni parallele e quelli non conosciuti come esportatori paralleli. La decisione spiega infine ('considerando' 124) che la ricorrente avrebbe rapidamente ostacolato una tale distribuzione attuata tra grossisti, identificando anche gli stessi piccoli grossisti come esportatori paralleli e riducendo di conseguenza le consegne loro destinate.

- 96 Il Tribunale osserva che questi estratti documentali dimostrano l'esistenza di accordi intercorsi tra questo grossista e altri grossisti locali per cercar di ottenere confezioni di Adalat aggiuntive rispetto a quelle consegnate direttamente dalla ricorrente. Tuttavia, non producono alcun elemento di prova a sostegno dell'affermazione secondo cui la politica di consegna della ricorrente nei confronti di ciascun grossista si sarebbe adeguata all'effettivo comportamento di quest'ultimo rispetto alla destinazione finale del prodotto consegnato. Contrariamente a ciò che la Commissione asserisce, non si desume dai documenti riportati al 'considerando' 122 della decisione che con la nuova politica le consegne non si effettuassero più in funzione di valori o di soglie prefissati sulla base del fabbisogno tradizionale. Inoltre la Commissione stessa afferma, ai 'considerando' 124 e 168 della decisione, che la Bayer, avendo constatato, nell'applicare la sua nuova politica di attenersi al fabbisogno tradizionale, che i piccoli grossisti si facevano consegnare quantità inusualmente elevate rispetto al loro fabbisogno «normale» rispetto al mercato locale, decideva di effettuare le consegne solo nei limiti del loro fabbisogno tradizionale.

- 97 Per quel che riguarda il caso della Cofares, la Commissione, al 'considerando' 121 della decisione, cita una dichiarazione che questo grossista avrebbe fatto nel corso dell'accertamento svolto dalla Commissione nei suoi uffici.

- 98 Questa dichiarazione si riferisce, da un lato, in generale, alle difficoltà sollevate da vari laboratori per effettuare consegne di prodotti destinati all'esportazione, e dall'altro, in particolare, alle discussioni tra la Cofares e la Bayer Spagna riguardo all'ampiezza del fabbisogno del suo mercato nazionale. Tuttavia, pur riferendosi alle difficoltà d'approvvigionamento, non fa nessun accenno a qualsivoglia divieto di esportazione imposto dalla Bayer, né a un tentativo di quest'ultima di controllare la reale destinazione dei prodotti consegnati in Spagna al fine di poter prendere le opportune contromisure nel caso fossero esportati. Di conseguenza, neppure la Commissione può basarvisi per sostenere la sua tesi delle consegne condizionate.
- 99 Per quanto riguarda la Hufasa, il 'considerando' 127 della decisione riporta il resoconto, steso da questo grossista, di una riunione effettuata con i dirigenti della Bayer Spagna per cercar di ottenere consegne più consistenti, documento cui la Commissione attribuisce un valore particolare (v. 'considerando' 166 e 167 della decisione) al fine di poter dimostrare il divieto di esportazione.
- 100 Si deve tuttavia constatare che questo documento della Hufasa non contiene alcun riferimento né a un divieto di esportazione imposto dalla ricorrente né a un'asserita attuazione da parte di quest'ultima di una politica di controllo sistematico a posteriori delle reali destinazioni del prodotto consegnato. Contrariamente a quanto sostiene la Commissione, non vi è niente in questo documento da cui si ricavi che la Hufasa avesse bisogno di far capire alla Bayer che non avrebbe effettuato esportazioni.
- 101 Si deve inoltre rilevare che la decisione stessa illustra gli elementi di fatto ('considerando' 96 e 159) che rafforzano la tesi della ricorrente riguardo alla politica di consegne attuata. Infatti, quando al 'considerando' 96 essa espone che «Bayer Francia accetta una variazione, considerata normale, del 10% circa del fabbisogno francese», la decisione stessa contraddice la tesi della Commissione

secondo cui la Bayer non si sarebbe comportata in tal modo. Si può fare la stessa osservazione al 'considerando' 159, che, riferendosi ai 'considerando' 78 e 79, spiega che «la Commissione dispone inoltre di documenti sotto forma di elenchi che indicano mensilmente i quantitativi ordinati e il loro incremento rispetto alle statistiche elaborate per l'anno precedente».

- 102 Nel caso in esame, infine, la Commissione non può opporre all'affermazione della ricorrente secondo cui i quantitativi di prodotto da consegnare erano fissati in anticipo sulla base del fabbisogno storico dell'interessato, aumentato del 10% e a prescindere da qualsiasi eventuale esportazione del prodotto, il fatto che una tale politica possa non esser sempre stata applicata in modo esatto o automatico. A tal proposito va rilevato che, come ha precisato la ricorrente in udienza, poiché l'attuazione della nuova politica di consegne aveva un ritardo di qualche mese, può darsi che alcuni grossisti che avevano ricevuto ingentissimi quantitativi di prodotto dopo la sua adozione, si siano in seguito visti tagliare le forniture nei limiti corrispondenti al loro fabbisogno tradizionale stabilito in base alle statistiche interne del gruppo Bayer. Così sarebbe appunto avvenuto nel caso della CERP Lorraine (descritto al 'considerando' 87 della decisione) la quale, all'inizio del 1991, aveva ricevuto l'intero ordinativo di oltre 60 000 confezioni mensili di Adalat, mentre in seguito ne otteneva solo 9 000, quantità corrispondente ai suoi ordinativi anteriori all'insorgere del fenomeno delle importazioni parallele. La circostanza poi che i grossisti non riconosciuti come esportatori dalla ricorrente potessero ottenere quantitativi supplementari con più facilità dei grossisti considerati esportatori, ipotesi che la ricorrente non pare di per sé contestare, non può infirmare l'analisi che precede circa l'assenza di prove dell'asserita politica di controllo delle esportazioni veramente effettuate e di sanzione dei suoi autori.

- 103 Per quanto riguarda i documenti asseritamente probanti descritti nei particolari ai 'considerando' 83-85 e 96-103 della decisione, per quanto riguarda la Francia, e ai 'considerando' 110-131 per quanto riguarda la Spagna, ai quali rinvia il 'considerando' 160 della decisione per suffragare la tesi della Commissione, è sufficiente constatare che, proprio come nei documenti contenuti nei 'conside-

rando' appena esaminati, essi non contengono assolutamente nessuna dimostrazione che la Bayer abbia attuato una politica di consegne condizionate all'osservanza di un preteso divieto di esportazione.

104 Nel corso dell'udienza, in risposta a un quesito del Tribunale, la Commissione ha fatto rinvio ai 'considerando' 80, 110, 140 e 147 della decisione per suffragare la sua tesi della consegna condizionata all'osservanza del divieto di esportazione.

105 Questi 'considerando' della decisione riproducono la corrispondenza scambiata tra i responsabili delle consociate britannica e francese, tra la consociata spagnola e la casa madre del gruppo Bayer, tra la consociata britannica e la citata casa madre, così come una nota interna del comitato di direzione della Bayer Francia. Tutti questi documenti riguardano l'attuazione da parte del gruppo Bayer della sua nuova politica di consegne e del sistema di controllo della distribuzione dell'Adalat per far fronte al fenomeno delle importazioni parallele. Tali documenti provano che il gruppo Bayer aveva interesse a individuare i grossisti che avevano tendenza a esportare. Tuttavia, in mancanza di qualsiasi riferimento nei citati documenti a una qualsiasi volontà di controllare il comportamento di ciascun grossista e di sanzionarlo se fosse risultato che aveva esportato i prodotti consegnati, la Commissione non può fondarsi sugli stessi per suffragare la sua tesi.

106 In definitiva, gli argomenti invocati dalla Commissione e basati sulla percezione soggettiva della situazione da parte dei grossisti non sono tali da modificare le conclusioni suesposte quanto alla pretesa volontà della ricorrente di imporre un divieto di esportazione e di sanzionare la mancata osservanza dello stesso.

107 La Commissione adduce che i grossisti conoscevano i motivi della ricorrente e che, pertanto, consideravano le restrizioni imposte dalla Bayer come legate alle

esportazioni. Essa aggiunge che i grossisti avevano tutto l'interesse al rispetto formale del divieto di esportazione e che quindi accettavano questo divieto per assicurarsi un approvvigionamento sufficiente di Adalat. L'istituzione convenuta fa valere, insomma, che i grossisti, se non avessero rispettato il divieto di esportazione, si sarebbero esposti a minacce e sanzioni da parte della Bayer.

108 Tuttavia, come è stato appena dichiarato, la Commissione non ha dimostrato che la ricorrente abbia attuato una strategia di controllo della destinazione finale del prodotto consegnato in base ai suoi nuovi criteri di azione e di consegna condizionata a tale destinazione. Di conseguenza, l'argomento secondo cui i grossisti avrebbero avuto tutto l'interesse al rispetto formale del divieto di esportazione per assicurarsi un approvvigionamento sufficiente di Adalat è errato in fatto. Inoltre, la Commissione non ha sufficientemente dimostrato l'esistenza di sanzioni nei confronti dei grossisti che avevano deciso di esportare le confezioni di Adalat e delle relative minacce da parte della Bayer. La Commissione non ha neppure prodotto elementi di prova volti a dimostrare, ancorché in forma indiziaria, che la Bayer «esigesse» che i grossisti non esportassero il prodotto consegnato o che essi dessero «assicurazioni» alla Bayer riguardo alle esportazioni. Al contrario, come sostiene la ricorrente, mancando ogni controllo sulla destinazione finale del prodotto consegnato, i grossisti non dovevano temere le sanzioni e non le temevano, come risulta dalla dichiarazione di un grossista, citata al 'considerando' 185 della decisione: «L'importante è ciò che si ottiene e non ciò che si ordina». Date le circostanze, il fatto che i grossisti sapessero che la ricorrente voleva impedire le importazioni parallele non è atto a dimostrare il preteso rapporto tra i tagli alle forniture e il comportamento dei grossisti in materia di esportazione.

109 Visto quanto precede, si può concludere che la Commissione non ha sufficientemente dimostrato né che la Bayer Francia e la Bayer Spagna abbiano imposto un divieto di esportazione ai loro rispettivi grossisti, né che la Bayer abbia introdotto un controllo sistematico della reale destinazione finale delle confezioni di Adalat consegnate dopo l'adozione della sua nuova politica di consegne, né che la ricorrente abbia esercitato una politica fatta di minacce e sanzioni nei confronti dei grossisti esportatori, o che abbia subordinato la consegna di tale prodotto all'osservanza di tale asserito divieto di esportazione.

- 110 Infine, non risulta neppure dai documenti riportati in decisione che la ricorrente abbia cercato di ottenere un qualsivoglia accordo con i grossisti riguardante l'attuazione della sua politica volta a ridurre le importazioni parallele.

2. Sulla pretesa volontà dei grossisti di aderire alla politica della ricorrente volta a ridurre le importazioni parallele

a) Osservazioni preliminari

- 111 La ricorrente ammette, nella fattispecie, di aver adottato e attuato una nuova politica di consegne volta a rendere più difficili ai grossisti le esportazioni parallele. Come già ricordato, secondo la giurisprudenza, un comportamento apparentemente unilaterale del produttore, adottato nell'ambito delle relazioni contrattuali intrattenute con i suoi rivenditori, può essere davvero fonte di un accordo tra imprese ai sensi dell'art. 85, n. 1, del Trattato, se si dimostra che le altre parti hanno assentito, espressamente o tacitamente, al comportamento adottato dal produttore.
- 112 La Commissione sostiene che, per l'introduzione della sua politica di restrizione delle forniture, la ricorrente contava sull'assenso dei grossisti.
- 113 Pertanto, nelle circostanze del caso in esame, va esaminato se la Commissione abbia sufficientemente dimostrato l'adesione espressa o tacita dei grossisti alla politica unilaterale d'impedimento delle importazioni parallele adottata dalla Bayer.

b) Sulla prova dell'«accettazione implicita» dei grossisti

- 114 La Commissione afferma, al 'considerando' 176 della decisione, che i grossisti avrebbero «accettato implicitamente questo divieto di esportazione», comportamento descritto nei particolari ai 'considerando' 181-185. Essa è giunta a tale conclusione dopo aver considerato una serie di elementi di fatto che ritiene dimostrati.
- 115 In primo luogo, la Commissione ricorda ('considerando' 180), da un lato, che i grossisti sarebbero stati a conoscenza del divieto di esportazione, circostanza che sarebbe stata «presente [*déterminante*” nella versione francese della decisione] nel caso Sandoz» e vista la quale, secondo la Commissione, la «semplice assenza di reazione da parte [dei grossisti] a questo divieto di esportazione ha permesso di considerare che essi accettavano il divieto e che sussistevano gli elementi costitutivi necessari per l'esistenza di un accordo» e che, dall'altro, come in quel caso, il divieto di esportare si inserirebbe nel quadro delle relazioni commerciali continuative tra la Bayer Francia e la Bayer Spagna e i loro rispettivi grossisti.
- 116 In secondo luogo, essa rileva ('considerando' 180) che, nel caso in esame, quale elemento supplementare rispetto agli elementi considerati pertinenti nella causa che ha portato alla sentenza Sandoz, «il comportamento stesso dei grossisti» mostrerebbe «che essi non solo hanno compreso che le merci loro fornite erano soggette ad un divieto di esportazione ma inoltre [hanno allineato] il loro comportamento su questo divieto».
- 117 La Commissione considera dimostrato il detto «allineamento del comportamento dei grossisti sulle esigenze di Bayer Francia e Bayer Spagna» prendendo le mosse dalla constatazione che, una volta comprese le vere intenzioni della Bayer Francia e della Bayer Spagna, i grossisti avrebbero mostrato di aderire «almeno in apparenza, (...) alla condizione del divieto di esportazione stabilita dal loro

fornitore nel quadro dei loro rapporti commerciali» ('considerando' 181). I grossisti, infatti, si sarebbero adattati, nell'impostare i loro ordinativi, alla pretesa della Bayer Francia e della Bayer Spagna, come dimostrerebbero i vari sistemi utilizzati per essere approvvigionati, in particolare ripartendo gli ordinativi destinati all'esportazione sulle varie agenzie e inoltrando ordinativi tramite altri piccoli grossisti ('considerando' 182).

- 118 Stando alla decisione ('considerando' 183 e 184), i grossisti «hanno iniziato a rispettare le “quote” nazionali imposte dai rispettivi fornitori, negoziando duramente per gonfiarle al massimo, piegandosi in tal modo alla rigorosa applicazione e osservanza delle cifre considerate da Bayer Francia e Bayer Spagna normali per l'approvvigionamento del mercato nazionale». Questo atteggiamento dimostrerebbe che essi «conoscevano i veri motivi di Bayer Francia e Bayer Spagna e i meccanismi istituiti da queste società per contrastare le esportazioni parallele: essi [si sono adeguati] al sistema introdotto dal loro contraente in modo da rispettare le esigenze di quest'ultimo».
- 119 In primo luogo va tuttavia ricordato che, come già dichiarato, la Commissione non ha sufficientemente dimostrato né che la Bayer abbia introdotto una politica di controllo sistematico della reale destinazione finale delle confezioni di Adalat consegnate, né l'esercizio di una politica fatta di minacce e sanzioni nei confronti dei grossisti esportatori, né, di conseguenza, che la Bayer Francia e la Bayer Spagna abbiano imposto un divieto di esportazione ai loro rispettivi grossisti, né, infine, che la consegna di tale prodotto fosse subordinata all'osservanza di tale asserito divieto di esportazione.
- 120 In secondo luogo, da nessun elemento del fascicolo si desume che la Bayer Francia e la Bayer Spagna abbiano preteso dai grossisti un qualsivoglia comportamento riferito alla destinazione ultima delle confezioni di Adalat consegnate o l'osservanza di una determinata modalità per l'effettuazione degli ordinativi,

dato che la loro politica è consistita solamente nella restrizione unilaterale delle consegne previa fissazione dei quantitativi da consegnare sulla base del fabbisogno tradizionale.

- 121 Infine, la Commissione non ha dimostrato che la ricorrente abbia tentato di concludere un accordo o di ottenere l'assenso dei grossisti per l'attuazione della sua politica. Essa non ha neppure sostenuto che la Bayer abbia cercato di fare in modo che i grossisti mutassero il modo di formulare gli ordinativi.
- 122 Ne consegue che quanto affermato nei 'considerando' 181-185 della decisione, su cui la Commissione si fonda per ritenere che i grossisti si siano adeguati al preteso divieto di esportazione, è errato in fatto, dato che si basa su circostanze di fatto che non sono state dimostrate.
- 123 Poiché la Commissione non dispone, nel caso in esame, di alcun documento che si riferisca espressamente a un accordo sulle esportazioni tra la Bayer e i suoi grossisti per dimostrarne la comune volontà, essa asserisce di aver seguito la tesi giurisprudenziale, secondo la quale andrebbe esaminato l'effettivo comportamento dei grossisti per accertarne l'assenso. Infatti, come indicato dalla stessa al 'considerando' 180 della decisione: «Nella presente fattispecie, (...) il comportamento stesso dei grossisti mostra che essi non solo hanno compreso che le merci loro fornite erano soggette ad un divieto di esportazione ma inoltre [hanno allineato] il loro comportamento su questo divieto». Per la ricorrente, viceversa, sarebbe appunto il loro comportamento la miglior prova della mancanza di una comune volontà.
- 124 Perciò, date le circostanze del caso in esame, va esaminato se, considerato il reale comportamento dei grossisti successivo all'adozione, da parte della ricorrente, della sua nuova politica di restrizione delle forniture, la Commissione potesse concludere che essi vi avessero assentito.

i) Il comportamento dei grossisti francesi

- 125 A titolo introduttivo, va ricordato che nel 'considerando' 96 della decisione la Commissione dà una descrizione generale delle modalità esperite dai tre grossisti francesi per cercare di essere riforniti:

«I tre grossisti hanno utilizzato lo stesso metodo: essi cessano di impartire ordinativi per l'esportazione e si organizzano sul piano interno per aumentare gli ordinativi ufficialmente destinati al mercato francese.

Bayer Francia accetta una variazione, considerata normale, del 10% circa del fabbisogno francese. I grossisti operano tramite una serie di agenzie locali ripartite sul territorio nazionale le quali eseguono normalmente le consegne a livello locale.

Gli ordinativi Francia impartiti dalle singole agenzie aumentano e non contengono, nei riguardi di Bayer Francia, alcuna indicazione sulla destinazione finale. Si tratta di far credere a Bayer Francia che la domanda Francia è aumentata, ripartendola sulle varie agenzie. I quantitativi destinati in realtà all'esportazione sono in seguito dirottati a livello interno al grossista in vista dell'esportazione».

- 126 I 'considerando' 97-101 della decisione, consacrati alla strategia usata dal grossista CERP Rouen per eludere la politica di restrizione delle consegne instaurata dalla Bayer, riportano varie lettere scambiate dall'ottobre 1991 al gennaio 1992 tra il servizio centrale acquisti della CERP Rouen e i direttori delle agenzie locali del gruppo, per ottenere le confezioni supplementari di Adalat di

cui aveva bisogno l'agenzia di Boulogne, incaricata all'interno del gruppo dell'esportazione verso il Regno Unito. Tuttavia, contrariamente a quanto asserisce la Commissione, i passaggi di tali documenti non sono idonei a provare che tale grossista abbia accettato di non esportare più, di ridurre i suoi ordinativi o di limitare le sue esportazioni, né che abbia cercato di dare l'impressione alla Bayer di volerlo fare. La sola immagine che essi offrono è quella di un'impresa che reagisce per cercare di continuare, nei limiti del possibile, la sua attività d'esportazione. Non vi è alcun riferimento diretto né alcun indizio che richiami una volontà di allinearsi alla politica della Bayer volta a ostacolare le esportazioni, ben conosciuta dal grossista, come indicato al 'considerando' 94 della decisione.

- 127 L'esame dei documenti riguardanti il caso della CERP Lorraine e della OCP, contenuti ai 'considerando' 102 e 103 della decisione, non fa che confermare tale analisi. Va d'altronde osservato che il 'considerando' 102 dimostra che la CERP Lorraine è riuscita, malgrado le difficoltà causate dall'atteggiamento della Bayer, a ottenere quantitativi da esportare non trascurabili. Infatti, tale 'considerando' contiene un passaggio di un rapporto interno della CERP Lorraine, il cui estensore sostiene quanto segue:

«Anche se non vedo un esito favorevole a breve termine per quanto riguarda le forniture di Bayer (riusciamo a ottenere alcuni quantitativi minimi del prodotto tramite le agenzie) penso che il budget dovrebbe poter essere realizzato alla fine dell'esercizio.»

- 128 I documenti riportati ai 'considerando' 105, 106 e 107 depongono in senso contrario rispetto alla tesi sostenuta dalla Commissione, dato che dimostrano che i grossisti CERP Lorraine e CERP Rouen in verità non hanno realmente adeguato i loro ordinativi alla nuova politica di restrizione delle consegne attuata dalla Bayer. Infatti, in essi si spiega che i laboratori Bayer «ostacolano le forniture di Adalate» chieste dalla CERP Lorraine ('considerando' 105); che per la CERP Rouen all'inizio del 1992 la domanda era salita «fino a 50 000 confezioni al mese» ma che essa ha potuto soddisfarla «solo entro i limiti di 7 000 confezioni»

(‘considerando’ 106), e che l’iniziale piano previsionale degli ordinativi trasmesso dalla OCP alla Bayer raggiungeva le 50 000 confezioni mensili, per febbraio e marzo 1992, ma che le sono state consegnate solo 15 000 confezioni in febbraio e 5 000 in marzo (‘considerando’ 91 e 107).

- 129 Ne consegue che i passaggi riportati ai ‘considerando’ 96-107 della decisione non sono idonei a suffragare la tesi dell’assenso espresso o tacito che i grossisti francesi avrebbero dato alla politica attuata dalla Bayer. Tali passaggi non provano alcuna predisposizione ad aderire in qualsivoglia maniera alla politica di impedimento delle esportazioni parallele attuata dalla Bayer. Al contrario, valgono come prova che questi grossisti hanno tenuto un comportamento che dimostra la loro ferma e costante volontà di combattere una politica fondamentalmente contraria ai loro interessi.

ii) Il comportamento dei grossisti spagnoli

- 130 Neppure per quanto riguarda i grossisti spagnoli emergono, dal contenuto dei ‘considerando’ 113-130 della decisione, elementi tali da suffragare la tesi del tacito assenso avanzata dalla Commissione.
- 131 Va anzi rilevato che i ‘considerando’ 115, 118, 119 e 120 depongono in senso contrario a tale tesi. Risulta, infatti, da questi ‘considerando’, da un lato, che la Bayer Spagna ha tenuto ferma la sua politica di restrizione delle consegne a livello del fabbisogno tradizionale e che, dall’altro, i grossisti erano molto irritati per le perdite che loro causava l’impossibilità di ottenere i quantitativi necessari per corrispondere alle richieste dei clienti britannici. Si deve sottolineare, in particolare, il ‘considerando’ 115, che riporta alcuni passaggi tratti dai documenti scambiati tra la CERP Rouen e la Comercial Genové, sua consociata spagnola: «Desidero avere ogni settimana per l’Adalat e (...) la copia dei buoni di ordinazione ai laboratori nonché i buoni di consegna corrispondenti a questi

ordinativi. Cerco di montare un dossier solido nei riguardi dei laboratori (...); [c]on riferimento al vostro fax odierno riguardante i laboratori (...) e Bayer, vi do la mia parola che tento l'impossibile per ottenere un approvvigionamento superiore ai nostri bisogni. Detti laboratori rifiutano qualsiasi tipo di ragionamento. Essi sanno che i quantitativi che ci forniscono sono sufficienti per coprire ampiamente i bisogni del mercato spagnolo». Parimenti, le citazioni contenute al 'considerando' 118 — «(...) non ci forniscono tutti i quantitativi di cui abbiamo bisogno. Abbiamo scorte soltanto per il nostro mercato» — e al 'considerando' 119 — «(la Bayer) non ci consegna i quantitativi da noi ordinati» — dimostrano che, contrariamente a quel che la Commissione asserisce, i grossisti non hanno adeguato la loro politica degli ordinativi alla nuova situazione e hanno continuato a chiedere quantitativi superiori ai loro bisogni tradizionali.

132 Va ora esaminato il caso di ciascun grossista spagnolo coinvolto nella decisione.

133 Per quanto riguarda la Cofares, il grossista principale in Spagna, al 'considerando' 121 la decisione enuncia che la prova del suo assenso sarebbe contenuta nella dichiarazione resa dai responsabili di questa società nel corso di un'ispezione effettuata dalla Commissione negli uffici di quest'ultima. Il dirigente della Cofares avrebbe dichiarato che «[l]'attività di esportazione di Cofares [era] trascurabile rispetto al suo fatturato complessivo date le difficoltà che determinati laboratori (tra questi Bayer) [facevano] quando si tratta[va] di fornire prodotti destinati all'esportazione» e che «[q]uando Bayer fissò per Cofares un contingente di Adalat che in principio era nettamente insufficiente per coprire le necessità del suo mercato nazionale, il direttore responsabile delle vendite avvertì Bayer di una possibile denuncia di tali restrizioni di vendita. A partire da questo momento Bayer ha fornito a Cofares quantitativi sufficienti per il consumo nazionale di detto prodotto».

134 Contrariamente a quanto la Commissione asserisce, da questo documento non si può desumere «che Cofares si è piegata alla richiesta di Bayer Spagna di limitarsi al suo mercato nazionale».

- 135 La prima frase, secondo la quale la trascurabile attività di esportazione rispetto al fatturato sarebbe stata determinata dalle difficoltà che alcuni laboratori facevano a consegnare prodotti destinati all'esportazione, non costituisce in sé una prova diretta di un accordo di non esportazione delle confezioni di Adalat ricevute, intercorso tra questo grossista e la Bayer Spagna. Il fatto che le esportazioni fossero trascurabili non può far ritenere che esse fossero inesistenti o che fossero cessate. Viceversa, quest'affermazione può dimostrare che, almeno in parte, la Cofares ha continuato le esportazioni. Il fatto che, contrariamente a quanto verificatosi con gli altri grossisti, non risulti dalla decisione che la Cofares abbia attuato una strategia di elusione della politica della Bayer non vale a invertire l'onere della prova, che continua a restare a carico della Commissione, dell'assenso prestato alla nuova politica della Bayer. Ora, trattandosi, con il 20,6% di quota di mercato (secondo il 'considerando' 112 della decisione) del maggior grossista in Spagna, la Commissione non poteva ritenere che la dichiarazione riportata al 'considerando' 121 provi che la Cofares si sia piegata alla richiesta della Bayer Spagna di restare nel suo mercato nazionale, senza aver verificato se la Cofares avesse una rilevante tradizione di esportazione e senza considerare l'eventualità che, più semplicemente, la Cofares avesse deciso di riservare alle esportazioni un'attenzione molto secondaria; tale decisione poteva infatti apparire come la più ragionevole, una volta accertata la difficoltà di ottenere quantitativi aggiuntivi del prodotto rispetto ai bisogni usuali. Ciò appare tanto più convincente se si pensa che la decisione non tiene conto dell'importanza relativa che l'Adalat aveva sul totale delle vendite della Cofares.
- 136 Quest'affermazione del dirigente della Cofares, inoltre, più che costituire un indizio della pretesa adesione a un asserito divieto di esportazione, induce a constatare che la politica di restrizione delle consegne della Bayer, unitamente alle difficoltà sollevate da altri laboratori, aveva indotto questo grossista a pensare all'esportazione solo dopo aver assicurato un rifornimento adeguato del mercato nazionale. Quest'interpretazione appare più plausibile di quella della Commissione, tenuto conto, in particolare, del fatto che i grossisti hanno l'obbligo di assicurare una distribuzione adeguata e costante del prodotto sul mercato nazionale e che qui si tratta del primo grossista nazionale.
- 137 Secondo il 'considerando' 137 della decisione, le cifre corrispondenti alle vendite all'esportazione tra il 1989 e il 1993, fornite dalla Cofares su richiesta della Commissione, dimostrerebbero che le vendite all'esportazione «si [mantenevano] ad un livello minimo» e questo proverebbe che «Cofares [aveva] accettato il regime imposto da Bayer Spagna limitando la sua attività strettamente al mercato nazionale spagnolo».

138 Tuttavia, l'esame di queste cifre fa piuttosto emergere il contrario, dato che, pur certamente trattandosi di una percentuale minima del totale delle vendite della Cofares, la percentuale corrispondente all'Adalat cresce continuamente nel corso degli anni, con un orientamento irregolare, ma costante, come dimostrato dal fatto che la percentuale più bassa sui cinque anni considerati è proprio quella del primo anno, vale a dire il 1989. Va infine aggiunto che difficilmente la Commissione poteva trarre la conclusione suesposta, senza conoscere i dati relativi agli anni precedenti il 1989, ossia al periodo immediatamente precedente l'instaurazione da parte della Bayer Spagna della sua politica di restrizione delle consegne. Senza queste informazioni, non è possibile stabilire se la Cofares abbia modificato la sua tendenza all'esportazione di questo prodotto, dopo l'introduzione della detta politica della Bayer.

139 Per quanto riguarda il passaggio della dichiarazione che si riferisce alle discussioni intercorse tra il dirigente della Cofares e la Bayer Spagna, si deve esaminare se, in mancanza di ogni riferimento diretto o indiretto alla libertà di esportazione dei quantitativi ricevuti, il fatto che le parti si siano accordate per aumentare i quantitativi da consegnare rispetto a quelli che la Bayer aveva inizialmente assegnati al grossista per assicurare il fabbisogno nazionale, dimostri che i grossisti avevano assentito alla politica della ricorrente di rendere più difficili le esportazioni parallele. Il 'considerando' 143 della decisione contiene un passaggio tratto da un documento che, anche se non è stato direttamente invocato dalla Commissione con riferimento al presente problema, va evidenziato dato che si tratta di un memorandum interno della Bayer Spagna che fa anche riferimento al contingente inizialmente concesso dalla ricorrente alla Cofares per coprire il suo fabbisogno nel mercato nazionale.

140 Da tale memorandum interno risulta che la Bayer Spagna e la Cofares hanno discusso dei quantitativi minimi da fornire per permettere al grossista di far fronte alle sue esigenze di crescita e penetrazione nel mercato nazionale e che si sono accordate sulle cifre corrispondenti a tali esigenze. Pare certo che la Bayer Spagna abbia assicurato alla Cofares che le consegne sarebbero state almeno corrispondenti a tali quantitativi. Risulta anche chiaramente che la Bayer Spagna era pronta a prevedere, se fossero emersi problemi di approvvigionamento del mercato nazionale, una modifica dei livelli di fornitura ridotti inizialmente adottati, dato il suo obbligo giuridico e morale di assicurare una distribuzione adeguata dei suoi prodotti sul mercato spagnolo.

141 Tuttavia in questo memorandum interno non vi è il benché minimo riferimento a un'insidia alla libertà della Cofares di destinare all'esportazione i prodotti ricevuti dopo i colloqui relativi al livello del fabbisogno nazionale. È perciò senza alcun fondamento l'asserzione della Commissione secondo cui la Cofares sarebbe stata rifornita solo dopo aver assicurato alla ricorrente che le consegne sarebbero state unicamente destinate al mercato interno. Va infine rilevato che nel corso del negoziato, la Bayer Spagna ha fatto valere che le farmacie spagnole non rifornite dai grossisti erano direttamente rifornite dal produttore. Orbene, questa circostanza non mostra affatto che la Bayer Spagna intralciasse o sanzionasse i grossisti allorché essi decidevano di esportare il prodotto, anche a costo di trascurare una parte del mercato nazionale, ma pare piuttosto dimostrare che per questo aspetto il produttore li copriva.

142 Date le circostanze, si deve concludere che né il documento a cui fa riferimento il 'considerando' 143 della decisione, né la dichiarazione del dirigente della Cofares ripresa al 'considerando' 121 della stessa possono essere interpretati come prova dell'asserita «pretesa» della Bayer Spagna che la Cofares restasse sul mercato nazionale, o di una qualsivoglia accettazione da parte della Cofares di una tale pretesa.

143 La decisione spiega in seguito ('considerando' 122) come il grossista spagnolo Hefame abbia messo in atto un sistema per rifornirsi di confezioni di Adalat destinate all'esportazione. Essa illustra con dovizia di particolari un accordo tipo denominato «Protocollo di collaborazione per i mercati esteri» che la Hefame aveva concluso con numerosi piccoli grossisti al fine di ottenere quantitativi maggiori di medicinali interessanti per l'esportazione, tra cui l'Adalat. Orbene, non c'è nulla in questo documento che mostri un atteggiamento favorevole della Hefame a una qualsiasi forma di assenso alla nuova politica della Bayer.

144 Per quanto riguarda le consociate spagnole della CERP Rouen, la descrizione del comportamento della Comercial Genové, dell'Hufasa e della Disdasa, fatta ai 'considerando' 125-129 della decisione, conferma che manca la prova di una qualsivoglia comune volontà o di un assenso alla politica di impedimento delle importazioni parallele.

145 La Commissione stessa sottolinea infatti al 'considerando' 126 della decisione:

«Da documenti reperiti presso Comercial Genové risulta che CERP Rouen si è avvalsa delle sue filiali spagnole Comercial Genové, Hufasa e Disdasa, per soddisfare la domanda britannica. CERP Rouen si è dunque comportata come un gruppo internazionale che sfruttava tutte le possibilità, sia in Francia che in Spagna, per ottenere i quantitativi necessari per i suoi clienti britannici. In questo sistema le filiali spagnole sono state utilizzate allo stesso modo che le agenzie regionali francesi: esse sono state invitate ad aumentare in maniera plausibile i loro ordinativi per il mercato spagnolo e i [quantitativi] così riuniti sono stati forniti ai clienti britannici per conto di CERP Rouen».

146 La decisione prende poi in considerazione il grossista Hufasa ('considerando' 127), illustrando il resoconto di una riunione tenutasi tra quest'ultimo e la Bayer Spagna che dimostrerebbe: «Hufasa accetta (...) completamente gli argomenti di Bayer Spagna: occorre concentrarsi sulle vendite nazionali». In proposito la Commissione cita, nello specifico, il seguente passaggio: «(...) avendo raggiunto un'intesa con Bayer per mantenere forniture più consistenti di Adalat, ho detto che non era opportuno fare apparire delle cifre che non sarebbero state accettate per Hufasa in quanto non plausibili e che rivelavano l'interesse a realizzare un volume rilevante di esportazioni».

147 Da questo resoconto risulta che vi è stata una conversazione tra un rappresentante della Hufasa e alcuni dirigenti della Bayer Spagna, nel corso della quale questi ultimi hanno rifiutato la fornitura dei quantitativi richiesti, dando a motivo che essi rappresentavano il 50% del mercato nazionale ed erano molto superiori a quanto ordinato dalle imprese della stessa zona; che il rappresentante della Hufasa ha reagito, sottolineando che quest'impresa aveva bisogno di quantitativi più consistenti di Adalat, in particolare per il motivo che la valutazione del fabbisogno per il mercato nazionale era stata effettuata sulla base del fabbisogno risultante dai registri di un esercizio atipico nel corso del quale il grossista di cui trattasi aveva attraversato una crisi che si era riflessa nel livello particolarmente basso di acquisti di Adalat e che, a seguito di questa conversazione, la Bayer si

sarebbe impegnata a rivedere gli importi massimi di consegna e a portarli ai livelli di un altro grossista non meglio indicato.

- 148 Orbene, questo resoconto dimostra chiaramente che le reali intenzioni e l'effettivo comportamento delle filiali spagnole del gruppo CERP Rouen sono lontanissime dalla volontà di piegarsi o di allinearsi alla politica della Bayer di impedire le importazioni parallele. Basti, in proposito, citare la parte che segue il già citato passaggio del detto resoconto e di leggerla nel contesto della strategia di gruppo della CERP Rouen: «Ho considerato che fosse più importante ottenere un volume di Adalat per l'esportazione con dati molto credibili piuttosto che mantenere un livello molto elevato di ordinativi che in seguito però non [sarebbero] stati evasi. L'importante è quel che si ottiene non quello che si ordina. Questa è probabilmente la ragione per la quale (...) ordina meno del previsto». Inoltre, se è vero che il resoconto riportato mostra che questa società ha duramente negoziato con la Bayer Spagna per farle ammettere che i suoi bisogni nazionali tradizionali erano più elevati e che era necessario soddisfarli, questa circostanza non può essere usata per suffragare la seguente affermazione della Commissione: «Hufasa accetta (...) completamente gli argomenti di Bayer Spagna: occorre concentrarsi sulle vendite nazionali».

- 149 Infine, se il dirigente della Hufasa si riferisce nel suo resoconto a «un'intesa con Bayer per mantenere forniture più consistenti di Adalat», intesa che il grossista spagnolo avrebbe stretto con la Bayer Spagna, risulta chiaramente dal tenore letterale di quest'affermazione e dal contesto in cui la stessa si colloca che le parti si sono limitate a negoziare la determinazione esatta dei quantitativi che il grossista chiedeva tradizionalmente, criterio in base al quale la ricorrente aveva deciso di modulare la sua nuova politica di consegna, e la revisione verso l'alto delle cifre del fabbisogno nazionale e, di conseguenza, dei quantitativi che spettavano alla Hufasa applicando tale criterio. Dato che la frase: «Ciò (...) faceva [loro] supporre che una proporzione importante dei prodotti era destinata all'esportazione» non è che una valutazione soggettiva del dirigente della Hufasa, essa non può essere considerata come una dimostrazione dell'intenzione della Bayer di intavolare la questione della destinazione effettiva dei quantitativi consegnati. Inoltre, ad ogni buon conto, tale affermazione non è atta a

contraddire il senso generale del resoconto, che non si limita a riflettere le difficoltà che la Bayer Spagna incontrava nell'attuazione della sua nuova politica di riduzione delle consegne e nel quale, per il resto, non c'è niente che permetta di stabilire che la Bayer Spagna e la Hufasa si siano intese per limitare o impedire in qualsiasi modo le esportazioni parallele delle confezioni di Adalat consegnate. La mancanza di una comune volontà a proposito delle esportazioni è corroborata, d'altronde, dal testo stesso di questo 'considerando' della decisione, dove la Commissione afferma: «Il resoconto della riunione è tuttavia esplicito: tale negoziazione condotta presso Bayer Spagna su argomenti di mercato interno è per Hufasa semplicemente un mezzo per ottenere quantitativi destinati all'esportazione».

- 150 I 'considerando' 128 e 129 della decisione illustrano il contenuto di una lettera della CERP Rouen alle sue consociate e di una lettera indirizzata alla stessa dalla sua consociata Comercial Genové, che riguardano anch'esse il meccanismo introdotto da questo gruppo per cercar di ottenere in Spagna una maggior quantità di prodotti della ricorrente e che mettono in evidenza la difficoltà d'ottenere confezioni supplementari di Adalat. La Commissione non può fondarsi neppure su questi documenti per stabilire che le consociate della CERP Rouen in Spagna avrebbero inteso aderire alla nuova politica della Bayer Spagna al fine di limitare, in una qualsiasi maniera, le esportazioni parallele dei prodotti consegnati.
- 151 Dall'esame dell'atteggiamento e del comportamento effettivo dei grossisti si desume che la tesi della Commissione che essi si siano allineati alla politica della ricorrente volta a ridurre le importazioni parallele è priva di fondamento.
- 152 L'argomento dedotto dal fatto che i grossisti coinvolti avrebbero ridotto i loro ordinativi a un certo livello per dare l'impressione alla Bayer di conformarsi alla sua volontà dichiarata di coprire in tal modo solo il fabbisogno del loro mercato tradizionale e che avrebbero così agito per sfuggire alle sue sanzioni deve essere respinto, dato che la Commissione non ha provato né che la ricorrente abbia imposto o con Trattato che i grossisti assumessero un qualsivoglia comporta-

mento correlato alla destinazione all'esportazione delle confezioni di Adalat consegnate, né che la stessa abbia sanzionato i grossisti esportatori o che abbia minacciato di farlo.

- 153 Per gli stessi motivi, la Commissione non può asserire che la riduzione degli ordinativi poteva essere interpretata dalla Bayer solo come un segnale che i grossisti avevano accettato le sue pretese, né sostenere che hanno dovuto, proprio per aver corrisposto alle dette pretese della ricorrente, procurarsi quantitativi supplementari destinati all'esportazione da grossisti che non erano «sospetti» agli occhi della stessa e i cui maggiori ordinativi sarebbero stati pertanto onorati senza difficoltà.
- 154 Risulta inoltre chiaramente dai 'considerando' della decisione qui sopra esaminati che i grossisti hanno proseguito i loro tentativi d'ottenere confezioni di Adalat per l'esportazione e hanno persistito su questa linea anche se, a tal fine, hanno ritenuto più proficuo l'uso di diversi sistemi di rifornimento, ossia, da un lato, il sistema della ripartizione degli ordinativi destinati all'esportazione su diverse agenzie e, dall'altro, quello consistente nel trasmettere gli ordinativi indirettamente tramite piccoli grossisti. Alla luce di tutto ciò, il fatto che i grossisti abbiano cambiato la politica degli ordinativi e instaurato diversi sistemi di distribuzione o di diversificazione degli ordinativi, trasmettendoli indirettamente, non può essere interpretato come una prova della loro volontà di compiacere la Bayer né come una risposta a una qualche richiesta o appello di quest'ultima. Al contrario, ciò potrebbe essere considerato come dimostrativo della ferma intenzione dei grossisti di continuare le esportazioni parallele di Adalat.
- 155 In mancanza di prova di una qualsivoglia imposizione della ricorrente a che i grossisti tenessero un determinato comportamento in relazione all'esportazione delle confezioni di Adalat consegnate, il fatto che essi abbiano preso delle misure per ottenere quantitativi supplementari può essere interpretato soltanto come una smentita del loro asserito assenso. Per questi stessi motivi va respinto l'argomento della Commissione secondo il quale, nella fattispecie concreta, sarebbe normale che certi grossisti abbiano cercato di ottenere per vie traverse forniture

supplementari dato che essi dovevano impegnarsi nei confronti della Bayer a non esportare e a ordinare di conseguenza quantitativi ridotti, tali da non poter essere esportati.

156 Va infine constatato che la Commissione non ha provato che i grossisti abbiano voluto perseguire gli obiettivi della Bayer, né che gliel'abbiano voluto far credere. Al contrario, i documenti sopra esaminati dimostrano che i grossisti hanno tenuto un comportamento volto a eludere la nuova politica della Bayer di restringere le consegne sul livello degli ordinativi tradizionali.

157 Perciò la Commissione ha ritenuto a torto che il comportamento effettivo dei grossisti sia sufficiente a provare il loro assenso alla politica della ricorrente volta a impedire le importazioni parallele.

3. Sui precedenti giurisprudenziali richiamati dalla Commissione

158 La Commissione considera la decisione perfettamente in linea con la propria prassi decisionale e con la giurisprudenza della Corte di giustizia relativa alla nozione di accordo e afferma che, nel caso in esame, come in alcuni precedenti, vi sarebbe stato un divieto di esportazione inserito in un complesso di relazioni commerciali continuative esistenti tra il fornitore e i suoi clienti, come starebbe a dimostrare il fatto che i grossisti effettuavano gli ordinativi, erano regolarmente riforniti e ricevevano le relative fatture, e che ci sarebbe stato un consenso tacito da parte dei grossisti che risulterebbe dimostrato dalla diminuzione degli ordinativi.

159 Essa non può tuttavia avvalersi efficacemente dei precedenti giurisprudenziali richiamati per mettere in causa l'analisi che precede, in base alla quale il Tribunale ha concluso che, nel caso in esame, non è dimostrato l'assenso dei

grossisti alla nuova politica della Bayer e che, di conseguenza, la Commissione non è riuscita a provare l'esistenza di un accordo.

160 La Commissione richiama, in primo luogo, la causa sfociata nella sentenza Sandoz, nella quale, come nel caso in esame, i distributori avrebbero, da un lato, tacitamente acconsentito al divieto di esportazione per mantenere le loro relazioni commerciali (punto 11 della citata sentenza) e, d'altro lato, pur non avendo alcun interesse a tralasciare le esportazioni, avrebbero accettato il divieto di esportazione del produttore perché volevano continuare a ricevere le merci.

161 Questa causa riguardava una sanzione inflitta dalla Commissione ad una consociata dell'impresa farmaceutica multinazionale Sandoz, colpevole di aver inserito nelle fatture che inviava ai clienti (grossisti, farmacie e ospedali) la dicitura «esportazione vietata». La Sandoz non aveva contestato la presenza di tale dicitura nelle proprie fatture, ma aveva messo in discussione l'esistenza di un accordo ai sensi dell'art. 85, n. 1, del Trattato. La Corte ha respinto il ricorso dopo aver dato risposta a ciascuno degli argomenti sollevati dalla ricorrente. In tal senso, la Corte ha considerato che l'invio di fatture con tale dicitura non costituiva un comportamento unilaterale, ma che, al contrario, esso si inseriva nell'ambito generale dei rapporti commerciali che l'impresa intratteneva con i propri clienti. A questa conclusione è giunta dopo aver esaminato le procedure seguite dall'impresa prima di autorizzare un nuovo cliente a mettere in commercio i suoi prodotti e tenuto conto delle pratiche ripetute e applicate in modo uniforme e sistematico a ogni operazione di compravendita (punto 10 della sentenza). È a questo punto del suo ragionamento (punto 11) che la Corte ha Trattato la questione dell'assenso dei partner commerciali al divieto di esportazione, riportato in fattura, nei seguenti termini:

«Occorre rilevare, inoltre, che i clienti della Sandoz PF ricevevano il medesimo modello di fattura dopo ogni singolo ordine o, secondo i casi, a consegna avvenuta. Gli ordinativi ripetuti e seguiti dai pagamenti senza che il cliente contestasse il prezzo indicato sulle fatture recanti la dicitura "esportazione vietata", costituivano una manifestazione tacita di assenso alle clausole contenute nella fattura ed al tipo di rapporti commerciali sottostanti alle relazioni d'affari

fra la Sandoz PF e la clientela. Il previo consenso della Sandoz PF si fondava perciò sulla tacita accettazione da parte dei clienti della linea di condotta adottata dalla società nei loro confronti».

162 Orbene, occorre evidenziare che solo dopo queste constatazioni la Corte ha potuto concludere che la Commissione aveva legittimamente considerato che «il complesso dei rapporti commerciali continuati nel tempo, di cui era parte integrante la clausola di “esportazione vietata”, stabiliti tra la Sandoz PF ed i propri clienti, era disciplinato da un accordo generale predeterminato e riguardante gli innumerevoli ordini individuali di prodotti Sandoz. Un simile accordo è previsto dall’art. 85, n. 1, del Trattato».

163 Se le due cause si assomigliano per il fatto di riferirsi al comportamento di gruppi farmaceutici che puntano a impedire le importazioni parallele di medicinali, le concrete circostanze che le caratterizzano sono molto diverse. Da un lato, contrariamente al caso in esame, nella causa Sandoz il produttore aveva inserito in modo espresso in tutte le sue fatture una clausola restrittiva della concorrenza la quale, apparendo in maniera reiterata nei documenti relativi a tutte le transazioni, formava perciò parte integrante dei rapporti contrattuali tra lo stesso e i suoi grossisti. D’altro lato, il reale comportamento di questi ultimi rispetto alla clausola, in quanto essi l’avevano rispettata de facto e senza contestarla, dimostrava il loro tacito assenso alla stessa e al tipo di rapporti commerciali sottostanti. Per contro, nessuna delle due circostanze principali della causa Sandoz è rinvenibile nei fatti del caso in esame; non c’è né formalmente né sostanzialmente alcuna clausola formale di divieto di esportazione né alcun comportamento di non contestazione o di assenso.

164 In secondo luogo, la Commissione richiama la citata sentenza Tipp-Ex/Commissione, con la quale la Corte ha confermato la sua decisione che sanzionava un accordo volto a impedire le esportazioni e dove, diversamente dalla sentenza Sandoz, non vi sarebbe stata stipulazione scritta del divieto di esportazione. Essa fa valere che anche la Tipp-Ex, come ora la ricorrente nella presente fattispecie, aveva argomentato davanti alla Corte che si trattava di una misura unilaterale che non rientrava nell’ambito di applicazione dell’art. 85, n. 1, del Trattato, e che, dato che le consegne dal distributore all’esportatore parallelo

avevano effettivamente avuto luogo, non c'era un interesse comune a por fine alle esportazioni parallele.

- ¹⁶⁵ In questa causa si verteva su un contratto di distribuzione esclusiva tra la Tipp-Ex e la DMI, sua distributrice francese, che si era uniformata alla richiesta del produttore di aumentare il prezzo praticato a un cliente di quel tanto necessario a togliergli ogni interesse economico alle importazioni parallele. Era stato poi dimostrato che il produttore effettuava controlli a posteriori in modo da stimolare il distributore esclusivo a tenere effettivamente questo comportamento ('considerando' 58 della decisione della Commissione 10 luglio 1987, 87/406/CEE, relativa ad una procedura di applicazione ai sensi dell'art. 85 del Trattato CEE, GU L 222, pag. 1). I punti da 18 a 21 della sentenza mostrano il ragionamento seguito dalla Corte la quale, dopo aver accertato l'esistenza di un accordo orale di distribuzione esclusiva per la Francia tra la Tipp-Ex e la DMI e aver richiamato i fatti principali, ha voluto esaminare la reazione e quindi il comportamento tenuto dal distributore a seguito dell'atteggiamento di penalizzazione adottato dal fabbricante. La Corte ha quindi constatato che il distributore «ha reagito aumentando i prezzi applicati del 10-20% nei confronti della sola impresa ISA France. Dopo la sospensione, durata per l'intero 1980, degli acquisti della ISA France presso la DMI, quest'ultima società ha rifiutato, agli inizi del 1981, di consegnare essa stessa prodotti Tipp-Ex alla ISA France». Solo dopo queste constatazioni riferite al comportamento del fabbricante e del distributore la Corte è arrivata alla conclusione dell'esistenza di un accordo ai sensi dell'art. 85, n. 1, del Trattato: «Si è quindi dimostrato che la DMI ha dato attuazione alla domanda della Tipp-Ex di non vendere a clienti che rivendono i prodotti Tipp-Ex in altri Stati membri» (punto 21 della sentenza).

- ¹⁶⁶ Di conseguenza, contrariamente al caso in esame, nella causa che ha condotto alla citata sentenza Tipp-Ex/Commissione non vi erano dubbi sul fatto che la politica consistente nell'impedire le esportazioni parallele fosse attuata dal produttore con la collaborazione dei distributori. Come indicato nella detta sentenza, questa volontà era già palesata negli accordi orali e scritti intercorsi tra le due parti (v. punti 19 e 20 della sentenza per quanto riguarda il distributore

DMI e 22 e 23 per quanto riguarda il distributore Beiersdorf) e, se poteva sussistere qualche dubbio, l'analisi del comportamento dei distributori, sottoposti alle pressioni del produttore, mostra molto chiaramente il loro assenso alle mire della Tipp-Ex di limitare la concorrenza. La Commissione non solo aveva provato che i distributori si erano piegati alle minacce e alle pressioni del produttore, ma anche che almeno uno di loro aveva inviato al produttore le prove della sua collaborazione. Si deve infine aggiungere che la stessa Commissione fa osservare nella presente fattispecie che nella sentenza Tipp-Ex, al fine di accertare l'esistenza di un accordo, la Corte ha seguito l'approccio consistente nell'analisi della reazione dei distributori rispetto al comportamento del produttore, contrario alle esportazioni parallele, e che proprio osservando la reazione del distributore la Corte ha concluso che vi doveva essere tra questo e la Tipp-Ex un accordo volto a impedire le esportazioni parallele.

167 Ne consegue che questa sentenza, come la sentenza Sandoz, non fa che confermare la giurisprudenza secondo cui da un comportamento apparentemente unilaterale del produttore può scaturire un accordo tra imprese ai sensi dell'art. 85, n. 1, del Trattato solo a condizione che il successivo comportamento del grossista o dei clienti possa essere interpretato come un assenso «de facto». Poiché questa condizione non è soddisfatta nel caso in esame, la Commissione non può avvalersi dell'asserita analogia tra le due cause per suffragare la sua tesi dell'esistenza di un assenso nella presente causa.

168 Per gli stessi motivi, né la Commissione né il BAI possono avvalersi a ragion veduta delle valutazioni fatte dalla Corte nelle citate sentenze BMW Belgium e a./Commissione, AEG/Commissione, e Ford e Ford Europe/Commissione, per corroborare la loro tesi dell'esistenza nel caso in esame di un assenso dei grossisti.

169 Infatti, nella citata sentenza BMW Belgium e a./Commissione, al fine di stabilire se vi fosse stato un accordo ai sensi dell'art. 85, n. 1, del Trattato tra la BMW Belgium e i suoi concessionari belgi, la Corte ha esaminato gli atti che potevano dimostrare l'esistenza di un accordo, in ipotesi alcune circolari inviate alle concessionarie BMW, valutando «tanto il loro tenore quanto il contesto materiale e giuridico in cui si inseriva, nonché il comportamento delle parti» e ha

concluso che le circolari di cui si tratta «costitui[va]no una manifestazione di volontà diretta a far cessare le esportazioni di veicoli BMW nuovi dal Belgio» (punto 28). Essa aggiungeva che «inviando le circolari di cui si tratta[va] a tutti i concessionari belgi, la BMW Belgium si [era] fatta promotrice della conclusione con i concessionari di un accordo avente per scopo la cessazione totale di quelle esportazioni» (punto 29). Orbene, dal punto 30 di questa sentenza risulta che la Corte ha voluto confermare l'esistenza di un assenso dei concessionari.

- 170 Nella citata sentenza AEG/Commissione, in cui le volontà, rispettivamente, del produttore e del distributore non apparivano di tutta evidenza e in cui la ricorrente invocava apertamente il carattere unilaterale del suo comportamento, la Corte ha ritenuto che, nell'ambito di un sistema di distribuzione selettiva, una prassi in forza della quale il produttore, al fine di conservare un livello di prezzi elevato o di escludere talune forme moderne di distribuzione, rifiuti l'ammissione a rivenditori che posseggono i requisiti qualitativi propri del sistema «non costituisce un'azione unilaterale dell'impresa, che — come sostiene la AEG — sarebbe sottratta al divieto dell'art. 85, n. 1, del Trattato. Esso rientra invece nei rapporti contrattuali esistenti fra l'impresa ed i rivenditori» (punto 38). Orbene, la Corte ha poi voluto constatare l'esistenza di un assenso dei distributori precisando: «In caso d'ammissione al sistema di un rivenditore, l'autorizzazione si basa infatti sull'accettazione, espressa o tacita, da parte dei contraenti, della politica perseguita dalla AEG con l'esigere, fra l'altro, l'esclusione dalla rete distributiva di rivenditori che, pur avendo i requisiti per esservi ammessi, non siano disposti ad aderire a tale politica» (punto 38). Questo approccio è stato confermato negli altri casi di distribuzione selettiva giudicati dalla Corte (v. citate sentenze Ford e Ford Europe/Commissione, punto 21, Metro II, punti 72 e 73, e Bayerische Motorenwerke, punti 16 e 17).

- 171 Da ciò che precede risulta che la Commissione non può avvalersi dei precedenti giurisprudenziali che ha proposto per dimostrare, nel caso in esame, l'esistenza di un accordo.

4. Sulla tesi della Commissione secondo cui, per provare l'esistenza di un accordo, sarebbe sufficiente constatare che le parti mantengono le loro relazioni commerciali

172 Dal ragionamento della Commissione risulta che essa sostiene, certo, ambigualmente, (si veda la struttura della decisione riassunta ai 'considerando' 155 e 156 e sviluppata ai 'considerando' da 171 a 188) che la semplice constatazione del fatto che i grossisti non abbiano interrotto le relazioni commerciali con la Bayer dopo l'introduzione della nuova politica da parte di quest'ultima, volta a restringere le importazioni, le permetterebbe di considerare dimostrata l'esistenza di un accordo tra imprese ai sensi dell'art. 85, n. 1, del Trattato.

173 Una simile tesi non può essere accolta. La prova di un accordo tra imprese ai sensi dell'art. 85, n. 1, del Trattato deve riposare sull'accertamento diretto o indiretto dell'elemento soggettivo che caratterizza la nozione stessa di accordo, ossia, la comune volontà degli operatori economici di attuare una politica, di perseguire un obiettivo o di adottare un preciso comportamento nel mercato, a prescindere dal modo con cui si è manifestata la volontà delle parti di comportarsi nel mercato conformemente ai termini dell'accordo stesso (in tal senso si vedano, in particolare, citate sentenze ACF Chemiefarma/Commissione, punto 112, e Van Landewyck e a./Commissione, punto 86). La Commissione disconosce tale nozione di comune volontà quando ritiene che il proseguimento delle relazioni commerciali con il produttore, allorché questi adotta una nuova politica, che pratica unilateralmente, equivalga all'assenso alla stessa da parte dei grossisti, mentre invece il loro comportamento è de facto manifestamente contrario alla stessa.

174 Inoltre, nell'economia del Trattato, un'impresa non può essere sanzionata in forza del diritto comunitario della concorrenza se non a seguito di una violazione da parte della stessa dei divieti contenuti negli artt. 85, n. 1, o 86 del Trattato. Orbene, si deve constatare che l'applicabilità dell'art. 85, n. 1, riposa su più condizioni: a) che esista un accordo tra almeno due imprese o una fattispecie analoga quale una decisione di associazioni di imprese o una pratica concordata

tra imprese; b) che tali fattispecie possano pregiudicare il commercio intracomunitario, e c) che abbiano per oggetto o per effetto una sensibile restrizione della concorrenza. Ne consegue che, per quanto riguarda questo articolo, non si possono esaminare gli effetti che il comportamento di un'impresa causa sulla concorrenza all'interno del mercato comune, se non dopo che sia stata dimostrata l'esistenza di un accordo, di una decisione di associazioni d'impresa o di una pratica concordata ai sensi dell'art. 85, n. 1, del Trattato (sentenza della Corte 30 giugno 1966, causa 56/65, *Société technique minière*, Racc. pag. 261, 280 e seguenti). Se ne deduce che l'obiettivo di questa disposizione non è quello di «eliminare» in modo assolutamente generico gli ostacoli al commercio intracomunitario; esso è più limitato, dato che solo gli ostacoli alla concorrenza introdotti dalla volontà congiunta di almeno due parti sono vietati da questa disposizione.

- 175 Quest'interpretazione dell'art. 85, n. 1, del Trattato è stata seguita dalla Corte nella sentenza 24 ottobre 1996, causa C-73/95 P, *Viho/Commissione* (Racc. pag. I-5457, punti 15-17), ove, confermando una sentenza del Tribunale, essa dichiarava che la circostanza che la politica praticata da una società madre, consistente principalmente nel ripartire i diversi mercati nazionali tra le sue consociate, possa sortire effetti al di fuori della sfera del gruppo, eventualmente pregiudizievoli per la posizione concorrenziale dei terzi, non è atta a rendere applicabile l'art. 85, n. 1, del Trattato neppure in combinato disposto con gli artt. 2 e 3, lett. c) e g), del Trattato CE. Per contro, un comportamento unilaterale del genere potrebbe, ove ne ricorrano i presupposti di applicazione, essere riconducibile all'art. 86 del Trattato.

- 176 Visto quanto precede, contrariamente a quanto sembrano sostenere la Commissione e il BAI, il diritto di un produttore di attuare la soluzione che gli paia migliore allorché si trovi, come nella fattispecie, di fronte a un evento pregiudizievole dei suoi interessi, è vincolato dalle disposizioni del Trattato in materia di concorrenza soltanto all'osservanza dei divieti previsti dagli artt. 85 e 86. Pertanto, posto che lo faccia senza abusare di una posizione dominante, in assenza di qualsivoglia intesa con i suoi grossisti, un produttore può adottare la politica di fornitura che ritiene necessaria, anche se, per la natura stessa del suo scopo, quale quello di ostacolare le importazioni parallele, l'attuazione di questa

politica possa comportare restrizioni della concorrenza e incidere sugli scambi tra Stati membri.

177 La Commissione invoca, a questo riguardo, la sentenza della Corte 5 dicembre 1996, cause riunite C-267/95 e 268/95, Merck e Beecham (Racc. pag. I-6285), per far valere il bisogno di proteggere in ogni circostanza le importazioni parallele. Essa sostiene che, in questa sentenza, la Corte ha posto termine alle speculazioni riguardanti la portata della soluzione data nella citata sentenza 14 luglio 1981, Merck, (punto 36), affermando che un controllo del prezzo in certi Stati membri non giustificava alcuna deroga al principio della libera circolazione delle merci e che la possibilità di impedire le importazioni parallele comportava una indesiderabile compartimentazione dei mercati nazionali. Perciò, secondo la Commissione, anche nel settore farmaceutico le importazioni parallele non potrebbero essere ostacolate né da misure nazionali né da accordi tra imprese.

178 Va tuttavia constatato che, in questa sentenza, la Corte si limita a rispondere alla domanda riguardante, da un lato, la data di scadenza di alcune disposizioni transitorie contenute nell'atto di adesione del Regno di Spagna e della Repubblica portoghese (artt. 47 e 209 dell'atto di adesione) che permettevano di impedire le importazioni parallele di prodotti farmaceutici da questi paesi in altre parti della Comunità e, dall'altro, il regime giuridico applicabile alle importazioni parallele dopo la scadenza dei relativi periodi transitori, oltre che a stabilire se la soluzione formulata nella citata sentenza 14 luglio 1981, Merck, andasse riconsiderata. Orbene, il ragionamento sviluppato dalla Corte nella sua sentenza 5 dicembre 1996, Merck e Beecham, già citata, non riguarda la questione che forma l'oggetto del caso in esame, che non verte sulla libera circolazione delle merci di cui agli artt. 30, 34 e 36 del Trattato CE (divenuti rispettivamente, in seguito a modifica, artt. 28 CE, 29 CE e 30 CE) e, contrariamente a quanto asserisce la Commissione, non presuppone affatto un divieto generalizzato di impedire le esportazioni parallele da applicarsi non solo agli Stati membri, ma anche, in ogni caso, alle imprese.

179 In realtà questa sentenza, lungi dal suffragare la tesi della Commissione, non fa che confermare che, nel sistema del Trattato, quest'ultima non può cercare di raggiungere un risultato, come quello dell'armonizzazione dei prezzi dei medicinali, ampliando o forzando l'ambito di applicazione del Titolo VI, capo 1, sezione 1, del Trattato (regole applicabili alle imprese), tanto più che lo stesso Trattato offre strumenti specifici per perseguire tale armonizzazione, essendo pacifico che le notevoli differenze di prezzo nei vari Stati membri sono causate dalle differenze esistenti tra i sistemi statali di fissazione dei prezzi e le modalità di rimborso, com'è il caso nella fattispecie (v. 'considerando' 151 e 152 della decisione). Infatti, come la Corte ricorda al punto 47 della citata sentenza *Merck e Beecham*, da una giurisprudenza costante risulta che si deve rimediare alle distorsioni causate da una diversa normativa sui prezzi in uno Stato membro con misure adottate dalle autorità comunitarie (v. sentenze della Corte 31 ottobre 1974, causa 16/74, *Centrafarm e de Peijper*, Racc. pag. 1183, punto 17, *Musik-Vertrieb membran e K-tel International*, citata, punto 24, 11 luglio 1996, cause riunite C-427/93, C-429/93 e C-436/93, *Bristol-Myers Squibb e a.*, Racc. pag. I-3457, punto 46 e *Merck e Beecham*, citata, punto 47).

180 Un'estensione dell'ambito di applicazione dell'art. 85, n. 1, del Trattato, quale è quella proposta dalla Commissione, porterebbe alla situazione paradossale per cui il rifiuto di vendere sarebbe punito più gravemente nell'ambito dell'art. 85, n. 1, del Trattato che in quello dell'art. 86, dato che il divieto dell'art. 85, n. 1, colpirebbe il produttore che, anche senza porre fine completamente alle relazioni commerciali con i suoi clienti, decidesse di rifiutare o ridurre le consegne future mentre, nell'ambito dell'art. 86, il rifiuto di effettuare consegne, ancorché sia totale, è vietato solo se abusivo. Infatti, la giurisprudenza della Corte riconosce indirettamente l'importanza della tutela della libertà d'impresa nell'applicazione delle regole in materia di concorrenza del Trattato allorché ammette espressamente che anche un'impresa in posizione dominante può, in determinati casi, rifiutarsi di vendere o mutare la sua politica di consegna o d'approvvigionamento senza cadere nel divieto dell'art. 86 (v., in tal senso, sentenza della Corte 14 febbraio 1978, causa 27/76, *United Brands/Commissione*, Racc. pag. I-207, punti 182-191).

- 181 Infine, a sostegno della sua tesi, la Commissione non può avvalersi della sua convinzione, priva d'altronde di ogni fondamento, secondo cui, a lunga scadenza, le importazioni parallele determineranno l'armonizzazione del prezzo dei medicinali. Lo stesso vale per la sua affermazione secondo cui «è inaccettabile che le importazioni parallele siano ostacolate al fine di permettere alle imprese farmaceutiche di imporre, nei paesi che non praticano un controllo dei prezzi, tariffe eccessive per compensare i minori utili realizzati negli Stati membri che più intervengono nella fissazione dei prezzi».

- 182 Da quanto precede risulta che la Commissione non poteva legittimamente considerare come provato un accordo tra grossisti e fabbricante partendo dalla semplice constatazione della continuità delle relazioni commerciali preesistenti.

D. Conclusione

- 183 Da tutto ciò che precede risulta che la Commissione ha effettuato una valutazione errata dei fatti del caso in esame e ha commesso un errore di valutazione giuridica, considerando provata una comune volontà tra la Bayer e i grossisti citati in decisione, che l'ha portata a trarre la conclusione che esistesse un accordo ai sensi dell'art. 85, n. 1, del Trattato, volto a impedire o a limitare le esportazioni di Adalat dalla Francia e dalla Spagna verso il Regno Unito.

- 184 Di conseguenza, il motivo invocato a titolo principale nel ricorso va dichiarato fondato. Perciò la decisione deve essere annullata, senza bisogno di escutere i testimoni come proposto dalla ricorrente né di esaminare i motivi sollevati in via subordinata, relativi a un'asserita errata applicazione dell'art. 85, n. 1, del Trattato, a comportamenti legittimi conformemente all'art. 47 dell'Atto di adesione della Spagna alle Comunità europee, e ad un'errata applicazione dell'art. 15 del regolamento n. 17 nell'irrogazione di un'ammenda a carico della ricorrente.

Sulle spese

- 185 A norma dell'art. 87, n. 2, del regolamento di procedura, la parte soccombente è condannata alle spese, se ne è stata fatta domanda. Poiché la convenuta è rimasta soccombente e la ricorrente ne ha chiesto la condanna alle spese, la convenuta dev'essere condannata alle proprie spese e a quelle sostenute dalla ricorrente, ivi comprese quelle che quest'ultima ha sostenuto in sede di procedimento sommario.
- 186 Ai sensi dell'art. 87, n. 4, terzo comma, il Tribunale può ordinare che una parte interveniente diversa da quelle indicate nel comma precedente del medesimo numero sopporti le proprie spese. Nel caso in esame l'EFPIA, interveniente a sostegno della ricorrente e il BAI, interveniente a favore della convenuta, supporteranno, rispettivamente, le proprie spese.

Per questi motivi,

IL TRIBUNALE (Quinta Sezione ampliata)

dichiara e statuisce:

- 1) La decisione della Commissione 10 gennaio 1996, 96/478/CE, relativa ad un procedimento a norma dell'art. 85 del Trattato CE (IV/34.279/F3 — Adalat) è annullata.
- 2) La Commissione sopporterà le proprie spese e le spese sostenute dalla ricorrente, ivi comprese quelle sostenute da quest'ultima in sede di procedimento sommario.
- 3) La European Federation of Pharmaceutical Industries' Associations e il Bundesverband der Arzneimittel-Importeure e.V. sopporteranno, rispettivamente, le proprie spese.

Cooke

García-Valdecasas

Lindh

Pirrung

Vilaras

Così deciso e pronunciato a Lussemburgo il 26 ottobre 2000.

Il cancelliere

Il presidente

H. Jung

J.D. Cooke

Indice

Fatti all'origine della controversia	II- 3389
Procedimento e conclusioni delle parti	II- 3392
La decisione	II- 3394
Nel merito	II- 3396
Sul motivo sollevato in via principale, che deduce una violazione dell'art. 85, n. 1, del Trattato, in quanto la Commissione lo considera applicabile alla fattispecie in esame	II- 3397
I — Argomenti delle parti	II- 3397
II — Giudizio del Tribunale	II- 3407
A. Osservazioni preliminari	II- 3407
B. Sulla nozione di accordo ai sensi dell'art. 85, n. 1, del Trattato	II- 3408
C. Sull'applicabilità alla fattispecie della nozione di accordo	II- 3410
1. Sull'asserita volontà della ricorrente d'imporre un divieto di esportazione.	II- 3411
a) Osservazioni preliminari	II- 3411
b) Sulla portata del sistema di controllo della distribuzione dell'Adalat attuato dalla ricorrente	II- 3413
2. Sulla pretesa volontà dei grossisti di aderire alla politica della ricorrente volta a ridurre le importazioni parallele	II- 3423
a) Osservazioni preliminari	II- 3423
b) Sulla prova dell'«accettazione implicita» dei grossisti	II- 3424
i) Il comportamento dei grossisti francesi	II- 3427
ii) Il comportamento dei grossisti spagnoli	II- 3429
3. Sui precedenti giurisprudenziali richiamati dalla Commissione	II- 3438
4. Sulla tesi della Commissione secondo cui, per provare l'esistenza di un accordo, sarebbe sufficiente constatare che le parti mantengono le loro relazioni commerciali	II- 3444
D. Conclusione	II- 3448
Sulle spese	II- 3449