ARREST VAN HET HOF (Zesde kamer)
16 juni 1994 *

In zaak C-322/93 P,

Automobiles Peugeot SA en Peugeot SA, vennootschappen naar Frans recht, gevestigd te Parijs, vertegenwoordigd door X. de Roux, advocaat te Parijs, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg ten kantore van G. Loesch, advocaat aldaar, Rue Goethe 11,

requiranten,

betreffende hogere voorziening tegen het arrest van het Gerecht van eerste aanleg van de Europese Gemeenschappen (Tweede kamer) van 22 april 1993 in zaak T-9/92 (Automobiles Peugeot SA en Peugeot SA, Jurispr. 1993, blz. II-493), en strekkende tot vernietiging van dat arrest,

andere partij bij de procedure:

Commissie van de Europese Gemeenschappen, vertegenwoordigd door haar juridisch adviseur G. Marenco als gemachtigde, bijgestaan door F. Herbert, advocaat te Brussel, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg bij G. Kremlis, lid van haar juridische dienst, Centre Wagner, Kirchberg, die heeft geconcludeerd tot afwijzing van de hogere voorziening,

ondersteund door

* Procestaal: Frans.

Eco System SA, vennootschap naar Frans recht, gevestigd te Rouen (Frankrijk), vertegenwoordigd door R. Collin, advocaat te Parijs, en N. Decker, advocaat te Luxemburg, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg ten kantore van deze laatste, Avenue Marie-Thérèse 16,

en door

Bureau européen des unions de consommateurs (Europees Bureau van consumentenverenigingen, BEUC), vereniging naar Belgisch recht, gevestigd te Brussel, vertegenwoordigd door P. Bentley, Barrister van Lincoln's Inn, en K. Adamantopoulos, advocaat te Athene, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg ten kantore van A. Kronshagen, Boulevard de la Foire 12,

interveniënten,

wijst

HET HOF VAN JUSTITIE (Zesde kamer),

samengesteld als volgt: G. F. Mancini, kamerpresident, M. Diez de Velasco, C. N. Kakouris, F. A. Schockweiler (rapporteur) en P. J. G. Kapteyn, rechters,

advocaat-generaal: C. O. Lenz
griffier: R. Grass

gezien het rapport van de rechter-rapporteur,

gehoord de conclusie van de advocaat-generaal ter terechtzitting van 21 april 1994,

het navolgende

Arrest

1 Bij verzoekschrift, neergelegd ter griffie van het Hof op 22 juni 1993, hebben Automobiles Peugeot SA en Peugeot SA (hierna: „Peugeot") krachtens artikel 49 van 's Hofs Statuut-EEG hogere voorziening ingesteld tegen het arrest van het Gerecht van eerste aanleg van 22 april 1993 in zaak T-9/92 (Automobiles Peugeot SA en Peugeot SA, Jurispr. 1993, blz. II-493), waarbij het Gerecht het door Peugeot ingestelde beroep tot nietigverklaring van de beschikking van de Commissie van 4 december 1991 inzake een procedure op grond van artikel 85 van het EEG-Verdrag (IV/33.157 — Eco System/Peugeot, PB 1992, L 66, blz. 1, hierna: „beschikking van 1991") heeft verworpen.

2 Het Gerecht heeft in de rechtsoverwegingen 3 en 7 van het bestreden arrest het volgende vastgesteld:

„— Op 9 mei 1989 zond Automobiles Peugeot SA als maatregel ter bescherming van haar distributienet, waarvan vaststaat dat het valt onder verordening (EEG) nr. 123/85 van de Commissie van 12 december 1984 betreffende de toepassing van artikel 85, lid 3, van het Verdrag op groepen afzet- en klantenserviceovereenkomsten inzake motorvoertuigen (PB 1985, L 15, blz. 16, hierna: ‚verordening nr. 123/85'), via haar dochtermaatschappijen aan alle agenten van het distributienet van Peugeot in België, Frankrijk en Luxemburg een circulaire van Peugeot SA, waarin aan de erkende dealers en wederverkopers in die drie landen de instructie werd gegeven hun leveringen aan Eco System te staken en geen van deze vennootschap afkomstige bestellingen voor nieuwe voertuigen van het merk Peugeot meer aan te nemen, ongeacht of zij voor eigen rekening dan wel voor rekening van haar opdrachtgevers optreedt. In de circulaire werd gesteld, dat dezelfde instructies golden voor elk andere organisatie die onder soortgelijke omstandigheden zou optreden. Het ontwerp van deze circulaire was op 25 april 1989 aan het directoraat-generaal Concurrentie van de Commissie gezonden, doch niet formeel aangemeld.

— Bij de bestreden beschikking van 4 december 1991 heeft de Commissie vastgesteld, dat de toezending van de circulaire van 9 mei 1989 door Peugeot aan

haar dealers in Frankrijk, België en Luxemburg en de toepassing van die circulaire door deze laatsten, waardoor Eco System geenvoertuigen van het merk Peugeot kreeg geleverd, een op grond van artikel 85, lid 1, EEG-Verdrag verboden overeenkomst of ten minste een onderling afgestemde feitelijke gedraging opleveren (artikel 1 van de beschikking). Ter motivering hiervan wordt in de beschikking met name gesteld, dat deze overeenkomst ‚ten doel en ten gevolge (heeft) dat de mededinging binnen de gemeenschappelijke markt wordt beperkt in de zin van artikel 85, lid 1, omdat met de circulaire, ten uitvoer gelegd door alle ondernemingen van het distributienet van Peugeot in de betrokken landen, in het algemeen wordt beoogd en ook daadwerkelijk wordt bereikt dat de invoer in Frankrijk van nieuwe voertuigen van het merk Peugeot die in België en Luxemburg worden gekocht door Franse gebruikers welke een beroep doen op de diensten van Eco System, wordt verhinderd. Gezien de belangrijke positie van het merk Peugeot op de markt van de Gemeenschap, is deze beperking merkbaar. Aangezien deze overeenkomst per definitie betrekking heeft op de grensoverschrijdende handel, kan de handel tussen Lid-Staten erdoor op ongunstige wijze worden beïnvloed'. In de beschikking wordt eveneens gesteld, dat enerzijds ‚de betrokken overeenkomst, zoals deze voortvloeit uit genoemde circulaire, niet in aanmerking (komt) voor de groepsvrijstelling uit hoofde van verordening nr. 123/85, aangezien bepalingen die de in- of uitvoer van voertuigen verbieden, niet voorkomen onder de door deze verordening toegestane mededingingsbeperkende verplichtingen', en dat anderzijds deze overeenkomst ook niet in aanmerking komt voor een individuele vrijstelling, hoofdzakelijk omdat zij niet is aangemeld."

3 Blijkens de rechtsoverwegingen 19 en 20 van het arrest van het Gerecht stelde Peugeot voor het Gerecht in wezen, dat

„— (...) artikel 3, sub 11, van verordening nr. 123/85 een uitzondering vormt op het beginsel van selectieve en exclusieve distributie, aangezien de dealer daarin wordt gemachtigd motorvoertuigen uit het door de overeenkomst bestreken gamma of daarmee overeenstemmende produkten te verkopen aan eindgebruikers die niet-erkende tussenpersonen hebben ingeschakeld, mits zij die tussenpersoon vooraf schriftelijk opdracht hebben gegeven om op hun naam en voor hun rekening een bepaald motorvoertuig te kopen. Deze bepaling vormt evenwel geen onmisbare voorwaarde voor de toelaatbaarheid van een selectief distributienet, maar is integendeel een middel voor de fabrikant om zijn distributienet te beschermen, door van de tussenpersoon te verlangen dat hij zich aan bepaalde voorwaarden houdt.

— (...) de Commissie, door er in haar bekendmaking van 12 december 1984 (met betrekking tot verordening nr. 123/85, PB 1985, C 17, blz. 4; hierna: ‚bekendmaking van 1984') op te wijzen, dat ‚de van het distributienet deel uitmakende ondernemingen verplicht (kunnen) worden aan een derde of door bemiddeling van een derde geen nieuw motorvoertuig uit het motorvoertuigengamma (...) te verkopen, wanneer deze derde zich voordoet als een erkend wederverkoper van nieuwe auto's uit het gamma of een met de wederverkoop overeenstemmende activiteit uitoefent', het toepassingsgebied van de in artikel 3, sub 11, van verordening nr. 123/85 geregelde uitzondering op het in deze verordening neergelegde beginsel van exclusieve distributie binnen het distributienet heeft beperkt. Juist op basis van deze restrictieve uitlegging van artikel 3, sub 11, van verordening nr. 123/85 hebben verzoeksters de dealers die deel uitmaken van het net van Peugeot de circulaire van 9 mei 1989 toegezonden, waarmee zij hun selectieve distributiesysteem wilden beschermen tegen de met de wederverkoop overeenstemmende activiteit van Eco System. Het begrip ‚met de wederverkoop overeenstemmende activiteit' is geen juridisch begrip, maar doelt eerder op een activiteit die economisch gezien dezelfde gevolgen heeft als wederverkoop."

4 Voor het Gerecht stelde Peugeot nog, dat de commerciële activiteit van Eco System verder ging dan die van een dienstverlener, in het bijzonder aangezien zij een aantal risico's op zich neemt die een gewone gevolmachtigde normaliter niet draagt, maar die kenmerkend zijn voor de activiteit van de wederverkoper.

5 Blijkens de rechtsoverwegingen 65 en 66 van het arrest stelde Peugeot verder nog voor het Gerecht, dat

„(...) de Commissie, ter rechtvaardiging van het verschil tussen de bestreden beschikking en de uitlegging die zij zelf in haar bekendmaking van 1984 aan artikel 3, sub 11, van verordening nr. 123/85 had gegeven, op 4 december 1991, dat wil zeggen op dezelfde datum als de bestreden beschikking, een nieuwe bekendmaking over de uitlegging van verordening nr. 123/85 heeft vastgesteld (hierna: ‚bekendmaking van 1991'). Met de daarin gegeven nieuwe criteria voor de omschrijving van het begrip ‚tussenpersoon' is aan het begrip ‚met de wederverkoop overeenstem-

mende activiteit' iedere betekenis ontnomen. Daardoor heeft de Commissie inbreuk gemaakt op het gewettigd vertrouwen van Peugeot in het voortbestaan van haar rechtspositie zoals die volgens de verordening was.

(...) de Commissie eveneens inbreuk heeft gemaakt op het beginsel, dat gemeenschapshandelingen geen terugwerkende kracht hebben, omdat zij deze nieuwe uitlegging van verordening nr. 123/85 met terugwerkende kracht heeft toegepast op een gedraging van Peugeot (de circulaire van 9 mei 1989) waarvoor de vroegere uitlegging van deze verordening moest gelden. De rechtsonzekerheid vloeit (...) hoe dan ook voort uit het feit, dat de Commissie nimmer een duidelijke en nauwkeurige omschrijving heeft gegeven van het begrip ‚met de wederverkoop overeenstemmende activiteit'."

6 Het door Peugeot ingestelde beroep tot nietigverklaring van de beschikking van 1991 is bij het bestreden arrest verworpen.

Het eerste middel

7 Het eerste middel houdt in, dat het Gerecht de bekendmaking van 1984 niet in aanmerking heeft genomen en bijgevolg heeft miskend, dat de Commissie het rechtszekerheidsbeginsel heeft geschonden door in de beschikking van 1991 af te wijken van de uitlegging die zij in de bekendmaking van 1984 heeft gegeven aan artikel 3, sub 11, van verordening nr. 123/85, en door de bekendmaking van 1991 vast te stellen.

8 Met betrekking tot het eerste onderdeel van het middel, als zou de bekendmaking van 1984 niet in aanmerking zijn genomen, heeft het Gerecht zich op het standpunt gesteld, dat elke afwijking van het kartelverbod, zoals die voorzien in verordening nr. 123/85, eng moet worden uitgelegd.

9 Het was in de eerste plaats van oordeel, dat een interpretatieve handeling als de bekendmaking van 1984 de dwingende bepalingen van de verordening niet kon wijzigen (r. o. 44 van het arrest van het Gerecht).

10 In de tweede plaats was de Commissie bevoegd geweest om in de bekendmaking van 1984 te preciseren, aan welke voorwaarden de gevolmachtigde tussenpersoon moet voldoen om in overeenstemming te handelen met het bepaalde in artikel 3, sub 11, van verordening nr. 123/85 (r. o. 46 van het arrest van het Gerecht).

11 Het Gerecht heeft hieruit afgeleid, dat het moest nagaan, of Eco System buiten het kader van dit artikel was getreden door risico's op zich te nemen die voor een wederverkoper kenmerkend zijn, doch niet voor een tussenpersoon (r. o. 47 e. v. van het arrest van het Gerecht).

12 Uit vorenstaande overwegingen volgt, dat Peugeot ten onrechte aan het bestreden arrest verwijt, dat de bekendmaking van 1984 niet in aanmerking is genomen, daar het Gerecht zich uitdrukkelijk hierop heeft gebaseerd ten einde het begrip „tussenpersoon" in artikel 3, sub 11, van verordening nr. 123/85 af te bakenen.

13 Met betrekking tot het tweede onderdeel van het middel, dat het Gerecht de schending van het rechtszekerheidsbeginsel niet heeft gewraakt, waaraan de Commissie zich schuldig zou hebben gemaakt door in de beschikking van 1991 af te wijken van haar bekendmaking van 1984 en door de bekendmaking van 1991 vast te stellen, zij opgemerkt dat het Gerecht heeft geoordeeld, dat de beschikking van 1991 niet op de bekendmaking van 1991 was gebaseerd.

14 In antwoord op het argument, dat de Commissie zich in de beschikking van 1991 niet heeft gehouden aan de uitlegging die zij zelf in de bekendmaking van 1984 aan artikel 3, sub 11, van verordening nr. 123/85 heeft gegeven, heeft het Gerecht betoogd, dat het begrip „met de wederverkoop overeenstemmende activiteit" in de

zin van deze bekendmaking niet in dier voege mag worden uitgelegd, dat de strekking van het begrip „schriftelijk gevolmachtigde tussenpersoon" in artikel 3, sub 11, van verordening nr. 123/85 wordt beperkt. Het heeft hieraan toegevoegd, dat de Commissie in een in 1987 tot requiranten gerichte brief had verduidelijkt, dat het begrip „met de wederverkoop overeenstemmende activiteit" geen betrekking had op een dienstverlenende onderneming als Eco System (r. o. 71, 72 en 73 van het arrest van het Gerecht).

15 Wat de gegrondheid van de door Peugeot in het kader van de onderhavige hogere voorziening aangevoerde argumenten betreft, moet op het volgende worden gewezen: het Gerecht heeft terecht geoordeeld, dat de Commissie het rechtszekerheidsbeginsel niet heeft geschonden. Gelijk het Gerecht heeft beklemtoond, kon de beschikking van 1991 immers niet wettig worden gebaseerd op de bekendmaking van 1991. Bovendien had de Commissie, zoals het Gerecht verder nog heeft vastgesteld, Peugeot reeds in 1987 laten weten, welke uitlegging van het begrip „met de wederverkoop overeenstemmende activiteit" in de zin van de bekendmaking van 1984 zij toepaste voor de omschrijving van het begrip „tussenpersoon" in artikel 3, sub 11, van verordening nr. 123/85, en heeft zij in de beschikking van 1991 aan deze uitlegging vastgehouden.

16 Mitsdien moet het eerste middel in zijn beide onderdelen worden afgewezen.

Het tweede middel

17 Met het tweede middel verwijt Peugeot het Gerecht, dat het het begrip „tussenpersoon" in de zin van artikel 3, sub 11, van verordening nr. 123/85 verkeerd heeft uitgelegd. Requiranten voeren daartoe vier argumenten aan:

— Verordening nr. 123/85 beoogt de bescherming van het selectieve distributienet, ook tegenover tussenpersonen. Dit begrip heeft derhalve een economische betekenis en omvat elke activiteit die in economisch opzicht overeenkomstige gevolgen heeft als de wederverkoop.

— Enerzijds erkent het Gerecht, dat het begrip „tussenpersoon" in economische zin moet worden opgevat, maar is het anderzijds ten onrechte van oordeel, dat de automobielfabrikant alleen door het vereiste van een schriftelijke volmacht wordt beschermd.

— Het Gerecht heeft geweigerd rekening te houden met het arrest van 3 juli 1985 (zaak 243/83, Binon, Jurispr. 1985, blz. 2015), volgens hetwelk een door een groot aantal opdrachtgevers gemachtigde tussenpersoon een onafhankelijke ondernemer is.

— Ten slotte is het Gerecht voorbijgegaan aan de argumenten van Peugeot, dat Eco System in feite een met de wederverkoop overeenstemmende activiteit uitoefent, met name doordat zij de risico's op zich neemt van het vervoer en de opslag van het voertuig vóór de levering, van de niet-afname van het voertuig door de klanten, van het verstrekte krediet in geval van insolventie van de koper, alsmede het economische risico van wisselkoersschommelingen of van stijging van de koopprijs van de voertuigen. Ook heeft het Gerecht geen consequenties getrokken uit het feit, dat Eco System reclame heeft gemaakt, tarieven heeft gepubliceerd, de aangeboden voertuigen heeft tentoongesteld en aan kopers krediet heeft verstrekt, waaruit duidelijk blijkt dat zij als een wederverkoper heeft gehandeld.

18 Het Gerecht heeft evenwel erop gewezen, dat artikel 3, sub 11, van verordening nr. 123/85 tot doel heeft, de mogelijkheid voor het optreden van een tussenpersoon open te houden, op voorwaarde dat er een rechtstreekse contractuele band tussen de dealers en de eindgebruiker bestaat (r. o. 40 van het arrest van het Gerecht).

19 Daar overlegging van een schriftelijke volmacht de enige voorwaarde is die aan de tussenpersoon wordt gesteld, kan hij niet worden uitgesloten van de werkingssfeer van artikel 3, sub 11, van verordening nr. 123/85 op grond dat hij zijn activiteit beroepsmatig uitoefent; anders zou deze bepaling elk nuttig effect verliezen. De beroepsmatige uitoefening van de activiteit van tussenpersoon kan verkoopbevorderende acties onder het publiek meebrengen evenals de aanvaarding van risico's die inherent zijn aan elke dienstverlenende onderneming (r. o. 41 en 43 van het arrest van het Gerecht).

20 Het Gerecht heeft voorts geoordeeld, dat de passage in de bekendmaking van 1984 betreffende het begrip „met de wederverkoop overeenstemmende activiteit" tot doel heeft, niet alleen artikel 3, sub 11, maar ook artikel 3, sub 10, van verordening nr. 123/85 uit te leggen, en dat de Commissie ter waarborging van het nuttig effect van artikel 3, sub 10, te weten een effectieve bescherming van het distributienet tegen de activiteiten van niet-erkende derden, bevoegd was geweest te preciseren, aan welke voorwaarden de gevolmachtigde tussenpersoon moet voldoen om in overeenstemming met het bepaalde in artikel 3, sub 11, te handelen (r. o. 46 van het arrest van het Gerecht).

21 Het Gerecht is vervolgens nagegaan, of Eco System risico's op zich nam die kenmerkend zijn voor een wederverkoper, doch niet voor een tussenpersoon.

22 Dienaangaande heeft het Gerecht in de eerste plaats vastgesteld, dat Eco System optrad als vertegenwoordigster van de eindgebruiker, dat zij geen partij was bij de koopovereenkomst met een wederverkoper van het distributienet, en dat zij nimmer de eigendom verkreeg van het voertuig dat het voorwerp van de transactie was (r. o. 47 en 48 van het arrest van het Gerecht).

23 Ook nam Eco System geen garantieverplichtingen jegens de eindgebruiker op zich; deze verplichtingen bleven op de ondernemingen van het distributienet rusten, die rechtstreeks werden gebonden jegens de eindgebruiker (r. o. 49 van het arrest van het Gerecht).

24 Het Gerecht heeft hieruit afgeleid, dat de tussenpersoon niet de risico's droeg die normaliter voortvloeien uit de dubbele eigendomsoverdracht die kenmerkend is voor de activiteit van koop en wederverkoop, in het bijzonder niet het risico van de afzet van het voertuig ingeval de eindgebruiker van de koop terugtreedt (r. o. 50 van het arrest van het Gerecht).

25 Het Gerecht heeft in de tweede plaats geoordeeld, dat het door Eco System aan de klanten verstrekte krediet ten belope van het aan de klanten voorgeschoten bedrag

tussen het tijdstip van aankoop met betaling van de wederverkoper van het distributienet, en het tijdstip van levering aan de koper die dit voorgeschoten bedrag terugbetaalt, niets afdoet aan de juridische kwalificatie van een lastgeving (r. o. 51 van het arrest van het Gerecht). Om zich te beschermen tegen het risico van insolventie van de klant beschikt Eco System niet over de middelen waarover een erkende wederverkoper beschikt, namelijk het recht om de verkoop nietig te beschouwen en om over het voertuig te beschikken, maar enkel over de klassieke rechtsmiddelen die een lasthebber ten dienste staan, te weten de uitoefening van het retentierecht en de gerechtelijke procedures van beslag en verkoop van een aan een derde toebehorend goed (r. o. 52 van het arrest van het Gerecht).

26 Wat het wisselkoersrisico betreft, heeft het Gerecht in de derde plaats vastgesteld, dat Peugeot geenszins heeft aangetoond, dat Eco System dit risico op zich nam. Het risico, de lastgever in geval van verlies of beschadiging van het voertuig tijdens de opslag ervan schadeloos te moeten stellen, is — ook al zou het bewezen zijn — normaal voor een dergelijke transactie en verschilt van de aan de eigendom verbonden risico's (r. o. 53 en 54 van het arrest van het Gerecht).

27 Ten slotte heeft het Gerecht geoordeeld, dat de aan Eco System betaalde provisie als tegenprestatie voor haar diensten een gebruikelijke vorm van beloning is bij een lastgevingsovereenkomst van dit type (r. o. 55 van het arrest van het Gerecht).

28 Volgens het Gerecht vloeide uit deze overwegingen voort, dat Eco System geen enkel juridisch of economisch risico droeg dat kenmerkend was voor de activiteit van koop en wederverkoop, en dat zij de grenzen van de haar verstrekte schriftelijke lastgevingen niet had overschreden (r. o. 56 en 60 van het arrest van het Gerecht).

29 Het Gerecht heeft daarenboven ontkend, dat het bestaan van een reclamebrochure bij het publiek aanleiding tot onduidelijkheid heeft kunnen geven, aangezien de precieze aard van de activiteit van Eco System daarin duidelijk was vermeld. De actie van Peugeot om de verspreiding van deze brochure te doen beëindigen, was hoe dan ook kennelijk onevenredig (r. o. 59 van het arrest van het Gerecht).

30 Ten slotte heeft het Gerecht geoordeeld, dat het arrest Binon (reeds aangehaald) niet kan worden getransponeerd naar het geval van een lasthebber die handelt in naam en voor rekening van een eindgebruiker, en dat een zuiver kwantitatief criterium, gebaseerd op het aantal aan een beroepsmatig handelende tussenpersoon verleende opdrachten, niet de conclusie kan dragen, dat deze onderneming geen tussenpersoon is in de zin van artikel 3, sub 11, van verordening nr. 123/85 (r. o. 61 van het arrest van het Gerecht).

31 Omtrent de gegrondheid van dit middel moet worden vastgesteld, dat de eerste twee door Peugeot aangevoerde argumenten samenvallen, omdat het Gerecht in wezen wordt verweten een juridische definitie van tussenpersoon, gebaseerd op het formele bestaan van een opdracht, te hebben toegepast in plaats van een economische, uitgaande van de gevolgen van de activiteit van de tussenpersoon voor het distributienet.

32 Het Gerecht heeft echter terecht geoordeeld, dat volgens de letter zelf van artikel 3, sub 11, van verordening nr. 123/85 het voorhanden zijn van een schriftelijke opdracht de enige voorwaarde is voor de kwalificatie van een persoon als tussenpersoon.

33 Het Gerecht heeft zich niet tot deze vaststelling beperkt, maar heeft de omstandigheden waaronder Eco System haar activiteiten uitoefende, grondig onderzocht en geconcludeerd, dat deze niet met wederverkoop overeenstemden.

34 Met betrekking tot het argument, dat het Gerecht het arrest Binon (reeds aangehaald) zou hebben miskend, zij opgemerkt dat het Gerecht terecht heeft geoordeeld, dat dit arrest inzake de toepassing van artikel 85 EG-Verdrag op de betrekkingen tussen een onderneming en een handelsagent, geen toepassing vindt op het geval van een lasthebber die voor rekening van een eindgebruiker handelt, en dat het aantal opdrachten dat een beroepsmatig handelende tussenpersoon ontvangt, op zich de aard van de activiteit van de tussenpersoon niet kan wijzigen.

35 Het argument, dat het Gerecht niet zou zijn nagegaan of Eco System in feite niet een met de wederverkoop overeenstemmende activiteit uitoefende, omdat zij een wisselkoersrisico op zich nam, is gericht tegen het feitelijke oordeel van het Gerecht, dat niet was aangetoond dat Eco System dit risico op zich nam. Mitsdien is het middel op dit punt niet-ontvankelijk.

36 Met betrekking tot de andere argumenten moet worden vastgesteld, dat het Gerecht de verschillende door Eco System aanvaarde risico's in detail heeft onderzocht en overtuigend heeft gemotiveerd, dat deze helemaal niet ongewoon zijn voor een tussenpersoon en diens activiteit niet maken tot een met de wederverkoop overeenstemmende activiteit. Aldus heeft het Gerecht de grenzen van zijn bevoegdheid tot beoordeling van de feiten niet overschreden en evenmin blijk gegeven van een verkeerde rechtsopvatting omtrent het in artikel 3, sub 11, van verordening nr. 123/85 omschreven begrip „schriftelijk gevolmachtigde tussenpersoon".

37 Mitsdien moet het tweede middel gedeeltelijk niet-ontvankelijk worden verklaard en voor het overige worden afgewezen.

38 Nu geen van de middelen kan slagen, moet de hogere voorziening in haar geheel worden afgewezen.

Kosten

39 Ingevolge artikel 69, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering moet de in het ongelijk gestelde partij in de kosten worden verwezen. Aangezien requiranten in het ongelijk zijn gesteld, dienen zij in de kosten van deze procedure te worden verwezen, met inbegrip van de kosten van de interveniënten Eco System en BEUC.

HET HOF VAN JUSTITIE (Zesde kamer),

rechtdoende:

1) Wijst de hogere voorziening af.

2) Verwijst requiranten in alle kosten.

Mancini Diez de Velasco Kakouris

Schockweiler Kapteyn

Uitgesproken ter openbare terechtzitting te Luxemburg op 16 juni 1994.

De griffier

R. Grass

De president van de Zesde kamer

G. F. Mancini