ARREST VAN HET GERECHT (Vijfde kamer — uitgebreid)

26 oktober 2000 *

In zaak T-41/96,

Bayer AG, gevestigd te Leverkusen (Duitsland), vertegenwoordigd door J. Sedemund, advocaat te Keulen, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg ten kantore van A. May, advocaat aldaar, Route d'Esch 398,

verzoekster,

ondersteund door

European Federation of Pharmaceutical Industries' Associations, gevestigd te Genève (Zwitserland), aanvankelijk vertegenwoordigd door C. Walker, Solicitor, en vervolgens door T. Woodgate, Solicitor, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg ten kantore van A. May, advocaat aldaar, Route d'Esch 398,

interveniënte,

* Procestaal: Duits.

tegen

Commissie van de Europese Gemeenschappen, vertegenwoordigd door W. Wils en K. Wiedner, leden van haar juridische dienst, als gemachtigden, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg bij C. Gómez de la Cruz, lid van haar juridische dienst, Centre Wagner, Kirchberg,

verweerster,

ondersteund door

Bundesverband der Arzneimittel-Importeure e.V., gevestigd te Mülheim an der Ruhr (Duitsland), vertegenwoordigd door W. A. Rehmann en U. Zinsmeister, advocaten te Brussel, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg ten kantore van Bonn en Schmitt, advocaten aldaar, Val Sainte-Croix 7,

interveniënt,

betreffende een beroep tot nietigverklaring van 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) (PB L 201, blz. 1),

wijst

HET GERECHT VAN EERSTE AANLEG (Vijfde kamer — uitgebreid),

samengesteld als volgt: J. D. Cooke, kamerpresident, R. García-Valdecasas, P. Lindh, J. Pirrung en M. Vilaras, rechters,
griffier: J. Palacio González, administrateur

gezien de stukken en na de mondelinge behandeling op 28 oktober 1999,

het navolgende

Arrest

De feiten

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 verzoekster 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.

5 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 het Bayerconcern in Frankrijk en in Spanje.

6 Op 10 januari 1996 stelde de Commissie beschikking 96/478/EG vast inzake een procedure op grond van artikel 85 van het EG-Verdrag (IV/34.279/F3 — Adalat) (PB L 201, blz. 1, hierna: „beschikking"). Het onderhavige beroep is tegen deze beschikking gericht.

7 Artikel 1 van de beschikking luidt:

„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, vormt een door Bayer AG gepleegde inbreuk op artikel 85, lid 1, van het Verdrag."

8 Artikel 2 van de beschikking luidt:

„Bayer AG dient aan deze inbreuk een einde te maken en met name dient zij:

— binnen twee maanden na kennisgeving van deze beschikking een circulaire aan de groothandelaren in Frankrijk en in Spanje te zenden waarin wordt vermeld dat export naar andere lidstaten is toegestaan en dat daaraan geen enkele sanctie is 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 zijn."

9 Bij artikel 3 van de beschikking is Bayer AG een boete van 3 000 000 ECU opgelegd.

10 Bij artikel 4 is haar een dwangsom van 1 000 ECU opgelegd voor iedere dag vertraging bij de nakoming van de in artikel 2 genoemde bijzondere verplichtingen.

Procesverloop en conclusies van partijen

11 Bij verzoekschrift, geregistreerd ter griffie van het Gerecht op 22 maart 1996, heeft verzoekster beroep tot nietigverklaring van de beschikking ingesteld.

12 Bij afzonderlijke akte, geregistreerd ter griffie van het Gerecht op dezelfde dag, heeft verzoekster 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 van artikel 2 van de beschikking toegewezen, met aanhouding van de beslissing omtrent de kosten.

13 Op 1 augustus 1996 heeft een Duitse vereniging van geneesmiddelenimporteurs, Bundesverband der Arzneimittel-Importeure e.V. (hierna: „BAI"), verzocht om toelating tot interventie aan de zijde van de Commissie.

14 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 verzoeksters zijde.

15 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. De interveniënten hebben op 12 februari 1997 hun memorie in interventie ingediend. Partijen hebben op 11 april 1997 hun opmerkingen over de memories in interventie ingediend.

16 Het Gerecht heeft, op rapport van de rechter-rapporteur, besloten de mondelinge behandeling te openen, en in het kader van de maatregelen tot organisatie van de

procesgang als bedoeld in artikel 64 van het Reglement voor de procesvoering, verzoekster en de Commissie schriftelijk een aantal vragen te stellen, met het verzoek ter terechtzitting daarop te antwoorden.

17 Ter terechtzitting van 28 oktober 1999 zijn partijen gehoord in hun pleidooien en in hun antwoorden op de schriftelijke en mondelinge vragen van het Gerecht. Ter terechtzitting heeft de Commissie, tot staving van sommige van haar antwoorden op de vragen van het Gerecht, verzocht bepaalde bijlagen bij de tijdens de administratieve procedure aan verzoekster gezonden mededeling van punten van bezwaar in het dossier op te nemen. Verzoekster heeft zich daar niet tegen verzet en heeft opgemerkt dat de betrokken documenten wat haar betreft geen vertrouwelijke informatie bevatten, waarop alle partijen, met inbegrip van interveniënten, een kopie van die bijlagen hebben ontvangen en de gelegenheid hebben gekregen zich ter terechtzitting daarover uit te spreken.

18 Verzoekster concludeert dat het het Gerecht behage:

— de beschikking nietig te verklaren;

— subsidiair, de haar opgelegde geldboete van 3 000 000 ECU nietig te verklaren;

— meer subsidiair, de boete te verlagen;

— de Commissie te verwijzen in de kosten.

19 EFPIA, interveniënte aan verzoeksters zijde, concludeert dat het het Gerecht behage:

— de beschikking nietig te verklaren;

— de Commissie te verwijzen in de op haar interventie gevallen kosten.

20 De Commissie concludeert dat het het Gerecht behage:

— het beroep te verwerpen;

— verzoekster te verwijzen in de kosten.

21 BAI, interveniënte aan de zijde van de Commissie, concludeert dat het het Gerecht behage het beroep te verwerpen.

De beschikking

22 Adalat, het product dat in de beschikking aan de orde is, behoort tot een categorie geneesmiddelen die „calciumantagonisten" worden genoemd; het wordt gebruikt voor de behandeling van hart- en vaatziekten (coronaire insufficiëntie, hyperten-

sie en angina pectoris) (punt 8 van de considerans van de beschikking). De beschikking geldt evenwel slechts voor twee vormen van de Adalat-gamma, namelijk capsules 10 mg (in het Verenigd Koninkrijk en Spanje in de handel gebracht onder de benaming „Adalat", en in Frankrijk onder de benaming „Adalate"), en de retard-tablet (met verlengde werkingsduur) van 20 mg (in het Verenigd Koninkrijk en Spanje in de handel gebracht onder de benaming „Adalat Retard", in Frankrijk onder de benaming „Adalate 20 mg LP") (punt 4 van de beschikking).

23 Wat de geografische markt betreft, is in de beschikking vastgesteld, dat het in casu om de nationale markten gaat (punten 150-152), nu ten tijde van de feiten de zakelijke activiteiten van de farmaceutische industrie zich in een voornamelijk nationale context afspeelden, aangezien de afgifte van een vergunning voor het in de handel brengen van een geneesmiddel een uitsluitende bevoegdheid van de lidstaten was. Bovendien wordt de verkoop van geneesmiddelen beïnvloed door het administratieve en met name het voorzieningsbeleid van de nationale gezondheidsinstanties in de lidstaten, inzonderheid in Frankrijk en in Spanje, waar de prijzen rechtstreeks door de bevoegde nationale instantie worden vastgesteld. Ten slotte is er in de beschikking op gewezen, dat de verschillen in de prijsvaststellingsmechanismen en in de terugbetalingsregelingen in de lidstaten aanzienlijke verschillen tussen de geneesmiddelenprijzen in de hand werken.

24 Wat de productmarkt betreft, is in de beschikking (punt 153) uiteengezet, dat hij volgens het criterium van het identieke therapeutische gebruik van de verschillende concurrerende producten wordt gedefinieerd.

25 Wat ten slotte de relevante markt betreft, is met betrekking tot de in de beschikking onderzochte gedragingen, in punt 154 uiteengezet, dat het in de eerste plaats gaat om de markt van het Verenigd Koninkrijk, „omdat de overeenkomst rechtstreeks voor deze markt gevolgen heeft doordat die markt daarmee tegen parallelimporten wordt beschermd", en „in de tweede plaats ook de markten waar de parallelimporten vandaan komen, Frankrijk en Spanje, omdat zij door de belemmering van paralleluitvoer op kunstmatige wijze afgesloten zijn".

26 Wat de marktaandelen betreft die Bayer met de verkoop van Adalat heeft verworven, is in de beschikking (punt 23) gepreciseerd, dat zij zijn vermeld onder verwijzing naar de belangrijkste therapeutische indicaties van het product. De Commissie stelt, dat wat Frankrijk betreft, Adalat goed is voor een marktaandeel van 5,1 % voor coronaire insufficiëntie en van 4,1 % voor hypertensie. In Spanje bedraagt het marktaandeel van Adalat 7,4 % voor coronaire insufficiëntie, en 8,7 % voor hypertensie. In het Verenigd Koninkrijk bedraagt het marktaandeel 19,6 % voor coronaire insufficiëntie, en 16,6 % voor hypertensie. In de Gemeenschap van de Twaalf ten slotte, vertegenwoordigt Adalat 7,6 % van de markt voor coronaire insufficiëntie en 5,8 % van die voor hypertensie (punten 24-27).

27 In de beschikking is de handelwijze van het Bayerconcern beschreven ten aanzien van parallelimporten van Adalat van Spanje en Frankrijk naar het Verenigd Koninkrijk, alsmede de reacties daarop van de groothandelaren en klanten van Bayer Spanje en Bayer Frankrijk.

28 Wat de juridische beoordeling van deze gedragingen betreft, is in de beschikking (punten 155-199) gesteld, dat Bayer Frankrijk en Bayer Spanje inbreuk hebben gemaakt op artikel 85, lid 1, van het Verdrag, door in het kader van hun commerciële relaties met hun respectieve groothandelaren een uitvoerverbod op te leggen, dat de groothandelaren de werkelijke beweegredenen van Bayer Frankrijk en Bayer Spanje kenden, en dat zij hun handelwijze op de eisen van Bayer Frankrijk en Bayer Spanje hebben afgestemd. In de beschikking is gesteld, dat zulks een overeenkomst vormt die een aanmerkelijke beperking van de concurrentie betekent en een merkelijke ongunstige weerslag op het handelsverkeer tussen de lidstaten heeft.

Ten gronde

29 Primair stelt verzoekster schending van artikel 85, lid 1, van het Verdrag, nu haar handelwijze, waartegen de beschikking is gericht, het resultaat is van een

eenzijdig voornemen en een eenzijdige beslissing harerzijds, en dus niet binnen het toepassingsgebied van deze bepaling valt, aangezien er geen sprake is van enige overeenkomst tussen haar en haar groothandelaren betreffende de uitvoer van de geleverde producten naar het Verenigd Koninkrijk. Subsidiair stelt verzoekster, dat de Commissie een kennelijke beoordelingsfout heeft gemaakt, waar zij deze bepaling toepast op een rechtmatige gedraging die in overeenstemming is met artikel 47 van de Toetredingsakte van Spanje tot de Europese Gemeenschappen, inzake de bescherming van octrooien. Meer subsidiair, voert zij een middel aan dat is ontleend aan schending van het rechtszekerheidsbeginsel en het evenredigheidsbeginsel, nu een geldboete is opgelegd op basis van een ongebruikelijke toepassing van artikel 85 van het Verdrag, en aan schending van artikel 15, lid 2, 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).

Het primaire middel, ontleend aan schending van artikel 85, lid 1, van het Verdrag, voor zover de Commissie van mening is dat deze bepaling van toepassing is op de feiten van de zaak

I — *Argumenten van partijen*

30 Volgens verzoekster kunnen in de onderhavige zaak de relevante feiten aldus worden samengevat: een producent zonder machtspositie aanvaardt, in een lidstaat waarin door de nationale gezondheidsinstanties de prijzen ver beneden het prijsniveau in de andere lidstaten zijn vastgesteld, bestellingen van de groothandelaren alleen voor zover het volume ervan overeenkomt met de normaal in hun traditionele afzetgebieden verkochte hoeveelheden. De bestellingen worden gedeeltelijk geweigerd omdat de groothandelaren de normaal bestelde hoeveelheden buiten elke verhouding opdrijven, en de extra hoeveelheden uitvoeren om van de prijsverschillen te kunnen profiteren. Verzoekster is het met deze handelwijze niet eens, omdat zulks de omzet van haar eigen dochterondernemingen in de andere lidstaten aanzienlijk doet dalen, wat hun economisch voortbestaan in gevaar brengt. Ter voorkoming van een schending van artikel 85 van het Verdrag, heeft zij haar verkopers de uitdrukkelijke opdracht gegeven het probleem uitsluitend op te lossen door een eenzijdige

contingentering van de bestelde hoeveelheden, en zich tegenover de groothandelaren uitsluitend te beroepen op „uitputting van de voorraden". Na enige tijd zijn de groothandelaren er evenwel achter gekomen wat de werkelijke beweegredenen van de producent waren. Nu deze de bestellingen slechts aanvaardde voor zover het volume ervan niet groter was dan dat van vroegere bestellingen, creëerden de groothandelaren de indruk dat hun bestellingen dienovereenkomstig werden aangepast, doch tegelijkertijd verschaften zij zich de voor de export vereiste hoeveelheden door andere groothandelaren te vragen in hun plaats de betrokken producten te kopen. In feite bleven de parallelexporten voortduren, en werd het volume zelfs nog opgedreven.

31 Verzoekster zet uiteen, dat in de meeste lidstaten de prijs van Adalat rechtstreeks of onrechtstreeks door de gezondheidsinstanties van de staat wordt vastgesteld, wat, gelet op de zeer verschillende criteria die daarbij worden gehanteerd, tot enorme prijsverschillen tussen de lidstaten leidt. Met name zouden de openbare gezondheidsinstanties tijdens de litigieuze periode van 1989 tot 1993, in Spanje en in Frankrijk de prijzen hebben vastgesteld op een niveau dat gemiddeld 40 % lager was dan dat in het Verenigd Koninkrijk, waar de geneesmiddelenprijzen door de overheid worden gecontroleerd volgens andere normen, namelijk op basis van de winsten van de geneesmiddelenproducenten.

32 Wegens die prijsverschillen begonnen de Spaanse groothandelaren, die traditioneel aan de apotheken in hun Spaans verkoopgebied leveren en die bij verzoeksters Spaanse dochteronderneming Adalat kopen, in 1989 grote hoeveelheden van dit product naar het Verenigd Koninkrijk uit te voeren, wat hen hogere winsten opleverde dan de levering aan hun traditionele klanten in Spanje (zo was er bijvoorbeeld een groothandelaar die onverwacht een bestelling plaatste voor een hoeveelheid die overeenkwam met bijna de helft van het totale verbruik in Spanje, zie punt 114 van de beschikking). Verzoekster voegt daaraan toe, dat de export dermate enorme winsten opleverde, dat een aantal Spaanse groothandelaren de leveringen aan hun normale clientèle van Spaanse apothekers volledig hebben gestaakt en hun voorraden Adalat nagenoeg volledig naar het Verenigd Koninkrijk hebben uitgevoerd. Deze situatie zou in bepaalde Spaanse regio's tot een schaarste in de apotheken hebben geleid, waardoor Bayer zich genoopt zag ter bescherming van de patiënten rechtstreeks te leveren aan de apotheken die door de Spaanse groothandelaren in de steek waren gelaten.

33 Wat de Franse groothandelaren betreft, benadrukt verzoekster, dat soortgelijke feiten zich in Frankrijk hebben voorgedaan vanaf september/oktober 1991, toen ook de Franse groothandelaren grote hoeveelheden Adalat naar het Verenigd Koninkrijk begonnen uit te voeren.

34 Om aan deze situatie het hoofd te bieden, en gelet op de problemen die daaruit op lange termijn voor Bayer UK zouden voortvloeien, wenste verzoekster tegen deze parallelimporten te reageren, en hebben haar verantwoordelijken op het hoogste besluitvormingsniveau de zaak onderzocht. Na uitvoerig overleg en een grondige juridische toetsing van de mogelijke maatregelen, en gelet op de besluitvormingspraktijk van de Commissie en de communautaire rechtspraak ter zake, is besloten af te zien van een volledige stopzetting van de leveringen aan de groothandelaren en van een overname van de distributie, en voor een „minder harde" methode te opteren, die erin bestaat de geleverde hoeveelheden te verlagen. Aldus zou verzoekster besloten hebben de leveringen van de groothandelaren slechts te aanvaarden voor zover zij overeenkwamen met de bestellingen van het vorige jaar, eventueel vermeerderd met 10 % per jaar, in geval van een toegenomen verbruik.

35 Verzoekster erkent, dat zij een intern informatiesysteem heeft opgezet om parallelimporten op te sporen, maar zij vindt dat het belang van dat systeem, zoals uiteengezet in de beschikking, overdreven is, wat ook geldt voor de zienswijze van de Commissie over de praktische toepassing ervan ten opzichte van de Franse en de Spaanse groothandelaren, waaruit haars inziens door de Commissie ten onrechte is afgeleid, dat sprake is van een „uitvoerverbod". Volgens haar bestond het systeem uitsluitend hierin, dat voor elke groothandelaar de in de voorgaande jaren geleverde hoeveelheden werden berekend, en dat op basis van deze „referentiehoeveelheden", vermeerderd met een redelijk percentage van ongeveer 10 % per jaar, mede gelet op de inflatie en de stijging van het algemene prijsniveau, vooraf de jaarlijks en maandelijks te leveren hoeveelheden werden bepaald.

36 Bovendien ontkent verzoekster het bestaan van een beleid waarbij, zoals de Commissie stelt, leveringen afhankelijk werden gesteld van de voorwaarde dat de geleverde producten niet werden uitgevoerd, en preciseert zij dat in het kader van het door haar toegepaste systeem niet achteraf werd gecontroleerd of de geleverde hoeveelheden waren uitgevoerd.

37 Ten slotte legt verzoekster de nadruk op het feit dat niets in de weg stond aan de vrijheid van de groothandelaren om de geleverde producten uit te voeren, nu zij wisten dat de eindbestemming van de geleverde producten niet werd gecontroleerd, en zij geen „sancties" hadden te vrezen indien het Verenigd Koninkrijk de eindbestemming van deze producten was. In werkelijkheid profiteerden de groothandelaren ook „de facto" van deze vrijheid, door grote hoeveelheden producten die aan hen en aan andere groothandelaren of plaatselijke agenten waren geleverd, uit te voeren.

38 Verzoekster stelt, dat de Commissie niet het bewijs heeft geleverd van het bestaan van een overeenkomst tussen Bayer en haar groothandelaren; zij had niet de bedoeling een overeenkomst voor te stellen, want haars inziens was er vanuit juridisch oogpunt geen enkel bezwaar tegen een eenzijdig beleid van beperkte leveringen teneinde parallelexporten moeilijker te maken, en ook de groothandelaren waren in een overeenkomst niet geïnteresseerd, wat blijkt uit hun gedrag dat een duidelijk bewijs vormt van hun verzet tegen de toepassing van een dergelijk beleid. Voor verzoekster komt de zienswijze van de Commissie hierop neer, dat aan de voorwaarde van het bestaan van een overeenkomst tussen ondernemingen, in de zin van artikel 85 van het Verdrag, is voldaan zelfs wanneer de persoon die een bestelling plaatst slechts schijnbaar zijn gedrag wijzigt, terwijl uit zijn handelwijze volkomen duidelijk blijkt dat hij absoluut niet voornemens is een dergelijke overeenkomst te sluiten. Een dergelijke redeneerwijze zou in strijd zijn met de tekst en het doel van artikel 85, want indien het begrip overeenkomst aldus werd uitgelegd, zou de wilsovereenstemming, die het wezenlijk element is van het begrip overeenkomst, niet langer nodig zijn.

39 Bovendien, aldus verzoekster, kon de Commissie zich ter rechtvaardiging van deze nieuwe redeneerwijze, niet beroepen op vroegere beschikkingen en uitspraken van de communautaire rechter, aangezien de feiten van de onderhavige zaak niet overeenkomen met die welke aan de orde waren in eerdere beschikkingen betreffende het belemmeren van parallelexporten.

40 Volgens verzoekster is tot nog toe onbetwist, dat de gedeeltelijke of volledige leveringsstop een eenzijdige handeling is die niet onder artikel 85 van het Verdrag kan vallen. Bij ontbreken van een overeenkomst in de zin van artikel 85, lid 1, van het Verdrag, kan deze bepaling in de onderhavige zaak niet worden toegepast. Volgens verzoekster betekent de door de Commissie verdedigde

zienswijze, dat het toepassingsgebied van artikel 85 van het Verdrag wordt uitgebreid tot een eenzijdige leveringsstop, die enkel onder artikel 86 van het Verdrag kan vallen, zodat de principiële afbakening van het toepassingsgebied van artikel 85 ten opzichte van dat van artikel 86 wegvalt.

41 Volgens verzoekster is de Commissie met de beschikking een nieuwe weg ingeslagen, met de bedoeling de degelijkheid uit te testen van een nieuw beleid dat is gebaseerd op een bijzondere en nieuwe rechtsregeling voor nevenimporten en de gevolgen daarvan op het vlak van de mededinging. Dit beleid zou buiten het kader van het huidige Verdrag treden, dat weliswaar de totstandkoming van een interne markt op het oog heeft, maar niet zo ver gaat dat via bepalingen inzake de mededinging een eenzijdige handelwijze die los staat van een machtspositie, wordt verboden op de enkele grond dat deze handelwijze bedoeld is ter voorkoming van parallelexporten.

42 Bovendien zou de strekking van de principsbeslissing die ten grondslag ligt aan de beschikking, veel verder gaan dan de context van de onderhavige zaak, en voor de ondernemingen die geen machtspositie op de markt hebben, een zeer ruime contracteerverplichting meebrengen, nu een producent niet zou kunnen weigeren om de hierboven vermelde redenen bestellingen uit te voeren zonder artikel 85 van het Verdrag te schenden. Dit resultaat zou haaks staan op de tekst en de geest van de artikelen 85 en 86 van het Verdrag.

43 Verder verwijt verzoekster de Commissie, dat zij voorbijgaat aan het feit dat de mededinging voor geneesmiddelen ernstig wordt verstoord door de prijsreglementeringen die verschillen van lidstaat tot lidstaat. Volgens verzoekster zijn deze reglementeringen moeilijk verenigbaar met artikel 30 EG-Verdrag (thans artikel 28 EG). Zij voert eveneens aan, dat de nationale regelingen houdende rechtstreekse en onrechtstreekse vaststelling van de prijzen van geneesmiddelen onderling sterk verschillen, en de mededinging ernstig verstoren, wat een schending oplevert van artikel 3, sub g, EG-Verdrag (thans, na wijziging, artikel 3, sub g, EG).

44 Bovendien stelt zij vast, dat inzake geneesmiddelen de Gemeenschap nog ver verwijderd is van de verwezenlijking van een interne markt, en formuleert zij

bezwaren tegen de omstandigheid dat de ondernemingen worden behandeld alsof die interne markt reeds tot stand was gekomen, terwijl de Gemeenschap geen enkele doeltreffende maatregel heeft genomen om de nationale regelingen inzake prijsvaststelling te harmoniseren en aldus vervalsing van de mededingingsvoorwaarden te voorkomen.

45 Ook betwist zij de zienswijze van de Commissie, dat een gemeenschapsregeling niet noodzakelijk is, omdat op lange termijn de parallelimporten de harmonisatie van de geneesmiddelenprijzen zullen teweegbrengen.

46 Verzoekster stelt voor bepaalde getuigen te horen om het bewijs te leveren dat, in de eerste plaats, de handelwijze van sommige Spaanse groothandelaren, die al hun dozen Adalat hadden geëxporteerd, de bevoorrading van talrijke Spaanse apotheken in gevaar had gebracht; in de tweede plaats, dat aan het besluit om niet meer alle bestellingen uit te voeren, een grondig juridisch onderzoek van de verenigbaarheid van dit besluit met het gemeenschapsrecht was voorafgegaan; en in de derde plaats, dat de Commissie had afgezien van de voortzetting van een onderzoek dat voorafging aan het onderzoek dat in het onderhavige beroep aan de orde is, en waarin de gedragingen van Bayer ten opzichte van de parallelimporteurs reeds waren onderzocht.

47 EFPIA, interveniënte aan verzoeksters zijde, sluit zich aan bij haar argumenten.

48 Volgens de Commissie bestaat de inbreuk in de overeenkomst tussen verzoekster en de Spaanse en Franse groothandelaren betreffende het verbod om Adalate naar andere lidstaten te exporteren.

49 Zij stelt, dat Bayer Frankrijk en Bayer Spanje een exportverbod hebben vastgesteld en opgelegd, en dat voor de tenuitvoerlegging daarvan het Bayerconcern een controlesysteem inzake parallelimporten heeft ingevoerd, waarbij de exporterende groothandelaren worden opgespoord, de leveringen drastisch

worden verminderd, de eindbestemming van de geleverde hoeveelheden wordt gecontroleerd, en de groothandelaren die de geleverde producten hebben uitgevoerd, een sanctie wordt opgelegd in de vorm van een verlaging van de volgende leveringen. Haars inziens staat vast, dat Bayer deze regeling heeft toegepast, dat de groothandelaren verzoeksters beweegredenen kenden, en dat zij met het uitvoerverbod hebben ingestemd omdat zij wisten dat zij anders mochten verwachten dat hun bestellingen slechts zouden worden uitgevoerd tot het niveau van de behoeften op de nationale markt, of zelfs dat verzoekster een nog lager niveau zou vaststellen.

50 Volgens de Commissie kan niet worden gesteld, dat Bayer in het algemeen heeft beslist aan alle groothandelaren hoeveelheden te leveren die ten minste overeenkomen met de referentiehoeveelheid, te weten de hoeveelheid van het voorgaande jaar vermeerderd met 10 %. Zo zou bij de verlaging van de leveringen ten opzichte van de bestellingen niet voor alle groothandelaren zijn uitgegaan van de gestelde vaste norm inzake referentiecijfers (zie punt 96 van de beschikking). Voor bepaalde groothandelaren zouden de bestellingen zijn teruggebracht tot het niveau van het voorgaande jaar, zonder toepassing van de extra 10 % (geval van CERP Lorraine, als bedoeld in de punten 87 en 165 van de beschikking, en van Hefame, bedoeld in de punten 122-124 en 168 van de beschikking), terwijl in andere gevallen de bestellingen tot een zo laag niveau werden teruggebracht, dat de betrokken groothandelaren nauwelijks nog aan de vraag van hun traditionele klanten konden voldoen (geval van Hufasa, bedoeld in de punten 114, 127 en 166 van de beschikking, en van Cofares, bedoeld in de punten 121 en 169 van de beschikking).

51 De groothandelaren zouden dus tot de conclusie zijn gekomen, dat de opgelegde beperkingen verband hielden met de exporten, en dat zij, om vergeldingsmaatregelen te voorkomen, er alle belang bij hadden het uitvoerverbod nauwgezet na te leven, wat zij ook hebben gedaan. De groothandelaren zouden met verzoekster zijn overeengekomen geen Adalat te exporteren, in ruil voor een toereikende bevoorrading.

52 Volgens de Commissie rekende verzoekster voor de toepassing van dit uitvoerverbod op de aanvaarding daarvan door de groothandelaren, en wordt aan de wilsovereenstemming niet afgedaan door de omstandigheid dat de twee partijen niet hetzelfde belang hebben bij het sluiten van de overeenkomst. Voor het bestaan van een overeenkomst in de zin van artikel 85, lid 1, van het Verdrag is alleen vereist, dat de twee partijen belang hebben bij het sluiten van die overeenkomst, ongeacht of het daarbij om hetzelfde belang gaat. De groot-

handelaren hadden er belang bij leveringsbeperkingen te voorkomen, en verzoekster had er belang bij parallelexporten te verhinderen of althans te beperken, zodat bij beide partijen de wil aanwezig was de parallelexporten te verhinderen of althans te beperken.

53 Volgens de Commissie doet de omstandigheid dat de groothandelaren niet volledig van exporten hebben afgezien, niet af aan het bestaan in de onderhavige zaak van een overeenkomst of een aanvaarding door de groothandelaren van het uitvoerverbod. Zij erkent dat de Spaanse en Franse groothandelaren hun exporten naar het Verenigd Koninkrijk liever hadden voortgezet, maar stelt dat zij de bestelde hoeveelheden dermate hebben verlaagd, dat bij Bayer de indruk moest ontstaan dat zij tegemoet kwamen aan haar uitdrukkelijke wens om de bestellingen terug te brengen tot een niveau dat overeenkwam met de behoeften van de traditionele klanten.

54 De Commissie voert aan, dat de beschikking volledig in overeenstemming is met haar besluitvormingspraktijk en met de jurisprudentie van het Hof van Justitie, nu het begrip overeenkomst in dezelfde zin is uitgelegd in met name de arresten van het Hof van 11 januari 1990, Sandoz prodotti farmaceutici/Commissie (C-277/87, Jurispr. blz. I-45, summiere publicatie, hierna: „arrest Sandoz"), en 8 februari 1990, Tipp-Ex/Commissie (C-279/87, Jurispr. blz. I-261, summiere publicatie).

55 Volgens de Commissie doet haar zienswijze niet af aan de afbakening van de respectieve toepassingsgebieden van de artikelen 85 en 86 van het Verdrag, en vallen in de onderhavige zaak de feiten wel degelijk onder artikel 85, betreffende overeenkomsten, nu de groothandelaren zelf hebben besloten zich naar verzoeksters wensen te schikken en hun toereikende bevoorrading veilig te stellen door vrijwillig hun export te beperken. Volgens de Commissie zijn de door verzoekster aangevoerde juridische beleidsoverwegingen dus gebaseerd op uitgangspunten die zelf onjuist zijn, zodat daarop niet verder behoeft te worden ingegaan.

56 De Commissie kan zich niet aansluiten bij verzoeksters zienswijze, dat de geneesmiddelensector een bijzondere markt is waarop de mededingingsregels

slechts beperkt van toepassing zouden zijn. Zij erkent, dat talrijke lidstaten de geneesmiddelenmarkt blijven reguleren, en dat de verschillende criteria die daarbij worden gehanteerd tot gevolg hebben dat de prijsgemiddelden en de consumptiegewoonten verschillen naar gelang van de lidstaten. De Commissie herinnert er evenwel aan, dat zij zich volgens de rechtspraak niet met een beroep op de regels van het vrije verkeer van goederen kan verzetten tegen prijscontrolemechanismen als zodanig, en dat zij enkel maatregelen mag nemen tegen eventuele discriminatoire gevolgen daarvan vanuit het oogpunt van artikel 30 van het Verdrag. Daarom zou de Commissie sedertdien alleen zijn opgekomen tegen overheidsmaatregelen die de nationale geneesmiddelenindustrie of het onderzoek inzake geneesmiddelen in eigen land kennelijk begunstigen.

57 Volgens de Commissie betekent de omstandigheid dat de lidstaten verschillende prijsregelingssystemen kennen, niet dat het doel van de totstandkoming van een interne markt niet ook voor de geneesmiddelensector geldt. Zij voert aan, dat de prijsregelingssystemen de ondernemingen in ieder geval voldoende manœuvreerruimte laten, zodat de parallelimporten niet moeten worden belemmerd door overheidsmaatregelen of door mededingingsbeperkende gedragingen vanwege de ondernemingen. Daarbij komt nog dat, waar overheidsmaatregelen die parallelexporten belemmeren verboden zijn, maatregelen door ondernemingen genomen met hetzelfde doel, zoals in casu het geval is, eveneens verboden dienen te zijn. Bijgevolg, aldus de Commissie, vormt het enkele feit van een belemmering van parallelimporten van geneesmiddelen een schending van artikel 85 van het Verdrag, zoals met name blijkt uit het arrest Sandoz.

58 Zij voegt daaraan toe, dat het Hof in zijn arresten van 31 oktober 1974, Centrafarm en de Peijper (15/74, Jurispr. blz. 1147), en 20 januari 1981, Musik-Vertrieb membran en K-tel International (55/80 en 57/80, Jurispr. blz. 147), reeds heeft gepreciseerd, dat de regels betreffende de tenuitvoerlegging van het vrije goederenverkeer voor een sector gelden ongeacht of de betrokken nationale bepalingen al dan niet zijn geharmoniseerd. Bijgevolg, aldus de Commissie, kunnen ook in de geneesmiddelensector maatregelen worden genomen tegen uitvoerverboden, hetgeen duidelijk volgt uit de rechtspraak van het Hof. Zij verwijst, met name wat artikel 30 van het Verdrag betreft, naar de arresten van het Hof van 20 mei 1976, de Peijper (104/75, Jurispr. blz. 613); 23 mei 1978, Hoffmann-La Roche (102/77, Jurispr. blz. 1139); 14 juli 1981, Merck (187/80,

Jurispr. blz. 2063), en wat artikel 85, lid 1, van het Verdrag betreft, naar het arrest Sandoz.

59 Voorts stelt de Commissie, dat zij uitgaat van het beginsel dat op lange termijn parallelimporten tot de harmonisatie van de geneesmiddelenprijzen zullen leiden, en zij kan niet aanvaarden dat parallelimporten worden belemmerd om geneesmiddelenproducenten de mogelijkheid te geven om in landen zonder prijzencontrole buitensporige tarieven toe te passen ter compensatie van geringere winstmarges in lidstaten waar de overheid inzake prijzen strengere normen hanteert.

60 BAI zet uiteen, dat op de geneesmiddelenmarkt de apothekers in de economische en materiële onmogelijkheid verkeren om het volledige gamma van de meest courante geneesmiddelen in voldoende hoeveelheden in voorraad te hebben, en bovendien dat de groothandelaren wegens hun plaats en hun functie op deze markt, verplicht zijn dit assortiment in voorraad te hebben, zodat zij de geneesmiddelen die een apotheker heeft besteld, snel kunnen leveren, omdat hij zich anders zou wenden tot een groothandelaar die wél over de nodige voorraden beschikt. In die omstandigheden, en gelet op de structuur van de geneesmiddelenmarkt en het door Bayer ingevoerde controlestelsel inzake de distributie, is BAI van mening, dat de groothandelaren geen andere keuze hadden dan zich bij deze controle neer te leggen, en bestellingen — en dus ook de export — aanzienlijk te beperken, zonder dat het voor de producent nodig was om nadrukkelijk met tegenmaatregelen te dreigen.

61 Wat het bewijs van het uitvoerverbod betreft, is BAI van mening, dat het bestaan van sancties tegen exporterende groothandelaren niet kan worden betwist, nu Bayer de distributie van haar producten voortdurend heeft gecontroleerd en zich steeds aan de marktontwikkelingen heeft aangepast. Tot staving van deze zienswijze voert hij aan, dat het overzicht van de bestellingen „Adalat 20 mg LP" in punt 87 van de beschikking, het kennelijke bewijs vormt dat de exporterende groothandelaar er rekening moest mee houden dat in de toekomst geringere hoeveelheden zouden worden geleverd, en dat Bayer inzake de omvang van de bestellingen van de groothandelaren reageerde met sancties tegen de exporterende groothandelaren, met name door de leveringen aanzienlijk te beperken.

II — *Beoordeling door het Gerecht*

A. *Voorafgaande opmerkingen*

62 Volgens vaste rechtspraak moet het Gerecht, wanneer bij hem een beroep tot nietigverklaring van een beschikking inzake een procedure op grond van artikel 85, lid 1, van het Verdrag aanhangig is, in het algemeen een volledig onderzoek instellen naar de vraag, of aan de voorwaarden voor toepassing van artikel 85, lid 1, is voldaan (zie, in die zin, arresten Hof van 11 juli 1985, Remia e.a./Commissie, 42/84, Jurispr. blz. 2545, punt 34, en 17 november 1987, BAT en Reynolds/Commissie, 142/84 en 156/84, Jurispr. blz. 4487, punt 62).

63 Artikel 85, lid 1, eerste alinea, van het Verdrag luidt:

„Onverenigbaar met de gemeenschappelijke markt en verboden zijn alle overeenkomsten tussen ondernemingen, alle besluiten van ondernemersverenigingen en alle onderling afgestemde feitelijke gedragingen welke de handel tussen lidstaten ongunstig kunnen beïnvloeden en ertoe strekken of ten gevolge hebben dat de mededinging binnen de gemeenschappelijke markt wordt verhinderd, beperkt of vervalst (...)"

64 Uit de tekst van dit artikel blijkt, dat het daarin neergelegde verbod uitsluitend geldt voor gedragingen die tussen twee of meer partijen zijn afgesproken, in de vorm van overeenkomsten tussen ondernemingen, besluiten van ondernemersverenigingen of onderling afgestemde feitelijke gedragingen.

65 In de beschikking in de onderhavige zaak is het bestaan vastgesteld van een „overeenkomst tussen ondernemingen" in de zin van dit artikel. Verzoekster stelt

evenwel, dat haar bij de beschikking een sanctie is opgelegd wegens een eenzijdige gedraging harerzijds, die buiten de werkingssfeer van dit artikel valt. Zij stelt, dat de Commissie aan het begrip overeenkomst in de zin van artikel 85, lid 1, van het Verdrag een uitlegging heeft gegeven die verder gaat dan in vroegere rechtspraak het geval was, en dat de toepassing daarvan in de onderhavige zaak een schending van voormelde verdragsbepaling vormt. De Commissie is van mening, dat zij zich bij de beoordeling van dit begrip volledig naar de rechtspraak heeft geschikt, en dat dit begrip naar behoren op de feiten van de onderhavige zaak is toegepast. Vastgesteld moet dus worden, of gelet op de omschrijving die in de rechtspraak aan dit begrip is gegeven, de Commissie de in haar beschikking vastgestelde gedragingen kon aanmerken als elementen die een overeenkomst tussen ondernemingen in de zin van artikel 85, lid 1, van het Verdrag vormen.

B. *Het begrip overeenkomst in de zin van artikel 85, lid 1, van het Verdrag*

66 Uit de rechtspraak volgt, dat een besluit van een producent, dat een eenzijdige handelwijze van de onderneming vormt, ontsnapt aan het verbod van artikel 85, lid 1, van het Verdrag (zie, in die zin, arresten Hof van 25 oktober 1983, AEG/Commissie, 107/82, Jurispr. blz. 3151, punt 38, en 17 september 1985, Ford en Ford Europe/Commissie, 25/84 en 26/84, Jurispr. blz. 2725, punt 21; arrest Gerecht van 7 juli 1994, Dunlop Slazenger/Commissie, T-43/92, Jurispr. blz. II-441, punt 56).

67 Uit de vaste rechtspraak volgt eveneens, 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 (arresten Hof van 15 juli 1970, ACF Chemiefarma/Commissie, 41/69, Jurispr. blz. 661, punt 112, en 29 oktober 1980, Van Landewyck e.a./Commissie, 209/78 tot 215/78 en 218/78, Jurispr. blz. 3125, punt 86; arrest Gerecht van 17 december 1991, Hercules Chemicals/Commissie, T-7/89, Jurispr. blz. II-1711, punt 256).

68 Wat de vorm van deze gemeenschappelijke wilsuiting betreft, volstaat dat een beding de uitdrukking vormt van de wil van de partijen om zich op de markt overeenkomstig de bewoordingen ervan te gedragen (zie arresten ACF Chemiefarma/Commissie, punt 112, en Van Landewyck/Commissie, punt 86, reeds aangehaald), zonder dat het daarbij om een naar nationaal recht bindende en geldige overeenkomst dient te gaan (arrest Sandoz, punt 13).

69 Het wezenlijk element van het begrip overeenkomst in de zin van artikel 85, lid 1, van het Verdrag, zoals uitgelegd door de jurisprudentie, is dus het bestaan van een wilsovereenstemming van ten minste twee partijen, ongeacht de vorm die daaraan wordt gegeven, voor zover hij de getrouwe weergave van die wilsovereenstemming is.

70 In bepaalde omstandigheden zijn schijnbaar eenzijdig door de producent vastgestelde of opgelegde maatregelen in het kader van de betrekkingen van lange duur die hij onderhoudt met zijn distributeurs, aangemerkt als een overeenkomst in de zin van artikel 85, lid 1, van het Verdrag (arresten Hof van 12 juli 1979, BMW Belgium e.a./Commissie, 32/78, 36/78 tot 82/78, Jurispr. blz. 2435, punten 28-30; AEG/Commissie, reeds aangehaald, punt 38; Ford en Ford Europe/Commissie, reeds aangehaald, punt 21; 22 oktober 1986, Metro/Commissie, „Metro II", 75/84, Jurispr. blz. 3021, punten 72 en 73; Sandoz, reeds aangehaald, punten 7-12, en 24 oktober 1995, Bayerische Motorenwerke, C-70/93, Jurispr. blz. I-3439, punten 16 en 17).

71 Uit deze rechtspraak volgt, 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.

72 Welnu, uit deze rechtspraak volgt eveneens, dat de Commissie zich niet op het standpunt kan plaatsen, dat een schijnbaar eenzijdige gedraging van een producent, in het kader van zijn contractuele betrekkingen met zijn wederverkopers, in werkelijkheid de grondslag vormt van een overeenkomst tussen ondernemingen, in de zin van artikel 85, lid 1, van het Verdrag, indien zij niet het bewijs levert dat de andere partijen uitdrukkelijk of stilzwijgend met de handelwijze van de producent hebben ingestemd (zie, in deze zin, arresten BMW Belgium e.a./Commissie, punten 28-30; AEG/Commissie, punt 38; Ford en Ford Europe/Commissie, punt 21; Metro II, punten 72 en 73; Sandoz, punten 7-12, en Bayerische Motorenwerke, punten 16 en 17, reeds aangehaald).

C. *De toepassing van het begrip overeenkomst in de onderhavige zaak*

73 In de onderhavige zaak zijn geen directe schriftelijke bewijzen van het sluiten van een overeenkomst tussen de partijen betreffende de beperking of de vermindering van de uitvoer voorhanden, en plaatste de Commissie zich op het standpunt, dat de wilsovereenstemming waaruit de overeenkomst valt af te leiden, voortvloeit uit de in de beschikking beschreven gedragingen van verzoekster en de groothandelaren.

74 Zo zet de Commissie in de beschikking (punt 155) uiteen, dat „Bayer Frankrijk en Bayer Spanje inbreuk hebben gemaakt op artikel 85, lid 1," van het Verdrag, en dat aan de voorwaarden voor toepassing van dit artikel was voldaan, nu deze dochterondernemingen „in het raam van hun voortdurende commerciële relatie met hun klanten een uitvoerverbod" hebben opgelegd. Vervolgens stelt de Commissie (punt 156), dat „uit de analyse van het gedrag van Bayer Frankrijk en van Bayer Spanje tegenover hun respectieve groothandelaren naar voren komt dat Bayer Frankrijk en Bayer Spanje in het raam van hun voortdurende commerciële relatie met hun klanten een uitvoerverbod hebben opgelegd", en stelt zij als een vaststaand feit (punt 176), dat de groothandelaren „een houding hebben aangenomen die aangeeft dat zij impliciet met het uitvoerverbod instemmen".

75 Wanneer de Commissie in de beschikking dus gewag maakt van „het uitvoerverbod", ziet zij dit als een eenzijdig vereiste waarover tussen verzoekster en de groothandelaren overeenstemming is bereikt. Dat de Commissie het bestaan van een met artikel 85, lid 1, van het Verdrag strijdige overeenkomst heeft vastgesteld, vloeit hieruit voort dat voor de Commissie vaststond, dat verzoekster erin is geslaagd met de groothandelaren in Spanje en Frankrijk overeenstemming te bereiken over het verhinderen of de beperking van de parallelimporten.

76 Verzoekster erkent, dat zij ter beperking van de parallelimporten een eenzijdig beleid heeft ingevoerd. Zij betwist evenwel, dat zij een uitvoerverbod zou hebben afgekondigd en opgelegd. Zij stelt in dit verband, dat zij met de groothandelaren nooit overleg zou hebben gepleegd — en zeker nooit een overeenkomst zou hebben gesloten — om hen te beletten de geleverde hoeveelheden uit te voeren dan wel om hen daarbij beperkingen op te leggen. Bovendien, aldus verzoekster, hebben de groothandelaren zich nooit bij haar eenzijdig beleid aangesloten, en waren zij daar ook geenszins toe bereid.

77 Onder deze omstandigheden moet, om uit te maken of de Commissie rechtens genoegzaam het bestaan van een wilsovereenstemming tussen de partijen betreffende de beperking van de parallelexporten heeft bewezen, worden onderzocht of, zoals verzoekster stelt, de Commissie de wil van Bayer respectievelijk de groothandelaren onjuist heeft beoordeeld.

1. De zienswijze dat verzoekster een uitvoerverbod wenste op te leggen

a) Voorafgaande opmerkingen

78 In de beschikking wordt als vaststaand beschouwd, dat verzoeksters Franse en Spaanse dochterondernemingen de Franse respectievelijke Spaanse groothande-

laren een uitvoerverbod hebben opgelegd, in het kader waarvan de exporterende groothandelaren werden geïdentificeerd en de leveringen aan groothandelaren die de geleverde producten volledig of gedeeltelijk exporteerden, herhaaldelijk werden verlaagd. In de tweede alinea van punt 156 van de beschikking heet het namelijk, dat het uitvoerverbod „uit de volgende, elkaar aanvullende elementen kan worden afgeleid: a) een systeem voor het opsporen van exporterende groothandelaren en b) opeenvolgende beperkingen van de door Bayer Frankrijk en Bayer Spanje geleverde hoeveelheden in de gevallen waarin de groothandelaren alle producten of een deel ervan exporteren".

79 De Commissie zet in de beschikking (punten 160-170) uiteen waarom volgens haar vaststaat dat verzoekster was overgegaan tot „opeenvolgende beperkingen van de door Bayer Frankrijk en Bayer Spanje geleverde hoeveelheden in de gevallen waarin de groothandelaren alle producten of een deel ervan exporteerden", zodat „de levering afhankelijk was van de naleving van een uitvoerverbod". Met name stelt de Commissie (punt 160, eerste alinea):

„Wanneer de groothandelaren een deel van de geleverde producten uitvoeren, stellen zij zich bloot aan een vermindering door Bayer Frankrijk en door Bayer Spanje bij latere bestellingen." Zij voegt daaraan toe (punt 163): „Uit de gegevens waarover de Commissie beschikt, blijkt dat de levering van de door Bayer Frankrijk en door Bayer Spanje toegestane hoeveelheden afhankelijk is van de naleving van een uitvoerverbod. Bayer Frankrijk en Bayer Spanje hebben de mate waarin zij de hoeveelheden welke zij leveren, verminderen, afhankelijk gesteld van het gedrag van de groothandelaren ten opzichte van het uitvoerverbod. Indien de groothandelaren het uitvoerverbod overtreden, brengt dit voor hen een verdere automatische vermindering van de leveringen met zich."

80 De Commissie concludeert (punt 170):

„Al deze aspecten van het gedrag van Bayer Frankrijk en van Bayer Spanje wijzen erop dat beide hun groothandelaren voortdurend met beperking van de te leveren

hoeveelheden hebben gedreigd, welk dreigement herhaaldelijk ten uitvoer is gelegd wanneer de groothandelaren zich niet aan het uitvoerverbod hielden."

b) De strekking van het door verzoekster ingevoerde controlesysteem inzake de distributie van Adalat

81 Verzoekster erkent, dat zij ter uitvoering van haar beleid dat erin bestond bestellingen slechts uit te voeren voor zover zij overeenkwamen met de traditionele behoeften van de groothandelaren, een algemeen controlesysteem inzake de distributie van Adalat heeft ingevoerd. Ook erkent zij, dat zij er belang bij had te weten welke groothandelaren voornemens waren de producten uit te voeren, teneinde dit beleid naar behoren ten uitvoer te kunnen leggen. Maar zij voert aan, dat dit informatiesysteem het niet mogelijk maakte na de levering controles te verrichten om te weten of de geleverde producten al dan niet waren uitgevoerd. Het systeem bestond er uitsluitend in, dat de in de loop van de voorgaande jaren aan de groothandelaren geleverde hoeveelheden werden genoteerd, op basis waarvan vooraf werd bepaald welke hoeveelheden aan elke groothandelaar zouden worden geleverd. De zienswijze van de Commissie, dat Bayer bij elke levering aan een groothandelaar zou hebben nagegaan of de in het kader van het nieuwe beleid geleverde producten niet toch naar het Verenigd Koninkrijk waren uitgevoerd, en voor de groothandelaren die na de invoering van dit beleid bleven uitvoeren, een sanctieregeling zou hebben ingevoerd, mist volgens verzoekster dus feitelijke grondslag.

82 Voor de beschrijving van het door verzoekster ingevoerde controlesysteem inzake de distributie van Adalat, baseert de Commissie zich op het in punt 109 van de beschikking weergegeven document, dat afkomstig is van Bayer Spanje, en dat haar diensten in de kantoren van Bayer Frankrijk hebben aangetroffen. Dit document bestaat uit een reeks transparanten die door een manager van de Spaanse dochteronderneming zijn gebruikt om tijdens een voorlichtingsvoordracht in de kantoren van Bayer Frankrijk het in Spanje ingevoerde distributiecontrolesysteem voor Adalat toe te lichten. Volgens de Commissie bevat dit document een volledige beschrijving van het door verzoekster toegepaste systeem om onder de klanten diegenen te identificeren die het product exporteren.

83 Ter terechtzitting heeft verzoekster erkend, dat deze transparanten een correcte beschrijving geven van het door haar toegepaste systeem. Het gaat om een document, dat naar zijn aard uitsluitend bedoeld was om binnen het Bayerconcern te worden gebruikt, zodat ervan mag worden uitgegaan, dat het een getrouwe weergave vormt van de wijze waarop Bayer had besloten tegen de parallelimporten op te treden.

84 Het Gerecht stelt vast, dat deze transparanten beginnen met een uiteenzetting van het probleem, waarin wordt gepreciseerd dat het volume van de Adalat-bestellingen in enkele weken tot 300 % is toegenomen, dat zulks tot een uitputting van de voorraad heeft geleid, dat de toegenomen vraag de uniforme distributie over het gehele land in gevaar heeft gebracht, en dat zij tot algemene ontevredenheid heeft geleid bij de groothandelaren, de interne en externe verkooporganisatie en de apothekers, en ten slotte dat het productieritme ten gevolge van dringende bestellingen van Adalat is verstoord.

85 Voorts blijkt uit dit document, dat volgens verzoekster de beste oplossing om het hoofd te bieden aan de uit de plotselinge en buitensporige stijging van de Adalat-bestellingen voortvloeiende problemen, erin bestond vooraf voor de leveringen aan iedere groothandelaar een maximum vast te stellen, gelet op een aantal factoren, waaronder „de identificatie van mogelijke exporteurs". Voorts blijkt uit dit document, dat het Bayerconcern voor de toepassing van dit controlesysteem in Spanje ervan uitging, dat zij over het maximumvolume van de leveringen aan elke groothandelaar zou moeten onderhandelen. Daartoe had het concern bepaald, dat de laagste echelons van zijn distributieafdeling slechts één argument zouden hanteren, te weten „uitputting van de voorraad", en bovendien dat een verantwoordelijke zou worden aangewezen voor rechtstreekse contacten met de groothandelaren, van wie werd verwacht dat zij op een herziening van de vastgestelde grenzen zouden aandringen.

86 Blijkens de transparanten voorzag het ingevoerde systeem voor de toepassing van de voor elke afnemer vastgestelde grens in de mogelijkheid om elke bestelling die de toegekende hoeveelheid overschreed, automatisch te blokkeren, zodat een „manuele" controle van de bestelling kon plaatsvinden. Bovendien is gepreciseerd, dat een van de voordelen van het systeem erin bestaat, „verdachte" groothandelaren te kunnen opsporen. Wat ten slotte het gevolg betreft dat aan

manueel gecontroleerde bestellingen moest worden gegeven, volgt uit deze transparanten, dat in het kader van het systeem „de hoeveelheid wordt verlaagd, wat beter is dan een annulering van de bestelling".

87 De praktische tenuitvoerlegging van dit controlesysteem is in deze transparanten bij wijze van voorbeeld geïllustreerd met een tabel, met als opschrift „Het resultaat", die aan het einde van punt 109 van de beschikking is weergegeven. Uit deze tabel blijkt, dat Bayer Spanje vooraf de maandelijkse en jaarlijkse bovengrenzen voor de bestellingen van elke groothandelaar vaststelde, en dat zij bij elke leveringsbon controleerde of de groothandelaar deze grenzen had overschreden.

88 Niets in deze transparanten wijst er evenwel op, dat het de bedoeling van Bayer was de exporten te verbieden of de door elk der onderzochte groothandelaren in feite uitgevoerde hoeveelheden te controleren en op basis daarvan maatregelen te nemen.

89 In strijd met de door de Commissie verdedigde zienswijze, vormt de inhoud van dit intern document dus niet het bewijs dat verzoekster haar beleid had gebaseerd op de controle van de eindbestemmingen van de geleverde producten en op sancties tegen de exporterende groothandelaren.

90 Vervolgens moet worden ingegaan op de diverse voorbeelden van Franse en Spaanse groothandelaren waar de Commissie naar verwijst ten betoge dat de leveringsbeperkingen niet vooraf eenzijdig waren vastgesteld, maar een reactie waren op de handelwijze van de groothandelaren inzake bestellingen, wat volgens haar bewijst dat het beleid erin bestond de exporten systematisch te controleren en sancties te nemen tegen groothandelaren die de geleverde producten hadden uitgevoerd.

91 Wat het geval van CERP Lorraine betreft, verwijst de Commissie naar het overzicht van de bestellingen van deze Franse groothandelaar in punt 87 van de

beschikking. Uit dit overzicht blijkt, dat deze groothandelaar, die tussen juni 1991 en februari 1992 maandelijks gemiddeld 50 000 tot 70 000 dozen Adalat bestelde, in juli 1991 van Bayer Frankrijk 69 000 dozen ontving, welk aantal in september 1991 daalde tot 35 000, gedurende de drie daaropvolgende maanden tot 15 000 per maand, en in februari 1992 tot amper 7 500 dozen. Volgens de Commissie wijzen deze afnemende leveringen erop, dat Bayer niet steeds hetzelfde criterium heeft toegepast, te weten de op basis van de bestellingen van het voorgaande jaar vastgestelde referentiehoeveelheden.

92 Uit de tekst van punt 87 van de beschikking volgt, dat Bayer vanaf september 1991 haar leveringen aan deze groothandelaar aanzienlijk heeft verlaagd ten opzichte van de vorige maanden, en zich ter rechtvaardiging daarvan beriep op uitputting van de voorraden op de Franse markt. Van de eventuele uitvoer van de geleverde hoeveelheden is evenwel geen melding gemaakt. De Commissie kan zich dus niet op dit overzicht van bestellingen beroepen tot staving van haar zienswijze, dat aan de levering voorwaarden waren verbonden. In dit punt van de beschikking wordt integendeel ook de tekst van een brief van Bayer Frankrijk aan CERP Lorraine weergegeven, waarin Bayer Frankrijk er volgens de Commissie aan herinnert, dat „de maandelijkse behoefte (gemiddeld) van CERP Lorraine 9 000 dozen per maand bedroeg. Daarom was het Bayer Frankrijk niet mogelijk de gestegen vraag het jaar erna te volgen". Deze verklaring moet worden gezien als een bevestiging van het feit dat, zoals verzoekster stelt, haar nieuw leveringsbeleid gebaseerd was op de traditionele behoeften van elke groothandelaar, die in het geval van CERP Lorraine zeven tot acht keer lager was dan de tijdens de maand vóór de invoering van het nieuwe beleid bestelde hoeveelheden. Verzoeksters zienswijze wordt bevestigd door punt 165 van de beschikking, waarin het heet dat Bayer Frankrijk de bestellingen van CERP Lorraine nauwlettend in de gaten houdt en levering tot slechts het niveau van het voorgaande jaar aanvaardt.

93 Het geval van de Franse groothandelaar OCP moet in dezelfde zin worden beoordeeld. In punt 91 van de beschikking is de situatie uiteengezet van deze groothandelaar, die Bayer Frankrijk een planning van zijn bestellingen had gezonden, volgens welke in maart, april en mei 1992 telkens 50 000 dozen Adalat moesten worden geleverd. In datzelfde punt van de beschikking is sprake van een telexbericht, waarin de groothandelaar Bayer Frankrijk het verwijt maakt

in februari slechts 15 000 dozen en in maart slechts 5 000 dozen te hebben geleverd. Nu evenwel geen melding is gemaakt van of niet is verwezen naar een uitvoerverbod, kan de Commissie zich op deze telex niet beroepen tot staving van haar zienswijze dat aan de levering voorwaarden waren verbonden.

94 Inzake de Spaanse groothandelaar Hefame, stelt de Commissie, dat hij eveneens als parallelexporteur was geïdentificeerd. In punt 120 van de beschikking, waarin de uitleg van Hefame aan haar ontevreden klanten in het Verenigd Koninkrijk is weergegeven, legt de Commissie in het bijzonder de nadruk op de opmerking dat „de parallelexport te omvangrijk is en de multinationals deze controleren" (volgens de Commissie doelt dit op Bayer), wat het bewijs zou vormen dat verzoekster de situatie wel degelijk controleerde, dat zij zeer goed wist welke groothandelaren zich met parallelexporten bezighielden, en dat zij tegen die groothandelaren maatregelen nam. Vastgesteld moet worden, dat uit dit document zeker blijkt, dat Bayer ten opzichte van Hefame leveringsbeperkingen toepaste die voor de afnemers van deze onderneming problemen teweegbrachten, maar dat dit document niet de zienswijze van de Commissie staaft, dat de leveringen afhankelijk waren van een voorwaarde inzake de eindbestemming van de geleverde producten, aangezien geen van deze elementen kan worden uitgelegd als het bewijs van een poging vanwege Bayer om de uitvoer van de geleverde producten te verbieden en daartegen maatregelen te nemen. Dat Bayer zich ertoe heeft bepaald een beleid van tot de nationale behoeften beperkte leveringen in te voeren, wordt integendeel blijkbaar bevestigd door de volgende zinnen uit het in punt 120 van de beschikking weergegeven document:

„Ik begrijp dat dit bericht u weinig genoegen verschaft, maar in een jaar is alles veranderd en de parallelexport is te omvangrijk en de multinationals controleren deze. (...) Wij hebben voor vrij geruime tijd ernstige moeilijkheden om voldoende hoeveelheden Adalat (...) en (...) uit Spanje te verkrijgen. Kennelijk spannen Bayer en (...) zich nog eens tot het uiterste in om de beschikbaarheid van hun producten strikt binnen de grenzen van de door hen geraamde behoeften voor Spanje te houden, waardoor zij de vrije handel binnen de EG belemmeren. Is er een manier waarop u maatregelen tegen deze ondernemingen kunt nemen?"

95 Nog steeds wat Hefame betreft, is in de punten 122 tot en met 124 van de beschikking gepreciseerd welke overeenkomsten tussen deze groothandelaar en bepaalde kleine groothandelaren waren gesloten. Volgens de tekst van een van

deze overeenkomsten, die in het dossier van de Commissie is opgenomen, verbond een kleine groothandelaar zich ertoe „door middel van de inbreng van producten, of hoeveelheden van deze beschikbare producten, de buitenlandse klanten van Hefame te ondersteunen om naast de door Hefame ingebrachte producten de normale en gebruikelijke levering van de vereiste hoeveelheden aan hen mogelijk te maken". Volgens de Commissie heeft Hefame deze overeenkomsten gesloten omdat zij wist dat zij, als door verzoekster geïdentificeerde parallelimporteur, geen nieuwe partijen Adalat zou krijgen. Dit wijst erop, dat de leveringen niet plaatsvonden op basis van vooraf vastgestelde quota of bovengrenzen, nu bepaalde onverdachte groothandelaren zonder probleem grotere hoeveelheden konden doen leveren, en dat verzoekster een zeer duidelijk onderscheid maakte tussen de groothandelaren die ervan werden verdacht zich met parallelexport bezig te houden en die waarvan zulks niet bekend was. Ten slotte is in de beschikking (punt 124) uiteengezet, dat verzoekster tegen een dergelijke herverdeling onder groothandelaren snel maatregelen heeft genomen, want zij heeft ook de kleine groothandelaren als parallelexporteurs geïdentificeerd, en zij heeft de voor hen bestemde leveringen volgens hetzelfde principe verlaagd.

96 Het Gerecht wijst erop, dat in deze uittreksels uit documenten weliswaar melding is gemaakt van overeenkomsten tussen deze groothandelaar en andere plaatselijke groothandelaren om te pogen dozen Adalat te krijgen bovenop die welke rechtstreeks door verzoekster werden geleverd, maar dat die documenten niet het bewijs vormen van de bewering dat verzoekster haar leveringsbeleid voor elke groothandelaar koppelt aan voorwaarden inzake de eindbestemming die elke groothandelaar in werkelijkheid aan de geleverde producten geeft. Anders dan de Commissie stelt, volgt niet uit de in punt 122 van de beschikking toegelichte documenten, dat de leveringen in het kader van het nieuwe beleid niet plaatsvonden op basis van de vooraf op grond van de vroegere behoeften vastgestelde hoeveelheden of bovengrenzen. Bovendien stelt de Commissie in de punten 124 en 168 van de beschikking zelf, dat Bayer, bij de tenuitvoerlegging van haar nieuw, op de vroegere behoeften gebaseerde beleid, wanneer zij vaststelde dat de kleine groothandelaren ten opzichte van hun „normale" behoeften op de plaatselijke markt ongewoon grote hoeveelheden lieten leveren, heeft besloten niet meer te leveren dan nodig was om aan hun traditionele behoeften te voldoen.

97 Wat het geval Cofares betreft, haalt de Commissie in punt 121 van de beschikking een verklaring van deze groothandelaar aan tijdens de verificatie door de Commissie in zijn bedrijfsruimten.

98 Deze verklaring refereert enerzijds, in het algemeen, aan de moeilijkheden die verschillende laboratoria voor de leveringen van producten voor de export maken, en anderzijds, meer in het bijzonder, aan de discussies tussen Cofares en Bayer Spanje inzake de omvang van de behoeften voor haar nationale markt. Doch hoewel zij het heeft over bevoorradingsproblemen, maakt zij nergens melding van enig uitvoerverbod van Bayer noch van een poging van Bayer om de werkelijke bestemming van in Spanje geleverde producten te controleren teneinde maatregelen te kunnen nemen tegen de eventuele uitvoer ervan. Op deze verklaring kan de Commissie zich dus evenmin baseren tot staving van haar zienswijze, dat aan de leveringen voorwaarden waren verbonden.

99 Wat Hufasa betreft, is in punt 127 van de beschikking het door deze groothandelaar opgestelde verslag opgenomen van een vergadering met vertegenwoordigers van Bayer Spanje om te pogen grotere hoeveelheden te doen leveren, aan welk document de Commissie een bijzonder belang hecht (zie punten 166 en 167 van de beschikking) met betrekking tot het bewijs van het uitvoerverbod.

100 Vastgesteld moet evenwel worden, dat in dit document van Hufasa geen melding is gemaakt van een door verzoekster opgelegd uitvoerverbod, en evenmin van de gestelde toepassing door verzoekster van een beleid van systematische controles a posteriori van de werkelijke bestemmingen van de geleverde producten. Anders dan de Commissie beweert, wijst niets in dit document erop, dat Hufasa Bayer ervan moest zien te overtuigen dat zij bereid was van export af te zien.

101 Bovendien zij erop gewezen, dat in de beschikking zelf feitelijke elementen zijn uiteengezet (punten 96 en 159) die verzoeksters zienswijze inzake het ingevoerde leveringsbeleid bevestigen. Waar het in punt 96 van de beschikking heet, dat „Bayer Frankrijk een als normaal bevonden afwijking van 10 % voor de behoeften van de Franse markt aanvaardt", weerlegt de beschikking zelf de

zienswijze van de Commissie, dat Bayer die methode niet heeft toegepast. Hetzelfde geldt voor punt 159, waarin onder verwijzing naar de punten 78 en 79 is gesteld, dat „de Commissie over documenten in de vorm van lijsten beschikt waarin de maandelijks bestelde hoeveelheden worden opgegeven en ook de stijging van de bestelde hoeveelheid in vergelijking met de statistische gegevens voor het voorgaande jaar wordt aangeduid".

102 Ten slotte kan de Commissie in de onderhavige zaak tegen verzoeksters verklaring, dat de te leveren hoeveelheden vooraf waren vastgesteld volgens de vroegere behoeften van de betrokkenen, vermeerderd met 10 % en ongeacht de eventuele uitvoer van de producten, niet inbrengen dat dit beleid misschien niet altijd nauwgezet of automatisch is toegepast. In dit verband moet worden opgemerkt, dat zoals verzoekster ter terechtzitting heeft gepreciseerd, de toepassing van dit nieuwe leveringsbeleid enkele maanden vertraging heeft opgelopen, zodat het mogelijk is dat groothandelaren die na de vaststelling van bedoeld beleid zeer aanzienlijke hoeveelheden hebben ontvangen, later slechts hoeveelheden ontvingen die waren teruggebracht tot het niveau van hun traditionele behoeften zoals vastgesteld aan de hand van de interne statistieken van het Bayerconcern. Dit zou met name het geval zijn geweest met CERP Lorraine (zie punt 87 van de beschikking), waarvan begin 1991 de volledige bestellingen van meer dan 60 000 dozen Adalat per maand werd geleverd, en die er later nog slechts 9 000 kreeg, welke hoeveelheid overeenkwam met haar bestellingen in de periode toen van parallelimporten nog geen sprake was. Bovendien kan de omstandigheid dat de groothandelaren die door verzoekster niet als exporteurs werden beschouwd, gemakkelijker aan extra hoeveelheden konden komen dan de als exporteurs geïdentificeerde groothandelaren, welke hypothese verzoekster op zich blijkbaar niet betwist, niet afdoen aan wat hierboven is uiteengezet over het ontbreken van bewijzen inzake het beleid dat erin zou hebben bestaan te controleren welke partijen werden uitgevoerd en maatregelen te nemen tegen de betrokken exporteurs.

103 Wat de als bewijsstukken beschouwde documenten betreft die in bijzonderheden zijn besproken in de punten 83 tot en met 85 en 96 tot en met 103 van de beschikking, wat Frankrijk betreft, en in de punten 110 tot en met 131, wat Spanje betreft, en waar in punt 160 van de beschikking naar is verwezen tot staving van de zienswijze van de Commissie, kan worden volstaan met vast te

stellen dat zij, zoals de documenten die zijn weergegeven in de hierboven besproken punten van de beschikking, geenszins het bewijs vormen dat Bayer een beleid heeft toegepast in het kader waarvan leveringen onderworpen waren aan de voorwaarde dat een gesteld uitvoerverbod werkelijk werd nageleefd.

104 Ter terechtzitting, en in antwoord op een vraag van het Gerecht, heeft de Commissie verwezen naar de punten 80, 110, 140 en 147 van de beschikking ten betoge dat aan de leveringen de voorwaarde was verbonden dat het uitvoerverbod werd nageleefd.

105 In deze punten van de beschikking zijn brieven weergegeven tussen verantwoordelijken van de Britse en de Franse dochterondernemingen, tussen de Spaanse dochteronderneming en de moederonderneming van het Bayerconcern, tussen de Britse dochteronderneming en de moederonderneming, alsmede een interne nota van het directiecomité van Bayer Frankrijk. Al deze documenten betreffen de toepassing door het Bayerconcern van haar nieuw leveringsbeleid en het distributiecontrolesysteem inzake Adalat, om het hoofd te bieden aan het probleem van de parallelimporten. Deze documenten vormen het bewijs, dat het Bayerconcern er belang bij had de groothandelaren die zich met export bezig hielden, te identificeren. Doch aangezien niets in de betrokken documenten erop wijst, dat het de bedoeling zou zijn geweest de handelwijze van elke groothandelaar te controleren en tegen hem maatregelen te nemen indien zou blijken dat hij de geleverde producten had uitgevoerd, kan de Commissie zich tot staving van haar zienswijze daarop niet beroepen.

106 Ten slotte doen ook de argumenten van de Commissie inzake de gestelde subjectieve interpretatie van de toestand door de groothandelaren, niet af aan de hierboven geformuleerde conclusies inzake de aan verzoekster toegeschreven bedoeling om een uitvoerverbod op te leggen en bij miskenning daarvan maatregelen te nemen.

107 Volgens de Commissie kenden de groothandelaren verzoeksters drijfveren, zodat zij ervan uitgingen dat de door Bayer opgelegde beperkingen verband hielden met

de export. Zij voegt daaraan toe, dat de groothandelaren er belang bij hadden zich strikt aan het uitvoerverbod te houden, en dat zij zich bij dit verbod neerlegden om een toereikende bevoorrading van Adalat te verzekeren. Ten slotte stelt de Commissie, dat de groothandelaren die zich aan het uitvoerverbod niet stoorden, rekening moesten houden met bedreigingen en sancties vanwege Bayer.

108 Zoals hierboven is geoordeeld, heeft de Commissie evenwel niet het bewijs geleverd, dat in het kader van een nieuw beleid van verzoekster de eindbestemming van de onder de nieuwe regeling geleverde producten werd gecontroleerd en aan de levering voorwaarden inzake die bestemming werden verbonden. Het argument dat de groothandelaren er belang bij hadden zich strikt aan het uitvoerverbod te houden om op een toereikende bevoorrading van Adalat te kunnen rekenen, mist dus feitelijke grondslag. Bovendien heeft de Commissie niet rechtens genoegzaam aangetoond, dat sancties werden genomen tegen groothandelaren die hadden besloten de dozen Adalat uit te voeren, en dat Bayer met dergelijke sancties heeft gedreigd. Evenmin heeft de Commissie enig bewijselement, of zelfs maar aanwijzing, verschaft waaruit zou blijken dat Bayer van de groothandelaren heeft „geëist" dat zij de geleverde producten niet uitvoerden, of dat een groothandelaar Bayer „toezeggingen" inzake de exporten zou hebben gedaan. Zoals verzoekster stelt, is het integendeel zo, dat de eindbestemming van de geleverde producten niet werd gecontroleerd, zodat de groothandelaren geen sancties hadden te vrezen, en daar ook niet voor beducht waren, zoals blijkt uit de in punt 185 van de beschikking aangehaalde verklaring van een groothandelaar: „Waar het om gaat is wat men krijgt, niet wat men bestelt." In die omstandigheden is het feit dat de groothandelaren wisten dat verzoekster de parallelimporten wou verhinderen, niet voldoende om het gestelde verband tussen de leveringsbeperkingen en de handelwijze van de groothandelaren inzake uitvoer als bewezen te beschouwen.

109 Gelet op een en ander, dient de conclusie te luiden, 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, ook niet dat verzoekster 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.

110 Uit de in de beschikking weergegeven documenten blijkt ten slotte evenmin, dat verzoekster zou hebben gepoogd de instemming van de groothandelaren te verkrijgen met de toepassing van haar beleid inzake indamming van de parallelimporten.

2. De zienswijze dat de groothandelaren bereid waren zich bij verzoeksters beleid inzake indamming van de parallelimporten aan te sluiten

a) Voorafgaande opmerkingen

111 Verzoekster erkent, dat zij eenzijdig een nieuw leveringsbeleid heeft vastgesteld en toegepast om de parallelexporten voor de groothandelaren moeilijker te maken. Volgens de rechtspraak, zoals hierboven in herinnering gebracht, kan een schijnbaar eenzijdige handelwijze vanwege de producent, die wordt gevolgd in het kader van zijn contractuele betrekkingen met de wederverkopers, in werkelijkheid de grondslag vormen van een overeenkomst tussen ondernemingen in de zin van artikel 85, lid 1, van het Verdrag, indien vast komt te staan, dat de andere contractpartijen uitdrukkelijk of stilzwijgend met de handelwijze van de producent hebben ingestemd.

112 Volgens de Commissie heeft verzoekster voor de invoering van haar beleid van leveringsbeperkingen erop gerekend dat de groothandelaren zich daarbij zouden neerleggen.

113 Gelet op de omstandigheden van de zaak, moet dus worden onderzocht of de Commissie rechtens genoegzaam heeft aangetoond, dat de groothandelaren zich uitdrukkelijk of stilzwijgend bij het eenzijdige beleid van Bayer ter voorkoming van parallelimporten hebben aangesloten.

b) Het bewijs van de „impliciete instemming" van de groothandelaren

114 In punt 176 van de beschikking stelt de Commissie, dat de groothandelaren „een houding hebben aangenomen die aangeeft dat zij impliciet met het uitvoerverbod instemmen", welke houding in de punten 181 tot en met 185 meer in bijzonderheden is beschreven. Zij is tot deze conclusie gekomen op basis van een reeks haars inziens vaststaande feitelijke gegevens.

115 In de eerste plaats herinnert de Commissie eraan (punt 180), dat de groothandelaren kennis hadden van het uitvoerverbod, welke omstandigheid „in de zaak Sandoz doorslaggevend" was, en die volgens de Commissie meebracht, dat „alleen al het feit dat zij niet op het uitvoerverbod reageerden, tot de gevolgtrekking leidde dat zij het aanvaardden en dat de voor het bestaan van een overeenkomst vereiste elementen aanwezig waren"; bovendien, aldus de Commissie, maakte het uitvoerverbod, zoals in vorenbedoelde zaak, deel uit van de voortdurende commerciële relatie tussen Bayer Frankrijk of Bayer Spanje en hun respectieve groothandelaren.

116 In de tweede plaats wijst de Commissie erop (punt 180), dat in de onderhavige zaak, in vergelijking met de elementen waarvan is uitgegaan in de zaak die tot het arrest Sandoz heeft geleid, een bijkomend element in de beschouwing is betrokken, namelijk de omstandigheid dat „juist het gedrag van de groothandelaren aantoont dat zij niet alleen hebben begrepen dat er voor de geleverde waar een uitvoerverbod gold, maar daarenboven hun gedrag aan dit verbod hebben aangepast".

117 Het bewijs van „de afstemming van het gedrag van de groothandelaren op de eisen van Bayer Frankrijk en Bayer Spanje" is volgens de Commissie af te leiden uit de vaststelling, dat zij, zodra zij erachter waren gekomen wat de werkelijke bedoelingen van Bayer Frankrijk en Bayer Spanje waren, „ogenschijnlijk althans, (...) hebben getoond dat zij zich voegden naar het door hun leverancier in het

raam van hun commerciële relatie opgelegde uitvoerverbod" (punt 181). De groothandelaren hebben namelijk hun wijze van bestellen aangepast aan de door Bayer Frankrijk en Bayer Spanje gestelde voorwaarde, wat blijkt uit de verschillende systemen die zij gebruikten om voorraden geleverd te krijgen, met name dat van de spreiding van de voor de uitvoer bestemde bestellingen over de verschillende agentschappen en de bestellingen bij kleine groothandelaren (punt 182).

118 Volgens de beschikking (punten 183 en 184) hebben de groothandelaren „zich aan de (...) opgelegde nationale ‚quota' gehouden, 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". Deze houding zou erop wijzen „dat de groothandelaren de eigenlijke beweegredenen van Bayer Frankrijk en van Bayer Spanje en de door deze gehanteerde mechanismen om parallelexport tegen te gaan, kenden: zij pasten zich aan het door hun leverancier ingevoerde systeem aan om aan zijn eisen te voldoen".

119 Doch in de eerste plaats zij eraan herinnerd, dat het Gerecht heeft geoordeeld, 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.

120 In de tweede plaats volgt uit geen enkel element van het dossier, dat Bayer Frankrijk of Bayer Spanje de groothandelaren enige gedragslijn zouden hebben voorgeschreven inzake de eindbestemming van de geleverde dozen Adalat, dan wel het volgen van een bepaalde procedure inzake het plaatsen van de bestellingen, nu haar beleid er uitsluitend in bestond de leveringen eenzijdig te

beperken door de te leveren hoeveelheden vooraf vast te stellen op basis van de vroegere behoeften.

121 Ten slotte heeft de Commissie niet het bewijs geleverd, dat verzoekster zou hebben gepoogd het akkoord of de instemming van de groothandelaren voor de toepassing van haar beleid te verkrijgen. Zij heeft zelfs niet gesteld, dat Bayer zou hebben gepoogd de groothandelaren ertoe te bewegen hun bestellingen anders te formuleren.

122 Hieruit volgt, dat hetgeen in de punten 181 tot en met 185 van de beschikking is gesteld, en op basis waarvan de Commissie tot de conclusie is gekomen dat de groothandelaren hun gedrag op het gestelde uitvoerverbod hebben afgestemd, feitelijke grondslag mist, nu deze beweringen gebaseerd zijn op feitelijke omstandigheden waarvan het bewijs niet is geleverd.

123 Om het bewijs te leveren van de wilsovereenstemming, beschikt de Commissie in de onderhavige zaak over geen enkel document waarin uitdrukkelijk melding is gemaakt van een overeenkomst tussen Bayer en haar groothandelaren inzake de uitvoer; de Commissie stelt, dat zij de in de rechtspraak ontwikkelde methode heeft gevolgd, die erin bestaat de feitelijke handelwijze van de groothandelaren te onderzoeken om uit te maken of hun instemming een feit is. In punt 180 van de beschikking stelt zij: „In het onderhavige geval (...) toont juist het gedrag van de groothandelaren aan dat zij niet alleen hebben begrepen dat er voor de geleverde waar een uitvoerverbod gold, maar daarenboven hun gedrag aan dit verbod hebben aangepast." Volgens verzoekster daarentegen, vormt precies hun gedrag het beste bewijs van het ontbreken van wilsovereenstemming.

124 Gelet op de omstandigheden van de zaak, moet dus worden 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 hebben ingestemd.

i) De gedragingen van de Franse groothandelaren

125 Vooraf zij herinnerd aan punt 96 van de beschikking, waarin de Commissie een algemene beschrijving geeft van de wijze waarop de drie Franse groothandelaren hebben gepoogd producten te doen leveren:

„De drie groothandelaren hebben dezelfde methode toegepast: zij plaatsen geen bestellingen meer voor de export en organiseren zich onderling om de bestellingen die officieel voor de Franse markt zijn bestemd, te verhogen.

Bayer Frankrijk aanvaardt een als normaal bevonden afwijking van 10 % voor de behoeften van de Franse markt. De groothandelaren hebben zich verstaan met een aantal over het nationale grondgebied verspreide plaatselijke agentschappen die [normaal] de bevoorrading op plaatselijk niveau verzorgen.

De bestellingen voor Frankrijk die door elk van de agentschappen worden geplaatst, worden groter en bevatten voor Bayer Frankrijk geen enkele aanwijzing omtrent de bestemming. Het is de bedoeling Bayer Frankrijk te doen geloven dat de binnenlandse vraag is gestegen, door deze over de verschillende agentschappen te spreiden. Aan de hoeveelheden die in werkelijkheid voor de uitvoer bestemd zijn, wordt vervolgens bij elk van de groothandelaren intern met het oog op de export een nieuwe bestemming gegeven."

126 In de punten 97 tot en met 101 van de beschikking, betreffende de strategie van de groothandelaar CERP Rouen om het beleid van Bayer inzake beperkte leveringen te omzeilen, zijn verschillende brieven weergegeven uit de correspondentie tussen oktober 1991 en januari 1992, van de centrale inkoopdienst van CERP Rouen met de directeuren van de plaatselijke agentschappen van de groep

inzake de extra dozen Adalat die het agentschap Boulogne, dat zich binnen de groep met de uitvoer naar het Verenigd Koninkrijk bezighield, nodig had. Doch anders dan de Commissie beweert, vormen de aangehaalde passages van deze documenten niet het bewijs dat deze groothandelaar zich bereid zou hebben verklaard niet meer uit te voeren, zijn bestellingen te beperken, of zijn uitvoer te beperken, en evenmin dat hij Bayer zou hebben willen laten geloven dat hij voornemens was zulks te doen. Bedoelde passages zijn niets anders dan een voorbeeld van de reactie van een onderneming die poogt haar exportactiviteiten zoveel mogelijk voort te zetten. Zij bevatten geen enkele rechtstreekse vermelding van, of aanwijzing inzake, de bereidheid om zich aan te sluiten bij het beleid van Bayer dat gericht is op belemmering van de uitvoer, en waarmee de groothandelaar perfect bekend was, zoals in punt 94 van de beschikking is gepreciseerd.

127 Het onderzoek van de in de punten 102 en 103 van de beschikking bedoelde documenten inzake CERP Lorraine en OCP, bevestigt deze zienswijze. Overigens zij erop gewezen, dat punt 102 het bewijs vormt, dat CERP Lorraine, ondanks de door de houding van Bayer veroorzaakte moeilijkheden, er toch in geslaagd is vrij aanzienlijke hoeveelheden voor de uitvoer te verkrijgen. In dit punt wordt namelijk de volgende passage uit een intern rapport van CERP Lorraine aangehaald:

„Alhoewel ik op korte termijn geen gunstige oplossing voor de leveringen door Bayer zie (het lukt ons enkele uiterst geringe hoeveelheden van het product via de agentschappen te verkrijgen), ben ik van mening dat het budget aan het eind van het boekjaar verwezenlijkt moet kunnen zijn."

128 De in de punten 105, 106 en 107 aangehaalde documenten gaan in tegen de zienswijze van de Commissie, nu zij het bewijs vormen dat de groothandelaren CERP Lorraine en CERP Rouen hun bestellingen niet werkelijk hebben aangepast aan het nieuwe beleid van Bayer inzake leveringsbeperkingen. In die documenten heet het namelijk, dat Bayer „de door CERP Lorraine gevraagde leveringen van Adalat blokkeert" (punt 105), dat bij CERP Rouen begin 1992 de vraag „tot 50 000 dozen per maand" bedroeg, maar dat zij „slechts 7 000 dozen" kon leveren (punt 106), en dat OCP Bayer een eerste planning voor de bestelling van

50 000 dozen per maand had gezonden voor februari en maart 1992, doch in februari slechts 15 000 dozen en in maart slechts 5 000 dozen had ontvangen (punten 91 en 107).

129 Daaruit volgt, dat de in de punten 96 tot en met 107 van de beschikking aangehaalde passages niet de zienswijze staven, dat de Franse groothandelaren uitdrukkelijk of stilzwijgend met het nieuwe beleid van Bayer zouden hebben ingestemd. Uit deze passages blijkt niet, dat zij geneigd zouden zijn geweest zich aan te sluiten bij het beleid van Bayer dat erin bestond de parallelimporten te verhinderen. Er valt integendeel uit af te leiden, dat deze groothandelaren een houding hebben aangenomen die erop wijst dat zij zich krachtig bleven afzetten tegen een beleid dat volkomen in strijd was met hun belangen.

ii) De gedragingen van de Spaanse groothandelaren

130 Wat de Spaanse groothandelaren betreft, is in de punten 113 tot en met 130 van de beschikking evenmin enig element te vinden dat de door de Commissie verdedigde theorie van de stilzwijgende instemming staaft.

131 Opgemerkt zij integendeel, dat de punten 115, 118, 119 en 120 met deze theorie in tegenspraak zijn. Uit die punten blijkt namelijk enerzijds, dat Bayer Spanje steeds haar beleid van leveringsbeperkingen tot het niveau van de vroegere behoeften heeft gehandhaafd, en anderzijds dat de groothandelaren zeer ontstemd waren over de verliezen die het gevolg waren van de onmogelijkheid om de hoeveelheden te verkrijgen die nodig waren om aan de vraag van hun Britse afnemers te voldoen. Inzonderheid zij gewezen op punt 115, waarin passages zijn weergegeven uit tussen CERP Rouen en haar Spaanse dochteronderneming, Comercial Genové, uitgewisselde documenten: „Ik wil iedere week voor Adalat en (...) van de naar de laboratoria gezonden bestelbonnen en van de voor die

bestellingen opgestelde leveringsbonnen een afschrift hebben. Ik probeer een solide dossier tegen de laboratoria samen te stellen (...). Verwijzend naar uw faxbericht van heden betreffende de laboratoria (...) en Bayer geef ik u de verzekering dat ik alles in het werk stel om meer geleverd te krijgen dan wij nodig hebben. De laboratoria weigeren naar ook maar enig argument te luisteren. Zij weten dat de hoeveelheden die zij ons leveren, ruimschoots voldoende zijn om de behoeften van de Spaanse markt te dekken." Ook de passages die zijn aangehaald in punt 118 — „Zij leveren niet zoveel als wij nodig hebben. Wij hebben alleen voorraad voor onze markt" — en in punt 119 — „Bayer levert ons niet de hoeveelheden die wij bestellen" — bewijzen dat de groothandelaren, anders dan de Commissie stelt, hun beleid inzake bestellingen niet aan de nieuwe situatie hebben aangepast en verder grotere hoeveelheden zijn blijven vragen dan zij vroeger nodig hadden om in hun traditionele behoeften te voorzien.

132 Vervolgens moet afzonderlijk worden ingegaan op het geval van elk van de Spaanse groothandelaren die in de beschikking ter sprake komen.

133 In verband met Cofares, de belangrijkste groothandelaar in Spanje, heet het in punt 121 van de beschikking, dat het bewijs van haar instemming te vinden is in de verklaring van de verantwoordelijken van deze onderneming tijdens een verificatiebezoek van de Commissie in haar bedrijfsruimten. De directeur van Cofares zou toen het volgende hebben verklaard: „De exportactiviteit van Cofares is, gelet op de moeilijkheden die bepaalde laboratoria (waaronder Bayer) voor de leveringen van producten voor de export maken, uit het in totaal gefactureerde bedrag nauwelijks op te maken." Voorts verklaarde hij: „Toen Bayer voor Cofares een Adalat-quotum vaststelde dat in het begin duidelijk onvoldoende was om de behoefte van de binnenlandse markt te dekken, heeft hij, in zijn hoedanigheid van directeur ‚Inkoop', voor een mogelijke klacht wegens dit soort verkoopbeperkingen gewaarschuwd. Vanaf dat moment leverde Bayer aan Cofares een hoeveelheid die voor het binnenlandse verbruik van dit product toereikend was."

134 Anders dan de Commissie stelt, kan uit dit document niet worden afgeleid, „dat Cofares zich naar de eis van Bayer Spanje, zich tot de binnenlandse markt te beperken, heeft geplooid".

135 De eerste volzin, volgens welke de uitvoer weinig voorstelt in vergelijking met de totale omzet, ten gevolge van de moeilijkheden die bepaalde laboratoria voor de levering van producten voor de export maken, vormt op zich geen rechtstreeks bewijs van een overeenkomst tussen deze groothandelaar en Bayer Spanje om de ontvangen dozen Adalat niet uit te voeren. Dat de omvang van de exporten gering was, kan niet tot de conclusie leiden, dat er geen export (meer) was. Deze bewering kan integendeel het bewijs zijn, dat Cofares, althans gedeeltelijk, verder bleef exporteren. Dat, anders dan in het geval van de andere groothandelaren, uit de beschikking niet blijkt dat Cofares maatregelen zou hebben genomen om het beleid van Bayer te omzeilen, keert niet de bewijslast om inzake haar instemming met het nieuwe beleid van Bayer, die nog altijd door de Commissie moet worden aangetoond. Nu het evenwel gaat om de belangrijkste groothandelaar in Spanje, met een marktaandeel van 20,6 % (volgens punt 112 van de beschikking), kon de Commissie niet tot de conclusie komen dat de in punt 121 van de beschikking weergegeven verklaring het bewijs vormt dat Cofares zich naar de eis van Bayer Spanje, zich tot de binnenlandse markt te beperken, heeft geplooid, zonder vooraf te onderzoeken of Cofares sedert lang een belangrijke exportactiviteit had, en zonder de mogelijkheid te onderzoeken of Cofares gewoon had besloten de export slechts als een nevenactiviteit te beschouwen; een dergelijke beslissing kon namelijk voor de hand liggen zodra was gebleken dat het moeilijk was om, nadat aan de gewone behoeften was voldaan, nog extra hoeveelheden te krijgen. Dit geldt te meer, omdat de beschikking zwijgt over het relatief belang van Adalat in de totale omzet van Cofares.

136 Niet alleen vormt deze verklaring van de directeur van Cofares geen aanwijzing in de zin van een aanvaarding van een exportverbod, maar zij noopt integendeel tot de vaststelling dat het beleid van Bayer inzake beperking van de leveringen, tezamen met de door andere laboratoria veroorzaakte moeilijkheden, deze groothandelaar ertoe had gebracht de export nog slechts te overwegen wanneer een normale bevoorrading van de nationale markt was verzekerd. Deze uitlegging lijkt veel aannemelijker dan die van de Commissie, met name omdat de groothandelaren verplicht zijn een volledige en ononderbroken bevoorrading van de nationale markt te verzekeren, en het in casu om de belangrijkste groothandelaar van het land gaat.

137 Volgens punt 137 van de beschikking bewijzen de op verzoek van de Commissie door Cofares verstrekte cijfers betreffende de export tussen 1989 en 1993, dat de exportverkopen „op een uiterst laag niveau bleven staan", wat bewijst dat Cofares „de door Bayer Spanje opgelegde regeling heeft geaccepteerd door strikt binnen de Spaanse binnenlandse markt te blijven".

138 Doch uit het onderzoek van de cijfers blijkt veeleer het tegenovergestelde, want hoewel het percentage van de uitvoer van Adalat miniem is ten opzichte van de totale verkoop van Cofares, is dit percentage in de loop der jaren weliswaar onregelmatig, maar toch voortdurend blijven stijgen, hetgeen hieruit blijkt dat het laagste percentage van de vijf beschouwde jaren precies dat is van het eerste jaar, namelijk 1989. Daaraan moet ten slotte nog worden toegevoegd, dat de Commissie moeilijk tot de hierboven geformuleerde conclusie kon komen zonder de gegevens van de jaren vóór 1989 te kennen, dat wil zeggen de periode die onmiddellijk voorafging aan de invoering door Bayer Spanje van haar beleid inzake beperkte leveringen. Zonder die gegevens kan onmogelijk worden uitgemaakt, of Cofares haar exportbereidheid voor dit product heeft gewijzigd ten gevolge van de invoering van het beleid van Bayer.

139 Wat de passage betreft waarin het gaat over de discussies tussen de directeur van Cofares en Bayer Spanje, moet worden onderzocht of het volledige ontbreken van elke rechtstreekse of onrechtstreekse vermelding van de vrijheid om de ontvangen hoeveelheden uit te voeren, gevolgen heeft voor de vraag of de omstandigheid dat de partijen overeenstemming hebben bereikt over een verhoging van de aanvankelijk door Bayer aan deze groothandelaar toegewezen hoeveelheden die waren bestemd om aan diens nationale behoeften te voldoen, het bewijs vormt van de instemming van die groothandelaar met verzoeksters beleid dat erop gericht was de parallelexporten moeilijker te maken. Punt 143 van de beschikking bevat een passage van een document waar de Commissie zich in het kader van deze vraag weliswaar niet direct op heeft gebaseerd, maar waarop toch de aandacht moet worden gevestigd, nu het gaat om een intern memorandum van Bayer Spanje, waarin onder meer sprake is van het door verzoekster aan Cofares toegekende contingent om aan haar behoeften op de nationale markt te voldoen.

140 Uit dit intern memorandum volgt, dat Bayer Spanje en Cofares overleg hebben gepleegd over de te leveren minimumhoeveelheden die voor deze groothandelaar nodig waren om gelijke tred te houden met de groei en de penetratie op de nationale markt, en overeenstemming hebben bereikt over de met deze behoeften overeenstemmende cijfers. Blijkbaar staat vast, dat Bayer Spanje Cofares de verzekering heeft gegeven dat haar leveringen minstens het niveau van die hoeveelheden zouden bereiken. Eveneens blijkt duidelijk, dat Bayer Spanje bereid was de aanvankelijk vastgestelde beperkte leveringsniveaus te herzien indien zich op de nationale markt bevoorradingsproblemen voordeden, gelet op haar wettelijke en morele verplichting om een normale distributie van haar producten op de Spaanse markt te verzekeren.

141 In dit intern memorandum is evenwel niets gezegd over een eventuele beperking van de vrijheid van Cofares om na het overleg over het niveau van de nationale behoeften ontvangen producten uit te voeren. Ten onrechte voert de Commissie dus aan, dat Cofares slechts leveringen heeft ontvangen nadat zij verzoekster de verzekering had gegeven, dat zij uitsluitend voor de nationale markt zouden worden bestemd. Ten slotte zij erop gewezen, dat Bayer Spanje in de loop van de onderhandelingen heeft aangevoerd dat Spaanse apothekers die geen producten ontvingen van de groothandelaren, ze rechtstreeks van de producent kregen. Welnu, deze omstandigheid wijst er niet op dat de groothandelaren vanwege Bayer Spanje werden geconfronteerd met belemmeringen of sancties wanneer zij besloten deze producten uit te voeren, ook wanneer zij daarvoor een deel van de nationale markt moesten opgeven, maar wijst er veeleer op dat de producent de gevolgen daarvan voor zijn rekening nam.

142 In die omstandigheden dient de conclusie te luiden, dat het in punt 143 van de beschikking bedoelde document, noch de in punt 121 van de beschikking weergegeven verklaring van de directeur van Cofares, kunnen worden uitgelegd als het bewijs dat Bayer Spanje de groothandelaren wou „dwingen" zich tot de nationale markt te beperken, of dat Cofares bereid zou zijn geweest zich naar een dergelijke eis te schikken.

143 Vervolgens is in de beschikking (punt 122) uiteengezet welk bevoorradingssysteem de Spaanse groothandelaar Hefame had georganiseerd om in zijn behoeften voor de export van Adalat te voorzien. In de beschikking is in bijzonderheden ingegaan op een standaardovereenkomst met de benaming „Samenwerkingsprotocol voor de buitenlandse markten", dat Hefame met verschillende kleine groothandelaren heeft gesloten om grotere hoeveelheden geneesmiddelen zoals Adalat te verkrijgen, die interessant waren voor de uitvoer. Niets in dit document wijst er evenwel op, dat Hefame blijkens haar gedrag gewonnen zou zijn geweest voor de aanvaarding van het nieuwe beleid van Bayer.

144 Wat de Spaanse dochterondernemingen van CERP Rouen betreft, volgt uit de beschrijving van de gedragingen van Comercial Genové, Hufasa en Disdasa, in de punten 125 tot en met 129 van de beschikking, dat elk bewijs van een wilsovereenstemming of akkoord met het tegen parallelimporten gerichte beleid ontbreekt.

145 In punt 126 van de beschikking stelt de Commissie zelf namelijk het volgende:

„Bij Comercial Genové zijn documenten aangetroffen waaruit blijkt dat CERP Rouen haar Spaanse dochterondernemingen, Comercial Genové, Hufasa en Disdasa, heeft gebruikt om aan de Britse vraag te voldoen. CERP Rouen heeft zich dus op dezelfde manier gedragen als een internationale groep en heeft van al haar mogelijkheden, zowel in Frankrijk als in Spanje, gebruik gemaakt om de voor zijn Britse klanten benodigde hoeveelheden geleverd te krijgen. Bij dit systeem worden de Spaanse dochterondernemingen op dezelfde manier gebruikt als de regionale agentschappen in Frankrijk: hun is gevraagd hun bestellingen voor de Spaanse markt op een plausibele manier te verhogen en de aldus verkregen hoeveelheden werden uit naam van CERP Rouen aan de Britse klanten geleverd."

146 Vervolgens gaat het in de beschikking over de groothandelaar Hufasa (punt 127), en wordt uit een verslag van een vergadering van deze groothandelaar met Bayer Spanje afgeleid, dat „Hufasa volledig met de argumenten van Bayer Spanje instemt, namelijk zich concentreren op de binnenlandse verkoop". In dit verband beroept de Commissie zich inzonderheid op de volgende passage: „(...) wij hadden met Bayer een overeenkomst gesloten om hogere leveringen van Adalat aan te houden, [zodat] het beter was om geen cijfers voor te leggen die voor Hufasa niet als mogelijk aanvaard zouden worden en die onze bedoeling om zo groot mogelijke hoeveelheden te exporteren zou doen blijken."

147 Uit dit verslag blijkt, dat een gesprek heeft plaatsgevonden tussen een vertegenwoordiger van Hufasa en directieleden van Bayer Spanje, tijdens hetwelk de directieleden van Bayer geweigerd hebben de bestelde hoeveelheden te leveren op grond dat zij overeenkwamen met 50 % van de nationale markt en aanzienlijk hoger waren dan die van andere ondernemingen in hetzelfde gebied; dat de vertegenwoordiger van Hufasa daarop heeft gereageerd met het argument dat zijn onderneming grotere hoeveelheden Adalat nodig had, met name omdat de raming van de behoeften voor de nationale markt gebaseerd was op de tijdens een atypisch jaar vastgestelde behoeften, toen de onderneming een crisis doormaakte die gepaard ging met een scherpe daling van de ingekochte hoeveelheden Adalat, en dat Bayer als gevolg van dit overleg ermee had ingestemd de leveringen te

verhogen en ze op het niveau te brengen van een andere, niet geïdentificeerde, groothandelaar.

148 Welnu, uit dit verslag blijkt duidelijk dat de werkelijke bedoelingen en de feitelijke gedragingen van de Spaanse dochterondernemingen van de groep CERP Rouen zeker niet getuigen van enige bereidheid om zich te schikken of te richten naar het beleid van Bayer inzake het verhinderen van parallelimporten. In dat verband kan worden volstaan met het vervolg van de reeds aangehaalde passage van bedoeld document te citeren, en het te lezen in de context van de groepsstrategie van CERP Rouen: „Daarom was ik van oordeel dat het belangrijker was om, met zeer geloofwaardige cijfers, een hoeveelheid Adalat voor de export te verkrijgen, dan een zeer hoog niveau van bestellingen te handhaven, welke bestellingen vervolgens niet zouden worden afgeleverd. Waar het om gaat, is wat men krijgt, niet wat men bestelt. Dit is ongetwijfeld de reden waarom (...) minder bestelt dan was voorzien." En hoewel uit het verslag blijkt, dat de onderneming met Bayer Spanje hard heeft onderhandeld om haar te doen accepteren dat haar traditionele behoeften op nationaal vlak hoger waren en dat eraan moest worden voldaan, kan deze omstandigheid niet worden aangevoerd tot staving van de zienswijze van de Commissie, dat „Hufasa volledig instemt met de argumenten van Bayer Spanje; namelijk zich concentreren op de binnenlandse verkoop".

149 Ten slotte heeft de directeur van Hufasa het in zijn verslag weliswaar over een „overeenkomst met Bayer om hogere leveringen van Adalat aan te houden", welke overeenkomst de Spaanse groothandelaar zou hebben gesloten met Bayer Spanje, doch uit de bewoordingen van deze verklaring en uit de context waarin zij is te zien, volgt dat partijen zich hebben bepaald tot onderhandelingen over de precieze vaststelling van de hoeveelheden die de groothandelaar vroeger placht te bestellen, anders gezegd het criterium dat ten grondslag lag aan verzoeksters nieuw leveringsbeleid, en over de verhoging van de cijfers inzake de nationale behoeften, en dus ook van de hoeveelheden waarop Hufasa krachtens bedoeld criterium recht had. De zin „Dit liet de leiding veronderstellen dat een aanzienlijk deel van de producten voor de export was bestemd", is slechts een subjectieve beoordeling vanwege de directeur van Hufasa, en kan dus niet worden beschouwd als het bewijs van de bedoeling van Bayer om de vraag van de export of de werkelijke bestemming van de geleverde producten aan de orde te stellen. Bovendien kan die zin hoe dan ook niet afdoen aan de algemene strekking van het verslag, waaruit blijkt met welke moeilijkheden Bayer Spanje werd

geconfronteerd bij de toepassing van haar nieuw beleid inzake beperkte leveringen, en waarin voor het overige geen enkel element wordt aangetroffen dat erop zou wijzen dat Bayer Spanje en Hufasa een overeenkomst hebben gesloten om de parallelexport van de geleverde dozen Adalat op enigerlei wijze te beperken of te verhinderen. Het ontbreken van wilsovereenstemming inzake deze exporten wordt overigens bevestigd door de tekst zelf van dit punt van de beschikking, waarin de Commissie verklaart:

„Het verslag is evenwel expliciet: de druk die op Bayer Spanje wordt uitgeoefend aan de hand van argumenten met betrekking tot de binnenlandse markt is voor Hufasa slechts een middel om de voor de uitvoer bestemde hoeveelheden te verkrijgen."

150 In de punten 128 en 129 van de beschikking is de inhoud uiteengezet van een brief van CERP Rouen aan haar dochterondernemingen, en van een brief aan haar van haar dochteronderneming Comercial Genové, eveneens betreffende het door deze groep ingevoerde systeem om te pogen in Spanje meer producten van verzoekster te doen leveren, en betreffende de moeilijkheden om extra dozen Adalat te krijgen. Ook op deze documenten kan de Commissie zich niet baseren om te stellen dat de dochterondernemingen van CERP Rouen in Spanje zich bij het nieuwe beleid van Bayer Spanje wensten aan te sluiten om op enigerlei wijze de parallelexporten van de geleverde producten te beperken.

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 verzoeksters 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 verzoekster 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 gedreigd.

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 verzoeksters 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 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 Bayer. Dit feit kan integendeel worden beschouwd als het bewijs van het voornemen van de groothandelaren om de parallelexport van Adalat voort te zetten.

155 Nu niet bewezen is dat verzoekster 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 verzoeksters beleid inzake het verhinderen van de parallelimporten.

3. De door de Commissie aangevoerde precedenten uit de rechtspraak

158 Van mening dat de beschikking volledig in overeenstemming is met haar besluitvormingspraktijk en de rechtspraak van het Hof van Justitie over het begrip overeenkomst, verklaart de Commissie, dat in casu, zoals in bepaalde vroegere zaken, sprake was van een uitvoerverbod dat deel uitmaakt van een geheel van vaste handelsbetrekkingen tussen de leverancier en zijn afnemers, gelet op het feit dat de groothandelaren bestellingen plaatsten, regelmatig werden bevoorraad en de desbetreffende facturen ontvingen, en dat de groothandelaren stilzwijgend met dat verbod hebben ingestemd, wat blijkt uit de verlaging van de bestellingen.

159 De door haar aangevoerde rechtspraak doet evenwel niet af aan de hierboven gemaakte 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 bewezen is, en dat de Commissie het bestaan van een overeenkomst dus niet heeft bewezen.

160 De Commissie beroept zich in de eerste plaats op de zaak die heeft geleid tot het arrest Sandoz, waarin, zoals in de onderhavige zaak, de distributeurs stilzwijgend met het uitvoerverbod zouden hebben ingestemd om hun handelsbetrekkingen te kunnen voortzetten (punt 11 van bedoeld arrest), en waarin zij ondanks hun belang bij de voortzetting van de export, het uitvoerverbod van de producent zouden hebben nageleefd om verder op zijn leveringen te kunnen blijven rekenen.

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 de producent in al zijn facturen uitdrukkelijk een mededingingsbeperkende clausule 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 clausule, die zij de facto en zonder discussie hadden nageleefd, het bewijs van hun stilzwijgende instemming met die clausule 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 voldaan; een formele clausule 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.

164 In de tweede plaats verwijst de Commissie naar het arrest Tipp-Ex/Commissie, reeds aangehaald, waarin het Hof haar beschikking heeft bevestigd die was gericht tegen een overeenkomst strekkende tot het verhinderen van de uitvoer, en waarin, anders dan in het arrest Sandoz, geen geschreven beding houdende een uitvoerverbod aan de orde was. De Commissie voert aan, dat Tipp-Ex, zoals verzoekster in de onderhavige zaak, voor het Hof eveneens had aangevoerd, dat

het om een eenzijdige maatregel ging die niet binnen het toepassingsgebied van artikel 85, lid 1, van het Verdrag viel, en dat, nu wel degelijk leveringen van de distributeur aan de parallelexporteur plaats hadden gevonden, er geen gemeenschappelijk belang bestond bij een beëindiging van de parallelexporten.

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 voor zover 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, 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, 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 voor zover 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.

168 Om dezelfde redenen kunnen de Commissie noch BAI zich met succes beroepen op de beoordelingen door het Hof in zijn arresten BMW Belgium e.a./Commissie, AEG/Commissie, en Ford en Ford Europe/Commissie, reeds aangehaald, tot staving van hun zienswijze inzake de beweerde instemming van de groothandelaren in de onderhavige zaak.

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 heeft 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.

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 arresten Ford en Ford Europe/Commissie, reeds aangehaald, punt 21; Metro II, reeds aangehaald, punten 72 en 73, en Bayerische Motorenwerke, reeds aangehaald, punten 16 en 17).

171 Uit een en ander volgt, dat de Commissie zich niet kan beroepen op de door haar aangevoerde precedenten uit de rechtspraak om aan te tonen dat er in de onderhavige zaak sprake is van een overeenkomst.

4. De zienswijze van de Commissie, dat om het bestaan van een overeenkomst te bewijzen, kan worden volstaan met de vaststelling dat de partijen hun handelsbetrekkingen voortzetten

172 Uit de redenering van de Commissie volgt, dat zij, zij het niet in duidelijke bewoordingen (zie de structuur van de beschikking zoals samengevat in de punten 155 en 156 en uitgewerkt in de punten 171-188), stelt dat de loutere vaststelling van het feit dat de groothandelaren hun handelsbetrekkingen met Bayer niet hebben afgebroken na de invoering door deze laatste van haar nieuw beleid inzake exportbeperkingen, voor haar voldoende grond is om ervan uit te gaan dat het bestaan van een overeenkomst tussen ondernemingen in de zin van artikel 85, lid 1, van het Verdrag bewezen is.

173 Deze zienswijze kan niet worden aanvaard. Het bewijs van een overeenkomst tussen ondernemingen in de zin van artikel 85, lid 1, van het Verdrag moet berusten op de rechtstreekse of onrechtstreekse vaststelling van het subjectief element dat de essentie vormt van het begrip overeenkomst, namelijk de wilsovereenstemming tussen marktdeelnemers over de tenuitvoerlegging van een beleid, het nastreven van een doel of het vastleggen van een bepaalde gedragslijn op de markt, ongeacht de wijze waarop uitdrukking wordt gegeven aan de wil van de partijen om zich op te markt te gedragen overeenkomstig de bewoordingen van de overeenkomst (zie, in die zin, arresten ACF Chemiefarme/Commissie, reeds aangehaald, punt 112, en Van Landewyck e.a./Commissie, reeds aangehaald, punt 86). De Commissie gaat voorbij aan het begrip wilsovereenstemming wanneer zij zich op het standpunt plaatst, dat de voortzetting van de handelsbetrekkingen met de producent wanneer deze een nieuw beleid invoert en eenzijdig toepast, gelijkstaat met de instemming van de groothandelaren met dit beleid, terwijl hun gedragingen in feite duidelijk ingaan tegen dat beleid.

174 Bovendien kan volgens de geest van het Verdrag een onderneming op grond van het communautaire mededingingsrecht slechts een sanctie worden opgelegd, wanneer zij inbreuk heeft gemaakt op de verbodsbepalingen van de artikelen 85, lid 1, of 86 van het Verdrag. Vastgesteld moet worden, dat aan de toepassing van artikel 85, lid 1, verschillende voorwaarden zijn gesteld: a) er moet een overeenkomst zijn tussen ten minste twee ondernemingen of een soortgelijke situatie,

zoals een besluit van een ondernemersvereniging of een tussen ondernemingen onderling afgestemde feitelijke gedraging, b) deze moeten potentieel ongunstige gevolgen hebben voor de handel tussen lidstaten, en c) zij moeten tot doel of tot gevolg hebben dat de mededinging aanmerkelijk wordt beperkt. Daaruit volgt, dat in het kader van dit artikel, de gevolgen van de handelwijze van een onderneming voor de mededinging binnen de gemeenschappelijke markt slechts kunnen worden onderzocht wanneer reeds het bewijs is geleverd van het bestaan van een overeenkomst, een besluit van een ondernemersvereniging of een onderling afgestemde feitelijke gedraging in de zin van artikel 85, lid 1, van het Verdrag (arrest Hof van 30 juni 1966, Société technique minière, 56/65, Jurispr. blz. 391, op blz. 413 e.v.). Dit brengt mee, dat deze bepaling niet tot doel heeft, zeer in het algemeen alle belemmeringen van de handel tussen lidstaten „weg te nemen"; het doel is beperkter, want alleen de belemmeringen van de mededinging die het gevolg zijn van de gezamenlijke wil van ten minste twee partijen zijn ingevolge deze bepaling verboden.

175 Het Hof heeft deze uitlegging van artikel 85, lid 1, van het Verdrag gevolgd in zijn arrest van 24 oktober 1996, Viho/Commissie (C-73/95 P, Jurispr. blz. I-5457, punten 15-17), waarin het een arrest van het Gerecht bevestigde en oordeelde dat de omstandigheid, dat het beleid van een moederonderneming, dat in wezen bestaat in de verdeling van verschillende nationale markten onder haar dochterondernemingen, buiten de sfeer van het concern gevolgen kan hebben die de concurrentiepositie van derden aantasten, niet betekent dat artikel 85, lid 1, zelfs gelezen in samenhang met de artikelen 2 en 3, sub c en g, EG-Verdrag, moet worden toegepast. Een dergelijke eenzijdige gedraging zou daarentegen wel onder artikel 86 van het Verdrag kunnen vallen, indien aan de toepassingsvoorwaarden van dat artikel was voldaan.

176 Gelet op een en ander, en anders dan de Commissie en BAI blijkbaar stellen, is het recht van een producent die, zoals in de onderhavige zaak het geval is, geconfronteerd wordt met een gebeurtenis die zijn belangen schaadt, om de zijns inziens gunstigste oplossing toe te passen, aan de verdragsbepalingen inzake mededinging alleen onderworpen, voor zover het daarbij gaat om de verbodsbepalingen van de artikelen 85 en 86. Wanneer de producent dus geen misbruik maakt van een machtspositie, en voor zover er geen wilsovereenstemming is met zijn groothandelaren, kan hij het leveringsbeleid toepassen dat hij nodig acht, ook wanneer de toepassing van dit beleid, gelet op het doel ervan, zoals het

belemmeren van parallelimporten, mededingingsbeperkingen teweeg kan brengen en de handel tussen lidstaten ongunstig kan beïnvloeden.

177 De Commissie beroept zich in dit verband op het arrest van het Hof van 5 december 1996, Merck en Beecham (C-267/95 en 268/95, Jurispr. blz. I-6285), ten betoge dat de parallelimporten onder alle omstandigheden moeten worden beschermd. Zij stelt, dat het Hof in dit arrest een einde heeft gemaakt aan de discussie over de strekking van de in het arrest van 14 juli 1981, Merck (reeds aangehaald, punt 36), uitgewerkte oplossing, door te verklaren dat in bepaalde lidstaten geldende prijsbeheersingsmaatregelen geen afwijking van het beginsel van het vrije goederenverkeer kunnen rechtvaardigen, en dat de mogelijkheid om parallelimporten te verhinderen tot een ongewenste afgrendeling van de nationale markten zou leiden. Bijgevolg, aldus de Commissie, kunnen zelfs in de geneesmiddelensector de parallelimporten door nationale maatregelen noch door overeenkomsten tussen ondernemingen worden belemmerd.

178 Vastgesteld moet evenwel worden, dat het Hof zich in bedoeld arrest beperkt tot het beantwoorden van de vraag betreffende, enerzijds, de datum van verstrijken van sommige overgangsbepalingen in de Toetredingsakte van het Koninkrijk Spanje en de Portugese Republiek (artikelen 47 en 209 van de Toetredingsakte), op grond waarvan parallelimporten van geneesmiddelen uit deze landen in andere delen van de Gemeenschap konden worden verhinderd, en anderzijds betreffende de regeling die na het verstrijken van de betrokken overgangstermijnen geldt voor parallelimporten, alsook de vraag of de strekking van de in het arrest Merck van 14 juli 1981, reeds aangehaald, uitgewerkte oplossing moest worden herzien. Welnu, de door het Hof in zijn arrest van 5 december 1996, Merck en Beecham, reeds aangehaald, ontwikkelde redenering heeft geen betrekking op de vraag die aan de orde is in de onderhavige zaak, die buiten het bestek valt van de voorschriften inzake het vrije verkeer van goederen zoals neergelegd in de artikelen 30, 34 en 36 EG-Verdrag (thans, na wijziging, artikelen 28 EG, 29 EG en 30 EG), en waarvoor, anders dan de Commissie stelt, geenszins nodig is dat een algemeen en niet alleen voor de lidstaten maar ook en in alle omstandigheden voor de ondernemingen geldend verbod op het verhinderen van parallelexporten zou worden opgelegd.

179 In werkelijkheid gaat voormeld arrest in tegen de zienswijze van de Commissie, en bevestigt het dat de Commissie in het kader van het Verdrag niet mag pogen een doelstelling zoals de harmonisatie van de prijzen op de geneesmiddelenmarkt te verwezenlijken door het toepassingsgebied van afdeling 1 (Regels voor de ondernemingen) van hoofdstuk 1 van titel VI van het Verdrag te verruimen of open te breken, te meer omdat het Verdrag haar specifieke mogelijkheden biedt om een dergelijke harmonisatie te verwezenlijken wanneer vaststaat dat de verschillen tussen de nationale prijsvaststellingsmechanismen en terugbetalingsregelingen voor geneesmiddelen aanzienlijke prijsverschillen in de lidstaten teweegbrengen, zoals in de onderhavige zaak het geval is (zie punten 151 en 152 van de beschikking). Zoals het Hof namelijk heeft herinnerd in punt 47 van het arrest Merck en Beecham, reeds aangehaald, volgt uit de vaste rechtspraak, dat door een verschillende prijsregeling van een lidstaat veroorzaakte verstoringen moeten worden opgeheven door maatregelen van de gemeenschapsautoriteiten (zie arresten Hof van 31 oktober 1974, Centrafarm en de Peijper, 16/74, Jurispr. blz. 1183, punt 17; Musik-Vertrieb membran en K-tel International, reeds aangehaald, punt 24; 11 juli 1996, Bristol-Myers Squibb e.a., C-427/93, C-429/93 en C-436/93, Jurispr. blz. I-3457, punt 46, en Merck en Beecham, reeds aangehaald, punt 47).

180 Een verruiming van het toepassingsgebied van artikel 85, lid 1, van het Verdrag, zoals voorgesteld door de Commissie, zou tot een paradoxale situatie leiden waarin de weigering om te verkopen strenger zou worden bestraft in het kader van artikel 85, lid 1, dan in dat van artikel 86, nu het verbod van artikel 85, lid 1, zou gelden voor de producent die beslist in de toekomst niet of minder te leveren, doch zonder zijn handelsrelaties met zijn klanten volledig af te breken, terwijl in het kader van artikel 86 de weigering om te leveren, zelfs wanneer zij volledig is, alleen verboden is wanneer sprake is van een misbruik. De rechtspraak van het Hof erkent namelijk indirect het belang van de bescherming van de ondernemingsvrijheid bij de toepassing van de mededingingsregels van het Verdrag, waar zij uitdrukkelijk stelt dat zelfs een onderneming met een machtspositie in bepaalde gevallen kan weigeren te verkopen of haar leverings- of bevoorradingsbeleid kan wijzigen zonder onder het verbod van artikel 86 te vallen (zie, in die zin, arrest Hof van 14 februari 1978, United Brands/Commissie, 27/76, Jurispr. blz. I-207, punten 182-191).

181 Ten slotte kan de Commissie zich tot staving van haar zienswijze niet beroepen op de overtuiging, die overigens door niets wordt gestaafd, dat op lange termijn de parallelimporten de harmonisatie van de geneesmiddelenprijzen zullen teweegbrengen. Hetzelfde geldt voor haar bewering, dat „niet kan worden aanvaard dat parallelimporten worden belemmerd om geneesmiddelenproducenten de mogelijkheid te geven om in landen zonder prijzencontrole buitensporige tarieven op te leggen ter compensatie van geringere winstmarges in lidstaten waar de overheid inzake prijzen strengere normen hanteert".

182 Uit een en ander volgt, dat de Commissie, uitgaand van de loutere vaststelling dat de vroeger reeds bestaande handelsbetrekkingen werden voortgezet, niet op regelmatige wijze tot de conclusie kon komen, dat het bestaan van een overeenkomst tussen de groothandelaren en de producent bewezen was.

D. *Conclusie*

183 Uit een en ander volgt, dat de Commissie de feiten van de onderhavige zaak onjuist heeft beoordeeld en heeft gedwaald bij de beoordeling rechtens van deze feiten, door ervan uit te gaan dat de wilsovereenstemming tussen Bayer en de in de beschikking bedoelde groothandelaren was bewezen, op welke grond zij tot de conclusie is 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.

184 Het primaire middel van het onderhavige beroep moet dus gegrond worden verklaard. Mitsdien moet de beschikking nietig worden verklaard, zonder dat behoeft te worden overgegaan tot het horen van getuigen, zoals door verzoekster gevraagd, of tot het onderzoek van de subsidiaire middelen, ontleend aan de gestelde onjuiste toepassing van artikel 85, lid 1, van het Verdrag op ingevolge artikel 47 van de Toetredingsakte van Spanje tot de Europese Gemeenschappen rechtmatige gedragingen, en aan een onjuiste toepassing van artikel 15 van verordening nr. 17 bij het opleggen aan verzoekster van een geldboete.

Kosten

185 Volgens artikel 87, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering wordt de in het ongelijk gestelde partij in de kosten verwezen, voor zover dit is gevorderd. Nu verweerster in het ongelijk is gesteld en verzoekster haar verwijzing in de kosten heeft gevorderd, moet verweerster worden verwezen in haar eigen kosten en in die van verzoekster, daaronder begrepen die van verzoekster tijdens de procedure in kort geding.

186 Naar luid van artikel 87, lid 4, derde alinea, kan het Gerecht bepalen dat andere interveniënten dan de in de voorgaande alinea van lid 4 bedoelde, hun eigen kosten zullen dragen. In de onderhavige zaak zullen EFPIA, interveniënte aan verzoeksters zijde, en BAI, interveniënt aan verweersters zijde, elk hun eigen kosten dragen.

HET GERECHT VAN EERSTE AANLEG (Vijfde kamer — uitgebreid),

rechtdoende:

1) **Verklaart 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) nietig.**

2) **Verwijst de Commissie in haar eigen kosten en in die van verzoekster, daaronder begrepen die van verzoekster tijdens de procedure in kort geding.**

3) **Verstaat dat de European Federation of Pharmaceutical Industries' Associations en het Bundesverband der Arzneimittel-Importeure eV elk hun eigen kosten zullen dragen.**

Cooke García-Valdecasas Lindh

Pirrung Vilaras

Uitgesproken ter openbare terechtzitting te Luxemburg op 26 oktober 2000.

De griffier

H. Jung

De president van de Vijfde kamer

J. D. Cooke

Inhoudsoverzicht

De feiten ... II - 3389

Procesverloop en conclusies van partijen ... II - 3392

De beschikking ... II - 3394

Ten gronde ... II - 3396

Het primaire middel, ontleend aan schending van artikel 85, lid 1, van het Verdrag, voor zover de Commissie van mening is dat deze bepaling van toepassing is op de feiten van de zaak ... II - 3397

I — Argumenten van partijen ... II - 3397

II — Beoordeling door het Gerecht ... II - 3407

A. Voorafgaande opmerkingen ... II - 3407

B. Het begrip overeenkomst in de zin van artikel 85, lid 1, van het Verdrag ... II - 3408

C. De toepassing van het begrip overeenkomst in de onderhavige zaak ... II - 3410

1. De zienswijze dat verzoekster een uitvoerverbod wenste op te leggen ... II - 3411

a) Voorafgaande opmerkingen ... II - 3411

b) De strekking van het door verzoekster ingevoerde controlesysteem inzake de distributie van Adalat ... II - 3413

2. De zienswijze dat de groothandelaren bereid waren zich bij verzoeksters beleid inzake indamming van de parallelimporten aan te sluiten ... II - 3423

a) Voorafgaande opmerkingen ... II - 3423

b) Het bewijs van de „impliciete instemming" van de groothandelaren ... II - 3424

i) De gedragingen van de Franse groothandelaren ... II - 3427

ii) De gedragingen van de Spaanse groothandelaren ... II - 3429

3. De door de Commissie aangevoerde precedenten uit de rechtspraak ... II - 3438

4. De zienswijze van de Commissie, dat om het bestaan van een overeenkomst te bewijzen, kan worden volstaan met de vaststelling dat de partijen hun handelsbetrekkingen voortzetten ... II - 3444

D. Conclusie ... II - 3448

Kosten ... II - 3449