

---

### III Rechtspraak

---

## Het Bayer-arrest; eenzijdige maatregelen tegen parallelhandel: een keerpunt in de rechtspraak?

---

Mr. T.E.M. Chellingsworth

**Dat artikel 81 lid 1 EG-Verdrag, overeenkomsten verbiedt die de parallelimport beperken, is genoegzaam bekend. Dat beperkingen op de parallelhandel als een van de ernstigste vormen van mededingingsbeperking beschouwd worden, is eveneens lang geweten. Deze bepaling ziet evenwel niet op louter eenzijdige maatregelen, uitgaand van één enkele**

1 Vergelijk Commissiebeschikking van 20 september 2000, zaak COMP/36.653, Opel, Pb. EG 28 februari 2001, L 59/1, in het bijzonder punten 23-42. Er zij evenwel benadrukt dat Opel niet enkel op leveringsbeperkingen betrekking had, maar ook op een bonusregeling die parallelexporten tegenging en op uitdrukkelijke instructies en toezeggingen om niet te exporteren.

2 Bayer, punt 148.

3 Commissiebeschikking van 10 januari 1996, zaak IV/34.279/F3, Adalat, Pb. EG 9 augustus 1996, L 201/1 van; W. Knibbeler, 'De Adalat-beschikking', NTER, 1996, p. 251-255.

**onderneming, die de parallelhandel belemmeren of anderszins de mededinging beperken. Unilaterale maatregelen vallen immers naar hun aard niet onder het kartelverbod. Wanneer is een mededingingsbeperking echter unilateraal, en wanneer kadert zij een overeenkomst in? Op deze vraag biedt het Bayer-arrest een aanzet tot antwoord.**

*Gerecht van Eerste Aanleg EG, 26 oktober 2000, zaak T-41/96, Bayer AG vs. Commissie, nog niet gepubliceerd, zie <http://www.curia.eu.int/>. Tegen dit arrest heeft de Commissie hoger beroep ingesteld bij het Hof van Justitie, zaak C-3/01, Pb. EG 10 maart 2001, C 79/15.*

## De feiten

Bayer AG is de moederonderneming van een Europees chemie- en farmaceutisch concern, die via dochterondernemingen in alle EU-lidstaten aanwezig is. Onder de benaming Adalat of Adalate verkoopt zij een reeks geneesmiddelen die gebruikt worden ter behandeling van hart- en vaatziekten. Het Bayer-arrest heeft betrekking op de voorwaarden waaronder twee producten uit het Adalat-gamma door de Franse en Spaanse dochterondernemingen van Bayer verkocht worden aan groothandelaars op deze twee nationale markten.

In de meeste lidstaten wordt de prijs van geneesmiddelen, waaronder Adalat, hetzij rechtstreeks hetzij indirect door de nationale gezondheidsinstanties bepaald, hetgeen kan leiden tot aanmerkelijke prijsverschillen tussen de lidstaten. Eind jaren tachtig en begin jaren negentig loopt dit prijsverschil voor Adalat bijzonder sterk op, in die mate dat de prijzen in Spanje en Frankrijk 24 procent tot 55 procent lager komen te liggen dan in het Verenigd Koninkrijk.

Het spreekt voor zich dat dergelijke prijsverschillen een krachtige stimulans vormen voor de parallelhandel. Vanaf 1989 voeren de Spaanse groothandelaars Adalat uit naar het Verenigd Koninkrijk, en vanaf 1991 volgen hun Franse collega's dit voorbeeld. Teneinde hun Britse afnemers te kunnen bevoorraden, verhogen zij daarbij hun bestellingen bij Bayer tot een veelvoud van hun traditionele verkoop. Deze parallelhandel heeft volgens Bayer een aanzienlijke impact op de verkoop van Adalat via het 'officiële circuit', namelijk haar Britse dochteronderneming. Volgens bepaalde bronnen zou de parallelexport op een gegeven moment tot 35,34 procent van de Britse handel in Adalat vertegenwoordigen.

Teneinde deze invoer vanuit Frankrijk en Spanje in te dammen, besluit Bayer de leveringen aan de groothandelaars die van parallelhandel verdacht worden, niet langer volledig uit te voeren. Deze groothandelaars ontvangen bijgevolg nog slechts een gedeelte van hun bestellingen, hetgeen Bayer naar de buitenwereld toe rechtvaardigt door verwijzing

naar een uitputting van de voorraden.<sup>1</sup> Weldra beseffen de groothandelaars echter dat dit slechts een drogreden is, en dat de ware bedoeling van Bayer erin gelegen is de parallelinvoer in Groot-Brittannië tegen te gaan.

Veeleer dan zich bij dit beleid neer te leggen, zetten de betrokken groothandelaars een aantal mechanismen op om alsnog hoeveelheden Adalat te verkrijgen voor uitvoer naar het Verenigd Koninkrijk. In de eerste plaats verdelen zij hun bestellingen over verschillende agentschappen, en bestellen de groothandelaars-parallelimporteurs bovendien Adalat bij een aantal kleinere groothandelaars die niet van parallelhandel verdacht worden. Deze 'spreiding' van bestellingen moet de indruk geven dat de globale vraag op de nationale (Franse c.q. Spaanse) markt gestegen is; op die manier wordt getracht de ware bedoeling van de groothandelaars, namelijk de voortzetting van de parallelhandel, te verbergen. In de tweede plaats trachten de groothandelaars met Bayer een bescheiden verhoging van de toegestane quota te onderhandelen onder het mom dat de nationale vraag zou zijn gestegen. Bayer beschouwt een stijging van de nationale behoeften tot 10 procent als 'normaal'. Door op basis van deze marge te onderhandelen, trachten de groothandelaars-parallelimporteurs alsnog bijkomende hoeveelheden Adalat te verkrijgen voor export naar Groot-Brittannië. Met andere woorden, zij verkiezen om '*met zeer geloofwaardige cijfers, een hoeveelheid Adalat voor de export te verkrijgen [liever] dan een zeer hoog niveau van bestellingen te handhaven, welke bestellingen vervolgens niet zouden worden afgeleverd*'.<sup>2</sup>

## De bestreden Commissiebeschikking

Op klacht van een aantal groothandelaars heeft de Commissie een administratieve onderzoeksprocedure ingeleid met betrekking tot de praktijken van Bayer. Op 10 januari 1996 stelt zij bij beschikking vast dat Bayer inbreuk gepleegd heeft op artikel 81 lid 1 EG, met name door in het kader van haar voortdurende commerciële relaties met haar afnemers in Frankrijk en Spanje, een exportverbod op te leggen.<sup>3</sup> Bayer wordt bevolen een einde te maken aan deze inbreuk, alsook om de groothandelaars in Frankrijk en Spanje mee te delen dat export naar andere lidstaten toegestaan is en niet gesanctioneerd wordt, een en ander onder verbeurte van een dwangsom van 1000 ecu per dag vertraging. Tot slot wordt Bayer een boete opgelegd van drie miljoen ecu.

Bayer betwistte niet dat haar handelwijze inderdaad tot doel had de parallelexport van Adalat in Groot-Brittannië te beperken. Zij was echter wel van mening dat haar beleid niet kaderde in een overeenkomst, maar een eenzijdige handelwijze uitmaakte. Als dusdanig viel deze volgens Bayer buiten het toepassingsgebied van artikel 81 lid 1 EG.

De Commissie was daarentegen van mening dat wel een overeenkomst bestond tussen Bayer en de

4 President van het Gerecht van eerste aanleg 3 juni 1996, zaak T-41/96 R, Bayer vs. Commissie, Jur. 1996, p. II-381.

5 Bayer, punt 147.

Franse en Spaanse groothandelaars. Ten eerste zou Bayer een uitvoerverbod ingesteld hebben, met name door eerst een systeem op te zetten om exporterende groothandelaars op te sporen, en vervolgens de levering van Adalat afhankelijk te stellen van de naleving van een exportverbod. Ten tweede zou dit uitvoerverbod deel uitgemaakt hebben van de voortdurende commerciële relaties tussen Bayer en de groothandelaars. Net zoals de algemene voorwaarden die een leverancier op de keerzijde van zijn facturen opneemt, zou het verbod dus deel uitgemaakt hebben van een algemene overeenkomst die de voortdurende handelsverhoudingen beheerste. Volgens de Commissie zou het exportverbod dus geen louter eenzijdige maatregel vormen, maar deel uitmaken van een overeenkomst, en derhalve in strijd zijn met artikel 81 lid 1 EG.

### Het beroep tot nietigverklaring van Bayer

Tegen de Commissiebeschikking stelt Bayer een beroep tot nietigverklaring en een beroep tot schorsing in bij het Gerecht respectievelijk de President van het Gerecht van Eerste Aanleg. Bij beschikking van de President van 3 juni 1996 wordt de vordering tot schorsing toegewezen, en de tenuitvoerlegging van de Commissiebeschikking derhalve opgeschort.<sup>4</sup> Het hier besproken arrest betreft het beroep tot nietigverklaring.

Bayer stelt, in hooforde, dat haar beleid ter beperking van de parallelhandel in Adalat een volstrekt eenzijdige handelwijze is, die bijgevolg aan het toepassingsgebied van artikel 81 lid 1 EG ontsnapt. Met name argumenteert Bayer dat zij, als onderneming zonder machtspositie, op eenzijdige basis bestellingen gedeeltelijk weigerde omdat de groothandelaars deze buiten iedere verhouding opdreven in vergelijking met de normaal verkochte hoeveelheden in hun traditionele afzetgebieden. Dit ging, aldus Bayer, zelfs zover dat één groothandelaar een bestelling plaatste voor een hoeveelheid die overeenkwam met bijna de helft van het totale verbruik in Spanje<sup>5</sup>, en dat de parallelexporten het economisch voortbestaan van Bayer UK in gevaar dreigden te brengen. Het spreekt voor zich dat Bayer tegen deze gang van zaken maatregelen wenste te nemen.

Teneinde evenwel iedere schending van artikel 81 lid 1 EG te vermijden, heeft Bayer naar eigen zeggen uitdrukkelijk opdracht gegeven het probleem op te lossen door een eenzijdige beperking van de bestelde hoeveelheden. Met name werden de bestellingen van de groothandelaars slechts aanvaard ten belope van de bestellingen van het voorgaande jaar, eventueel vermeerderd met 10 procent per jaar uit hoofde van inflatie en toegenomen verbruik.

Bayer ontkent dat er een exportverbod gold: leveringen werden niet afhankelijk gesteld van de voorwaarde dat de geleverde hoeveelheden niet uit-

gevoerd werden; er werd niet gecontroleerd of de groothandelaars effectief Adalat exporteerden; en er golden geen sancties in geval van parallelhandel. Het beleid van Bayer heeft echter gefaald, in die zin dat de groothandelaars mechanismen opgezet hebben om toch de gewenste hoeveelheden te verkrijgen. In feite zou de parallelhandel dus toch zijn voortgezet, en zouden de volumes zelfs zijn opgedreven.

### Beoordeling door het Gerecht

In een zeer helder en omstandig gemotiveerd arrest, beslist het Gerecht dat de handelwijze van Bayer een eenzijdig optreden vormt, en dat geen sprake is van een overeenkomst in de zin van artikel 81 lid 1 EG. Met name komt het tot de bevinding dat Bayer geen exportverbod opgelegd heeft, en dat de groothandelaars haar eenzijdig beleid om parallelhandel tegen te gaan, nooit aanvaard hebben. De beschikking van de Commissie wordt derhalve nietig verklaard.

#### *Het begrip 'overeenkomst'*

Alvorens de handelwijze van Bayer te onderzoeken, geeft het Gerecht eerst een 'stand van zaken' omtrent het begrip 'overeenkomst'. In de eerste plaats herinnert het eraan, dat het verbod van artikel 81 lid 1 EG slechts van toepassing is op overeenkomsten, besluiten van ondernemersverenigingen en onderling afgestemde feitelijke gedragingen, en niet op unilateraal handelen. Wel herhaalt het Gerecht dat een overeenkomst bestaat zodra de betrokken ondernemingen de gezamenlijke wil tot uiting gebracht hebben om zich op de markt op een bepaalde wijze te gedragen. De vorm waarin deze gemeenschappelijke wilsuiting geschiedt, doet niet terzake, zodra zij uitdrukking vormt van de wil van de partijen om zich op de markt te gedragen overeenkomstig de bewoordingen van die gemeenschappelijke wilsuiting. Een rechtens geldige en bindende overeenkomst is niet vereist. Het is noodzakelijk maar voldoende dat er een *wilsovereenstemming tussen minstens twee partijen* bestaat.

Het Gerecht erkent dat de rechtspraak van het Hof van Justitie in bepaalde gevallen aanvaardt dat een schijnbaar eenzijdige maatregel toch een overeenkomst kan vormen in de zin van artikel 81 lid 1 EG. Dit geldt met name voor maatregelen die eenzijdig vastgesteld of opgelegd worden door een producent in het kader van langdurige handelsbetrekkingen met zijn distributeurs. Men dient dus een onderscheid te maken tussen twee categorieën van eenzijdig optreden. In de eerste plaats zijn er werkelijk eenzijdige maatregelen: deze vallen naar hun aard buiten het toepassingsgebied van het kartelverbod. Daarnaast bestaan er maatregelen die schijnbaar eenzijdig zijn, maar die in werkelijkheid ten minste stilzwijgende instemming verkregen hebben van de wederpartij. Dergelijke maatregelen vormen een overeenkomst in de zin van artikel 81 lid 1 EG.

- 6 Bayer, punt 135.  
 7 Bayer, punt 173.  
 8 Bayer, punt 177-179.

Men denke daarbij aan de reeds besproken algemene voorwaarden die een leverancier op de keerzijde van zijn facturen vermeldt. In de mate dat de wederpartij deze voorwaarden (stilzwijgend) aanvaardt, bijvoorbeeld doordat hij zonder voorbehoud een duurzame handelsrelatie onderhoudt, is sprake van een overeenkomst.

#### *Is er in casu een exportverbod?*

De Commissie was van mening dat Bayer de levering van Adalat aan Franse en Spaanse groothandelaars afhankelijk stelde van de naleving van een exportverbod. Het Gerecht is het met deze zienswijze niet eens. De door de Commissie ingeroepen documenten tonen weliswaar aan dat Bayer de bedoeling had parallelexporten tegen te gaan, maar uit geen enkel stuk blijkt dat Bayer de export ook verboden heeft.

Verder acht het Gerecht het niet bewezen dat Bayer in feite controle heeft uitgeoefend over de eindbestemming van de geleverde producten of sancties getroffen heeft tegen parallelexporteurs. Weliswaar wordt in de dossierstukken herhaaldelijk verwezen naar leveringsbeperkingen en bevoorradingsproblemen, en zijn daarover aan Bayer ook klachten gericht. In geen enkel stuk echter wordt melding gemaakt van parallelexporten of van een uitvoerverbod. Integendeel, ter rechtvaardiging van de leveringsbeperkingen verwijst Bayer steeds naar de 'uitputting van de voorraden', en geenszins naar haar werkelijk beleid.

Ten slotte wordt ook het argument van de Commissie dat de groothandelaars de werkelijke beweegredenen van Bayer kenden, en er belang bij hadden het 'exportverbod' na te leven, van de hand genomen. Aangezien niet bewezen is dat de eindbestemming van Adalat gecontroleerd werd, en bovendien niet blijkt dat de levering onderworpen was aan enige voorwaarde inzake de eindbestemming, mist dit argument van de Commissie volgens het Gerecht feitelijke grondslag.

Uit het voorgaande besluit het Gerecht dat het niet bewezen is dat Bayer een exportverbod heeft opgelegd.

#### *Hebben de groothandelaars met het beleid van Bayer ingestemd?*

Vervolgens gaat het Gerecht na of de groothandelaars zich uitdrukkelijk of stilzwijgend hebben aangesloten bij het eenzijdige beleid van Bayer ter beperking van parallelimporten.

*In casu* waren geen documenten voorhanden waarin melding gemaakt werd van een overeenkomst. Bijgevolg baseerde de Commissie zich voor het bewijs daarvan op de feitelijke gedragingen van de groothandelaars, met name het feit dat zij niet protesteerden tegen het nieuwe beleid van Bayer, maar integendeel hun wijze van bestellen daaraan

aanpassen. In antwoord op het beleid van Bayer hebben de Franse en Spaanse groothandelaars een aantal mechanismen opgezet om alsnog naar het Verenigd Koninkrijk te kunnen exporteren. Deze mechanismen hielden inderdaad in dat zij hun wijze van bestellen wijzigden, en uit deze handelwijze leidt de Commissie af dat zij hun gedrag aangepast hebben aan het beleid van Bayer en dit dus stilzwijgend aanvaard hebben.

Het Gerecht volgt deze stelling niet. Met name ziet het in de handelwijze van de groothandelaars veeleer een bewijs dat deze zich zijn blijven verzetten tegen het beleid van Bayer. Door maatregelen te nemen teneinde alsnog Adalat naar Groot-Brittannië te kunnen exporteren, en daarbij onder meer de (valse) schijn te wekken dat zij zich naar de wensen van Bayer plooiden, hebben de groothandelaars geen uitdrukkelijke of stilzwijgende instemming betuigd met het beleid van hun leverancier. Het feit dat er in bepaalde gevallen slechts een minieme parallelexport gehandhaafd werd, was irrelevant: ook een minieme export bewijst dat de betrokken handelaar geen uitvoerverbod aanvaardt.<sup>6</sup>

#### *Levert de voortzetting door partijen van hun handelsbetrekkingen een overeenkomst op?*

Volgens de Commissie bleek het bestaan van een overeenkomst uit het enkele feit dat de groothandelaars hun handelsbetrekkingen met Bayer niet hadden afgebroken na de invoering door laatstgenoemde van haar nieuw beleid. De loutere voortzetting van de handelsbetrekkingen zou dus een aanvaarding opleveren. Deze zienswijze wordt door het Gerecht verworpen. Essentieel voor het bestaan van een overeenkomst is een subjectief element, namelijk de wilsovereenstemming. De Commissie kan, aldus het Gerecht, de voortzetting door de groothandelaars van de bestaande handelsrelatie na de invoering door Bayer van haar nieuw beleid, niet gelijkstellen met een wilsovereenstemming wanneer de gedragingen van die handelaars in feite duidelijk ingaan tegen dat beleid.<sup>7</sup>

De Commissie argumenteerde dat parallelhandel op lange termijn moest leiden tot de harmonisatie van de geneesmiddelenprijzen in de verschillende lidstaten. Deze doelstelling mocht volgens haar niet ondermijnd worden door handelwijzen als die van Bayer. Het Gerecht wijst er echter op dat het EG-Verdrag specifieke mogelijkheden voorziet om, via gemeenschapswetgeving, die harmonisatie te realiseren. Een 'uitgerekte' interpretatie van artikel 81 lid 1 EG vormt voor het Gerecht geen alternatief voor het vaststellen van specifieke communautaire regels.<sup>8</sup>

#### **Implicaties van het Bayer-arrest**

Het Bayer-arrest heeft een dubbel belang. In de eerste plaats biedt het een helder en systematisch 'sta-

9 HvJ EG 11 januari 1990, zaak C-277/87, Sandoz, Jur. 1990, p. I-45, summier publicatie.

10 Sandoz, punt 11.

11 HvJ EG 8 februari 1990, zaak C-279/87, Tipp-Ex, Jur. 1990, p. I-261, summier publicatie.

12 HvJ EG 12 juli 1979, gevoegde zaken 32/78 en 36-82/78, BMW Belgium e.a. vs. Commissie, Jur. 1979, p. 2435.

13 BMW Belgium vs. Commissie, punt 9.

14 HvJ EG 25 oktober 1983, zaak 107/82, AEG Telefunken vs. Commissie, Jur. 1983, p. 3151.

15 AEG Telefunken vs. Commissie, punt 37-39.

16 HvJ EG 24 oktober 1995, zaak C-70/93, Bayerische Motorenwerke vs. Commissie, Jur. 1995, p. I-3439.

tus quo' van de rechtspraak inzake het onderscheid tussen een overeenkomst en een eenzijdige gedraging. In de tweede plaats lijkt het arrest een keerpunt te vormen, althans een voorlopig eindpunt, in een rechtspraak en beschikkingspraktijk die het begrip overeenkomst steeds ruimer plachten te interpreteren, met name in geval van ogenschijnlijk unilaterale handelingen. Aan deze 'rek' lijkt nu een – althans voorlopig – einde gesteld te zijn.

#### *Draagwijdte van het Bayer-arrest*

Er zij aan herinnerd dat de draagwijdte van *Bayer* veel verder gaat dan de farmaceutische sector waarop het arrest betrekking had. Artikel 81 lid 1 EG is in beginsel op alle bedrijfstakken van toepassing. De implicaties van *Bayer* gelden dan ook in principe voor de gehele economie.

Anderzijds zij erop gewezen dat het hier besproken arrest geen betrekking heeft op artikel 82 EG, dat dominante ondernemingen verbiedt misbruik te maken van hun economische machtspositie indien de handel tussen de lidstaten daardoor beïnvloed kan worden. In tegenstelling tot artikel 81 lid 1 EG beoogt artikel 82 EG immers wezenlijk eenzijdige handelingen. In de mate dat een unilaterale gedraging misbruik van machtspositie oplevert, kan het dus nog steeds verboden zijn op basis van artikel 82 EG.

#### *Eerdere rechtspraak inzake ogenschijnlijk unilaterale gedragingen*

In zijn arrest wijdt het Gerecht een uitvoerige bespreking aan een aantal vroegere arresten inzake ogenschijnlijk eenzijdige handelingen, en legt het in bijzonderheden uit waarom de feiten in *Bayer* niet overeenstemmen met die in de eerdere rechtspraak. Gezien de casuïstische aanpak, lijkt het nuttig even stil te staan bij deze precedënten.

*Sandoz*<sup>9</sup> had betrekking op een uitvoerverbod opgelegd door Sandoz PF in haar algemene voorwaarden. Met name werd op haar facturen de vermelding 'uitvoer verboden' opgenomen. Het Hof oordeelde als volgt: '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 [...]'.<sup>10</sup> Bijgevolg vormde het exportverbod geen eenzijdige handeling, maar een overeenkomst in de zin van artikel 81 lid 1 EG. Anders dan in *Bayer*, was dus in *Sandoz* sprake van een uitdrukkelijke, schriftelijke mededingingsbeperkende clausule, die zonder protest nageleefd werd en derhalve de stilzwijgende instemming van de klanten verkreeg.

In *Tipp-Ex*<sup>11</sup> betrof het een exclusieve distributie-overeenkomst tussen Tipp-Ex en haar Franse distributeur, DMI. Tipp-Ex eiste daarbij van laatstgenoemde dat zij haar prijzen in die mate zou verho-

gen dat haar afnemers geen economisch belang meer zouden hebben bij parallellexport. In de praktijk bleek dat DMI zich naar deze eis geschikt had, en haar prijszetting inderdaad ging bepalen overeenkomstig de wensen van de producent. Vervolgens had Tipp-Ex controles verricht teneinde DMI ertoe aan te zetten de voorgeschreven gedragslijn te volgen. Op basis daarvan heeft het Hof tot het bestaan van een overeenkomst besloten. In tegenstelling tot wat in *Bayer* het geval was, heeft Tipp-Ex van DMI dus wel een concrete handelwijze geëist, en heeft DMI zich daarnaar geschikt.

In *BMW Belgium*<sup>12</sup> had de exclusieve distributeur van BMW in België aan haar concessiehouders een circulaire gericht waarin zij stelde: 'geen enkele BMW-verdeler in België zal voortaan nog wagens naar het buitenland verkopen of aan firma's die wagens naar het buitenland zouden leveren [...] Geheve door Uw handtekening op bijliggende kopie uw toestemming te betonen met deze voorstellen'.<sup>13</sup> Van de 90 concessiehouders ondertekenden er 48 deze brief. Hoewel dezelfde circulaire vervolgens ingetrokken werd, was de Commissie, hierin gevolgd door het Hof, van mening dat de verschillende mededelingen duidelijk de bedoeling van BMW Belgium tot uiting brachten om alle export van nieuwe BMW-voertuigen vanuit België tegen te gaan. Bovendien werd geoordeeld dat met name de ondertekenaars van voormelde circulaire hiermee hun instemming betuigd hadden, zodat er sprake was van een overeenkomst in de zin van artikel 81 lid 1 EG.

*AEG/Commissie*<sup>14</sup> had betrekking op een selectief distributiestelsel, met name de weigering door AEG om bepaalde handelaren tot haar netwerk toe te laten hoewel zij voldeden aan de kwalitatieve eisen van het systeem. Deze uitsluiting beoogde de handhaving van een hoog prijsniveau, alsook de uitsluiting van bepaalde verkoopvormen. Het Hof oordeelde dat deze niet-toelating geen eenzijdige handeling vormde, maar wel een overeenkomst in de zin van artikel 81 lid 1 EG. Een dergelijke niet-toelating berust immers op de overeenkomst die er al bestaat tussen de producent enerzijds en de toegelaten distributeurs anderzijds, waarbij de toelating van laatstgenoemden tot het stelsel afhankelijk is van hun aanvaarding van het beleid van de producent. Deze toelating brengt volgens het Hof met zich dat de producent geen handelaren in het dealernet mag opnemen die niet bereid zijn om zijn beleid te volgen. De uitsluiting is derhalve contractueel van aard.<sup>15</sup>

Een zaak waar het Gerecht niet verder op ingaat, is de prejudiciële procedure *Bayerische Motorenwerke vs. ALD Autoleasing*.<sup>16</sup> Hier betrof het een circulaire door BMW aan haar Duitse dealers gericht, waarin het laatstgenoemden verboden werd zaken te doen met gebruikers die buiten hun contractgebied woonden en die door onafhankelijke (i.e. niet-BMW) leasingondernemingen als klant werden geworven. Deze instructie had tot doel te voorko-

17 Bayerische Motorenwerke vs. Commissie, punt 15-18.

18 HvJ EG 17 september 1985, gevoegde zaken 25 en 26/84, Ford vs. Commissie, Jur. 1985, 2725.

19 Bayer, punt 170, in fine.

men dat leasingondernemingen hun aankopen zouden concentreren bij bepaalde concessiehouders, waarbij de klanten zich voor de service en het gratis onderhoud zouden richten tot hun lokale dealers, die dus de last van deze dienstverlening zouden moeten dragen zonder het voordeel te genieten van de initiële verkoop. Ook hier oordeelde het Hof dat een dergelijk rondschrijven deel uitmaakt van het geheel van handelsbetrekkingen van lange duur, en dus een overeenkomst vormt.<sup>17</sup>

Ten slotte heeft het Gerecht impliciet te kennen gegeven dat ook *Ford vs. Commissie*<sup>18</sup> niet met *Bayer* te vergelijken valt.<sup>19</sup> Hier betrof het de mededeling door Ford-Werke aan haar Duitse dealers dat zij in de toekomst geen bestellingen meer zou aannemen voor auto's met rechtse besturing, en dat dergelijke voertuigen enkel nog konden worden betrokken via het Verenigd Koninkrijk. Deze maatregel, bedoeld om de parallelexport naar Groot-Brittannië tegen te gaan, maakte volgens de Commissie, weerom hierin gevolgd door het Hof, deel uit van een overeenkomst. Het Hof wijst erop dat overeenkomsten in het kader van een selectief distributiestelsel doorgaans de rechtsbetrekkingen over meerdere jaren regelen. Aangezien de technische ontwikkelingen op lange termijn nu eenmaal niet vooraf te voorspellen vallen, moeten bepaalde aspecten van de contractuele verhouding noodgedwongen overgelaten worden aan de beslissing van de fabrikant. Men denke hierbij aan het recht van de fabrikant om het gamma contractproducten aan te passen in functie van de invoering van nieuwe automodellen. Dergelijke beslissingen passen in het contractuele kader, en vormen derhalve een overeenkomst in de zin van artikel 81 lid 1 EG.

#### *Een keerpunt in de rechtspraak?*

Op het eerste gezicht lijkt *Bayer* een keerpunt te vormen in de rechtspraak. Met name is het het eerste arrest waarin de communautaire rechter de Commissie niet volgt in haar stelling dat een ogenschijnlijk unilaterale handeling in werkelijkheid een overeenkomst vormt. Enige voorzichtigheid is echter bij deze analyse op haar plaats.

Uit bovenstaand overzicht moge blijken dat de feiten in *Bayer* sterk verschilden van die in de precedents van het Hof van Justitie. In *Sandoz*, *Tipp-Ex*, *BMW Belgium vs. Commissie*, *AEG vs. Commissie*, *Bayerische Motorenwerke vs. ALD Auto-leasing* en *Ford vs. Commissie* had de leverancier telkens een bepaalde gedragslijn voorgeschreven aan de distributeur. In *Bayer* was dit niet het geval. In de voormelde precedents hadden de distributeurs, althans sommigen onder hen, minstens stilzwijgend hun instemming betuigd met de voorgeschreven handelwijze. In *Bayer* daarentegen namen de groothandelaars maatregelen waaruit duidelijk bleek dat zij niet instemden met een exportverbod. In de voormelde precedents maakten het voorschrijven

van een gedragslijn door de leverancier, en de instemming van de afnemers hiermee, integraal deel uit van de onderlinge contractuele verhoudingen. In *Bayer* was dit niet het geval, en stond de gedeeltelijke weigering van bestellingen los van de contractuele verhoudingen tussen leverancier en afnemer. Verder was er in *Bayer* geen sprake van controle op de naleving door de groothandelaars van de in feite gewenste gedragslijn, noch van enige sancties of dreiging met sancties.

Gezien deze verschillen ten opzichte van de vroegere rechtspraak, dient het Bayer-arrest met de nodige omzichtigheid uitgelegd te worden.

#### *Waar ligt de grens tussen een eenzijdige handeling en een overeenkomst?*

Het arrest toont alleszins aan dat de zeer ruime interpretatie van het begrip 'overeenkomst', die uit de boven besproken rechtspraak volgt, bepaalde limieten kent. Het begrip kan niet in die mate 'uitgerekt' worden dat (bijna) alle eenzijdige gedragingen eronder vallen. Deze verduidelijking bevestigt bovendien dat het kartelverbod een onderneming haar principiële ondernemingsvrijheid niet ontnemt. In dit opzicht biedt *Bayer* ongetwijfeld mogelijkheden aan ondernemingen bij het uitstippen van hun distributiebeleid.

Met name is het thans duidelijk dat geen sprake zal zijn van een overeenkomst in de zin van artikel 81 lid 1 EG wanneer een onderneming haar afnemers geen gedragslijn voorschrijft, wanneer zij de levering van contractproducten niet afhankelijk stelt van een bepaalde handelwijze, wanneer zij geen controles verricht om na te gaan of de in feite gewenste gedragslijn gevolgd wordt, wanneer zij geen sancties oplegt en hier evenmin mee dreigt in geval van niet-naleving van het gewenste beleid, én wanneer uit de handelwijze van de afnemers blijkt dat dezen het niet eens zijn met de bedoelingen van de leverancier en zich niet aan de gewenste gedragslijn houden. In de mate dat een onderneming haar distributiebeleid zodanig kan organiseren dat inderdaad geen enkele van deze elementen aanwezig is, vormt haar gedrag geen inbreuk op artikel 81 lid 1 EG.

Vaak zullen de concrete omstandigheden van een zaak echter minder eenduidig zijn. Zo kan bijvoorbeeld de houding van afnemers dubbelzinnig voorkomen. In *Bayer* toonde de handelwijze van de groothandelaars duidelijk aan dat zij geenszins bereid waren om de parallelexport naar het Verenigd Koninkrijk te staken. De vraag is echter of ook een minder verregaande reactie voldoende kan zijn opdat er geen overeenkomst tot stand zou komen. Hoe stil mag een onderneming zitten zonder dat haar stilzitten een impliciete instemming oplevert? Of omgekeerd, in welke mate moet een onderneming die net de ongeldigheid aan de kaak wil stellen van de handelwijze van haar leverancier, zich op diens beleid alignerend om een overeenkomst tot

20 Bayer, punt 173.

21 Bayer, punt 135.

22 Bayer, punt 175.

stand te doen komen die onder het kartelverbod kan vallen?

Uit *Bayer* blijkt alvast dat de enkele voortzetting van handelsrelaties op zich geen instemming oplevert met het beleid van de leverancier, indien de feitelijke gedragingen van de afnemers duidelijk tegen dat beleid ingaan.<sup>20</sup> Hoe zou de zaak echter beoordeeld zijn indien de Franse en Spaanse groothandelaars, althans een belangrijk aantal onder hen, na invoering van het nieuwe beleid van *Bayer* niet alleen de handelsrelaties hadden voortgezet, maar zich ook *de facto* op hun nationale markt teruggetrokken hadden? Zou een dergelijk passief ondergaan van dat beleid volstaan hebben om instemming op te leveren?

Een eerste aanwijzing dat een passieve houding *op zich* niet volstaat, is te vinden in de overwegingen van het Gerecht in verband met de Spaanse groothandelaar Cofares. Het enkele feit dat deze, voor zover uit de beschikking af te leiden valt, geen *'maatregelen zou hebben ondernomen om het beleid van Bayer te omzeilen'*, heeft, aldus het Gerecht, niet tot gevolg dat de bewijslast inzake haar instemming met dat beleid omgekeerd wordt.<sup>21</sup> Met andere woorden, het is niet omdat Cofares geen concrete stappen gezet heeft om haar parallelhandel verder te zetten, dat zij daarmee *ipso facto* vermoed wordt met het nieuwe beleid in te stemmen. Er zij evenwel aan herinnerd dat Cofares, weliswaar in zeer beperkte mate, Adalat is blijven exporteren, en op die manier haar afwijzing van het beleid van *Bayer* heeft laten blijken.

Een tweede aanwijzing dat een passieve houding

op zich nog geen instemming oplevert, valt af te leiden uit de stelling van het Gerecht dat een overeenkomst essentieel het bestaan veronderstelt van een subjectief element, namelijk *'de wilsovereenstemming tussen marktdeelnemers'*.<sup>22</sup> Een *omstandig stilzwijgen* kan onder bepaalde omstandigheden ongetwijfeld het bewijs opleveren van dat subjectief element, maar een *louter stilzitten* dat anders uitgelegd kan worden dan als een wilsovereenstemming, kan bezwaarlijk het bewijs vormen van een stilzwijgende instemming.

Uit *Bayer* blijkt alleszins nog niet hoe, en in welke mate, een onderneming moet reageren op een mededingingsbeperkend beleid van haar leverancier wil zij buiten het toepassingsgebied van artikel 81 lid 1 EG vallen. Is actief verzet vereist, of kan een louter passieve reactie volstaan, en indien verzet vereist is, in welke mate?

### Besluit

Hoewel *Bayer* duidelijk maakt dat er inderdaad grenzen zijn aan wat als een overeenkomst bestempeld kan worden, blijven deze nog enigszins vaag. Het arrest biedt ondernemingen ongetwijfeld bepaalde mogelijkheden bij het uitwerken van hun distributiebeleid. De nog steeds vage grens tussen een overeenkomst en een eenzijdige handeling, als ook het feit dat de Commissie hoger beroep heeft ingesteld bij het Hof van Justitie, nopen evenwel zowel ondernemingen als rechtspractici om de nodige terughoudendheid aan de dag te leggen.