CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL C. O. LENZ van 21 april 1994 *

Mijnheer de President,
mijne heren Rechters,

A — Inleiding

1. In de onderhavige procedure gaat het om de door Automobiles Peugeot SA en Peugeot SA ingestelde hogere voorziening tegen het arrest van het Gerecht van eerste aanleg (hierna: het „Gerecht") van 22 april 1993 in zaak T-9/92. [1] Bij dit arrest heeft het Gerecht het door deze ondernemingen krachtens artikel 173 EG-Verdrag ingestelde beroep tegen de beschikking van de Commissie van 4 december 1991 inzake Eco System/Peugeot [2] verworpen.

2. De Commissie had de beschikking gegeven naar aanleiding van een klacht van Eco System. Eco System is een in Frankrijk gevestigde onderneming die haar bedrijf maakt van het bemiddelen bij de aankoop van motorvoertuigen. Naar het Gerecht heeft vastgesteld, biedt zij in Frankrijk haar diensten aan aan consumenten die een motorvoertuig willen kopen, en maakt zij in de media reclame voor deze dienstverlening. Eco System laat zich door de aspirant-kopers een schriftelijke opdracht geven voor de aankoop van een bepaald motorvoertuig. De koopovereenkomst komt telkens tot stand tussen de dealer enerzijds en de — door Eco System vertegenwoordigde — consument anderzijds.

Bij de koop van het motorvoertuig maakt Eco System ten voordele van de klant gebruik van de tussen de afzonderlijke Lid-Staten bestaande prijsverschillen. Eco System laat het in een andere Lid-Staat gekochte motorvoertuig ophalen en zorgt voor de vervulling van de noodzakelijke invoerformaliteiten. De vergoeding voor deze diensten bestaat in een aan de hand van de koopprijs berekende provisie.

De door Eco System voor haar klanten gekochte auto's zijn voor een belangrijk deel motorvoertuigen van de merken Peugeot en Talbot, die door het Peugeot-concern worden gefabriceerd en verkocht.

3. Automobiles Peugeot SA, een dochtermaatschappij van Peugeot SA, verkoopt haar motorvoertuigen in de Gemeenschap via erkende dealers. Dit distributiesysteem voldoet aan de eisen van verordening (EEG) nr. 123/85 van de Commissie van 12 decem-

* Oorspronkelijke taal: Duits.
1 — Peugeot, Jurispr. 1993, blz. II-493.
2 — PB 1992, L 66, blz. 1.

ber 1984 betreffende de toepassing van artikel 85, lid 3, van het Verdrag op groepen afzet- en klantenserviceovereenkomsten inzake motorvoertuigen [3] en valt derhalve niet onder het verbod van artikel 85, lid 1, EG-Verdrag.

4. Op 9 mei 1989 zond Peugeot SA aan alle erkende dealers in Frankrijk, België en Luxemburg een circulaire met de instructie, hun leveringen aan Eco System te staken en geen van deze vennootschap afkomstige bestellingen voor nieuwe voertuigen van de merken Peugeot en Talbot meer aan te nemen. De tekst van deze circulaire was korte tijd daarvoor naar de diensten van de Commissie gestuurd.

5. Daarop leidde de Commissie een procedure op grond van de gemeenschapsrechtelijke kartelbepalingen in. In het kader van deze procedure besloot de Commissie op 26 maart 1990 tot voorlopige maatregelen tegen Automobiles Peugeot SA en Peugeot SA. Het tegen deze beschikking ingestelde beroep werd door het Gerecht op 12 juli 1991 verworpen. [4]

6. Op 4 december 1991 gaf de Commissie haar definitieve beschikking ter zake. Daarin concludeerde zij, dat de toezending van de genoemde circulaire en de daaropvolgende staking van de leveringen aan Eco System een inbreuk op artikel 85, lid 1, vormen (in de vorm van een overeenkomst of een onderling afgestemde feitelijke gedraging), die niet wordt gedekt door de bepalingen van verordening nr. 123/85 (artikel 1 van de beschikking). De Commissie gelastte de vennootschappen tot welke de beschikking was gericht, binnen twee maanden een nieuwe circulaire te doen uitgaan waarbij die van 9 mei 1989 werd ingetrokken, en zich in de toekomst van soortgelijke inbreuken op artikel 85 te onthouden (artikel 2). Voor het geval de vennootschappen de zojuist genoemde verplichting niet zouden nakomen, werd de vrijstelling die uit hoofde van verordening nr. 123/85 voor het distributiesysteem gold, ingetrokken (artikel 3).

7. Op 10 februari 1992 stelden Peugeot Automobiles SA en Peugeot SA tegen deze beschikking van de Commissie beroep in bij het Gerecht. Zij vorderden nietigverklaring van de beschikking van de Commissie en een verklaring voor recht, dat de circulaire van 9 mei 1989 verenigbaar is met het bepaalde in verordening nr. 123/85 en de bekendmaking van de Commissie van 12 december 1984 [5] met betrekking tot deze verordening (hierna: de „bekendmaking"). Het arrest van 22 april 1993 waarbij dit beroep werd verworpen, vormt het voorwerp van de onderhavige hogere voorziening.

8. Requiranten vorderen, dat het bestreden arrest wordt vernietigd en dat wordt vastgesteld, dat de circulaire van 9 mei 1989 verenigbaar is met het bepaalde in verordening nr. 123/85 en in de bekendmaking.

3 — PB 1985, L 15, blz. 16.

4 — Zaak T-23/90, Peugeot, Jurispr. 1991, blz. II-653.

5 — PB 1985, C 17, blz. 4.

9. De Commissie vordert, dat de hogere voorziening wordt afgewezen en dat requiranten worden verwezen in de kosten van de procedure.

10. Eco System en het Bureau européen des unions de consommateurs (een bureau van consumentenverenigingen; hierna: „BEUC") hebben in de procedure — zoals reeds in eerste aanleg — geïntervenieerd ter ondersteuning van de conclusies van de Commissie. Zij sluiten zich aan bij de conclusies van de Commissie en vorderen bovendien, dat requiranten eveneens worden veroordeeld in de kosten van hun interventie.

B — Standpuntbepaling

Inleidende opmerking

11. Volgens artikel 113 van het Reglement voor de procesvoering van het Hof moet hogere voorziening strekken tot (gehele of gedeeltelijke) vernietiging van de bestreden beslissing dan wel tot gehele of gedeeltelijke toewijzing van het in eerste aanleg gevorderde. In het onderhavige geval hebben requiranten in eerste aanleg nietigverklaring van de beschikking van de Commissie gevorderd, alsmede een verklaring voor recht, dat de betrokken circulaire wettig is. In hogere voorziening vorderen requiranten evenwel (naast de vernietiging van het arrest van het Gerecht) enkel nog maar een verklaring, dat de circulaire verenigbaar is met de genoemde bepalingen van gemeenschapsrecht.

12. Het behoeft geen betoog, dat (en BEUC heeft hier terecht op gewezen) in een procedure krachtens artikel 173 EG-Verdrag niet kan worden vastgesteld, dat een bepaalde door ondernemingen getroffen maatregel wettig is. Dit geldt natuurlijk ook voor het Hof in het geval van hogere voorziening tegen een arrest dat is gewezen op een beroep ex artikel 173. Derhalve rijst de vraag, welke gevolgen voortvloeien uit de omstandigheid, dat er naast de vordering tot vernietiging van het bestreden arrest enkel nog maar een niet-ontvankelijke vordering wordt gehandhaafd.

13. Voor zover mij bekend, heeft het Hof zich tot dusverre nog niet over deze vraag hoeven uit te spreken. Mijn inziens zou het volstrekt gerechtvaardigd zijn in een dergelijk geval de hogere voorziening zonder meer af te wijzen. Wanneer requiranten *deze* eis in eerste aanleg hadden gedaan, had het Gerecht het beroep niet-ontvankelijk moeten verklaren. Hogere voorziening tegen dat arrest van het Gerecht zou als kennelijk ongegrond in de zin van artikel 119 van het Reglement voor de procesvoering van het Hof moeten worden beschouwd.

14. Het ware evenwel te overwegen, of het Hof het genoemde gebrek niet door middel van uitlegging zou kunnen opheffen, aangezien uit het verzoekschrift duidelijk blijkt, dat requiranten nog altijd (mede) nietigverklaring van de beschikking van de Commissie van 4 december 1991 wensen. In het onderhavige geval behoeft mijns inziens evenwel niet nader op deze vraag te worden ingegaan. Gelet op het feit dat het Hof deze problematiek nog niet lijkt te hebben beslist

en bovendien de Commissie ter zake geen grief heeft aangevoerd, zou het niet juist zijn, de hogere voorziening reeds wegens dit gebrek af te wijzen. Overigens moet in aanmerking worden genomen, dat de hogere voorziening toch al — zoals wij nog zullen zien — ongegrond is.

Juridische achtergrond

15. Voordat ik de in hogere voorziening aangevoerde middelen nader zal behandelen, lijkt het mij nuttig, eerst de in het geding zijnde bepalingen te beschrijven. Op grond van artikel 3, sub 10, van verordening nr. 123/85 mag een distributieovereenkomst de dealer de verplichting opleggen, de betrokken voertuigen enkel aan dié wederverkopers te verkopen die deel uitmaken van het distributienet.

Dit geldt ingevolge artikel 3, sub 11, eveneens voor de verplichting van de dealer,

„motorvoertuigen uit het door de overeenkomst bestreken gamma of daarmee overeenstemmende produkten aan eindgebruikers die een tussenpersoon hebben ingeschakeld, slechts te verkopen, wanneer zij voor de aankoop van een bepaald motorvoertuig aan die tussenpersoon daartoe vooraf een schriftelijke, en bij inontvangstneming van het motorvoertuig door de tussenpersoon, tevens de inontvangstneming bestrijkende volmacht hebben gegeven".

Uit de vijfde overweging van de considerans van verordening nr. 123/85 blijkt, dat de fabrikant daardoor in de gelegenheid moet worden gesteld om zijn selectief distributiestelsel te beschermen.

16. In haar bekendmaking met betrekking tot deze verordening zet de Commissie in punt I.3 „Tussenpersonen" uiteen, dat de consument in staat moet zijn een beroep te doen op de diensten van personen of ondernemingen, die hem bij de aankoop van een nieuw motorvoertuig in een andere Lid-Staat bijstaan. De dealers kunnen echter niettemin worden verplicht, aan of door bemiddeling van een dergelijke tussenpersoon niet te verkopen,

„wanneer deze (...) zich voordoet als een erkend wederverkoper van nieuwe auto's uit het gamma of een met de wederverkoop overeenstemmende activiteit uitoefent".

De tussenpersoon of de eindgebruiker dient schriftelijk aan te tonen, dat de tussenpersoon in naam en voor rekening van de eindgebruiker optreedt.

Inaanmerkingneming van de bekendmaking en de rechtszekerheid

17. Met hun eerste middel verwijten requiranten het Gerecht, dat het bij zijn onder-

zoek de bekendmaking van de Commissie buiten beschouwing heeft gelaten en hieraan geen juridische betekenis heeft toegekend. Door aan deze bekendmaking voorbij te gaan, was evenwel de rechtszekerheid in gevaar gebracht.

18. Dit middel kan zonder meer worden afgewezen. De Commissie en Eco System stellen terecht, dat het Gerecht deze bekendmaking in aanmerking heeft genomen.

Het Gerecht heeft om te beginnen artikel 3, sub 11, van verordening nr. 123/85 besproken (r. o. 37 tot en met 43 van het bestreden arrest). Daarna is het op de bekendmaking ingegaan. Daarbij stelde het Gerecht zich primair op het standpunt, dat een bekendmaking strekkende tot uitlegging van een verordening de in die verordening vervatte dwingende bepalingen niet kan wijzigen (r. o. 44). Blijkens rechtsoverweging 46 was het Gerecht van oordeel, dat de betrokken bekendmaking het toepassingsgebied van de verordening niet beperkte, maar integendeel slechts de voorwaarden preciseerde waaronder een persoon als tussenpersoon in de zin van artikel 3, sub 11, van verordening nr. 123/85 kan worden beschouwd. Het Gerecht leidde daaruit af, dat moest worden nagegaan, of Eco System buiten het kader van artikel 3, sub 11, van verordening nr. 123/85 was getreden door voor een wederverkoper kenmerkende risico's op zich te nemen, en bijgevolg geen diensten meer had verricht, maar een met de wederverkoop overeenstemmende activiteit. Dit onderzoek is weergegeven in de daaropvolgende overwegingen van het Gerecht (r. o. 47 e. v.).

19. Er kan dus geen sprake van zijn, dat het Gerecht de bekendmaking niet in aanmerking heeft genomen of er geen juridische betekenis aan heeft toegekend. Requiranten erkennen dit dan ook, waar zij in hun verzoekschrift betogen dat het Gerecht, nadat het heeft geweigerd de bekendmaking in aanmerking te nemen, verordening nr. 123/85 te zamen met de bekendmaking heeft bezien, zonder daaruit evenwel de volgens requiranten vereiste conclusies te trekken. Derhalve draait de grief van de requiranten uiteindelijk uit op het verwijt, dat het Gerecht de betrokken regels niet juist heeft uitgelegd. Deze vraag dient samen met het tweede middel te worden onderzocht.

20. Ook de stelling, dat inbreuk op de rechtszekerheid zou zijn gemaakt, kan mij niet overtuigen. Requiranten gaan er kennelijk van uit, dat de door hen voorgestane uitlegging van artikel 3, sub 11, als zou Eco Systeem niet als „tussenpersoon" kunnen worden beschouwd, zonder meer uit de bekendmaking van de Commissie kan worden afgeleid. Daarvan kan echter geen sprake zijn. Zelfs indien men zich op het standpunt zou willen stellen, dat de allesoverheersende vraag in casu is, of Eco System „een met de wederverkoop overeenstemmende activiteit" in de zin van deze bekendmaking heeft uitgeoefend, dan zou eerst nog moeten worden vastgesteld, of dit daadwerkelijk het geval was. De Commissie en Eco System hebben gelijk waar zij stellen, dat requiranten zich in deze context ten onrechte op een tot hen gerichte brief van de Commissie van 15 juli 1987 beroepen. Hierin had de Commissie zeer duidelijk te kennen gegeven, dat zij met requiranten van mening ver-

schilde over hoe de activiteit van Eco System moest worden beoordeeld. [6]

21. In hun betoog met betrekking tot de rechtszekerheid wijzen requiranten erop, dat zij eerst in juli 1989 een voorlopig standpunt van de Commissie over de circulaire van 9 mei 1989, die reeds op 28 april 1989 ter kennis van de Commissie was gebracht, ontvingen. Het spreekt vanzelf, dat deze informele kennisgeving enkele dagen voor de verzending van de circulaire en het feit dat de Commissie hierop niet per omgaande heeft gereageerd, bij requiranten geen voor bescherming in aanmerking komend vertrouwen, dat de Commissie hun optreden wettig achtte, kon doen ontstaan.

22. De Commissie heeft — requiranten hebben hierop gewezen — tegelijk met haar beschikking van 4 december 1991 een „Toelichting op de werkzaamheden van tussenpersonen in de automobielsector" bekendgemaakt ter aanvulling van de reeds genoemde bekendmaking. [7] Deze toelichting diende volgens de Commissie „ter verduidelijking van de in deze verordening genoemde mogelijkheden tot bemiddeling door tussenpersonen". De inhoud van deze „Toelichting" sluit nauw aan bij de beschikking van 4 december 1991. Zij behoeft hier evenwel niet nader te worden onderzocht. Het Gerecht heeft er volledig terecht op gewezen, dat de beschikking van de Commissie van 4 december 1991 niet op deze toelichting was gebaseerd en dat requiranten de wettigheid van de beschikking derhalve niet met een beroep op deze publikatie kunnen aantasten. [8]

Uitlegging van artikel 3, sub 11, van verordening nr. 123/85

23. Met hun tweede middel verwijten requiranten het Gerecht in wezen een verkeerde uitleg van het begrip „tussenpersoon" in de zin van verordening nr. 123/85. Weliswaar verwijzen requiranten rechtstreeks slechts naar de formulering in de bekendmaking, volgens welke de tussenpersoon geen „met de wederverkoop overeenstemmende activiteit" mag uitoefenen, doch is het — zoals het Gerecht volledig terecht heeft opgemerkt — buiten kijf, dat de bepalingen van een *verordening* niet door een *mededeling* kunnen worden gewijzigd. Derhalve behoeft ook niet verder te worden nagegaan, hoe dergelijke mededelingen juridisch moeten worden gekwalificeerd. De daarop betrekking hebbende stellingen in het verzoekschrift zijn dus voor het onderhavige geval zonder belang.

24. Het argument van het BEUC, dat het begrip „met de wederverkoop overeenstemmende activiteit" bij gebreke van wettelijke grondslag van de hand moet worden gewezen, is derhalve op zich juist, doch gaat te ver. De bekendmaking kan zeer wel worden

6 — Zie hierover het arrest van 12 juli 1991, reeds aangehaald (voetnoot 4), r. o. 48.

7 — PB 1991, C 329, blz. 20.

8 — R. o. 71 van het bestreden arrest.

gebruikt voor de uitlegging van de verordening, voor zover zij hiermee verenigbaar is.

25. Het Gerecht heeft dit ook goed gezien. Het heeft er om te beginnen op gewezen, dat bepalingen van een verordening die bepaalde overeenkomsten onttrekken aan het verbod van artikel 85, lid 1, EG-Verdrag, uitzonderingen zijn, die zich niet lenen voor een extensieve uitlegging die zou indruisen tegen de doelstelling van deze bepalingen (r. o. 37 van het bestreden arrest). Gelijk het Gerecht heeft vastgesteld (r. o. 40), heeft artikel 3, sub 11, van verordening nr. 123/85 tot doel, de mogelijkheid voor het optreden van een tussenpersoon open te houden, op voorwaarde dat er een rechtstreekse contractuele band tussen dealer en eindgebruiker tot stand komt. [9]

Het Gerecht heeft er vervolgens op gewezen, dat de tussenpersoon volgens artikel 3, sub 11, enkel verplicht is, een schriftelijke volmacht voor de aankoop (en eventueel voor de afname) over te leggen. Uit de letter van de bepaling volgt derhalve, dat een naar behoren gemachtigde tussenpersoon niet van de werkingssfeer van deze bepaling mag worden uitgesloten op de enkele grond, dat hij zijn activiteit beroepsmatig uitoefent (r. o. 41). Anders zou deze bepaling haar nuttig effect verliezen (r. o. 42). De activiteit van een beroepsmatig handelende tussenpersoon kan echter zeer wel reclameacties meebrengen, alsmede het aanvaarden van risico's die inherent zijn aan elke dienstverlenende onderneming (r. o. 43).

26. Het Gerecht hield zich daarna bezig met de omstreden passage van de bekendmaking, die zijns inziens niet alleen betrekking heeft op artikel 3, sub 11, maar ook op artikel 3, sub 10, van verordening nr. 123/85. Het stelde zich daarbij op het standpunt, dat de Commissie ter waarborging van het nuttig effect van laatstgenoemde bepaling — dat wil zeggen ten einde het distributiesysteem tegen niet-erkende dealers te beschermen — mocht preciseren, aan welke voorwaarden een tussenpersoon in de zin van artikel 3, sub 11, moet voldoen (r. o. 46).

Het Gerecht ging vervolgens na, of Eco System voor een wederverkoper kenmerkende risico's op zich nam, zodat in haar geval van een met de wederverkoop overeenstemmende activiteit kon worden gesproken (r. o. 47). Om te beginnen oordeelde het Gerecht, dat Eco System enkel als vertegenwoordigster was opgetreden. De koopovereenkomsten kwamen telkens tussen de dealer en de klant tot stand. Eco System verkreeg ook nimmer de eigendom van de door haar gekochte voertuigen (r. o. 48). Zij nam generlei garantieplichten jegens de klanten op zich (r. o. 49). Aangezien Eco System niet eigenares van de motorvoertuigen werd, droeg zij ook niet het voor een wederverkoper kenmerkende risico, dat het goed aan iemand anders moet worden verkocht, ingeval de klant van de koop terugtreedt (r. o. 50).

9 — In die zin reeds het arrest van 12 juli 1991, reeds aangehaald (voetnoot 4), r. o. 33.

Eco System verstrekt haar klanten echter een kortlopend krediet, daar zij de koopprijs en bijkomende onkosten in eerste instantie zelf betaalt en deze later pas door de klant krijgt terugbetaald. Een dergelijk krediet is weliswaar niet inherent aan de lastgeving, doch doet niets af aan de juridische kwalificatie van de zakelijke relatie (r. o. 51). Met betrekking tot het risico van insolventie van de klant wees het Gerecht erop, dat Eco System in dat geval niet beschikt over de mogelijkheid die een wederverkoper in de regel heeft, om zich (dus zonder bijzondere juridische maatregelen te hoeven nemen) op het voertuig te verhalen en dit te gelde te maken (r. o. 52). Wat het wisselkoersrisico betreft oordeelde het Gerecht onder meer, dat niet was aangetoond dat Eco System dit risico draagt (r. o. 53). Indien Eco System de klant in geval van verlies of beschadiging van het zich in haar bezit bevindende motorvoertuig schadevergoeding moet betalen, dan is daaraan niets ongewoons (r. o. 54). Ook de wijze van berekening van de vergoeding waarop Eco System recht heeft, is bij lastgevingscontracten als de onderhavige gebruikelijk (r. o. 55).

27. Op basis van deze overwegingen kwam het Gerecht tot de conclusie, dat Eco System geen van de risico's op zich nam die voor de activiteit van een wederverkoper kenmerkend zijn. Vervolgens ging het na, of Eco System in de praktijk de haar door de opdrachten van de klanten gestelde grenzen had overschreden, welke vraag het ontkennend beantwoordde (r. o. 57 tot en met 60). Ten slotte oordeelde het Gerecht, dat het feit dat Eco System voor een groot aantal klanten optreedt, niets eraan afdoet, dat zij als tussenpersoon in de zin van artikel 3, sub 11, van verordening nr. 123/85 moet worden beschouwd (r. o. 61).

28. Ik kan in deze overwegingen van het Gerecht geen verkeerde toepassing van het recht ontdekken. Het is overigens niet erg makkelijk vast te stellen, wat de grieven van requiranten op dit punt zijn. Eco System heeft er terecht op gewezen, dat het verzoekschrift niet duidelijk aangeeft, tegen welke overwegingen van het bestreden arrest de hogere voorziening is gericht. Ik meen evenwel, dat mijn hiernavolgende beschouwingen alle essentiële grieven dekken.

29. Requiranten stellen om te beginnen, dat het bestaan van een schriftelijke volmacht naar het oordeel van het Gerecht het enige vereiste is waaraan moet zijn voldaan om een persoon als tussenpersoon te kunnen beschouwen. De door mij zojuist uitvoerig weergegeven overwegingen van het Gerecht laten zien, dat deze grief ongegrond is. Het Gerecht wijst er — terecht — op, dat uit de letter van artikel 3, sub 11, slechts dit ene criterium kan worden afgeleid en dat Eco System steeds aan dit vereiste heeft voldaan. Het gaat vervolgens niettemin zeer zorgvuldig na, of er niet andere omstandigheden zijn op grond waarvan zou moeten worden aangenomen, dat Eco System geen tussenpersoon in de zin van deze bepaling is.

30. Uit het verzoekschrift valt niet duidelijk op te maken, of requiranten menen dat, omdat Eco System haar activiteit *beroepsmatig* uitoefent, zij niet als tussenpersoon in de zin van verordening nr. 123/85 kan worden beschouwd. Uit de repliek lijkt voort te vloeien, dat requiranten deze omstandigheid niet beslissend achten. [10] Mocht mijn indruk

10 — Requiranten betogen daar, dat het onbetwist is, dat het beroepsmatig uitvoeren van een opdracht nog geen met de wederverkoop overeenstemmende activiteit vormt; veeleer moet om te beginnen worden uitgemaakt, wat daaronder is te verstaan.

onjuist zijn, dan moet requiranten worden tegengesproken. Het Gerecht heeft in rechtsoverweging 42 volkomen terecht uiteengezet, dat het nuttige effect van artikel 3, sub 11, teniet zou worden gedaan, wanneer beroepsmatig handelende ondernemingen niet als tussenpersoon werden erkend.

op de praktische moeilijkheden die daaraan in de weg staan. Het is derhalve van essentieel belang, dat de consumenten voor de aankoop de hulp van tussenpersonen kunnen inroepen. Artikel 3, sub 11, van verordening nr. 123/85 erkent het belang van de rol van tussenpersonen op dit gebied. Indien ondernemingen die consumenten op professionele basis helpen bij de aankoop van voertuigen in het buitenland, niet als tussenpersonen in de zin van artikel 3, sub 11, werden erkend, zou deze bepaling grotendeels haar belang verliezen.

De bescherming van het selectieve distributiestelsel in de automobielsector, die verordening nr. 123/85 middels vrijstelling van bepaalde verplichtingen toestaat, moet ertoe bijdragen de van dergelijke distributiestelsels verwachte economische voordelen te behalen. [11] De ervaring leert, dat deze bescherming de prijsconcurrentie evenwel ook ongunstig kan beïnvloeden. De soms aanzienlijke prijsverschillen tussen de afzonderlijke Lid-Staten [12] zijn zeker niet in de laatste plaats aan deze distributiestelsels toe te schrijven. In deze omstandigheden is de mogelijkheid voor de consumenten om een voertuig in een andere Lid-Staat te kopen, bijzonder belangrijk.

31. Daarmee ontvalt in wezen ook de grondslag aan het argument van requiranten, dat een onderneming geen tussenpersoon in de zin van verordening nr. 123/85 meer is wanneer zij voor een groot aantal consumenten werkt. Het ligt in de aard van de zaak, dat een beroepsmatig handelende tussenpersoon voor een behoorlijk aantal consumenten werkt. Het succes van een onderneming als Eco System toont bovendien aan, dat er bij de consumenten een grote vraag naar dit soort diensten bestaat.

Een consument zal echter slechts zelden in de gelegenheid zijn zelf naar een andere Lid-Staat te gaan om van deze mogelijkheid gebruik te maken. Het Gerecht wijst terecht

Voor hun standpunt beroepen requiranten zich op de conclusie van de advocaat-generaal en het arrest van het Hof van Justitie van 3 juli 1985 in de zaak Binon. [13]

11 — Over deze voordelen, zie de vierde overweging van de considerans van verordening nr. 123/85.

12 — Zie het persbericht van de Commissie van 1 juli 1993 over de prijzen van motorvoertuigen in de EG (IP (93) 545).

13 — Zaak 243/83, Jurispr. 1985, blz. 2015.

Requiranten leiden uit dit arrest af, dat een tussenpersoon die voor een groot aantal opdrachtgevers werkt, als onafhankelijke onderneming dient te worden beschouwd. Gelijk het Gerecht terecht heeft geoordeeld, kan deze rechtspraak evenwel niet naar het onderhavige geval worden getransponeerd. In de zaak Binon en in vergelijkbare zaken [14] ging het om de vraag, of artikel 85 van toepassing is op de betrekkingen tussen een onderneming en een handelsagent. Volgens de rechtspraak is dit niet het geval, wanneer de handelsagent is te beschouwen als een in de onderneming van de opdrachtgever geïntegreerd hulporgaan dat met de opdrachtgever een economische eenheid vormt. [15] Dit punt is in casu echter irrelevant. Hier gaat het er integendeel om, of Eco System als tussenpersoon is opgetreden. Deze vraag moet bevestigend worden beantwoord. Het feit dat deze onderneming erin is geslaagd een groot aantal klanten aan te trekken, is in dit opzicht irrelevant.

32. Volgens requiranten draagt Eco System dezelfde risico's als een wederverkoper, wat niet in overeenstemming is met de rol van een tussenpersoon die enkel als zodanig optreedt. Deze grief werd pas in repliek geconcretiseerd. Daar wijzen requiranten erop, dat Eco System haar klanten in geval van verlies of beschadiging van het voertuig schadeloos moet stellen. Eco System draagt ook het risico van insolventie van een klant. Het Gerecht heeft in zijn arrest overtuigend uiteengezet, dat deze risico's voor een tussenpersoon geenszins ongebruikelijk zijn. [16] Requiranten hebben geen nieuwe argumenten aangevoerd die dit oordeel zouden kunnen aantasten, maar slechts gesteld, dat Eco System kennelijk („manifestement") een met de wederverkoop overeenstemmende activiteit uitoefent. Derhalve behoeft niet nader op de genoemde omstandigheden te worden ingegaan.

Hetzelfde gaat — zij het om een andere reden — op voor het gestelde met betrekking tot het wisselkoersrisico dat Eco System volgens requiranten draagt. In een brochure garandeert Eco System namelijk een maximumprijs voor een periode van drie maanden na het verstrekken van de opdracht. Ik kan hier volstaan met op te merken, dat het Gerecht in zijn arrest heeft vastgesteld, dat niet is aangetoond dat Eco System het wisselkoersrisico draagt. [17] Requiranten komen met hun grief dus op tegen een feitelijke vaststelling van het Gerecht. Deze grief is daarom niet-ontvankelijk (vgl. artikel 168 A, lid 1, eerste volzin, EG-Verdrag).

33. Requiranten lijken ook uit de overweging van het Gerecht, dat het door Eco System aan de klant verstrekte (kortlopende) krediet weliswaar niet inherent is aan de lastgeving, doch niets afdoet aan het rechtskarakter van de zakelijke relatie, een argument

14 — Zie in het bijzonder het arrest van 1 oktober 1987, zaak 311/85, Vereniging van Vlaamse Reisbureaus, Jurispr. 1987, blz. 3801, r. o. 20.

15 — Arrest van 16 december 1975, gevoegde zaken 40/73 tot 48/73, 50/73, 54/73 tot 56/73, 111/73, 113/73 en 114/73, Suiker Unie en anderen, Jurispr. 1975, blz. 1663, r. o. 542; arrest van 1 oktober 1987, reeds aangehaald (voetnoot 14), r. o. 20.

16 — Zie r. o. 52 en 54 van het bestreden arrest alsmede hierboven, punt 26.

17 — R. o. 53 van het bestreden arrest; zie hierboven punt 26.

te hunnen gunste te willen afleiden. Dit zou onjuist zijn. Een verplichting van de lasthebber om bepaalde kosten in eerste instantie zelf te dragen alvorens ze op de lastgever te verhalen, is — zoals een blik op de rechtsstelsels van de afzonderlijke Lid-Staten laat zien — volstrekt verenigbaar met de aard van de lastgeving en de activiteit van een tussenpersoon.

34. Requiranten stellen, dat Eco System door haar optreden in het handelsverkeer in de ogen van de consumenten een wederverkoper is of althans een onderneming die met de wederverkopers concurreert, en daardoor voor verwarring zorgt. Zij wijzen er in het bijzonder op, dat Eco System voor haar diensten reclame maakt, haar tarieven publiceert, voertuigen exposeert en aan haar klanten krediet verstrekt.

Over de mogelijke verwarring bij de consumenten ten aanzien van de rol van Eco System heeft het Gerecht in zijn arrest uiteengezet, dat in dat opzicht slechts een door Eco System uitgegeven brochure twijfel zou kunnen oproepen. Het heeft evenwel uitgemaakt, dat de precieze aard van de activiteit van deze onderneming daar duidelijk is omschreven. In hogere voorziening kan niet worden opgekomen tegen dit feitelijke oordeel van het Gerecht, en requiranten lijken ter zake ook geen grief te willen aanvoeren.

35. Dit doet evenwel niets eraan af, dat de consumenten Eco System mogelijk als een met de dealers concurrerende onderneming beschouwen. De Commissie ontkent dit ook niet. Zij stelt echter, dat dit enkel de aan verordening nr. 123/85 ten grondslag liggende belangenafweging weerspiegelt. De beroepsmatig handelende tussenpersoon is voor de consumenten een essentiële garantie voor de mogelijkheid om een motorvoertuig in een andere Lid-Staat te kunnen kopen.

Ik ben het met de Commissie op dit punt eens. Zoals ik reeds heb gezegd, zou de mogelijkheid van de consumenten om via een tussenpersoon een auto in een andere Lid-Staat te kopen, grotendeels alleen maar op papier bestaan, wanneer zij niet een professionele tussenpersoon zouden mogen inschakelen. Derhalve is de activiteit van deze ondernemingen als zodanig volstrekt legitiem en om de reeds genoemde redenen ook toe te juichen. Ik zie derhalve niet in, waarom een dergelijke onderneming geen reclame voor haar diensten zou mogen maken. Het informeren van de consumenten over de mogelijkheid om in een andere Lid-Staat een motorvoertuig tegen een lagere prijs te verwerven, zal menige fabrikant en de erkende dealers een doorn in het oog zijn, toch is het geenszins onrechtmatig of onverenigbaar met de rol van een tussenpersoon.

Wanneer Eco System voor haar diensten reclame maakt door onder meer een bepaald motorvoertuig tentoon te stellen, maakt dit deel uit van de publicitaire maatregelen die zo een tussenpersoon kan treffen. Dit geldt op zijn minst, wanneer het daarbij gaat om een voertuig dat Eco System heeft gekocht voor een klant, die ermee heeft ingestemd dat het voertuig (tijdelijk) tentoon wordt gesteld, zoals de Commissie in de procedure voor het Gerecht heeft aangevoerd [18], zonder dat requiranten dit in de onderhavige procedure hebben bestreden.

36. Hiermee verband houdt vermoedelijk ook de vordering van requiranten, dat bij de beoordeling van de activiteit van Eco System eveneens de bedoelingen van deze onderneming in aanmerking moeten worden genomen. Ook al zou het — zoals wel kan worden aangenomen — de bedoeling van Eco System zijn, de erkende dealers met de door haar aangeboden diensten concurrentie aan te doen, dan doet dit toch niets af aan het feit, dat deze onderneming optreedt als tussenpersoon die niet de voor een wederverkoper kenmerkende risico's draagt. Artikel 3, sub 11, vereist niet, dat de tussenpersoon uit altruïstische motieven handelt. Dat zijn activiteit door fabrikanten en erkende dealers als concurrentie wordt ervaren, is vanzelfsprekend.

37. De opvatting van requiranten zou er ten slotte toe leiden, dat enkel diegene als tussenpersoon in de zin van artikel 3, sub 11, kan worden erkend, die de fabrikanten en hun dealers aanstaat. Requiranten hebben deze mening dan ook op zeer verkwikkelijke wijze in hun verzoekschrift verwoord. [19] Dat we ons hierbij niet moeten aansluiten, staat buiten kijf.

38. Ten slotte rest nog het argument van requiranten dat is gebaseerd op de bewoordingen van de vijfde overweging van de considerans van verordening nr. 123/85. Daar wordt gezegd, dat maatregelen van de fabrikant en van de erkende dealers tot bescherming van het selectieve distributiestelsel verenigbaar zijn met de verordening, „met name" een verplichting voor de dealers om aan eindgebruikers, die een tussenpersoon inschakelen, alleen dan te verkopen, wanneer deze eindgebruikers aan de tussenpersoon een lastgeving hebben verstrekt. Requiranten leiden uit deze woordkeuze af, dat volgens de verordening de fabrikant zijn distributiestelsel ook met andere dan de in artikel 3, sub 11, bedoelde maatregelen mag beschermen. Dergelijke beschermingsmaatregelen moeten evenwel — om met de vrijstelling verenigbaar te zijn — in de *bepalingen* van de verordening zijn toegelaten. Alleen in artikel 3, sub 11, wordt echter aandacht besteed aan de eisen die mogen worden gesteld aan de activiteit van tussenpersonen. De opvatting van requiranten zou derhalve betekenen, dat een fabrikant voor de activiteit van tussenpersonen maatstaven zou mogen aanleggen die niet in deze bepaling

18 — Zie r. o. 29 van het bestreden arrest.

19 — In het verzoekschrift stellen zij ten aanzien van het begrip „met de wederverkoop overeenstemmende activiteit", dat het daarbij gaat om een uitsluitend economische beoordeling die is overgelaten aan de eigenaar van het distributienet („une appréciation dépendant exclusivement du contexte économique et qui reste à l'appréciation du propriétaire du réseau").

worden genoemd. Deze opvatting dient niette worden gevolgd, wil men de fabrikanten en hun erkende dealers geen vrijbrief geven om de tussenpersonen in hun activiteiten te belemmeren.

39. Bijgevolg moet de hogere voorziening worden afgewezen. De kostenbeslissing vloeit voort uit de artikelen 122, 118 en 69 van het Reglement voor de procesvoering van het Hof.

C — Conclusie

40. Ik concludeer derhalve tot afwijzing van de hogere voorziening en tot verwijzing van requiranten in de kosten van de procedure.