

ARREST VAN HET HOF

6 januari 2004 *

In de gevoegde zaken C-2/01 P en C-3/01 P,

Bundesverband der Arzneimittel-Importeure eV, gevestigd te Mülheim an der Ruhr (Duitsland), vertegenwoordigd door U. Zinsmeister en W. A. Rehmann, Rechtsanwálte, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg,

rekwírant,

ondersteund door

European Association of Euro Pharmaceutical Companies (EAEPC), gevestigd te Brussel (België), vertegenwoordigd door M. Epping en M. Lienemeyer, Rechtsanwálte, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg,

interveniënte in hogere voorziening,

* Procestaal: Duits.

Commissie van de Europese Gemeenschappen, vertegenwoordigd door K. Wiedner en W. Wils als gemachtigden, bijgestaan door H.-J. Freund, Rechtsanwält, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg,

rekwirante,

ondersteund door

Koninkrijk Zweden, vertegenwoordigd door A. Kruse als gemachtigde, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg,

en door

European Association of Euro Pharmaceutical Companies (EAEPC),

intervenienten in hogere voorziening,

betreffende hogere voorziening tegen het arrest van het Gerecht van eerste aanleg van de Europese Gemeenschappen (Vijfde kamer — uitgebreid) van 26 oktober 2000, Bayer/Commissie (T-41/96, Jurispr. blz. II-3383), strekkende tot vernietiging van dat arrest,

andere partijen bij de procedure:

Bayer AG, gevestigd te Leverkusen (Duitsland), vertegenwoordigd door J. Sedemund, Rechtsanwält, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg,

verzoekster in eerste aanleg,

en

European Federation of Pharmaceutical Industries' Associations, gevestigd te Genève (Zwitserland), vertegenwoordigd door A. Woodgate, solicitor, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg,

interveniënte in eerste aanleg,

wijst

HET HOF VAN JUSTITIE,

samengesteld als volgt: V. Skouris, president, P. Jann, C. W. A. Timmermans en J. N. Cunha Rodrigues, kamerpresidenten, D. A. O. Edward (rapporteur), A. La Pergola, J.-P. Puissochet, R. Schintgen, F. Macken, N. Colneric en S. von Bahr, rechters,

advocaat-generaal: A. Tizzano,
griffier: H. A. Rühl, hoofdadministrateur,

gezien het rapport ter terechtzitting,

gehoord de pleidooien van partijen ter terechtzitting van 12 november 2002, waarop het Bundesverband der Arzneimittel-Importeure eV was vertegenwoordigd door W. A. Rehmann; de Commissie door K. Wiedner, bijgestaan door H.-J. Freund; de European Association of Euro Pharmaceutical Companies (EAEPC) door A. Martin-Ehlers, Rechtsanwalt; Bayer AG door J. Sedemund, en de European Federation of Pharmaceutical Industries' Associations door A. Woodgate,

gehoord de conclusie van de advocaat-generaal ter terechtzitting van 22 mei 2003,

het navolgende

Arrest

- 1 Bij twee verzoekschriften, neergelegd ter griffie van het Hof op 5 januari 2001, hebben het Bundesverband der Arzneimittel-Importeure eV (hierna: „BAI”) en de Commissie van de Europese Gemeenschappen krachtens artikel 49 van 's Hofs Statuut-EG hogere voorziening ingesteld tegen het arrest van het Gerecht van eerste aanleg van 26 oktober 2000, Bayer/Commissie (T-41/96, Jurispr. blz. II-3383; hierna: „bestreden arrest”), waarbij het Gerecht beschikking 96/478/EG van de Commissie van 10 januari 1996 inzake een procedure op grond van artikel 85 van het EG-Verdrag (IV/34.279/F3 — ADALAT) (PBL 201, blz. 1; hierna: „litigieuze beschikking”) nietig heeft verklaard.

Voorgeschiedenis van het geding

De feiten van het geding

2 De feiten van het geding zijn in het bestreden arrest als volgt beschreven:

„1 Verzoekster, Bayer AG (hierna: ‚Bayer’ of het ‚Bayerconcern’), is de moederonderneming van een van de belangrijkste Europese chemie- en farmaceutische concerns, en is in alle lidstaten van de Gemeenschap aanwezig via haar nationale dochterondernemingen. Sedert vele jaren produceert en verkoopt zij onder de benaming ‚Adalat’ of ‚Adalate’, een reeks geneesmiddelen waarvan het werkzame bestanddeel nifedipine is, en die worden gebruikt voor de behandeling van cardiovasculaire aandoeningen.

2 In de meeste lidstaten wordt de prijs van Adalat rechtstreeks of indirect door de nationale gezondheidsinstanties vastgesteld. Van 1989 tot 1993 waren de door de Spaanse en de Franse gezondheidsinstanties vastgestelde prijzen gemiddeld 40 % lager dan die in het Verenigd Koninkrijk.

3 Wegens deze prijsverschillen begonnen groothandelaren in Spanje vanaf 1989 Adalat naar het Verenigd Koninkrijk uit te voeren. Vanaf 1991 kregen zij navolging van groothandelaren in Frankrijk. Volgens [Bayer] is de verkoop van Adalat door haar Britse dochteronderneming, Bayer UK, ten gevolge van parallelimporten tussen 1989 en 1993 bijna gehalveerd, waardoor de omzet van haar Britse dochteronderneming met 230 miljoen DEM is gedaald, en Bayer 100 miljoen DEM minder inkomsten had.

- 4 Daarop besloot het Bayerconcern zijn leveringsbeleid te herzien en de steeds omvangrijker bestellingen van groothandelaren in Spanje en Frankrijk bij haar Spaanse en Franse dochterondernemingen niet langer volledig uit te voeren. Voor de bestellingen bij Bayer Spanje ging deze wijziging in in 1989, en voor die bij Bayer Frankrijk in het vierde trimester van 1991.”

De bestreden beschikking

- 3 Na klachten van sommige van de betrokken groothandelaren, leidde de Commissie een administratieve onderzoeksprocedure in met betrekking tot de gestelde inbreuken op artikel 85, lid 1, EG-Verdrag (thans artikel 81, lid 1, EG) door de dochtermaatschappijen van Bayer in Frankrijk (hierna: „Bayer Frankrijk”) en in Spanje (hierna: „Bayer Spanje”). Op 10 januari 1996 stelde de Commissie de litigieuze beschikking vast.
- 4 Volgens de Commissie hebben Bayer Frankrijk en Bayer Spanje inbreuk gemaakt op artikel 85, lid 1, van het Verdrag, door in het kader van hun vaste commerciële relaties met hun respectieve afnemers een uitvoerverbod op te leggen. Een dergelijke overeenkomst vormt volgens haar een aanmerkelijke beperking van de concurrentie en heeft een merkelijk ongunstige weerslag op het handelsverkeer tussen de lidstaten (punten 155-199 van de litigieuze beschikking).
- 5 Meer bepaald heeft de Commissie het bestaan van dit uitvoerverbod afgeleid uit haar analyse van de handelswijze van Bayer en met name uit het bestaan van een systeem voor het opsporen van exporterende groothandelaren en uit de opeenvolgende beperkingen van het volume van de leveringen door Bayer Frankrijk en Bayer Spanje aan groothandelaren die de geneesmiddelen volledig of gedeeltelijk exporteerden.

- 6 Volgens de analyse van de Commissie waren Bayer Frankrijk en Bayer Spanje slechts bereid bepaalde hoeveelheden te leveren indien een uitvoerverbod werd nageleefd. Van de houding van de groothandelaren ten opzichte van dit uitvoerverbod hing af met hoeveel Bayer Frankrijk en Bayer Spanje de geleverde hoeveelheden verminderden. Indien de groothandelaren het uitvoerverbod overtraden, bracht dit voor hen automatisch een nieuwe vermindering van de leveringen van geneesmiddelen met zich.

- 7 Op basis van deze overwegingen heeft de Commissie in punt 170 van de litigieuze beschikking geconcludeerd dat Bayer Frankrijk en Bayer Spanje hun groothandelaren permanent onder druk hebben gezet met het dreigement van een leveringsbeperking, welk dreigement telkens ten uitvoer werd gelegd wanneer de groothandelaren zich niet aan het uitvoerverbod hielden.

- 8 Volgens de Commissie blijkt uit het gedrag zelf van de groothandelaren dat zij niet alleen begrepen dat er voor de geleverde waar een uitvoerverbod gold, maar daarenboven hun gedrag aan dit verbod hebben aangepast. Aldus hebben zij, althans ogenschijnlijk, aan Bayer France en Bayer Spanje getoond dat zij zich voegden naar het door hun leverancier in het raam van hun vaste commerciële relatie opgelegde uitvoerverbod. Dienaangaande heeft de Commissie in de punten 182 en 183 van de litigieuze beschikking gepreciseerd:

„182 Door verschillende systemen te gebruiken om voorraden geleverd te krijgen, met name dat van de spreiding van de voor de uitvoer bestemde bestellingen over de verschillende agentschappen [...] en de aan andere kleine, ‚niet-gecontroleerde’ groothandelaren doorgegeven bestellingen [...], hebben de groothandelaren de wijze waarop zij hun bestellingen presenteren aangepast aan de voorwaarde van Bayer Frankrijk en van Bayer Spanje luidens welke uitvoer van het product verboden was.

183 De groothandelaren hebben naar de vorm bij Bayer Frankrijk of bij Bayer Spanje, alleen nog ter dekking van de binnenlandse behoeften strekkende bestellingen geplaatst. Toen deze beide die opzet doorzagen, zijn de groothandelaren begonnen zich aan de door deze beide opgelegde nationale ‚quota’ te houden, en trachtten zij deze door middel van onderhandelingen zo veel mogelijk te verhogen, waarbij zij zich strikt aan de door Bayer Frankrijk en Bayer Spanje voor de bevoorrading van de nationale markt als normaal beschouwde cijfers hebben gehouden.”

9 In punt 184 van de litigieuze beschikking leidt de Commissie hieruit af dat uit dit gedrag van de groothandelaren blijkt dat zij het uitvoerverbod als onderdeel van de vaste commerciële relatie tussen Bayer Frankrijk en Bayer Spanje en hun groothandelaren aanvaardden. Volgens haar was er dus sprake van een overeenkomst in de zin van artikel 85, lid 1, van het Verdrag.

10 Bijgevolg heeft de Commissie in artikel 1 van de litigieuze beschikking vastgesteld dat „het verbod, de producten Adalat en Adalate 20 mg LP uit Frankrijk en de producten Adalat en Adalat-Retard uit Spanje naar andere lidstaten uit te voeren, dat in het kader van de voortdurende commerciële betrekkingen sinds 1991 tussen Bayer Frankrijk en haar groothandelaren en sinds ten minste 1989 tussen Bayer Spanje en haar groothandelaren is overeengekomen, een door Bayer AG gepleegde inbreuk op artikel 85, lid 1, van het Verdrag vormt”.

11 Volgens artikel 2 van de beschikking diende Bayer:

„aan deze inbreuk een einde te maken en met name [...]:

- binnen twee maanden na kennisgeving van deze beschikking een circulaire aan de groothandelaren in Frankrijk en in Spanje te zenden waarin [werd] vermeld dat export naar andere lidstaten [was] toegestaan en dat daaraan geen enkele sanctie [was] verbonden;

 - deze punten binnen twee maanden na kennisgeving van deze beschikking duidelijk aan te geven in de Algemene Verkoopvoorwaarden die in Frankrijk en in Spanje van toepassing [waren]”.
- 12 Bij artikel 3 van de litigieuze beschikking is aan Bayer een boete van 3 000 000 ECU opgelegd, en bij artikel 4 van de beschikking is haar een dwangsom van 1 000 ECU opgelegd voor iedere dag vertraging bij de nakoming van de in artikel 2 genoemde bijzondere verplichtingen, na afloop van de voor de nakoming ervan gestelde termijn van twee maanden.

Procesverloop voor het Gerecht en bestreden arrest

- 13 Bij verzoekschrift, ingeschreven ter griffie van het Gerecht op 22 maart 1996, heeft Bayer beroep tot nietigverklaring van de litigieuze beschikking ingesteld. Bij afzonderlijke akte, ingeschreven ter griffie van het Gerecht op dezelfde dag, heeft zij om opschorting van de tenuitvoerlegging van artikel 2 van de beschikking verzocht. Bij beschikking van de president van het Gerecht van 3 juni 1996 is het verzoek om opschorting van de tenuitvoerlegging toegewezen, met aanhouding van de beslissing omtrent de kosten.
- 14 Op 1 augustus 1996 heeft een Duitse vereniging van geneesmiddelenimporteurs, BAI, verzocht om toelating tot interventie aan de zijde van de Commissie. Op 26 augustus 1996 heeft de European Federation of Pharmaceutical Industries’

Associations (hierna: „EFPIA”), een Europese beroepsvereniging die de belangen van zestien nationale beroepsverenigingen in de geneesmiddelensector vertegenwoordigt, verzocht om toelating tot interventie aan Bayers zijde. Bij beschikkingen van 8 november 1996 heeft de president van de Vijfde kamer (uitgebreid) van het Gerecht de twee verzoeken om toelating tot interventie toegewezen.

- 15 Op rapport van de rechter-rapporteur heeft het Gerecht besloten over te gaan tot de mondelinge behandeling en in het kader van de maatregelen tot organisatie van de procesgang als bedoeld in artikel 64 van het Reglement voor de procesvoering, Bayer en de Commissie schriftelijk een aantal vragen te stellen, met het verzoek ze ter terechtzitting te beantwoorden. Ter terechtzitting van 28 oktober 1999 hebben partijen pleidooi gehouden en geantwoord op de schriftelijke en mondelinge vragen van het Gerecht.

- 16 Bij het bestreden arrest heeft het Gerecht de litigieuze beschikking nietig verklaard en de Commissie verwezen in de kosten van Bayer, op grond dat de Commissie de feiten van de zaak onjuist had beoordeeld en bij de beoordeling rechtens daarvan blijk had gegeven van een onjuiste opvatting, waar zij ervan uit was gegaan dat de wilsovereenstemming tussen Bayer en de in de beschikking bedoelde groothandelaren was bewezen, en op die grond tot de conclusie was gekomen dat sprake was van een overeenkomst in de zin van artikel 85, lid 1, van het Verdrag, die was bedoeld om de export van Adalat van Frankrijk en Spanje naar het Verenigd Koninkrijk te verhinderen of te beperken.

- 17 Tot staving van deze uitspraak heeft het Gerecht om te beginnen in de punten 66 tot en met 72 van het bestreden arrest een overzicht gegeven van de rechtspraak inzake het begrip „overeenkomst” in de zin van artikel 85, lid 1, van het Verdrag, en meer bepaald van de rechtspraak die het bestaan van een dergelijke overeenkomst afleidt uit de schijnbaar eenzijdige handelwijze van de producent. Dienaangaande heeft het Gerecht met name bevestigd dat „een besluit van een producent dat een eenzijdige handelwijze van de onderneming vormt, aan het verbod van artikel 85, lid 1, van het Verdrag ontsnapt” (punt 66). Het heeft hieraan toegevoegd dat „onderscheid moet worden gemaakt tussen het geval waarin een onderneming een werkelijk eenzijdige maatregel heeft vastgesteld, dus zonder de uitdrukkelijke of stilzwijgende medewerking van een andere onderneming, en dat waarin de maatregel slechts schijnbaar eenzijdig is. De eerste categorie maatregelen valt buiten het bestek van artikel 85, lid 1, van het

Verdrag, maar de maatregelen van de tweede categorie moeten worden geacht een overeenkomst tussen ondernemingen te behelzen, en kunnen dus binnen het toepassingsgebied van dit artikel vallen. Dit geldt met name voor mededingingsbeperkende gedragingen en maatregelen, die schijnbaar eenzijdig door de producent zijn vastgesteld in het kader van zijn contractuele betrekkingen met zijn wederverkopers, maar waarmee deze wederverkopers, althans stilzwijgend, hebben ingestemd” (punt 71).

- 18 In dit verband heeft het Gerecht, gelet op de verklaring van Bayer dat zij wel een eenzijdig beleid ter beperking van de parallelimporten heeft ingevoerd, maar geen uitvoerverbod heeft afgekondigd of opgelegd, geoordeeld dat onder deze omstandigheden, „om uit te maken of de Commissie rechtens genoegzaam het bestaan van een wilsovereenstemming tussen de partijen betreffende de beperking van de parallelexporten [had] bewezen, [moest] worden onderzocht of, zoals [Bayer] stelt, de Commissie de wil van Bayer respectievelijk de groothandelaren onjuist [had] beoordeeld” (punt 77 van het bestreden arrest).
- 19 Zo heeft het Gerecht met betrekking tot de vermeende wil van Bayer om een uitvoerverbod op te leggen, in punt 109 van het bestreden arrest geoordeeld dat de Commissie rechtens niet genoegzaam had aangetoond „dat Bayer Frankrijk en Bayer Spanje hun respectieve groothandelaren een uitvoerverbod zouden hebben opgelegd, evenmin dat Bayer een systematische controle van de werkelijke eindbestemming van de na de vaststelling van haar nieuw leveringsbeleid geleverde dozen Adalat zou hebben ingevoerd, ook niet dat [Bayer] een beleid zou hebben gevolgd dat bestond uit bedreigingen en sancties tegen de exporterende groothandelaren, en evenmin dat zij aan de leveringen van dit product de voorwaarde zou hebben verbonden dat een uitvoerverbod moest worden nageleefd”. Volgens het Gerecht blijkt uit de in de litigieuze beschikking weergegeven documenten evenmin, dat Bayer zou hebben gepoogd de instemming van de groothandelaren te verkrijgen met de toepassing van haar beleid inzake beperking van de parallelimporten. De door de Commissie aangevoerde documenten vormen volgens het Gerecht niet het bewijs dat Bayer haar leveringsbeleid heeft gekoppeld aan de eindbestemming die de groothandelaar in werkelijkheid aan de geleverde producten geeft.

20 Verder heeft het Gerecht bij het onderzoek naar het bestaan van een overeenkomst in de zin van artikel 85, lid 1, van het Verdrag, in de punten 111 tot en met 157 van het bestreden arrest nagegaan welke de houding van de groothandelaren was en hoe zij zich in feite hebben gedragen. Het Gerecht is om te beginnen tot de conclusie gekomen dat de vaststelling van de Commissie dat de groothandelaren hun gedrag op het gestelde uitvoerverbod hebben afgestemd, feitelijke grondslag mist, met name omdat de Commissie rehtens niet genoegzaam heeft aangetoond dat Bayer haar groothandelaren een uitvoerverbod had opgelegd, en evenmin dat aan de leveringen de voorwaarde was verbonden dat het gestelde uitvoerverbod in acht werd genomen (punten 119 en 122 van het bestreden arrest).

21 Bijgevolg heeft het Gerecht onderzocht of de Commissie aan de feitelijke gedragingen van de groothandelaren na de vaststelling door Bayer van haar nieuw beleid van leveringsbeperkingen, de conclusie kon verbinden dat de groothandelaren met dit beleid hadden ingestemd (punt 124). Na onderzoek van de in de litigieuze beschikking aangehaalde documenten oordeelde het Gerecht als volgt:

„151 Het onderzoek van de houding en de feitelijke gedragingen van de groothandelaren toont aan, dat de Commissie ten onrechte beweert, dat zij zich aan [Bayers] beleid strekkende tot een beperking van de parallelimporten zouden hebben aangepast.

152 Het argument dat de betrokken groothandelaren hun bestellingen tot een bepaald niveau hadden teruggebracht om Bayer te doen geloven dat zij in overeenstemming waren met haar beleid om alleen nog aan de behoeften van hun traditionele markt te voldoen, en dat zij aldus handelden om aan de sancties van Bayer te ontsnappen, kan niet worden aanvaard, nu de Commissie niet het bewijs levert dat [Bayer] van de groothandelaren had geëist of met hen had afgesproken dat zij met betrekking tot de bestemming van de geleverde dozen Adalat een dergelijke handelwijze zouden volgen, en dat zij de exporterende groothandelaren sancties heeft opgelegd of daarmee heeft bedreigd.

- 153 Om dezelfde redenen kan de Commissie niet beweren, dat de verlaging van de bestellingen door Bayer alleen kon worden geïnterpreteerd als een bewijs van de aanvaarding door de groothandelaren van haar eisen, en evenmin kan zij stellen dat het feit dat de groothandelaren aan [Bayers] eisen hebben voldaan, de reden is waarom zij voor de uitvoer bestemde extra hoeveelheden hebben moeten betrekken bij groothandelaren die door Bayer niet als ‚verdacht’ werden beschouwd en waarvan de hogere bestellingen zonder probleem werden uitgevoerd.
- 154 Tevens volgt duidelijk uit de hierboven onderzochte punten van de [bestreden] beschikking, dat de groothandelaren hun pogingen voortzetten om dozen Adalat te krijgen voor de export, en dat zij hun exportactiviteit hebben voortgezet, ook al vonden zij het in dit verband nuttig over te schakelen op andere systemen om zich te bevoorraden, namelijk enerzijds het systeem waarbij de voor de export bestemde bestellingen werden gespreid over diverse agentschappen, en anderzijds het systeem dat erin bestond bestellingen onrechtstreeks te plaatsen via kleine groothandelaren. Dat de groothandelaren hun beleid inzake bestellingen hebben gewijzigd en verschillende systemen hebben ingevoerd om ze te verdelen of te spreiden, bijvoorbeeld door langs omwegen bestellingen te plaatsen, kan niet worden beschouwd als een bewijs van hun bereidheid om Bayer haar zin te geven, noch als een antwoord op enig verzoek of enige eis van [deze laatste]. Dit feit kan integendeel worden beschouwd als het bewijs van het voornemen van de groothandelaren om de parallellexport van Adalat voort te zetten.
- 155 Nu niet bewezen is dat [Bayer] aan de groothandelaren eisen heeft gesteld inzake hun gedragingen in verband met de uitvoer van de geleverde dozen Adalat, kan het feit dat zij maatregelen hebben genomen om extra hoeveelheden te verkrijgen, enkel worden beschouwd als een weerlegging van de bewering dat zij hun instemming zouden hebben gegeven. Om dezelfde redenen moet ook het argument van de Commissie worden verworpen, dat het in de omstandigheden van de zaak normaal is dat bepaalde groothandelaren hebben gepoogd via omwegen aan extra hoeveelheden te komen, omdat zij tegenover Bayer de verbintenis moesten aangaan niet meer uit te voeren en dus geringere hoeveelheden te bestellen, die niet voor uitvoer waren bestemd.

156 Ten slotte moet worden vastgesteld, dat de Commissie niet heeft bewezen dat de groothandelaren de bedoeling hadden zich bij de doelstellingen van Bayer aan te sluiten, of zulks hebben willen doen geloven. De hierboven onderzochte documenten tonen integendeel aan, dat de tactiek van de groothandelaren erin bestond het nieuwe beleid van Bayer inzake beperking van de leveringen tot het niveau van de traditionele bestellingen, te omzeilen.

157 De Commissie is dus ten onrechte tot de conclusie gekomen, dat de werkelijke gedragingen van de groothandelaren rechtens genoegzaam aantonen dat zij hebben ingestemd met [Bayers] beleid inzake het verhinderen van de parallelimporten.”

22 In de daaropvolgende overwegingen heeft het Gerecht ten slotte de vroegere rechtspraak onderzocht die de Commissie had aangevoerd ten betoge dat er in de onderhavige zaak sprake was van een overeenkomst in de zin van artikel 85, lid 1, van het Verdrag. In punt 171 van het bestreden arrest kwam het Gerecht tot de conclusie dat de Commissie niet met een beroep op deze vroegere rechtspraak de redenering kon betwisten die het Gerecht tot de conclusie heeft gebracht dat in casu niet was aangetoond dat de groothandelaren met het nieuwe beleid van Bayer hadden ingestemd, en dat de Commissie dus niet het bestaan van een dergelijke overeenkomst had bewezen.

23 Met betrekking tot het arrest van 11 januari 1990, Sandoz prodotti farmaceutici/ Commissie (C-277/87, Jurispr. blz. I-45), overwoog het Gerecht:

„161 Deze zaak betrof een beschikking van de Commissie tegen een dochteronderneming van een multinational in de geneesmiddelensector, Sandoz, die in haar facturen aan haar afnemers (groothandelaren, apothekers en ziekenhuizen) de uitdrukkelijke vermelding ‚uitvoer verboden’ had opgenomen. Sandoz ontkende niet dat die vermelding in haar facturen voorkwam, maar stelde dat van een overeenkomst in de zin van artikel 85, lid 1, van het Verdrag geen sprake was. Het Hof heeft op

alle argumenten van de verzoekende partij geantwoord en het beroep verworpen. Zo was het Hof van oordeel, dat het toezenden van facturen met bedoelde vermelding niet als een eenzijdige gedraging was aan te merken, doch integendeel een onderdeel was van een geheel van vaste handelsbetrekkingen van de onderneming met haar klanten. Deze conclusie van het Hof was gebaseerd op een onderzoek van de door de onderneming gevolgde werkwijze alvorens een nieuwe klant de toelating kreeg om haar producten te verkopen, en gelet op het feit dat bij elke verkooptransactie systematisch dezelfde methode werd toegepast (punt 10 van het arrest). In dit stadium van zijn redenering (punt 11) heeft het Hof zich over de instemming van de medecontractanten met het in de factuur opgenomen uitvoerverbod als volgt uitgesproken:

„Bovendien zij erop gewezen, dat de klanten van Sandoz PF na elke afzonderlijke bestelling of naar gelang van het geval, na de levering van de producten, dezelfde standaardfactuur kregen. Wanneer een klant bij herhaling bestellingen plaatst en telkens weer zonder protest de in de facturen met de vermelding „uitvoer verboden” aangerekende prijzen betaalt, betuigt hij hiermee stilzwijgend zijn instemming met de in de factuur opgenomen bedingen en met de aard van de handelsbetrekkingen waarop de zakelijke relaties tussen Sandoz PF en haar klanten zijn gebaseerd. De erkenning door Sandoz PF van een nieuwe afnemer was dus gebaseerd op de stilzwijgende aanvaarding door haar klanten van de door Sandoz PF te hunnen opzichte gevolgde gedragslijn.”

- 162 Er zij op gewezen, dat het Hof eerst nadat het tot deze vaststellingen was gekomen, heeft geconcludeerd dat de Commissie ervan mocht uitgaan dat „het geheel van vaste handelsbetrekkingen, waarvan het beding „uitvoer verboden” integrerend deel uitmaakt, die zijn totstandgekomen tussen Sandoz PF en haar afnemers, was geregeld bij een vooraf opgestelde algemene overeenkomst die van toepassing was op de zeer talrijke afzonderlijke bestellingen van Sandoz-producten. Een dergelijke overeenkomst valt onder de bepalingen van artikel 85, lid 1, van het Verdrag”.

163 Hoewel er een gelijkenis is tussen de twee zaken, nu het telkens gaat om de handelwijze van een geneesmiddelenconcern dat de parallelimport van geneesmiddelen wil verhinderen, zijn de relevante concrete omstandigheden in de twee gevallen evenwel zeer verschillend. Anders dan in de onderhavige zaak het geval is, had in de zaak Sandoz [prodotti farmaceutici/Commissie] de producent in al zijn facturen uitdrukkelijk een mededingingsbeperkende clause opgenomen, die in alle documenten betreffende alle transacties werd herhaald, en dus een integrerend onderdeel was van de contractuele betrekkingen tussen de producent en zijn groothandelaren. In de tweede plaats vormen de feitelijke gedragingen van de groothandelaren met betrekking tot bedoelde clause, die zij de facto en zonder discussie hadden nageleefd, het bewijs van hun stilzwijgende instemming met die clause en met de aard van de daaraan ten grondslag liggende handelsbetrekkingen. In de feitelijke context van de onderhavige zaak daarentegen, is aan geen van de twee essentiële voorwaarden van de zaak Sandoz [prodotti farmaceutici/Commissie] voldaan; een formele clause houdende een uitvoerverbod ontbreekt, en de groothandelaren hebben formeel noch in feite van verzet tegen het beleid van de producent afgezien of met dat beleid ingestemd.”

24 Met betrekking tot het eveneens door de Commissie aangevoerde arrest van 8 februari 1990, Tipp-Ex/Commissie (C-279/87, Jurispr. blz. I-261), waarin het Hof de beschikking van de Commissie heeft bevestigd die was gericht tegen een overeenkomst die ertoe strekte de uitvoer te verhinderen, hoewel er, anders dan in de zaak die heeft geleid tot het arrest Sandoz prodotti farmaceutici/Commissie, geen sprake was van een geschreven beding betreffende een uitvoerverbod, overwoog het Gerecht het volgende:

„165 In bedoelde zaak ging het over een exclusieve distributieovereenkomst tussen Tipp-Ex en haar Franse distributeur, DMI, die zich had geschikt naar de eis van de producent om de aan een afnemer aangerekende prijs op te drijven tot een zodanig niveau, dat hij geen enkel belang meer had bij parallelimporten. Bovendien was vast komen te staan dat de producent controles a posteriori verrichtte, om de alleenverkoper ertoe te bewegen deze gedragslijn ook werkelijk te volgen [punt 58 van beschikking 87/406/EEG van de Commissie van 10 juli 1987 inzake een procedure op grond van artikel 85 van het EEG-Verdrag (PB L 222, blz. 1)]. In de punten 18 tot 21 van het arrest is de redenering uiteengezet van het Hof, dat eerst het bestaan van een mondelinge alleenverkoopovereenkomst

voor Frankrijk tussen Tipp-Ex en DMI heeft vastgesteld, en na de belangrijkste feiten in herinnering te hebben gebracht, heeft onderzocht hoe de distributeur heeft gereageerd op de door de producent opgelegde sancties en welke houding hij te dien aanzien heeft aangenomen. Het Hof heeft daarbij vastgesteld, dat de distributeur ‚heeft gereageerd door uitsluitend voor de onderneming ISA France de prijzen met 10 à 20 % te verhogen. Nadat ISA France in 1980 het hele jaar lang geen enkele bestelling bij DMI had geplaatst, heeft DMI begin 1981 geweigerd zelf nog producten van Tipp-Ex aan ISA France te leveren’. Eerst na deze vaststellingen inzake de handelwijze van de producent en de distributeur, is het Hof tot zijn conclusie gekomen inzake het bestaan van een overeenkomst in de zin van artikel 85, lid 1, van het Verdrag:

‚Vaststaat dus, dat DMI gevolg heeft gegeven aan het verzoek van Tipp-Ex om niet te verkopen aan afnemers die de producten van Tipp-Ex in andere lidstaten doorverkopen’ (punt 21 van het arrest).

- 166 Anders dan in de onderhavige zaak, bestond er in de zaak die tot het arrest Tipp-Ex/Commissie, reeds aangehaald, heeft geleid, dus geen twijfel over dat het beleid om parallelexporten te verhinderen, door de producent met de medewerking van de distributeurs was vastgesteld. Zoals in dit arrest is gepreciseerd, was deze bedoeling reeds terug te vinden in de mondelinge en schriftelijke contracten tussen de twee partijen (zie punten 19 en 20 van het arrest wat distributeur DMI betreft, en 22 en 23 wat distributeur Beiersdorf betreft), en voorzover nog twijfel mocht bestaan, blijkt uit de gedragingen van de distributeurs zeer duidelijk, dat zij op aandrang van de producent hebben ingestemd met het voornemen van Tipp-Ex om de mededinging te beperken. De Commissie had niet alleen het bewijs geleverd, dat de distributeurs hadden gereageerd op bedreigingen en druk vanwege de producent, maar ook dat ten minste één distributeur de producent het bewijs van zijn medewerking had doen toekomen. Ten slotte moet daaraan nog worden toegevoegd, dat de Commissie er in de onderhavige zaak zelf op wijst, dat het Hof in het arrest Tipp-Ex/Commissie, ter beoordeling van het bestaan van een overeenkomst, de methode heeft gevolgd die erin bestaat de reactie van de distributeurs op de tegen parallelexporten gerichte handelwijze van de producent te beoordelen, en dat het Hof gelet op deze reactie van de distributeur, tot de conclusie is gekomen, dat er tussen hem en Tipp-Ex een overeenkomst gericht op het verhinderen van parallelexporten moest bestaan.

167 Hieruit volgt, dat dit arrest, zoals het arrest Sandoz [prodotti farmaceutici/ Commissie], slechts de bevestiging vormt van vroegere uitspraken, volgens welke schijnbaar eenzijdige gedragingen van de producent de grondslag kunnen vormen van een overeenkomst tussen ondernemingen in de zin van artikel 85, lid 1, van het Verdrag, althans voorzover de reactie daarop van de groothandelaren of afnemers als een de facto instemming kan worden beschouwd. Nu in casu niet aan deze voorwaarde is voldaan, kan de Commissie niet onder verwijzing naar de gestelde gelijkenis tussen deze twee zaken, beweren dat ook in de onderhavige zaak sprake is van instemming.”

25 Met betrekking tot de zaken die hebben geleid tot de arresten van 25 oktober 1983, AEG/Commissie (107/82, Jurispr. blz. 3151), en 17 september 1985, Ford/Commissie (25/84 en 26/84, Jurispr. blz. 2725), stelde het Gerecht het volgende vast:

„170 In het arrest AEG/Commissie (reeds aangehaald), waarin de wil van de producent, respectievelijk de distributeurs, niet zeer duidelijk tot uitdrukking komt, en waarin de verzoekende partij zich uitdrukkelijk beroept op het eenzijdige karakter van haar handelwijze, was het Hof van oordeel, dat in het kader van het selectief distributiestelsel, een handelwijze die erin bestaat dat de producent, om een hoog prijsniveau te handhaven of bepaalde moderne verkoopvormen uit te sluiten, handelaren die aan de kwalitatieve eisen van het systeem voldoen, weigert toe te laten, „geen eenzijdige handeling van de onderneming is die, gelijk AEG meent, aan het verbod van artikel 85, lid 1, EEG-Verdrag ontsnapt. Zij valt veeleer binnen de sfeer van de contractuele betrekkingen die de onderneming met haar wederverkopers onderhoudt’ (punt 38). Welnu, aansluitend daarbij wou het Hof het bestaan van de instemming van de distributeurs vaststellen, waar het verklaarde: „Immers, wanneer een handelaar in het distributiestelsel wordt opgenomen, berust zijn toelating op de uitdrukkelijke of stilzwijgende aanvaarding door de contractanten van de door AEG gevoerde politiek, die onder meer inhoudt dat handelaren die wel aan de toelatingsvoorwaarden voldoen doch niet bereid zijn met deze politiek in te stemmen, van het dealernet worden uitgesloten’ (punt 38). Deze zienswijze is bevestigd in de andere zaken waarin het Hof uitspraak heeft gedaan over selectieve distributieregelingen (zie arrest Ford/Commissie, reeds aangehaald, punt 21; [arresten van 22 oktober 1986, Metro/Commissie, genaamd ‚Metro II’, 75/84, Jurispr. blz. 3021], punten 72 en 73, en [24 oktober 1995,] Bayerische Motorenwerke, [C-70/93, Jurispr. blz. I-3439,] punten 16 en 17).”

- 26 Met betrekking tot het arrest van 12 juli 1979, BMW Belgium e.a./Commissie (32/78, 36/78—82/78, Jurispr. blz. 2435), overwoog het Gerecht:

„169 Om uit te maken of sprake was van een overeenkomst in de zin van artikel 85, lid 1, van het Verdrag, tussen BMW Belgium en haar Belgische dealers, heeft het Hof in het arrest BMW Belgium e.a./Commissie, reeds aangehaald, de documenten onderzocht waaruit het bewijs van het bestaan van een overeenkomst zou kunnen worden afgeleid, met name de aan de BMW-dealers gerichte circulaires, zowel naar hun strekking als in hun materiële en juridische context en in verband met het gedrag van partijen’, wat tot de conclusie leidde, dat de betrokken circulaires ‚een uitdrukking vormden van de wil om een einde te maken aan de uitvoer van nieuwe BMW-voertuigen vanuit België’ (punt 28). Het Hof heeft daaraan toegevoegd, dat BMW Belgium, ‚door deze circulaires tot al haar Belgische concessiehouders te richten, de totstandkoming [had] willen bevorderen van een overeenkomst met die concessiehouders om een volledige stopzetting van die uitvoer te bewerkstelligen’ (punt 29). Blijkens punt 30 van dit arrest, was het de bedoeling van het Hof het bestaan van het akkoord van de concessiehouders te bevestigen.”

- 27 Bovendien heeft het Gerecht in de punten 173 tot en met 181 van het bestreden arrest de stelling van de Commissie verworpen dat zij op basis van de loutere vaststelling dat de groothandelaren hun handelsbetrekkingen met Bayer niet hadden afgebroken na de invoering door deze laatste van haar nieuw beleid inzake exportbeperkingen, ervan kon uitgaan dat het bestaan van een overeenkomst tussen ondernemingen in de zin van artikel 85, lid 1, van het Verdrag bewezen was. Volgens het Gerecht moet het bewijs van een overeenkomst in de zin van deze bepaling daarentegen berusten op de rechtstreekse of indirecte vaststelling van het subjectief element dat de essentie vormt van het begrip overeenkomst, namelijk het bestaan van een wilsovereenstemming tussen markt-deelnemers.

- 28 Meer in het bijzonder verwijt het Gerecht de Commissie in de punten 179 tot en met 182 van het bestreden arrest dat zij heeft gepoogd het toepassingsgebied van de „regels voor de ondernemingen” in afdeling 1 van hoofdstuk 1 van titel V van het derde deel van het Verdrag te verruimen.

- 29 Het Gerecht heeft de litigieuze beschikking dan ook nietig verklaard, zonder verder onderzoek van de subsidiaire middelen van Bayer, dat artikel 85, lid 1, van het Verdrag ten onrechte was toegepast op gedragingen die ingevolge artikel 47 van de Akte betreffende de toetredingsvoorwaarden voor het Koninkrijk Spanje en de Portugese Republiek en de aanpassing van de Verdragen (PB 1985, L 302, blz. 23) rechtmatig waren, en dat artikel 15 van verordening nr. 17 van de Raad van 6 februari 1962 — Eerste verordening over de toepassing van de artikelen 85 en 86 van het Verdrag (PB 1962, 13, blz. 204), onjuist was toegepast bij de oplegging van een geldboete aan Bayer.

Procesverloop en conclusies van partijen

- 30 Bij beschikking van de president van het Hof van 28 maart 2001 zijn de zaken C-2/01 P en C-3/01 P gevoegd voor de schriftelijke en de mondelinge behandeling en het arrest.
- 31 Op 9 april 2001 heeft de European Association of Euro Pharmaceutical Companies (hierna: „EAEPC”), een Europese vereniging die de belangen van de Europese farmaceutische ondernemingen vertegenwoordigt, verzocht om toelating tot interventie aan de zijde van BAI en de Commissie. Bij beschikking van 26 september 2001 heeft de president van het Hof EAEPC toegelaten tot interventie.
- 32 Op 23 april 2001 heeft het Koninkrijk Zweden krachtens artikel 37, eerste alinea, van 's Hof's Statuut-EG verzocht om toelating tot interventie aan de zijde van de Commissie. Bij beschikking van 25 juni 2001 heeft de president van het Hof het Koninkrijk Zweden toegelaten tot interventie.

33 BAI concludeert dat het het Hof behage:

- het bestreden arrest te vernietigen en de conclusies van Bayer in eerste aanleg te verwerpen;

- subsidiair, de zaak naar het Gerecht terug te verwijzen;

- Bayer te verwijzen in de kosten, daaronder begrepen de aan BAI op grond van diens interventie in eerste aanleg opgekomen kosten.

34 De Commissie concludeert dat het het Hof behage:

- het bestreden arrest te vernietigen en het beroep van Bayer tegen de litigieuze beschikking te verwerpen;

- Bayer als geïntimeerde in hogere voorziening en verzoekster in eerste aanleg te verwijzen in de kosten van de procedure voor het Hof en voor het Gerecht.

35 Bayer, verzoekster in eerste aanleg, concludeert dat het het Hof behage:

— de hogere voorziening van de Commissie in haar geheel af te wijzen;

— de Commissie te verwijzen in de kosten van de hogere voorziening.

36 EFPIA, interveniënte in eerste aanleg aan de zijde van Bayer, concludeert dat het het Hof behage:

— de hogere voorziening van de Commissie en van BAI af te wijzen;

— de Commissie te verwijzen in de door EFPIA gedragen kosten.

37 Het Koninkrijk Zweden, interveniënte aan de zijde van de Commissie, concludeert tot vernietiging van het bestreden arrest.

38 EAEPC, interveniënte aan de zijde van BAI en de Commissie, concludeert dat het het Hof behage:

— het bestreden arrest te vernietigen en de vordering van Bayer in eerste aanleg af te wijzen;

- subsidiair, de zaak terug te verwijzen naar het Gerecht;

- Bayer in de kosten te verwijzen.

Samenvatting van de middelen van partijen

- 39 BAI voert ter ondersteuning van haar hogere voorziening drie middelen aan: ontoereikende inaanmerkingneming van de feiten waarop de litigieuze beschikking is gebaseerd, onjuiste beoordeling van de bewijselementen door het Gerecht in strijd met de regels inzake de bewijslast, en onjuiste rechtsopvatting met betrekking tot de juridische criteria om uit te maken of er sprake is van een overeenkomst in de zin van artikel 85, lid 1, van het Verdrag.
- 40 De Commissie van haar kant geeft eerst in het algemeen kritiek op de restrictieve houding van het Gerecht bij de toepassing van artikel 85, lid 1, van het Verdrag op uitvoerbeperkingen, en voert vervolgens vijf specifieke middelen aan, die in wezen gericht zijn tegen de te strikte uitlegging van het begrip „overeenkomst” in de zin van deze bepaling, de onjuiste rechtsopvatting waarvan het Gerecht blijk zou hebben gegeven bij de toepassing van deze bepaling, en de verdraaiing van het bewijsmateriaal.
- 41 Met de middelen betreffende de juridische beoordeling door het Gerecht wat het begrip „overeenkomst” in de zin van artikel 85, lid 1, van het Verdrag betreft, wordt in het algemeen de vraag aan de orde gesteld of het Gerecht deze bepaling te strikt heeft uitgelegd, waar het heeft geoordeeld dat er in een geval als het onderhavige geen sprake kan zijn van een overeenkomst die een uitvoerverbod behelst.

Voorafgaande opmerking

- 42 Alvorens de aangevoerde middelen te onderzoeken, dient te worden beklemtoond dat de Commissie zich in de litigieuze beschikking strikt heeft beperkt tot het onderzoek van één grief, namelijk het bestaan van een „overeenkomst” in de zin van artikel 85, lid 1, van het Verdrag tussen Bayer en haar groothandelaren, in het kader van een markt die is omschreven aan de hand van de belangrijkste therapeutische indicaties van het betrokken product, namelijk Adalat. Er dient dan ook te worden gepreciseerd dat het in de onderhavige procedure niet gaat om de eventuele toepassing van andere onderdelen van artikel 85, of van artikel 86 EG-Verdrag (thans artikel 82 EG), en evenmin om andere mogelijke omschrijvingen van de relevante markt.

De middelen betreffende de feitelijke vaststellingen

- 43 Zowel BAI als de Commissie betwisten de feitelijke vaststellingen van het Gerecht en stellen dat het niet alle feiten in aanmerking heeft genomen op basis waarvan de Commissie heeft vastgesteld dat Bayer de eindbestemming van de bestelde producten zou hebben gecontroleerd, en dat de groothandelaren Bayer wilden doen geloven dat zij voortaan slechts bestellingen ten behoeve van hun nationale markt zouden plaatsen.

De controles die Bayer zou hebben verricht

Argumenten van partijen

- 44 Met zijn eerste middel stelt BAI dat het Gerecht in punt 109 van het bestreden arrest ten onrechte heeft geoordeeld, dat de Commissie niet heeft aangetoond dat

Bayer een controle van de eindbestemming van de aan de Spaanse en de Franse groothandelaren geleverde producten zou hebben ingevoerd. Het Gerecht heeft de feiten dus juridisch onjuist beoordeeld, aangezien het tot de conclusie dat er geen sprake is van een overeenkomst in de zin van artikel 85, lid 1, van het Verdrag, slechts is kunnen komen door relevante elementen van het dossier buiten beschouwing te laten.

- 45 Onder verwijzing naar de bewoordingen van de door de Commissie in de punten 140 en 80 van de litigieuze beschikking genoemde documenten beklemt BAI dat Bayer erin is geslaagd de Spaanse groothandelaren op te sporen aan de hand van de serienummers van in het Verenigd Koninkrijk teruggevonden partijen. Anders dan het Gerecht heeft geoordeeld, blijkt volgens BAI uit deze documenten dat dergelijke controles hebben plaatsgevonden, al was het maar op een beperkt aantal partijen.
- 46 Zowel Bayer als EFPIA achten dit middel niet-ontvankelijk, aangezien het slechts is gericht tegen de beoordeling van de feiten door het Gerecht in de punten 105, 108 en 109 van het bestreden arrest. Bayer preciseert dat dit middel berust op een verkeerde voorstelling van de feiten aangezien de serienummers, zelfs indien zij naar de exporterende groothandelaren „kunnen” leiden, niet bewijzen dat dergelijke controles daadwerkelijk hebben plaatsgevonden. In elk geval ontkent zij dat aan de hand van de serienummers welbepaalde marktdeelnemers kunnen worden geïdentificeerd, aangezien een bepaald nummer normalerwijs voorkomt op partijen die aan verschillende groothandelaren worden geleverd.

Beoordeling door het Hof

- 47 Volgens artikel 225 EG en artikel 58 van het Statuut van het Hof van Justitie kan hogere voorziening voor het Hof alleen rechtsvragen betreffen, en is het Gerecht bij uitsluiting bevoegd om de feiten vast te stellen — behoudens het geval waarin de feitelijke onjuistheid van hetgeen het heeft vastgesteld, blijkt uit de hem

overgelegde processtukken — en om die feiten te beoordelen, behoudens in het geval van een verdraaiing van de bewijselementen. Wanneer het Gerecht de feiten heeft vastgesteld of beoordeeld, is het Hof ingevolge artikel 225 EG slechts bevoegd toezicht uit te oefenen op de wijze waarop het Gerecht de feiten juridisch heeft gekwalificeerd en daaraan rechtsgevolgen heeft verbonden (arrest van 28 mei 1998, Deere/Commissie, C-7/95 P, Jurispr. blz. I-3111, punt 21).

- 48 Met zijn eerste middel komt BAI evenwel enkel op tegen de beoordeling van de feiten door het Gerecht, en met name tegen de omstandigheid dat het Gerecht op basis van de in de litigieuze beschikking genoemde documenten tot de conclusie is gekomen dat de Commissie rechtens niet genoegzaam had aangetoond dat Bayer een „systematische controle” verrichtte van de werkelijke eindbestemming van de partijen Adalat die na de vaststelling van haar nieuw leveringsbeleid inzake geneesmiddelen aan de groothandelaren werden geleverd. De door Bayer en EFPIA opgeworpen exceptie van niet-ontvankelijkheid is dan ook gegrond, en het eerste middel van BAI moet worden verworpen.

De wil van de groothandelaren om Bayer te doen geloven dat zij voortaan slechts bestellingen voor hun nationale markt zouden plaatsen

Argumenten van partijen

- 49 Met haar derde middel stelt de Commissie dat het Gerecht een deel van het bewijsmateriaal buiten beschouwing heeft gelaten of heeft verdraaid, waar het in punt 126 van het bestreden arrest heeft geoordeeld dat de door de Commissie in de litigieuze beschikking aangevoerde documenten niet aantonen dat de groothandelaren Bayer wilden doen geloven dat zij zich naar haar nieuw commercieel beleid schikten.

- 50 Volgens de Commissie heeft het Gerecht geen rekening gehouden met het feit dat de plaatselijke agentschappen van de groothandelaren, waarover de voor de export bestemde bestellingen werden gespreid, om discretie werd verzocht nadat Bayer Frankrijk had geweigerd kennelijk voor de export bestemde bestellingen te aanvaarden, en met het feit dat deze spreiding van de gewenste hoeveelheden over de plaatselijke agentschappen geen ander doel kon hebben dan Bayer te misleiden omtrent hun exportplannen.
- 51 De Commissie beklemtoont bovendien dat de groothandelaren Bayer wilden misleiden omtrent de omvang van de behoeften van de nationale markt, zoals blijkt uit de in de litigieuze beschikking genoemde briefwisseling, en dat een dergelijke aanpak noodzakelijk was, aangezien de groothandelaren geneesmiddelen wilden blijven uitvoeren en Bayers beleid erin bestond alleen geneesmiddelen te leveren voor de nationale markt.
- 52 Bayer en EFPIA antwoordden hierop dat de grief dat bepaalde bewijselementen niet in aanmerking zijn genomen, zonder meer moet worden verworpen, aangezien het Gerecht in het bestreden arrest uitvoerig alle door de Commissie in de litigieuze beschikking genoemde stukken heeft onderzocht en in aanmerking heeft genomen, en dit middel dus slechts gericht is tegen de feitelijke vaststellingen van het Gerecht. Met betrekking tot de grief dat bewijselementen zouden zijn verdraaid, stellen zij dat het Gerecht in de punten 125, 128, 131 en 143 tot en met 152 van het bestreden arrest uitdrukkelijk rekening heeft gehouden met het feit dat bepaalde ondernemingen het hebben voorgesteld alsof zij voor de nationale markt grotere hoeveelheden nodig hadden, en dat de Commissie zelfs niet heeft gepoogd aan te tonen dat het Gerecht, door zogenaamd „verdraaide” bewijzen in aanmerking te nemen, tot een verschillende beoordeling is gekomen. In werkelijkheid tracht de Commissie volgens hen ook hier weer de feitelijke vaststellingen van het Gerecht te betwisten.

Beoordeling door het Hof

- 53 In de eerste plaats dient te worden opgemerkt dat het Gerecht bij zijn onderzoek van de vraag of, bij ontbreken van een bewijs dat Bayer heeft gepoogd het akkoord of de instemming van de groothandelaren met haar nieuw commercieel beleid te verkrijgen, aan de hand van de feitelijke gedragingen van deze laatsten kan worden geconcludeerd dat zij met dit beleid hebben ingestemd, alle door de Commissie in de litigieuze beschikking genoemde documenten in aanmerking heeft genomen.
- 54 Het Gerecht heeft niet vastgesteld dat de groothandelaren niet de bedoeling hadden Bayer te misleiden omtrent hun exportplannen. Het heeft daarentegen enkel vastgesteld dat de documenten waarnaar de Commissie heeft verwezen, niet aantoonde dat de groothandelaren Bayer wilden laten geloven dat zij, om aan haar uitdrukkelijke wens te voldoen, bereid waren om hun bestellingen tot een bepaald niveau terug te brengen.
- 55 Wat in de tweede plaats de gestelde verdraaiing van bewijselementen betreft, heeft het Gerecht niet tegengesproken dat bepaalde groothandelaren als reactie op het beleid van Bayer er de voorkeur aan hadden gegeven om de bestellingen over hun plaatselijke agentschappen te spreiden onder het voorwendsel van een toename van de officieel voor de nationale markt bestemde bestellingen.
- 56 Voorts heeft het Gerecht uitdrukkelijk erkend dat de groothandelaren met Bayer moeilijke onderhandelingen hadden gevoerd om deze te doen erkennen dat hun traditionele nationale behoeften hoger waren en dat hieraan diende te worden voldaan. Het heeft evenwel vastgesteld dat deze omstandigheid niet kon dienen als bewijs dat de groothandelaren met het beleid van Bayer hadden ingestemd.

- 57 Bijgevolg dient het derde middel van de Commissie ongegrond te worden verklaard.

De bewijslast betreffende het bestaan van een overeenkomst in de zin van artikel 85, lid 1, van het Verdrag

Argumenten van partijen

- 58 Met zijn tweede middel verwijt BAI het Gerecht dat het blijkt heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting waar het is uitgegaan van het beginsel dat de bewijslast betreffende het bestaan van een overeenkomst in de zin van artikel 85, lid 1, van het Verdrag tussen Bayer en de betrokken groothandelaren, uitsluitend op de Commissie rust (punten 119 tot en met 121 van het bestreden arrest). Aldus heeft het Gerecht het door het Hof in het arrest van 8 juli 1999, Commissie/Anic Partecipazioni (C-49/92 P, Jurispr. blz. I-4125, punt 96), erkende beginsel geschonden dat, wanneer uit de door de Commissie verzamelde gegevens prima facie blijkt dat er sprake is van een overeenkomst, het aan de betrokken onderneming staat te bewijzen dat er geen wilsovereenstemming is tussen haar en haar distributeurs.
- 59 Dienaangaande betoogt BAI dat volgens de door de Commissie vastgestelde en door Bayer niet betwiste feiten, naar aanleiding van de door Bayer ingevoerde uitvoerbepalingen gesprekken hebben plaatsgevonden tussen Bayer en de groothandelaren. Tijdens deze gesprekken heeft Bayer duidelijk haar wil te kennen gegeven om de parallelimporten te verhinderen door de contingentering van de verkopen. De groothandelaren hebben ook begrepen dat dit de wens van Bayer was, en hebben een dergelijke contingentering uiteindelijk aanvaard. Hoewel het Gerecht al deze feiten correct heeft uiteengezet, heeft het hieraan niet de juiste gevolgtrekkingen rechtens verbonden. Volgens BAI had het Gerecht op grond van het reeds aangehaalde arrest Commissie/Anic Partecipazioni tot de conclusie moeten komen dat prima facie was bewezen dat er sprake was van een overeenkomst in de zin van artikel 85, lid 1, van het Verdrag, zodat het aan Bayer stond om te bewijzen dat er geen wilsovereenstemming tot stand was gekomen. Het bestreden arrest is dus ook op deze onjuiste toepassing van het recht gebaseerd.

60 Hierop antwoorden zowel Bayer als EFPIA dat de feiten van het arrest Commissie/Anic Partecipazioni verschillen van die van het onderhavige geval, en dat dat arrest dus geenszins hierop kan worden toegepast. Volgens Bayer, hierbij ondersteund door EFPIA, is deze grief in werkelijkheid gericht tegen de feitelijke vaststelling van het Gerecht dat de Commissie niet het bewijs heeft geleverd van een overeenkomst in de zin van bovenbedoelde bepaling, en is zij als zodanig niet-ontvankelijk of ongegrond.

Beoordeling door het Hof

61 Met betrekking tot de door Bayer en EFPIA opgeworpen exceptie van niet-ontvankelijkheid kan worden volstaan met vast te stellen dat de kwestie van de verdeling van de bewijslast, hoewel zij van invloed kan zijn op de feitelijke vaststellingen van het Gerecht, een rechtsvraag betreft. Deze exceptie van niet-ontvankelijkheid is dan ook ongegrond.

62 Ten gronde dient te worden opgemerkt dat het Hof in het arrest Commissie/Anic Partecipazioni, anders dan BAI het voorstelt, niet is afgeweken van het beginsel dat het in geval van een geschil over het bestaan van een inbreuk op de mededingingsregels aan de Commissie staat om de door haar vastgestelde inbreuk te bewijzen en de elementen te leveren die rechtens genoegzaam het bestaan van de constitutieve elementen van een dergelijke inbreuk bewijzen.

63 In de zaak die tot het arrest Commissie/Anic Partecipazioni heeft geleid, was immers bewezen dat tijdens een vergadering met verschillende deelnemers een „overeenkomst” in de zin van artikel 85, lid 1, van het Verdrag was gesloten. Het Hof heeft vervolgens vastgesteld dat een onderneming die aan deze vergadering heeft deelgenomen en die later wil aanvoeren dat zij niet aan de uitvoering van de daarop gesloten overeenkomst heeft willen meewerken, daarvan de bewijslast draagt. De omdraaiing van de bewijslast in die zaak vond dus plaats nadat het

bewijs was geleverd dat tijdens een vergadering tussen drie ondernemingen een overeenkomst tot stand was gekomen. Bovendien beschikte de betrokken onderneming die de bewijslast droeg, enkel over de mogelijkheid om zich aan de overeenkomst te onttrekken en niet om het bestaan zelf hiervan te betwisten. BAI kan zich dus niet met succes op het arrest Commissie/Anic Parecipazioni beroepen ter ondersteuning van zijn tweede middel, dat ongegrond is en dus moet worden verworpen.

De middelen betreffende het begrip „overeenkomst” in de zin van artikel 85, lid 1, van het Verdrag

- 64 Zowel BAI als de Commissie komen op tegen de overdreven strikte juridische beoordeling op basis waarvan het Gerecht tot de conclusie is gekomen dat er geen sprake was van een binnen de werkingssfeer van artikel 85, lid 1, van het Verdrag vallende overeenkomst over een uitvoerverbod.

Algemene opmerkingen over de wijze waarop het Gerecht het begrip „overeenkomst” in de zin van artikel 85, lid 1, van het Verdrag opvat

- 65 Volgens de Commissie wijkt het bestreden arrest af van de vroegere rechtspraak over het begrip „overeenkomst” in de zin van artikel 85, lid 1, van het Verdrag, en wijzigt het aldus de criteria voor het bewijs van het bestaan van een uitvoerverbod en van een overeenkomst ter zake. De strikte uitlegging van deze begrippen en de strengere eisen voor het bewijs dat tussen een producent en een groothandelaar een overeenkomst over een uitvoerverbod is gesloten, doen afbreuk aan het beleid van de Commissie ter bestrijding van mededingingsbeperkingen die berusten op een systeem van belemmeringen van parallelimporten.

- 66 Dienaangaande stelt EAEPD dat parallelhandel een uitvloeisel is van de totstandkoming van de interne markt. Het Koninkrijk Zweden betoogt in dezelfde zin dat de geneesmiddelensector op Europees niveau niet volledig is geharmoniseerd, zodat parallelimporten moeten worden aangemoedigd om te verhinderen dat de goede werking van de markt, die reeds gevoelig is voor oneerlijke praktijken ter besteding van de prijsverschillen tussen de lidstaten, nog meer wordt belemmerd.
- 67 EAEPD herinnert eraan dat het de lidstaten verboden is het vrije verkeer van goederen op enigerlei wijze te beperken voorzover dit niet door het Verdrag is gerechtvaardigd, en stelt dat de overheidsbeperkingen niet mogen worden vervangen door beperkingen die worden opgelegd door particulieren.
- 68 Volgens Bayer, ondersteund door EFPIA, is het betoog inzake de werkingssfeer van artikel 85, lid 1, van het Verdrag kennelijk ongegrond. De beschikkingen en de rechtspraak inzake de toepassing van deze bepaling op uitvoerverboden betreffen uitsluitend gevallen waarin een producent vooraf, uitdrukkelijk of stilzwijgend, met distributeurs een overeenkomst over een dergelijk verbod had gesloten, in het kader daarvan a posteriori controleerde of dit uitvoerverbod werd nageleefd, en sancties oplegde aan ondernemingen die zich niet hielden aan de voorwaarden van deze overeenkomst. Dat is volgens haar in casu niet het geval, zodat de vroegere rechtspraak op het onderhavige geval niet kan worden toegepast.
- 69 Volgens Bayer is het de Commissie er in werkelijkheid om te doen, de werkingssfeer van artikel 85, lid 1, van het Verdrag uit te breiden zodat van de „belemmering van parallelimporten”, die onder het beginsel van het vrije verkeer van goederen van artikel 30 EG-Verdrag (thans, na wijziging, artikel 28 EG) valt, haast op zich een inbreuk op artikel 85, lid 1, van het Verdrag wordt gemaakt. De Commissie beoogt met de toepassing van deze bepaling in de onderhavige zaak uitdrukkelijk de geneesmiddelenprijs te harmoniseren, zonder een harmonisering van de regelingen van de lidstaten, hoewel die aan de oorsprong liggen van de

prijsverschillen. Het ligt immers aan de lidstaten en niet aan de farmaceutische industrie dat eenzelfde geneesmiddel in de verschillende lidstaten verschillend is geprijsd. Deze mededingingsverstoringen kunnen slechts worden verholpen door toepassing van artikel 30 van het Verdrag en door harmonisering van de nationale bepalingen inzake de vaststelling van de geneesmiddelenprijzen.

- 70 Het idee om artikel 85, lid 1, van het Verdrag te gebruiken tegen een onderneming die zich niet in een machtspositie bevindt en die beslist om niet aan groothandelaren te leveren om hen te verhinderen parallelexporten te verrichten, houdt kennelijk geen rekening met de noodzakelijke toepassingsvoorwaarden van deze bepaling en met de opzet van het Verdrag. Volgens deze opzet zijn overheidsmaatregelen die parallelexporten verhinderen door artikel 30 van het Verdrag verboden, maar eenzijdige maatregelen van particuliere ondernemingen zijn volgens de beginselen van het Verdrag slechts aan beperkingen onderworpen, wanneer het gaat om ondernemingen met een machtspositie op de markt in de zin van artikel 86 van het Verdrag, hetgeen in casu niet het geval is.
- 71 In deze context dient nader te worden ingegaan op de verschillende middelen over de te strikte uitlegging door het Gerecht van het begrip „overeenkomst” in de zin van artikel 85, lid 1, van het Verdrag.

De noodzaak van een controle- en sanctiesysteem als prealabele voorwaarde voor de vaststelling van het bestaan van een overeenkomst over een uitvoerverbod

Argumenten van partijen

- 72 BAI — met het eerste onderdeel, sub i, van zijn derde middel — en de Commissie — met haar eerste middel —, op dit punt ondersteund door het

Koninkrijk Zweden, verwijten het Gerecht dat het artikel 85, lid 1, van het Verdrag te strikt heeft uitgelegd, door er ten onrechte van uit te gaan dat het bestaan van een systeem van controles van de eindbestemming van de aan de exporterende groothandelaren geleverde partijen Adalat en van sancties tegen deze laatsten, een noodzakelijke voorwaarde vormt om te kunnen aannemen dat er een overeenkomst over een uitvoerverbod is gesloten.

- 73 BAI beklemtoont dat een dergelijk controle- en sanctiesysteem een aanwijzing kan vormen dat er sprake is van een door artikel 85, lid 1, van het Verdrag verboden overeenkomst, aangezien het de betrokken handelspartners kan dwingen hun beloften na te komen, maar dat dit nog niet betekent dat er bij ontbreken van een dergelijk systeem van een overeenkomst geen sprake kan zijn. Het verwijst dienaangaande naar de reeds aangehaalde arresten *Sandoz prodotti farmaceutici/Commissie en Ford/Commissie*, waarin het Hof het bestaan van een mededingingsversturende overeenkomst heeft aangenomen hoewel er geen dergelijke controles waren. Door de invoering van een dergelijk controle- en sanctiesysteem als dubbele voorwaarde te stellen voor de vaststelling van een door deze bepaling verboden overeenkomst over een uitvoerverbod, heeft het Gerecht het recht dus onjuist toegepast.
- 74 De Commissie van haar kant verwijt het Gerecht meer in het bijzonder dat het ervan is uitgegaan dat er van een overeenkomst over een uitvoerverbod slechts sprake kan zijn wanneer een systeem wordt ingevoerd waarbij de werkelijke eindbestemming van de bestelde goederen a posteriori wordt gecontroleerd, en sancties worden opgelegd om ervoor te zorgen dat de producten niet worden uitgevoerd. Volgens haar bestaat een dergelijke overeenkomst ook in een geval als het onderhavige, waarin een subtielere, preventieve methode wordt toegepast die erin bestaat dat de leveringen worden beperkt zodra er voldoende aanwijzingen zijn om te vermoeden dat de producten worden uitgevoerd. Bij een dergelijk leveringsbeleid wordt het rechtstreekse verbod dat is gekoppeld aan een concrete levering, vervangen door een indirect verbod dat wordt toegepast wanneer de bestelling wordt geplaatst.

- 75 Dienaangaande merken zowel het Koninkrijk Zweden als EAEPC op dat Bayer, in plaats van kennelijk met het gemeenschapsrecht strijdige uitvoerverboden op te leggen, op subtiële wijze de leveringen beperkt, wat samen met het vereiste om constant een toereikende voorraad geneesmiddelen aan te houden, hetzelfde effect heeft als een uitvoerverbod. Dat het bestaan van een systeem van controles a posteriori niet is bewezen, is dus niet beslissend.
- 76 Bayer en EFPIA antwoorden hierop dat dit middel in werkelijkheid slechts gericht is tegen feitelijke vaststellingen van het Gerecht en dus niet-ontvankelijk is. Het betoog van rekwiranten heeft overigens betrekking op een uitlegging van artikel 85, lid 1, van het Verdrag die in het bestreden arrest niet is terug te vinden. Bayer, hierin ondersteund door EFPIA, beklemtoont dat het Gerecht zich heeft beperkt tot een onderzoek van het feitelijke argument van de Commissie dat Bayer a posteriori de eindbestemming van de geleverde waar zou hebben gecontroleerd, en betoogt dat in het bestreden arrest niet is vastgesteld dat er slechts sprake kan zijn van een „overeenkomst” over een uitvoerverbod indien de producent a posteriori controleert of de groothandelaar de geleverde waar heeft uitgevoerd, en hem in dat geval bestraft door de leveringen van de geneesmiddelen te beperken of geen geneesmiddelen meer te leveren.
- 77 Aangaande de schending van de relevante rechtspraak preciseert Bayer in dupliek ten slotte dat, anders dan in het onderhavige geval, de producent in alle door de Commissie genoemde gevallen en in alle gevallen waarin het Hof tot op heden uitspraak heeft gedaan, heeft gepoogd de uitvoer van de geleverde hoeveelheden, ongeacht of deze vooraf waren gecontingenteerd, te verhinderen door middel van expliciete of impliciete uitvoerverboden.

Beoordeling door het Hof

- 78 Met bovenstaande middelen verwijten rekwiranten het Gerecht dat het de invoering van een systeem van controles van de eindbestemming van de partijen

Adalat en van sancties tegen de exporterende groothandelaren heeft beschouwd als een noodzakelijke voorwaarde voor het bestaan van een overeenkomst in de zin van artikel 85, lid 1, van het Verdrag.

- 79 Uit het bestreden arrest blijkt evenwel geenszins dat het Gerecht ervan is uitgegaan dat er van een „overeenkomst” over een uitvoerverbod slechts sprake kan zijn indien een dergelijk systeem van controles en sancties tegen de groothandelaren bestaat.
- 80 In het kader van het onderzoek naar de vermeende wil van Bayer om een uitvoerverbod op te leggen, heeft het Gerecht geoordeeld dat „de Commissie rechtens niet genoegzaam heeft aangetoond, dat Bayer Frankrijk en Bayer Spanje hun respectieve groothandelaren een uitvoerverbod zouden hebben opgelegd, evenmin dat Bayer een systematische controle van de werkelijke eindbestemming van de na de vaststelling van haar nieuw leveringsbeleid geleverde dozen Adalat zou hebben ingevoerd [...] en evenmin dat zij aan de leveringen van dit product de voorwaarde zou hebben verbonden dat een uitvoerverbod moest worden nageleefd” (punt 109 van het bestreden arrest).
- 81 Voorts heeft het Gerecht in het kader van het aanvullende onderzoek naar de vermeende wil van de groothandelaren om zich naar het beleid van Bayer te schikken, onder verwijzing naar zijn eerdere vaststellingen eraan herinnerd dat „de Commissie niet rechtens genoegzaam heeft aangetoond, dat Bayer een systematisch beleid van controle van de eindbestemming van de geleverde dozen Adalat heeft ingevoerd, en evenmin dat zij een beleid van bedreigingen en sancties tegen de exporterende groothandelaren heeft toegepast, en dus ook niet dat Bayer Frankrijk en Bayer Spanje hun respectieve groothandelaren een uitvoerverbod hebben opgelegd, en ten slotte evenmin dat aan de leveringen de voorwaarde was verbonden dat de producten niet werden uitgevoerd” (punt 119 van het bestreden arrest).
- 82 Uit het bestreden arrest blijkt dat het Gerecht met de vaststelling dat Bayer geen systeem van controles a posteriori en sancties had ingevoerd, in de eerste plaats heeft willen antwoorden op het feitelijke argument van de Commissie dat Bayer

de groothandelaren een uitvoerverbod had opgelegd, in het kader waarvan de exporterende groothandelaren werden geïdentificeerd en de aan hen geleverde hoeveelheden herhaaldelijk werden verlaagd indien bleek dat zij deze geneesmiddelen volledig of gedeeltelijk exporteerden.

- 83 In de tweede plaats is het Gerecht er in elk geval niet van uitgegaan dat het ontbreken van een systeem van controles a posteriori en van sancties automatisch impliceert dat er geen door artikel 85, lid 1, van het Verdrag verboden overeenkomst is. Het Gerecht heeft het ontbreken van een dergelijk systeem daarentegen beschouwd als een van de relevante elementen bij het onderzoek naar de vermeende wil van Bayer om een uitvoerverbod op te leggen, en dus naar het bestaan van een overeenkomst in het onderhavige geval. Hoewel het bestaan van een systeem van controles a posteriori en van sancties niet noodzakelijk betekent dat er een overeenkomst bestaat, kan de invoering van een dergelijk systeem wel een aanwijzing van het bestaan van een overeenkomst vormen.
- 84 Met betrekking tot de grief dat is voorbijgegaan aan de arresten Sandoz prodotti farmaceutici/Commissie en Ford/Commissie, aangezien het Hof in die arresten zonder te onderzoeken of er een systeem van controles a posteriori en van sancties bestond tot de conclusie is gekomen dat er sprake was van een door artikel 85, lid 1, van het Verdrag verboden overeenkomst, dient er nogmaals op te worden gewezen dat voor de vaststelling van een met deze bepaling strijdige overeenkomst niet in alle gevallen hoeft te worden nagegaan of een dergelijk systeem bestaat.
- 85 In de zaak die heeft geleid tot het arrest Sandoz prodotti farmaceutici/Commissie, had de producent facturen aan zijn afnemers verzonden met daarop de uitdrukkelijke vermelding „export verboden”, waarmee de afnemers stilzwijgend hadden ingestemd (zie punt 23 van het onderhavige arrest). Het Hof kon dus tot de conclusie komen dat er sprake was van een door deze bepaling verboden overeenkomst, zonder het bewijs daarvan te moeten zoeken in het bestaan van een systeem van controles a posteriori.

- 86 In de zaak die heeft geleid tot het arrest Ford/Commissie, heeft de Commissie het besluit van een autoproducent om aan Duitse dealers geen auto's met het stuurwiel rechts te leveren om te voorkomen dat zij ze naar de Britse markt uitvoeren, met een overeenkomst gelijkgesteld. In het kader van het onderhavige middel kan worden volstaan met erop te wijzen dat het in die zaak ging om een zuivere verkoopweigering en niet om een verkoop waarbij aan de distributeurs bepaalde voorwaarden zouden zijn opgelegd, zodat een systeem van controles a posteriori hoe dan ook overbodig was.
- 87 Verder dient te worden opgemerkt dat het argument van de Commissie, het Koninkrijk Zweden en EAEPK, dat het door Bayer ingevoerde preventieve leveringsbeleid een systeem van controles a posteriori noodzakelijk maakte, eerder bevestigt dat Bayer bij de beperking van de parallelimporten eenzijdig heeft gehandeld.
- 88 Het loutere feit dat het eenzijdig door Bayer toegepaste contingenteringsbeleid, tezamen met de door de lidstaten aan de groothandelaren opgelegde verplichting om een volledig assortiment in voorraad te hebben, hetzelfde effect heeft als een uitvoerverbod, betekent niet dat de producent een dergelijk verbod heeft opgelegd, en evenmin dat er sprake is van een door artikel 85, lid 1, van het Verdrag verboden overeenkomst.
- 89 Waar het Gerecht heeft vastgesteld dat de Commissie rechtens niet genoegzaam had aangetoond dat er een systeem van controles a posteriori en van sancties tegen de groothandelaren bestond, heeft het dus geen blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting. Het middel van BAI en de Commissie, dat een dergelijk systeem van controles a posteriori en van sancties tegen de groothandelaren geen noodzakelijke voorwaarde is voor het bestaan van een overeenkomst in de zin van artikel 85, lid 1, van het Verdrag, dient dan ook te worden afgewezen.

Het middel dat de producent de groothandelaren een bepaalde gedragslijn moet hebben voorgeschreven of moet hebben gepoogd hun instemming met zijn beleid te verkrijgen

Argumenten van partijen

- 90 BAI — met het eerste onderdeel, sub ii, van zijn derde middel — en de Commissie — met haar tweede middel — verwijten het Gerecht dat het artikel 85, lid 1, van het Verdrag overdreven strikt heeft uitgelegd, door er ten onrechte van uit te gaan dat er over een uitvoerverbod slechts een overeenkomst is indien de producent de groothandelaren een bepaalde gedragslijn voorschrijft of hun instemming tracht te verkrijgen met zijn beleid ter voorkoming van parallelimporten. Het bewijs dat Bayer de groothandelaren een uitdrukkelijk uitvoerverbod oplegde, is volgens hen geen voorwaarde voor de vaststelling van het bestaan van een door artikel 85, lid 1, van het Verdrag verboden overeenkomst.
- 91 Onder verwijzing naar de arresten Sandoz prodotti farmaceutici/Commissie en Ford/Commissie betoogt BAI dat er sprake is van een overeenkomst in de zin van artikel 85, lid 1, van het Verdrag indien de groothandelaren zich verder blijven bevoorraden bij een producent die de wil te kennen heeft gegeven parallel-exporten te beperken, aangezien zij hiermee de facto zijn commercieel beleid hebben aanvaard.
- 92 In dezelfde zin beklemtoont de Commissie dat voor het bestaan van een overeenkomst in de zin van artikel 85, lid 1, van het Verdrag volstaat dat de betrokken ondernemingen de gezamenlijke wil tot uitdrukking hebben gebracht om zich op de markt op een bepaalde wijze te gedragen. Zij verwijt het Gerecht dat het geen rekening heeft gehouden met het feit dat Bayer in casu voldoende duidelijk haar wil tot uitdrukking heeft gebracht dat de groothandelaren inzake bestellingen en leveringen een andere methode zouden volgen, welk feit, tezamen met de gedragswijziging van deze laatsten, kon wijzen op een wilsovereenstemming tussen Bayer en de groothandelaren. Dienaangaande verwijst de Commissie naar de reeds aangehaalde arresten AEG/Commissie en Ford/

Commissie, waarin het Hof niet heeft onderzocht of de producent zijn verkopers een bepaalde gedragslijn had voorgeschreven of zelfs maar had gepoogd hun instemming met de door hem getroffen maatregelen te verkrijgen.

- 93 BAI, EAEPD en het Koninkrijk Zweden beklemtonen dat de contingentering door een producent van de leveringen aan de groothandelaren op basis van de behoeften van de nationale markt die zij bedienen, een uitvoerbelemmering kan vormen wanneer zij gepaard gaat met een bijkomende verplichting om bij voorrang een bepaalde markt te bedienen. Een uitdrukkelijk verbod is niet vereist. Een dergelijke beperking van de leveringen heeft onvermijdelijk het effect van een uitvoerverbod en dus van een kunstmatige opsplitsing van de markten, aangezien de leveringen niet meer volstaan om uitvoer mogelijk te maken. Het Koninkrijk Zweden merkt verder op dat volgens de communautaire rechtspraak, met name het arrest Ford/Commissie, de handelwijze van Bayer als een gedeeltelijke verkoopweigering kan worden gekwalificeerd, die op uniforme en systematische wijze ten opzichte van alle groothandelaren in Frankrijk en Spanje is toegepast, wat neerkomt op een met artikel 85, lid 1, van het Verdrag strijdige overeenkomst.
- 94 Volgens zowel Bayer als EFPIA dient dit middel te worden verworpen omdat het uitgaat van een onjuiste interpretatie van het bestreden arrest. Het Gerecht heeft immers nooit gesteld dat van een „overeenkomst over een uitvoerverbod” slechts sprake kon zijn indien Bayer uitdrukkelijk had „geëist” dat de groothandelaren met een uitvoerverbod instemden, of actief had „gepoogd” hun instemming te verkrijgen. Volgens hen wordt met dit middel bovendien niet eens een rechtsvraag aan de orde gesteld, maar is het gericht tegen de feitelijke vaststelling van het Gerecht in punt 157 van het bestreden arrest — ter weerlegging van een feitelijk argument van de Commissie zelf — dat het werkelijke gedrag van de groothandelaren niet volstond als bewijs dat zij het beleid ter voorkoming van parallelimporten hadden gedoogd. Dit middel is dus niet-ontvankelijk.

- 95 Met betrekking tot het argument dat het Gerecht de door hem onderzochte rechtspraak die is vervat in de arresten AEG/Commissie en Ford/Commissie, niet juist zou hebben toegepast, stellen zowel Bayer als EFPIA dat het onderhavige geval verschilt van die welke tot die arresten hebben geleid, zodat het Gerecht niet van die rechtspraak is afgeweken.

Beoordeling door het Hof

- 96 Uit het bestreden arrest blijkt niet dat het Gerecht heeft geoordeeld dat van een overeenkomst in de zin van artikel 85, lid 1, van het Verdrag slechts sprake kan zijn indien een van de handelspartners de andere een bepaalde gedragslijn voorschrijft.
- 97 In punt 69 van het bestreden arrest is het Gerecht daarentegen uitgegaan van het beginsel dat „het wezenlijk element” van het begrip overeenkomst in de zin van artikel 85, lid 1, van het Verdrag „het bestaan van een wilsovereenstemming van ten minste twee partijen is, ongeacht de vorm die daaraan wordt gegeven, voorzover hij de getrouwe weergave van die wilsovereenstemming is”. Bovendien heeft het Gerecht in punt 67 van het arrest eraan herinnerd dat voor het bestaan van een overeenkomst in de zin van deze bepaling volstaat, dat de betrokken ondernemingen hun gezamenlijke wil tot uitdrukking hebben gebracht om zich op de markt op een bepaalde wijze te gedragen.
- 98 Aangezien in casu evenwel de vraag aan de orde is of een maatregel die een producent blijkbaar eenzijdig heeft genomen of opgelegd in het kader van de vaste commerciële relatie die hij met zijn groothandelaren onderhoudt, een overeenkomst vormt in de zin van artikel 85, lid 1, van het Verdrag, heeft het Gerecht het argument van de Commissie in punt 155 van de litigieuze beschikking onderzocht, dat Bayer inbreuk heeft gemaakt op dit artikel omdat het „in het raam van [de] voortdurende commerciële relatie [van Bayer Frankrijk

en Bayer Spanje] met hun klanten een uitvoerverbod [heeft opgelegd]”, ten opzichte waarvan de groothandelaren „een houding hebben aangenomen die aangeeft dat zij impliciet met het uitvoerverbod [hebben ingestemd]” (punt 74 van het bestreden arrest).

- 99 Wat het argument betreft dat het Gerecht ten onrechte het bewijs noodzakelijk achtte dat Bayer een uitdrukkelijk uitvoerverbod had opgelegd, blijkt uit het onderzoek van het Gerecht inzake het systeem ter controle van de distributie van de geleverde partijen Adalat (zie punten 44 tot en met 48 van het onderhavige arrest), dat het Gerecht niet het bewijs van een uitdrukkelijk verbod heeft geëist.
- 100 Wat het argument van rekwiranten betreft dat het Gerecht had moeten erkennen dat de door Bayer uitgedrukte wil om de parallelimporten te beperken de basis kon vormen van een door artikel 85, lid 1, van het Verdrag verboden overeenkomst, is het zeker juist dat het bestaan van een overeenkomst in de zin van deze bepaling uit het gedrag van de betrokken partijen zou kunnen worden afgeleid.
- 101 Een dergelijke overeenkomst kan evenwel niet zijn gebaseerd op wat slechts de uitdrukking is van een eenzijdig beleid van een van de contractpartijen, dat zonder de medewerking van anderen kan worden uitgevoerd. Gesteld dat het bestaan van een door artikel 85, lid 1, van het Verdrag verboden overeenkomst zou kunnen worden vastgesteld louter op basis van de uitdrukking van een eenzijdig beleid ter voorkoming van parallelimporten, zou de werkingssfeer van deze bepaling samenvallen met die van artikel 86 van het Verdrag.
- 102 Een overeenkomst in de zin van artikel 85, lid 1, van het Verdrag kan slechts door stilzwijgende aanvaarding tot stand komen indien de wilsuitdrukking van een van de contractpartijen die is gericht op het verstoren van de mededinging, een — expliciete of impliciete — uitnodiging vormt aan de andere partij om dit doel gezamenlijk te verwezenlijken, zeker wanneer een dergelijke overeenkomst zoals in casu op het eerste gezicht niet in het belang is van de andere partij, namelijk de groothandelaren.

- 103 Op goede gronden heeft het Gerecht dus onderzocht of uit de handelwijze van Bayer viel af te leiden dat zij als voorwaarde voor de voortzetting van de commerciële relaties met de groothandelaren had geëist dat zij zich naar haar nieuw commercieel beleid zouden schikken.
- 104 Wat de door rekwiranten aangevoerde zaak betreft die heeft geleid tot het arrest Sandoz prodotti farmaceutici/Commissie, staat vast dat de producent had gepoogd de medewerking van de groothandelaren te verkrijgen om de parallelimporten uit te schakelen of te beperken, welke medewerking in de omstandigheden van die zaak noodzakelijk was om dat doel te bereiken. Dat de producent op de facturen de vermelding „uitvoer verboden” aanbracht, kwam in een dergelijke context neer op een uitnodiging aan de groothandelaren om zich op een bepaalde wijze te gedragen. In casu is daarvan geen sprake.
- 105 Rekwiranten beroepen zich bovendien op de arresten AEG/Commissie en Ford/Commissie, waarin het Hof volgens hen op basis van de schijnbaar eenzijdige maatregelen van de producent tegenover de distributeurs tot de conclusie is gekomen dat er sprake was van een overeenkomst in de zin van artikel 85, lid 1, van het Verdrag, zonder dat het in dat verband had nagegaan of de producent eisen had gesteld.
- 106 In vorenbedoelde zaken hoefde evenwel niet te worden aangetoond dat een overeenkomst in de zin van artikel 85, lid 1, van het Verdrag was gesloten. In die zaken was integendeel de vraag aan de orde of de door de producenten genomen maatregelen pasten in het kader van de selectieve distributieovereenkomsten die zij eerder met hun distributeurs hadden gesloten, en of deze maatregelen dus in aanmerking moesten worden genomen om de verenigbaarheid van deze overeenkomsten met de mededingingsregels te beoordelen.

- 107 In de zaak die heeft geleid tot het arrest AEG/Commissie, was de producent in het kader van de toepassing van een selectieve distributieovereenkomst die voordien verenigbaar met artikel 85, lid 1, van het Verdrag was verklaard, ertoe overgegaan distributeurs die aan de kwalitatieve criteria van deze overeenkomst voldeden, te weren, om een hoog prijsniveau te handhaven of bepaalde moderne verkoopvormen uit te sluiten. De vraag was dus of de Commissie de handelwijze van de producent bij de toepassing van een selectieve distributieovereenkomst als uitgangspunt kon nemen om uit te maken of deze overeenkomst in haar concrete toepassingsvorm in strijd was met artikel 85, lid 1, van het Verdrag.
- 108 In punt 12 van het arrest Ford/Commissie is gepreciseerd dat „verzoeksters en de Commissie [...] het erover eens [waren], dat de kernvraag in [dat] beroep [was], of de Commissie de in artikel 85, lid 3, EEG-Verdrag bedoelde ontheffing voor de hoofddealerovereenkomst van Ford AG [had kunnen] weigeren op grond dat die onderneming de levering van voertuigen met rechtse besturing aan haar Duitse dealers had stopgezet”.
- 109 Aangezien dus reeds was vastgesteld dat er sprake was van een overeenkomst die mogelijk in strijd was met artikel 85, lid 1, van het Verdrag, kon het Hof zich in bovenbedoelde zaken beperken tot het onderzoek of de maatregelen die de producent later had genomen, pasten in het kader van de betrokken overeenkomst, en dus in aanmerking dienden te worden genomen bij de toetsing van deze overeenkomst aan bedoeld artikel. Dat was dus een andere vraag dan die welke in de onderhavige zaak aan de orde is, namelijk of het bestaan zelf van een mededingingsversturende overeenkomst is bewezen. Rekwiranten kunnen zich dan ook niet op de arresten AEG/Commissie en Ford/Commissie beroepen ten betoge dat sprake is van een door artikel 85, lid 1, van het Verdrag verboden overeenkomst.
- 110 Met betrekking tot het argument van het Koninkrijk Zweden en EAEPD, dat het contingentingsbeleid van Bayer in samenhang met de op de groothandelaren

rustende nationale verplichting om een bepaalde voorraad aan te houden, hetzelfde effect hebben als wanneer Bayer eisen zou hebben gesteld, ook wanneer niet uitdrukkelijk een uitvoerbepanking is opgelegd, kan worden volstaan met eraan te herinneren dat een dergelijk argument alleen maar het eenzijdige karakter aantoont van het commercieel beleid van Bayer, dat ten uitvoer kon worden gelegd zonder de medewerking van de groothandelaren. Aangezien is vastgesteld dat de arresten AEG/Commissie en Ford/Commissie op het onderhavige geval niet van toepassing zijn, kunnen ook de interveniënten aan deze arresten geen argumenten ontleen. Het loutere feit dat de parallelimporten worden belemmerd, volstaat dus niet als bewijs dat sprake is van een door artikel 85, lid 1, van het Verdrag verboden overeenkomst.

- 111 Gelet op het voorgaande, moet het middel dat de producent de groothandelaren een bepaalde gedragslijn moet hebben voorgeschreven, worden verworpen.

Het middel dat de werkelijke wil van de groothandelaren niet naar behoren in de beschouwing is betrokken

Argumenten van partijen

- 112 Met haar vierde middel verwijt de Commissie het Gerecht dat het blijkt heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting, waar het oordeelde dat aan de voorwaarden voor het bestaan van wilsovereenstemming niet is voldaan, omdat de uitgedrukte wil van de groothandelaren (om enkel voor de nationale markt geneesmiddelen te bestellen) niet overeenstemde met hun werkelijke wil (om ook voor de uitvoer geneesmiddelen te bestellen). Het Gerecht is uitsluitend uitgegaan van de werkelijke wil van de groothandelaren, en heeft aldus het begrip overeenkomst in de zin van artikel 85, lid 1, van het Verdrag onjuist uitgelegd.

- 113 Dienaangaande stelt de Commissie met name dat het Hof in het arrest Sandoz prodotti farmaceutici/Commissie geen enkel belang heeft gehecht aan de werkelijke wil of aan een eventueel „innerlijk voorbehoud” van de ondernemingen, aangezien voor de totstandkoming van een overeenkomst in de zin van artikel 85, lid 1, van het Verdrag slechts de uitgedrukte wil van de betrokken ondernemingen bepalend is.
- 114 In dezelfde zin stellen EAEPC en BAI — deze laatste in het kader van het eerste onderdeel, sub iii, van zijn derde middel — dat het verzet van de groothandelaren tegen een beleid dat tegen hun belangen indruist, rechtens niet afdoet aan het feit dat zij zich uiteindelijk naar dit beleid hebben geschikt. Volgens de vaste rechtspraak is voor de vaststelling van een door artikel 85, lid 1, van het Verdrag verboden overeenkomst wél een wilsovereenstemming, maar niet een overeenstemming van de belangen van de partijen vereist [zie beschikking 80/1283/EEG van de Commissie van 25 november 1980 inzake een procedure op grond van artikel 85 van het EEG-Verdrag (IV/29.702 — Johnson & Johnson) (PB L 377, blz. 16, punt 28), beschikking 87/406 (punt 49) en arrest Ford/Commissie, reeds aangehaald]. EAEPC verwijst bovendien naar het arrest van 20 september 2001, Courage en Crehan (C-453/99, Jurispr. blz. I-6297), ten betoge dat van een overeenkomst in de zin van artikel 85, lid 1, van het Verdrag zelfs sprake is wanneer een van de partijen tegen haar wil wordt gedwongen om deze overeenkomst te sluiten.
- 115 Volgens Bayer en EFPIA is dit middel niet-ontvankelijk, aangezien het in wezen de feitelijke vaststellingen van het Gerecht opnieuw ter discussie stelt. Waar rekwiranten stellen dat de uitgedrukte wil van de groothandelaren op één lijn moet worden geplaatst met de aanvaarding van een instructie krachtens welke zij de betrokken geneesmiddelen alleen voor de nationale markt hebben besteld, willen zij zich onttrekken aan de vaststelling van het Gerecht in de punten 151 tot en met 153 van het bestreden arrest, dat de in de litigieuze beschikking bedoelde documenten niet het bewijs vormden van een eventuele bereidheid van de groothandelaren om zich op enigerlei wijze naar het beleid van Bayer te schikken.
- 116 Ten gronde stelt Bayer dat, wanneer er een uitdrukkelijke wilsverklaring is, enkel deze verklaring telt, terwijl een niet tot uitdrukking gebrachte wil of een

„innerlijk voorbehoud” die afwijken van de uitdrukkelijk geformuleerde wil, geen enkele rol spelen. Wanneer het daarentegen, zoals in casu, gaat om „impliciete wilsuitingen”, mag enkel worden uitgegaan van de werkelijke wil van de betrokken partij zoals deze blijkt uit haar gedragingen.

Beoordeling door het Hof

- 117 Aangaande de door Bayer en EFPIA opgeworpen exceptie van niet-ontvankelijkheid dient te worden opgemerkt, dat het middel inzake het ontbreken van wilsovereenstemming de feitelijke vaststellingen van het Gerecht niet opnieuw ter discussie stelt. Dit middel is daarentegen gericht tegen het feit dat het Gerecht de werkelijke wil van de groothandelaren, en niet hun beweerdelijk uitgedrukte wil, als juridisch doorslaggevend heeft beschouwd. De exceptie van niet-ontvankelijkheid is dan ook ongegrond.
- 118 Ten gronde dient eraan te worden herinnerd dat het Gerecht is uitgegaan van het algemeen beginsel dat „voor het bestaan van een overeenkomst in de zin van artikel 85, lid 1, van het Verdrag volstaat, dat de betrokken ondernemingen hun gezamenlijke wil tot uitdrukking hebben gebracht om zich op de markt op een bepaalde wijze te gedragen” (punt 67 van het bestreden arrest). Nadat het Gerecht in het kader van het onderzoek naar de vermeende wil van Bayer om een uitvoerverbod op te leggen, tot de conclusie was gekomen dat deze niet een dergelijk verbod had opgelegd, heeft het de handelwijze van de groothandelaren onderzocht om uit te maken of er niettemin sprake was van een door artikel 85, lid 1, van het Verdrag verboden overeenkomst.
- 119 In deze context heeft het Gerecht de stelling van de hand gewezen dat een overeenkomst tot stand was gekomen door de stilzwijgende aanvaarding door de groothandelaren van het gestelde uitvoerverbod, op grond dat de Commissie, zoals het Gerecht reeds had vastgesteld, rechtens niet genoegzaam had aangetoond dat Bayer een dergelijk verbod had opgelegd, en evenmin dat er slechts geneesmiddelen werden geleverd indien dit verbod in acht werd genomen (zie punten 119 en 122 van het bestreden arrest).

- 120 In deze omstandigheden heeft het Gerecht voorts onderzocht of „de Commissie aan de feitelijke gedragingen van de groothandelaren na de vaststelling door verzoekster van haar nieuw beleid van leveringsbeperkingen, de conclusie kon verbinden dat de groothandelaren met dit beleid [hadden] ingestemd” (punt 124 van het bestreden arrest).
- 121 Aldus heeft het Gerecht willen nagaan of de groothandelaren, hoewel er geen uitvoerverbod was, toch de wil van Bayer deelden om parallelimporten te beperken. Bij dit onderzoek heeft het Gerecht geen blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting, waar het zich heeft gebaseerd op de „werkelijke” wil van de groothandelaren om verder bestellingen van geneesmiddelen voor de uitvoer en voor de nationale markt te plaatsen.
- 122 Zoals de advocaat-generaal in punt 108 van zijn conclusie heeft uiteengezet, veronderstelt het middel betreffende ontbreken van wilsovereenstemming in elk geval dat de groothandelaren de wil tot uitdrukking hebben gebracht om zich te schikken naar de wil van Bayer om parallelimporten te verhinderen. Zoals in de punten 52 en 53 van het onderhavige arrest is vastgesteld, heeft het Gerecht evenwel geoordeeld dat de door de Commissie verstrekte documenten niet aantoonde dat de groothandelaren Bayer wilden laten geloven dat zij, om zich naar haar uitdrukkelijke wil te schikken, voornemens waren hun bestellingen tot een bepaald niveau te verlagen.
- 123 De strategie van de groothandelaren bestond er integendeel in de voor de uitvoer bestemde bestellingen over de verschillende agentschappen te spreiden en Bayer aldus te doen geloven dat de behoeften van de nationale markten waren toegenomen. Deze strategie wees helemaal niet op het bestaan van wilsovereenstemming, maar vormde slechts een poging van de groothandelaren om de toepassing van het eenzijdige beleid van Bayer, dat ook zonder hun medewerking kon worden uitgevoerd, in hun voordeel om te buigen.

- 124 Gelet op het voorgaande, dient het middel dat het Gerecht ten onrechte heeft vastgesteld dat er geen wilsovereenstemming was tussen Bayer en de groot-handelaren over Bayers beleid ter beperking van parallelimporten, ongegrond te worden verklaard.

Het vereiste van een instemming achteraf met maatregelen die deel uitmaken van vaste commerciële relaties die worden beheerst door eerder gesloten algemene overeenkomsten

Argumenten van partijen

- 125 Met haar vijfde middel verwijt de Commissie, hierbij ondersteund door EAEPD, het Gerecht dat het artikel 85, lid 1, van het Verdrag onjuist heeft toegepast door, anders dan het Hof in het arrest Sandoz prodotti farmaceutici/Commissie, het bewijs te verlangen dat de groothandelaren zich hebben willen schikken naar de door Bayer genomen maatregelen, hoewel deze waren vastgesteld in het kader van de vaste commerciële relaties tussen de groothandelaren en de producent. Bovendien heeft het Gerecht volgens de Commissie blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting, waar het van oordeel was dat zij zich niet kon beroepen op de arresten AEG/Commissie, Ford/Commissie en BMW Belgium e.a./Commissie, om de houding die de groothandelaren hebben aangenomen na de invoering van het nieuwe beleid van Bayer inzake leveringen van geneesmiddelen, als een feitelijke instemming hiermee te interpreteren.
- 126 In dezelfde zin verwijt BAI met het eerste onderdeel, sub iii, en het tweede onderdeel van zijn derde middel het Gerecht, dat het niet heeft nagegaan of de maatregelen van Bayer niet slechts schijnbaar eenzijdig waren, aangezien zij waren genomen in het kader van haar vaste commerciële relaties met de groothandelaren. BAI stelt dat de gebruikelijke commerciële relaties in de

groothandelssector voor geneesmiddelen vergelijkbaar zijn met het selectieve distributiesysteem dat aan de orde was in de zaken die hebben geleid tot de arresten AEG/Commissie, Ford/Commissie en BMW Belgium e.a./Commissie, en verwijt het Gerecht dus dat het deze arresten niet-toepasselijk heeft verklaard op het onderhavige geval.

- 127 De Commissie neemt een soortgelijk standpunt in en betoogt dat de verkoop van geneesmiddelen bepaalde kenmerken van selectieve distributie vertoont. Dienaangaande stellen rekwiranten dat de toelating van een groothandelaar tot het betrokken distributiesysteem impliceert dat hij de door de producent gestelde voorwaarden heeft aanvaard.
- 128 Volgens BAI nemen de groothandelaren in de bevoorrading van de geneesmiddelenmarkt een sleutelpositie in, die vergelijkbaar is met die van dealers in een systeem van selectieve distributie. Gelet op de grote onderlinge afhankelijkheid van de marktdeelnemers op de geneesmiddelenmarkt, zijn de groothandelaren gebonden door de leveringspraktijk van de producent. Aangezien de groothandelaren afhankelijk zijn van de producenten van farmaceutische producten omdat zij Adalat niet door andere geneesmiddelen kunnen vervangen, zo stelt BAI in repliek, zijn zij gedwongen een compromis te sluiten om hun winsten zo hoog mogelijk te houden, zelfs indien dat tot gevolg heeft dat niet meer kan worden geleverd aan derden buiten het door de betrokken groothandelaren bediende gebied. De groothandelaren zijn dus het slachtoffer van de leveringsbeperkingen van de producent en hun instemming met de mededingingsverstorende overeenkomst is voor hen een middel om de voortzetting van hun commerciële relaties te verzekeren.
- 129 Op basis van deze overwegingen komt BAI tot de slotsom dat de instemming van de groothandelaren met de beperking van de door de producent geleverde hoeveelheden volstaat om te kunnen spreken van een overeenkomst die tot doel heeft de markten kunstmatig op te splitsen en dus in strijd met artikel 85, lid 1,

van het Verdrag de mededinging binnen de gemeenschappelijke markt te vervalsen. Had het Gerecht de feiten juridisch correct beoordeeld, dan had het noodzakelijkerwijs tot de conclusie moeten komen dat er sprake was van een overeenkomst tussen Bayer Frankrijk en Bayer Spanje en de betrokken groothandelaren.

- 130 EAEPD sluit zich bij dit standpunt aan en beklemtoont dat volgens het arrest Sandoz prodotti farmaceutici/Commissie een feitelijk gedrag — namelijk de protestloze naleving van de overeenkomst door de groothandelaren — niet vereist is. In tegenstelling tot de interpretatie die het Gerecht ervan heeft gegeven, is in dat arrest enkel vastgesteld dat de plaatsing van nieuwe bestellingen na de wijziging van de voorwaarden die daarop van toepassing zijn, volstaat om te kunnen spreken van een stilzwijgende instemming van de groothandelaren. Door nieuwe bestellingen te plaatsen, hebben de groothandelaren zich in casu geschikt naar de wil van Bayer om de leveringen van Adalat te beperken. Dat zij hun houding gewijzigd hebben, wijst er duidelijk op dat zij met het nieuwe commerciële beleid van Bayer hebben ingestemd.
- 131 In de zaak die heeft geleid tot het arrest Sandoz prodotti farmaceutici/Commissie, hoefde bovendien niet te worden vastgesteld hoe de groothandelaren zich in werkelijkheid hadden gedragen, omdat de Commissie en het Hof in die zaak enkel hebben vastgesteld wat het doel was van de clausule waarbij voor de betrokken producten een uitvoerverbod was opgelegd, en de effecten van een dergelijke clausule buiten beschouwing hebben gelaten. Voorzover het doel reeds in het aanbod van de producent tot uiting komt, volstaat een stilzwijgende instemming met de relevante clausule, aangezien de groothandelaar die een nieuwe bestelling plaatst meteen ook deze contractvoorwaarde aanvaardt.
- 132 Met betrekking tot het argument dat de rechtspraak zou zijn geschonden, zijn zowel Bayer als EFPIA van mening, dat de Commissie wil doen geloven dat de feitelijke omstandigheden in de zaken die hebben geleid tot de arresten AEG/Commissie en Ford/Commissie alsmede tot het arrest van 24 oktober 1995, Bayrische Motorenwerke/ALD (C-70/93, blz. I-3439), dezelfde zijn als in het onderhavige geval. In de zaken waarin die arresten zijn gewezen, maakten de „schijnbaar eenzijdige” maatregelen van de producenten evenwel deel uit van langlopende, voordien vastgestelde en vaste distributieovereenkomsten, zodat geen uitdrukkelijke of stilzwijgende instemming van de distributeurs vereist was.

In al die gevallen, aldus EFPIA, ging het om selectieve distributiesystemen. In het onderhavige geval is er geen sprake van dergelijke overeenkomsten; het is immers duidelijk dat Bayer geen gebruik maakt van een dergelijk distributiesysteem. Zowel Bayer en EFPIA wijzen er verder op, dat de nationale wettelijke voorwaarden waaraan de activiteiten van groothandelaren moeten voldoen, in geen geval een uitvoerig, voordien vastgesteld en vast contractueel kader tussen de producent en de groothandelaren vormden.

133 In replik beklemtoont de Commissie dat Bayer, anders dan zij beweert, namelijk dat zij slechts van geval tot geval aan de groothandelaren leverde, reeds decennialang commerciële relaties met de Franse groothandelaren onderhield, die zij niet van de ene op de andere dag had kunnen beëindigen.

134 Aangaande Bayers bezwaar dat in haar commerciële relaties met de groothandelaren wettelijke voorwaarden golden, die niets met contractuele voorwaarden van doen hadden, herinnert de Commissie eraan dat volgens 's Hofs rechtspraak de opname van een groothandelaar in een systeem van selectieve distributie van lange duur impliceert dat hij instemt met bepaalde maatregelen van de producent, die door dat loutere feit hun schijnbaar eenzijdige karakter verliezen, doordat zij deel gaan uitmaken van de bestaande contractuele relaties. Dit kan niet alleen in selectieve distributiesystemen, maar ook bij andere contractuele relaties van lange duur het geval zijn.

135 Daarbij is het van geen belang of het gaat om de inachtneming van contractuele dan wel wettelijke voorwaarden. De inachtneming van de wettelijke bevoorradingsplicht ligt aan de basis van elke contractuele relatie tussen een producent

van geneesmiddelen en een groothandelaar in Frankrijk of Spanje, aangezien de erkenning van de groothandelaar ervan afhangt.

- 136 De Commissie voert aan dat de omstandigheden van de zaak gelijkenissen vertonen met die van het arrest Ford/Commissie. Zij beklemtoont dat Bayer reeds decennialang contractuele relaties met de Franse groothandelaren onderhield, en dat de concrete invulling van bepaalde aspecten van deze relaties — zoals de leveringshoeveelheden, die aan schommelingen onderhevig zijn en dus niet vooraf kunnen worden vastgelegd — noodzakelijkerwijs aan de producent dienden te worden overgelaten.
- 137 Om die reden is de beslissing van de producent omtrent de hoeveelheid die hij levert van een bepaald geneesmiddel dat is besteld in het kader van de commerciële relaties van lange duur die hij met zijn groothandelaren onderhoudt, geen eenzijdige maatregel, die het voorwerp kan uitmaken van een overeenkomst in de zin van artikel 85, lid 1, van het Verdrag. Een dergelijke maatregel wordt integendeel genomen in het kader van deze contractuele relaties.
- 138 In dupliek komt Bayer tot de conclusie dat de Commissie met haar grief dat de rechtspraak van het Hof is „omzeild”, in werkelijkheid wil stellen dat zelfs zonder een dergelijke „overeenkomst” een voorafgaande eenzijdige contingentering als „preventieve” belemmering van parallelimporten op dezelfde wijze als een „repressief” uitvoerverbod moet worden behandeld.
- 139 Volgens Bayer is dit argument een verkapte poging om in het communautaire mededingingsrecht een algemeen verbod van „belemmering van parallelimport-

ten” in te voeren, dat niet op zijn plaats is in het systeem van de artikelen 85 en 86 van het Verdrag, maar dat blijkbaar in het algemeen gebaseerd is op het doel van de realisatie van de interne markt. Daartegenover staat dat in het bestreden arrest is vastgesteld dat, anders dan krachtens artikel 30 van het Verdrag getroffen overheidsmaatregelen, eenzijdige preventieve maatregelen van een particuliere onderneming, die bij ontbreken van een „overeenkomst” niet binnen de werkingssfeer van artikel 85, lid 1, van het Verdrag vallen, niet door de mededingingsregels van het Verdrag worden beheerst.

Beoordeling door het Hof

- 140 Met deze middelen komen rekwiranten op tegen het oordeel van het Gerecht dat „de door [de Commissie] aangevoerde rechtspraak [...] niet [afdoet] aan de [...] analyse, op grond waarvan het Gerecht tot de conclusie is gekomen dat in de onderhavige zaak de instemming van de groothandelaren met het nieuwe beleid van Bayer niet is bewezen” (punt 159 van het bestreden arrest).
- 141 Dienaangaande zij eraan herinnerd dat in de onderhavige zaak de vraag aan de orde is of er sprake is van een door artikel 85, lid 1, van het Verdrag verboden overeenkomst. Het loutere feit dat er een op zich neutrale overeenkomst, en daarnaast een eenzijdig opgelegde mededingingsbeperkende maatregel bestaan, betekent nog niet dat sprake is van een door deze bepaling verboden overeenkomst. Het feit alleen dat een producent in het kader van zijn vaste commerciële relaties met zijn groothandelaren een maatregel heeft genomen die tot doel of tot gevolg heeft de mededinging te beperken, volstaat dus niet om het bestaan van een dergelijke overeenkomst vast te stellen.
- 142 In de zaak die heeft geleid tot het arrest Sandoz prodotti farmaceutici/Commissie, ging het om een uitvoerverbod dat door een producent in het kader van zijn vaste contractuele relaties met zijn groothandelaren was opgelegd. Het Hof kwam tot

de conclusie dat er sprake was van een door artikel 85, lid 1, van het Verdrag verboden overeenkomst. Deze conclusie was evenwel, zoals het Gerecht in de punten 161 en 162 van het bestreden arrest heeft opgemerkt, gebaseerd op het feit dat de producent een exportverbod had opgelegd, dat door de groothandelaren stilzwijgend was aanvaard. Dienaangaande heeft het Hof in punt 11 van het arrest Sandoz prodotti farmaceutici/Commissie geoordeeld dat „een klant [die] bij herhaling bestellingen plaatst en telkens weer zonder protest de in de facturen met de vermelding ‚uitvoer verboden’ aangerekende prijzen betaalt, [...] hiermee stilzwijgend zijn instemming [betuigt] met de in de factuur opgenomen bedingen en met de aard van de handelsbetrekkingen waarop de zakelijke relaties tussen Sandoz PF en haar klanten zijn gebaseerd”. Het bestaan van een verboden overeenkomst berustte in die zaak dus niet op het loutere feit dat de groothandelaren zich verder bleven bevoorraden bij een producent die te kennen had gegeven dat hij de uitvoer wilde verhinderen, maar op het feit dat deze laatste een exportverbod had opgelegd dat de groothandelaren stilzwijgend hadden aanvaard. Rekwiranten kunnen zich dus niet met succes op dit arrest Sandoz prodotti farmaceutici/Commissie beroepen ten betoge dat het Gerecht blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting waar het als voorwaarde stelde dat de groothandelaren hadden ingestemd met de door de producent opgelegde maatregelen.

¹⁴³ Rekwiranten kunnen evenmin aanvoeren dat de arresten AEG/Commissie, Ford/Commissie en Bayrische Motorenwerke/ALD op het onderhavige geval toepasselijk zijn, met het argument dat de commerciële relaties in de groothandelssector voor farmaceutische producten vergelijkbaar zijn met selectieve distributiesystemen zoals die welke in die zaken aan de orde zijn. Zoals in punt 141 van het onderhavige arrest is vastgesteld, is de relevante vraag immers of er sprake is van een overeenkomst in de zin van artikel 85, lid 1, van het Verdrag.

¹⁴⁴ Zoals in punt 106 van het onderhavige arrest is vastgesteld, was in de arresten AEG/Commissie en Ford/Commissie niet de vraag aan de orde of het bestaan van

een overeenkomst in de zin van artikel 85, lid 1, van het Verdrag diende te worden aangetoond. Aangezien het bestaan van een overeenkomst die mogelijk in strijd was met deze bepaling, reeds vaststond, luidde de vraag of de door de producent genomen maatregelen binnen de sfeer van die overeenkomst vielen en dus in aanmerking moesten worden genomen om uit te maken of die overeenkomst verenigbaar was met deze bepaling. Zoals het Gerecht terecht heeft opgemerkt, heeft het Hof in die arresten vastgesteld dat, wanneer een handelaar in het distributiesysteem wordt opgenomen, zijn toelating berust op het feit dat hij het door de producent gevoerde beleid heeft aanvaard (zie punt 170 van het bestreden arrest).

145 Deze zienswijze sluit aan bij het arrest *Bayrische Motorenwerke/ALD*, waarin het ging om de vraag „of artikel 85, lid 1, EEG-Verdrag aldus moet worden uitgelegd, dat het eraan in de weg staat dat een autoconstructeur die zijn auto's via een selectief distributiestelsel afzet, met zijn dealers overeenkomt, dat zij geen auto's aan onafhankelijke leasingondernemingen leveren, wanneer deze ze zonder koopoptie leasen aan gebruikers die hun woonplaats of kantoor buiten het contractgebied van de betrokken dealer hebben, dan wel zijn dealers tot een dergelijke handelwijze aanzet” (punt 14).

146 Bijgevolg heeft het Gerecht geen blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting waar het oordeelde dat de door BAI en de Commissie aangevoerde rechtspraak niet gold voor het onderhavige geval. De middelen inzake onjuiste toepassing van artikel 85, lid 1, van het Verdrag moeten dan ook worden verworpen.

- 147 Aangezien alle middelen van BAI en de Commissie niet-ontvankelijk of ongegrond zijn verklaard, dienen de hogere voorzieningen te worden afgewezen.

Kosten

- 148 Ingevolge artikel 69, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering, dat volgens artikel 118 van dit Reglement van toepassing is op de procedure in hogere voorziening, moet de in het ongelijk gestelde partij in de kosten worden verwezen, indien dit is gevorderd. Aangezien Bayer en EFPIA in zaak C-3/01 P de verwijzing van de Commissie in de kosten hebben gevorderd, dient deze in de kosten van haar hogere voorziening te worden verwezen.
- 149 Volgens artikel 69, lid 4, eerste alinea, van het Reglement voor de procesvoering, dat volgens artikel 118 van dit Reglement eveneens van toepassing is op de procedure in hogere voorziening, dragen de lidstaten en de instellingen die in het geding zijn tussengekomen, hun eigen kosten. Derhalve dient te worden beslist dat het Koninkrijk Zweden zijn eigen kosten draagt.
- 150 Aangezien noch Bayer noch EFPIA in het kader van de hogere voorziening van BAI (C-2/01 P) de verwijzing van BAI in de kosten heeft gevorderd, dient iedere partij haar eigen kosten betreffende deze procedure te dragen.

HET HOF VAN JUSTITIE,

rechtdoende:

- 1) Wijst de hogere voorzieningen af.

- 2) Verstaat dat Bundesverband der Arzneimittel-Importeure eV, Bayer AG en European Federation of Pharmaceutical Industries' Associations hun eigen kosten betreffende zaak C-2/01 P zullen dragen.

- 3) Verwijst de Commissie van de Europese Gemeenschappen in de kosten betreffende zaak C-3/01 P.

- 4) Verstaat dat het Koninkrijk Zweden zijn eigen kosten zal dragen.

Skouris

Jann

Timmermans

Cunha Rodrigues

Edward

La Pergola

Puissochet

Schintgen

Macken

Colneric

von Bahr

Uitgesproken ter openbare terechtzitting te Luxemburg op 6 januari 2004.

De griffier

De president

R. Grass

V. Skouris