teur de hieruit voortvloeiende inbreuk op artikel 85, lid 1, EEG-Verdrag, opzettelijk gepleegd in de zin van artikel 15, lid 2, van verordening nr. 17; het is daarbij niet van belang of de importeur zich er al dan niet van bewust was tegelijkertijd het verbod van artikel 85, lid 1, EEG-Verdrag te overtreden.

3. De omstandigheid dat de Commissie het in soortgelijke vroegere gevallen waarin het ging om verboden overeenkomsten tussen een concessiegever en zijn concessiehouders, niet noodzakelijk heeft geacht ook de concessiehouders te beboeten, ontneemt haar niet de bevoegdheid in een nieuwe zaak anders te beslissen wanneer is voldaan aan de bij artikel 15, lid 2, van verordening nr. 17 gestelde voorwaarden voor de uitoefening van de bevoegdheid boetes op te leggen. Een dergelijke differentiatie vormt dus geen inbreuk op het non-discriminatiebeginsel.

In de gevoegde zaken,

32/78 — BMW BELGIUM NV, te Kontich
36/78 — AUTOHANDEL O. COCQUYT NV, te Brugge
37/78 — ETN. W. JORSSEN, te Wilrijk
38/78 — GARAGE HINDRICKX, te Roeselare
39/78 — PVBA J. SIAU-VERMEESCH, te Dendermonde
40/78 — ETN. J. DE SMETH, te Overijse
41/78 — ETN. JO VALLE, te Bree
42/78 — ETN. J. DEPOTTER, te Chièvres
43/78 — GARAGE J. WILIQUET PVBA, te Verviers
44/78 — ETN. RAJANS NV, te Eigenbrakel
45/78 — GARAGE VERHAEREN, te Brussel
46/78 — S.V. DEWILDE MOTOR, te Brussel
47/78 — ETN. AUTOGAMAS PVBA, te Brussel
48/78 — ETN. HOUYOUX, te Brussel
49/78 — GARAGE LÉON LOUYET PVBA, te Charleroi
50/78 — STATION ALBERT 1er NV, te Genval
51/78 — PVBA AUTO-SERVICE, te La Louvière
52/78 — ETN. A. PETIT & CO NV, te Luik
53/78 — ETN. JEAN BLAISE PVBA, te Lobbes
54/78 — ETN. CUISINIER, te Bergen
55/78 — ETN. BRIOT PVBA, te Namen
56/78 — GARAGE GEORGES ANTOINE, te Seraing
57/78 — GARAGE HUBERT SCAILLET, te Spontin

58/78 — Etn. Ferracin, te Tamines

59/78 — Etn. Le Stop, te Wavre

60/78 — Autobedrijf De Ruysscher, te Aalst

61/78 — Garage W. Termont-Vermeire, te Adegem

62/78 — NV Centrauto, te Borgerhout

63/78 — Garage R. Geurts & Pvba, te Genk

64/78 — Etn. Dekkers, te Gent

65/78 — Etn. J. Vandeperre Pvba, te Halle (Brabant)

66/78 — J. Sebrechts, te Halle (Kempen)

67/78 — Garage Van Avondt & Zn Pvba, te Herent-Leuven

68/78 — Garage A. Ottevaere, te Hever

69/78 — Ceres-Leterme Pvba, te Ieper

70/78 — Garage St. Christophe Pvba, te Kortrijk

71/78 — Garage Vangoidsenhoven, te Vissenaken-Kumtich

72/78 — Garage Moderne-Ghyselinck, te Lokeren

73/78 — Garage R. Kellens-Behiels, te Maasmechelen

74/78 — Garage S. De Mey, te Maldegem

75/78 — Ets. J. & Sels Pvba, te Mechelen

76/78 — Garage Tanghe Pvba, te Melsbroek

77/78 — Pvba Gebr. Van Den Bulck, te Merksem

78/78 — Pvba De Kempische Molen, te Mol

79/78 — Garage W. Aelbrecht, te Opwijk

80/78 — Etn. Erco NV, te Schoten

81/78 — Garage A. Liesens, te Tongeren

82/78 — Garage Centrum-Mottoul, te Wachtebeke,

vertegenwoordigers:

— in de zaak 32/78: G. van Hecke, advocaat bij het Hof van Cassatie en (voor de schriftelijke behandeling) J. F. Bellis, advocaat te Brussel,

— in de zaken 36 — 82/78: M. Waelbroek en G. Vandersanden, advocaten te Brussel,

domicilie gekozen hebbend te Luxemburg ten kantore van E. Arendt, 34, rue Philippe II,

verzoekers,

tegen

COMMISSIE VAN DE EUROPESE GEMEENSCHAPPEN, vertegenwoordigd door haar juridisch adviseur A. Marchini-Camia als gemachtigde, bijgestaan door F. Herbert en J. J. Evrard, advocaten te Brussel, domicilie gekozen hebbend te Luxemburg bij haar juridisch adviseur M. Cervino, Bâtiment Jean Monnet, Kirchberg,

verweerster,

betreffende een verzoek tot nietigverklaring van beschikking nr. 78/155/EEG van de Commissie van 23 december 1977 inzake een procedure op grond van artikel 85 EEG-Verdrag (IV/29.146/BMW), (PB L 46 van 1978, blz. 33),

wijst

HET HOF VAN JUSTITIE,

samengesteld als volgt: H. Kutscher, president, J. Mertens de Wilmars en Mackenzie Stuart, kamerpresidenten, P. Pescatore, M. Sørensen, A. O'Keeffe en G. Bosco, rechters,

advocaat-generaal: J.-P. Warner
griffier: A. Van Houtte

het navolgende

ARREST

De feiten

I — Feiten en procesverloop

1. BMW Belgium NV, dochtermaatschappij van Bayerische Motoren Werke AG te München, opgericht in België in juli 1973, heeft als importeur van BMW-voertuigen in die Lid-Staat een net van gespecialiseerde concessiehouders opgezet voor de verspreiding van haar produkten. Op 13 januari 1975 heeft zij een model van haar standaarddistributiecontract met haar concessiehouders bij de Commissie aangemeld en om ontheffing

krachtens artikel 85, lid 3, EEG-Verdrag verzocht.

Artikel 1, a, tweede volzin van dit standaardcontract luidt:

„De concessiehouder mag echter geen voertuigen of onderdelen verkopen aan voor de verkoop van contractprodukten niet erkende wederverkopers, tenzij deze oorspronkelijke onderdelen of uitrustingsstukken voor reparatiedoeleinden dienen".

De meeste bepalingen van dit standaardcontract komen overeen met die van het contract dat ten grondslag ligt aan het in de Bondsrepubliek Duitsland en West-Berlijn door BMW München opgezette distributiestelsel, waarvoor bij beschikking van de Commissie van 13 december 1974 ontheffing is verleend krachtens artikel 85, lid 3, van het Verdrag.

2. In de loop van 1975 waren door België ter bestrijding van de inflatie prijscontrolemaatregelen vastgesteld en versterkt. Deze maatregelen die tot uitdrukking kwamen in een prijsstop voor een bepaald aantal produkten, waaronder automobielen, hadden tot gevolg dat het peil van de verbruikersprijzen voor nieuwe BMW-voertuigen in België lager lag dan in de andere landen van de Gemeenschap.

Dit prijsverschil leidde tot wederuitvoer van nieuwe BMW's vanuit België naar andere Lid-Staten van de Gemeenschap en naar derde landen. De wederuitvoer van nieuwe BMW's, met name naar de Bondsrepubliek Duitsland, bereikte zijn hoogtepunt tussen augustus en december 1975. Daar de prijsstop op 1 november 1975 werd opgeheven en het verschil tussen de Belgische en Duitse prijzen dientengevolge kleiner werd, nam de wederuitvoer naar de Bondsrepubliek Duitsland vanaf die datum in belang af.

3. Vanaf januari 1975 heeft BMW München haar Belgische dochtermaatschappij verscheidene malen per brief op de hoogte gesteld van wederinvoer van BMW's in de Bondsrepubliek Duitsland. In een brief van 23 juni 1975 verklaarde BMW München dat de wederinvoer van nieuwe BMW-automobielen in de Bondsrepubliek Duitsland onrustbarende publiciteit had gekregen waardoor hun betrekkingen met BMW-handelaren in bepaalde gebieden slechter waren geworden en verzocht BMW Belgium een circulaire aan de handelaren te zenden, die nog eens nadrukkelijk de verkooppolitiek van BMW zou onderstrepen, waarbij de aandacht op bepaalde punten zou worden gevestigd waaronder de volgende:

„De juridische situatie na goedkeuring door de Commissie van de EG van het BMW-concessiecontract houdt in, dat het alle BMW-concessiehouders niet geoorloofd is aan vrije wederverkopers te leveren. Hierbij moeten aan de zorgvuldigheid en vakkennis van de verkopende handelaren bij de beoordeling van hun kopers hoge eisen gesteld worden".

In een daaropvolgende brief van 22 juli 1975 verklaarde BMW München onder meer:

„... Overeenkomstig de bepalingen van het concessiecontract wijzen wij u er nog eens op dat een wederuitvoer op zich geen inbreuk vormt en daarom in zodanige gevallen ook niet als toelichting erin betrokken moet worden. U gelieve zich daarentegen te richten op de verdenking van verkopen aan wederverkopers die een inbreuk maken op het contract".

Tussen mei en oktober 1975 heeft BMW Belgium harerzijds verschillende concessiehouders afzonderlijke brieven geschreven over genoemde wederuitvoer. Ook zond zij twee circulaires, van respectievelijk 4 juli 1975 en 29 september 1975, aan alle Belgische BMW-vertegenwoordigers.

De circulaire van 4 juli 1975 hield met name het volgende in:

„Tot onze spijt hebben wij in de laatste weken verschillende meldingen van de BMW-fabriek in München ontvangen waaruit blijkt dat enkele verdelers BMW-wagens naar Nederland of Duitsland hebben verkocht.

Het is voor ons onbegrijpelijk dat in een periode tijdens derwelke wij tot contingentering van wagens moeten overgaan, dergelijke verkopen moeten plaats hebben.

Bovendien moeten wij erop wijzen dat elke verdeler zich met het BMW-verdelerscontract heeft verbonden geen BMW-produkten te leveren aan wederverkopers die niet erkend zijn voor de verkoop van BMW-contractprodukten.

Verdelers die via dergelijke wederverkopers wagens verkopen in het binnenland of buiten België, hebben een zware inbreuk tegen de bepalingen van het BMW-verdelerscontract begaan.

. . ."

In het tweede rondschrijven, van 29 september 1975, werd onder meer verklaard:

„Behalve individuele brieven aan bepaalde verdelers hebben wij reeds op 4 juli 1975 u allen op de bepalingen van het BMW-verdelerscontract gewezen, aangaande verkopen aan niet-erkende wederverkopers.

Er blijven echter meldingen van Duitsland en Nederland binnenkomen van verkopen in deze landen door Belgische verdelers en wij moeten, helaas, daaruit concluderen dat deze de consequenties van hun handelwijze niet kunnen of niet willen inzien.

. . .

3. Iedereen zal begrijpen, dat BMW München slechts twee conclusies daaruit kan trekken:

   a) de prijzen in België zijn te laag,

   b) de Belgische verdelers hebben te veel stock.

   En de consequenties daarvan zullen vanzelfsprekend zijn:

   a) onze prijzen zullen zo spoedig mogelijk aan de prijzen in de buurlanden aangepast worden,

   b) de leveringen van nieuwe voertuigen naar België zullen vanaf oktober 1975 ingekort worden.

4. U zelf ondervindt reeds grote nadelen door het feit dat u in een periode van schaarste van BMW-voertuigen wagens aan klanten levert die:

   a) nooit in uw werkplaats zullen verschijnen,

   b) aan wie u nooit meer onderdelen of toebehoren kunt leveren,

   c) die u niet de mogelijkheid geven op hun inruilwagen nog een bijkomende winst te boeken,

   d) die geen aanleiding tot een verkoop van een 2e of 3e BMW zullen geven zoals de meeste klanten uit uw streek het doen.

5. Daarboven schept u grote moeilijkheden voor uzelf en uw collega's in verband met de maatregelen waarvan het maar logisch zou zijn dat BMW München deze zou toepassen, dat wil zeggen drastische inkorting van de oorpronkelijk voorziene aantallen voor België.

Wij zijn daarom van oordeel dat in deze situatie slechts één oplossing de juiste kan zijn:

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.

...

Gelieve uw handtekening op bijliggende copie uw toestemming te betonen met deze voorstellen.

Bijgaand een verklaring afgegeven door de leden van de dealers-adviescommissie die onze argumenten volledig steunen en in bijeenkomsten met u nogmaals persoonlijk hun zienswijze zullen toelichten.

voor accoord: ..."

De gezamenlijke verklaring van alle acht leden van de dealeradviescommissie, eveneens gedateerd 29 september 1975, geeft uiting aan de instemming van alle leden van de commissie met: „hetgeen door BMW Belgium wordt uiteengezet in hun schrijven van 29 september 1975", en vervolgt dan:

„Wij vinden het bijzonder spijtig dat het volledig verdelersnet nadelige gevolgen zou moeten dragen die veroorzaakt werden door een klein aantal verdelers die op onverantwoorde wijze de aanbeveling van de importeur van 4 juli 1975 hebben genegeerd en wagens naar het buitenland leverden.

Wij hebben dan ook gevraagd dat de namen van deze verdelers aan ons kenbaar zullen worden gemaakt opdat wij, uw adviescommissie, in staat zullen zijn aan u allen bekend te maken welke collega's verantwoordelijk zijn voor een eventuele vermindering van de leveringen van 2-deurs en 518 modellen naar België.

De adviescommissie ziet haar belangrijkste taak daarin aan het BMW-verdelernet goed advies te geven, in dit geval kan het alleen maar luiden: ‚geen enkele verkoop meer buiten België' ".

4. Van de 90 Belgische BMW-concessiehouders hebben 48 de bij de circulaire van BMW Belgium van 29 september gevoegde, voor accoord te tekenen en terug te zenden, copiebrief getekend.

Na door BMW Belgium van haar stappen op de hoogte te zijn gesteld betuigde BMW München per brief van 17 oktober haar tevredenheid met dit optreden in de volgende bewoordingen:

„Wij hebben met tevredenheid kennis genomen van uw onderhandelingen met handelaren die door in strijd met het contract zijnde verkopen aan niet-erkende wederverkopers de capaciteit van het BMW-distributiesysteem twijfelachtig maken",

en preciseerde anderzijds:

„Tegelijkertijd moeten wij u toch opnieuw, zoals reeds in onze brieven van 17 januari, 23 juni en 22 juli 1975 gedaan, verzoeken bij uw maatregelen er absoluut rekening mede te houden dat

— een ingrijpen tegen uw contractpartners louter op grond van een wederuitvoer niet geoorloofd is, maar alleen op grond van de verdenking tegen een in strijd met het contract zijnde verkoop aan vrije wederverkopers tot grondslag van het aanmaningsschrijven strekt;

— niet met maatregelen tegen uw contractpartners gedreigd mag worden, in zoverre zij niet op grond van aantoonbare contractbreuk noodzakelijk zijn".

5. Op 20 oktober en 19 november 1975 deelden Automobilimporte C. Heuer en MGH Motorgesellschaft mbH, twee in de Bondsrepubliek Duitsland gevestigde ondernemingen, de Commissie mee dat Belgische, bij het BMW-distributienet aangesloten wederverkopers niet meer bereid waren hen bepaalde modellen nieuwe BMW's voor de wederexport naar de Bondsrepubliek te leveren. Deze inlichtingen werden vertrekt in verband met en met het oog op de eventuele toepassing van artikel 3, lid 2, sub b, van verordening nr. 17/62 van de Raad (PB 1962, nr. 13).

De twee ondernemingen stelden dat zij bij het plaatsen van de orders bij de concessiehouders slechts optraden als „tussenpersoon", handelend voor rekening van eindverbruikers, en niet als „wederverkopers".

In haar brief van 24 november 1975 stelde MGH aan BMW Belgium voor, zich ermee akkoord te verklaren, dat MGH de import van nieuwe voertuigen op grond van schriftelijke verklaringen van volmacht van de desbetreffende kopers in de Bondsrepubliek Duitsland te doen plaatsvinden. In haar schrijven van 2 december 1975 heeft BMW Belgium verklaard dat MGH nog geen enkel bewijs geleverd heeft dat op een duidelijke bemiddelingsfunctie zou wijzen, en dat het feit dat MGH zichzelf als tussenpersoon aanmerkte, aan de aard van haar werkzaamheden niets kon veranderen.

In het kader van het onderzoek in deze zaak zond de Commissie een brief aan BMW Belgium, gedateerd 26 november 1975, om vast te stellen of en in hoeverre BMW München, BMW Belgium en de dealersadviescommissie de wederuitvoer vanuit België naar andere landen van de Gemeenschap hadden verhinderd.

Op 27 januari 1976 maakte MGH bij de Rechtbank van Koophandel te Antwerpen een procedure in kort geding aanhangig tegen BMW Belgium, gebaseerd op artikel 54 van de Belgische Wet op Handelspraktijken juncto artikel 85, lid 1, EEG-Verdrag.

Op 20 februari 1976 zond BMW Belgium een nieuwe circulaire aan alle Belgische BMW-handelaren, waarin zij onder meer verklaarde.

„Met schrijven van 29 september 1975 hebben wij u gewezen op een nieuwe situatie in de Belgische markt als gevolg van de verkoop van nieuwe BMW-voertuigen aan wederverkopers in het buitenland in het jaar 1975.

In tegenstelling met onze bedoeling werd ons medegedeeld, dat dit rondschrijven alsmede de bijlage ervan door derden beschouwd worden als zijnde directieven van de invoerder aan zijn verdelersnet.

Indien zou blijken dat dit het geval is geweest zouden wij met dit schrijven een einde willen maken aan iedere verwarring omtrent dit onderwerp.

Noch in het verleden, noch heden is het onze bedoeling of die van de dealersadviescommissie geweest u wel bepaalde directieven te willen opleggen of u het verbod tot wederuitvoer te verordenen. In ieder geval vragen wij u ons rondschrijven van 29 september 1975, in zoverre als een verbod tot wederuitvoer zou kunnen weergegeven worden, als nul en gener waarde te beschouwen.

Het doel van ons schrijven van 29 september 1975 bestond hierin u er aan te herinneren dat op grond van het door u ondertekende verdelerscontract het verkopen van BMW-voertuigen aan niet-erkende wederverkopers in het binnen- en het buitenland verboden is.

In geen geval willen en wilden wij een BMW-verdeler verhinderen met een bemiddelaar van een particuliere klant te onderhandelen, maar wij verzetten ons er tegen dat de verdelers met wederverkopers verhandelen.

. . ."

De door MGH tegen BMW Belgium aangespannen procedure tot stopzetting eindigde op 11 maart 1976 in een beschikking houdende een akkoord. Deze beschikking bekrachtigde de toezegging van BMW Belgium om niet meer aan MGH te weigeren nieuwe automobielen te verkopen of door haar Belgische distributiesysteem te laten verkopen, in zover MGH niet meer als wederverkoper van zodanige door BMW Belgium verkochte automobielen zou handelen, maar slechts als importerend tussenpersoon, zodat zij indien nodig iedere verkoop door een adequate volmacht zou rechtvaardigen.

Inmiddels had MGH bij het Landgericht Bielefeld een vordering tot schadevergoeding tegen BMW Belgium ingesteld, stellende dat artikel 85, lid 1, EEG-Verdrag was geschonden. Bij vonnis van 27 september 1977 heeft het Landgericht Bielefeld de vordering afgewezen, onder meer op grond van de volgende overwegingen:

„Niet beslissend is hoe verzoekster of eventuele kopers wilden dat de werkzaamheden van verzoekster werden gezien maar hoe deze werkzaamheden door derden, met name door verweerster, moesten worden gezien. Welnu, een derde zou bij beschouwing van de uiterlijke omstandigheden op grond van de afzonderlijke contractuele betrekkingen slechts tot de conclusie kunnen komen dat verzoekster een wederverkoper was.

Anderzijds kon de circulaire van verweerster van september 1975 worden opgevat als een dergelijk (algemeen uitvoer) verbod. Het heeft echter geen zin een definitief antwoord op die vraag te geven.

Artikel 85 EEG-Verdrag gaat niet zover, dat het diegenen tegen een verbod beschermt aan wie rechtsgeldig een verkoopverbod kan worden tegengeworpen.

Dit is nu juist met verzoekster als wederverkoper het geval".

Anderzijds heeft er tussen oktober en december 1975 een briefwisseling plaatsgevonden tussen de firma Heuer en BMW Belgium die werd afgesloten met een brief van 23 januari 1976 van BMW Belgium aan Heuer, welke aldus luidde:

„Met uw brief van 15 december 1975 heeft u ons het bewijs geleverd dat u de laatste tijd geen andere werkzaamheden heeft gehad dan die van tussenpersoon bij importzaken.

Hierbij bevestigen wij, in het vervolg geen bezwaar meer te zullen maken tegen uw werkzaamheden als tussenpersoon".

6. Inmiddels had de Commissie de procedure van artikel 3 van verordening nr. 17/62 van de Raad doorgezet, welke zij op 23 december 1977 beëindigde met de vaststelling van de thans beroepen be-

schikking gericht tegen BMW Belgium en de 47 Belgische BMW-concessiehouders die de circulaire van 29 september 1975 hadden ondertekend. In deze beschikking, gepubliceerd in het Publikatieblad van 17 februari 1978 (L 46, blz. 33), stelt de Commissie in het onderhavige geval de aanwezigheid vast van twee krachtens artikel 85, lid 1, van het Verdrag verboden overeenkomsten:

— de overeenkomst die de 47 Belgische BMW-concessiehouders onderling en met BMW Belgium hadden gesloten en welke voortvloeide uit de schriftelijke instemming die zij hadden betuigd met het rondschrijven van BMW Belgium van 29 september 1975;

— de overeenkomst die de acht leden van de dealersadviescommissie onderling en met BMW Belgium hadden gesloten en waarop de circulaire van de adviescommissie 29 september 1975 berustte, aan de inhoud waarvan BMW Belgium haar goedkeuring had gehecht.

In artikel 1 van de beschikking wordt inderdaad met zoveel woorden vastgesteld dat de ondernemingen tot wie de beschikking is gericht,

„een inbreuk op het verbod van artikel 85, lid 1, van het Verdrag tot oprichting van de Europese Economische Gemeenschap gemaakt hebben, doordat zij op grond van de circulaire van BMW Belgium van 29 september 1975 en de circulaire van de BMW-dealersadviescommissie van 29 september 1975 een algemeen exportverbod overeengekomen zijn en dit in de periode van 29 september 1975 tot 20 februari 1976 in stand gehouden hebben".

Op grond van deze vaststelling legt de beschikking in lid 2 boetes op die, afhankelijk van de mate van verantwoordelijkheid in hoogte verschillen voor: a) BMW Belgium, b) de acht leden van de adviescommissie en c) de overige 39 concessiehouders. Verder is de boete voor drie leden van de adviescommissie lager dan voor de overige vijf leden vanwege hun kleinere omzet. Ten slotte bepaalt artikel 3 van de beschikking dat de aldus opgelegde boetes binnen een termijn van drie maanden na kennisgeving van de beschikking moeten worden betaald.

7. Hiertegen hebben BMW Belgium, de leden van de adviescommissie van de Belgische BMW-concessiehouders en de 39 Belgische BMW-concessiehouders tot wie de beschikking was gericht, op 10 en 15 maart 1978 de onderhavige beroepen ingesteld.

Bij beschikking van 12 april 1978 heeft het Hof besloten de zaken 36 tot en met 82/78 zowel voor de schriftelijke als voor de mondelinge behandeling en de zaken 32/78 en 36 tot en met 83/78 voor de mondelinge behandeling te voegen.

Na enkele vragen aan BMW Belgium en aan de Commissie te hebben gesteld heeft het Hof, op rapport van de rechter-rapporteur en gehoord de advocaat-generaal, besloten zonder instructie tot de mondelinge behandeling over te gaan.

II — Conclusies van partijen

Verzoekers concluderen tot vernietiging van de beschikking van 23 december 1977 van de Commissie en tot veroordeling van laatstgenoemde in de kosten.

Verweerster concludeert in alle zaken tot ongegrondverklaring van het beroep, met veroordeling van verzoekers in de kosten.

III — Middelen en argumenten van partijen

A — Zaak 32/78

1. De schending van artikel 85 EEG-Verdrag

Alvorens op de hoofdzaak in te gaan, wijst *BMW Belgium* erop dat ook de Commissie zelf niet serieus betwist dat MGH en Heuer in het relevante tijdvak als niet-erkende wederverkopers zijn opgetreden. In de aangevallen beschikking zijn bepaalde passages uit de mededeling van de bezwaren, waarin was gesteld dat de twee ondernemingen als tussenpersoon optraden en dat zij behoorden tot degenen die nadeel ondervonden van het verbod, niet overgenomen. De beschikking omzeilt deze moeilijkheid door zich te beperken tot de opmerking (punt 22) dat men de vraag of MGH en Heuer, toen zij meer nieuwe BMW's trachtten te verkrijgen, werkelijk als tussenpersoon voor eindverbruikers buiten België optraden, in het midden kan laten. In werkelijkheid heeft de plaatsvervangend directeur van het directoraat „Mededingingsregelingen, misbruik van machtsposities" van de Commissie op de hoorzitting van 23 maart 1977 met zoveel woorden erkend, dat de stelling dat MGH en Heuer als tussenpersoon waren opgetreden, niet houdbaar was.

De procedure bij de Commissie is dus aanhangig gemaakt als gevolg van klachten van bedrijven die geen aanspraak konden maken op levering van BMW-voertuigen. Men kan zich daarom afvragen of deze bedrijven, in de zin van artikel 3, lid 2, sub b, van verordening nr. 17/62 er wel een „redelijk belang" bij hadden dat de Commissie in deze zaak een procedure aanhangig zou maken.

a) De strekking van de circulaires van 29 september 1975

Na deze opmerking vooraf gaat BMW in op het geschil ten gronde en onderzoekt daarbij allereerst het probleem van de werkelijke strekking van de circulaires van 29 september 1975 (de circulaire van BMW Belgium en de bijgevoegde brief van de adviescommissie van de Belgische BMW-concessiehouders). De interpretatie dat deze circulaires een uitvoerverbod van BMW's ten doel of tot gevolg hebben, is volgens BMW Belgium onjuist; zij hadden uitsluitend ten doel de Belgische BMW-concessiehouders te herinneren aan het verbod om aan niet-erkende wederverkopers te verkopen. Immers:

i) Voor de juiste uitlegging van deze circulaires moet men in de eerste plaats naar hun tekst kijken. Deze verwijst uitdrukkelijk naar de circulaire van 4 juli 1975 die, zoals de Commissie erkent, in geen enkel opzicht onrechtmatig is en die slechts herinnert aan de verplichting (derde alinea) waartoe de Belgische BMW-concessiehouders zich hebben verbonden om, in de woorden van de concessieovereenkomst, „geen BMW-produkten te verstrekken aan voor de verkoop van BMW-contractprodukten niet-erkende wederverkopers".

De lijst van bezwaren genoemd in punt 4 van de circulaire van 29 september 1975, bevestigt, anders dan de Commissie stelt,

geenszins dat BMW Belgium de verkoop aan eindverbruikers buiten de zone wilde verbieden. Deze bezwaren kleven in hoofdzaak aan de verkoop aan niet-erkende wederverkopers die de wagen op aanzienlijke afstand van de zone van de concessiehouder doorverkoopt. Een buiten de zone gevestigde eindverbruiker zou daarentegen zonder meer losse onderdelen of accessoires kunnen kopen bij de concessiehouder bij wie hij een BMW koopt, hem zijn wagen tweedehands kunnen verkopen en bij hem zelfs zijn tweede of derde BMW kunnen kopen.

Ook de circulaire van de dealersadviescommissie van diezelfde datum beoogde, met het uiten van de teleurstelling van de commissie over het optreden van sommige concessiehouders die de adviezen van de circulaire van 4 juli 1975 niet hadden opgevolgd, een einde te maken aan praktijken (levering aan niet-erkende wederverkopers) die in strijd waren met de verplichtingen van het verdelerscontract.

De stelling van de Commissie berust op een interpretatiemethode waarbij de beslissende en duidelijke passages van deze circulaires worden genegeerd en de aandacht wordt toegespitst op andere passages die, los van hun context, zouden kunnen suggereren dat BMW Belgium beoogde iedere vorm van uitvoer te verbieden.

Deze op zichzelf al aanvechtbare methode wordt nog minder terecht, wanneer men bedenkt onder wat voor omstandigheden de circulaires van 29 september 1975 zijn verzonden. Ten gevolge van een door de Belgische regering vastgestelde prijsstop was de opkomst van nieterkende — vooral Duitse en Nederlandse — wederverkopers op de Belgische markt in de loop van 1975 voortdurend toegenomen. Juist om aan deze manipulaties een einde te maken, heeft BMW Belgium haar concessiehouders verzocht voortaan geen wagens meer naar het buitenland te verkopen of aan firma's die wagens naar het buitenland zouden leveren.

ii) In de tweede plaats volgt de werkelijke strekking van de circulaires van 29 september 1975 uit de *juridische en materiële context waarbinnen zij moeten worden geplaatst.*

Enerzijds was het rondsturen van een tweede circulaire na die van 4 juli 1975 een gevolg van de aanwijzingen van BMW München aan BMW Belgium. Daar BMW München er in haar contracten met BMW Belgium steeds op heeft gehamerd — zoals ook in de aangevallen beschikking zelf wordt toegegeven — dat het er uitsluitend om ging, de verkoop door concessiehouders aan niet-erkende wederverkopers te stuiten en niet de uitvoer zonder meer te verbieden, valt niet goed in te zien hoe BMW Belgium, 100 % dochtermaatschappij van BMW München, met de verzending van deze circulaire een ander doel heeft kunnen nastreven dan het door de moedermaatschappij voorgeschreven doel: te verhinderen dat verkopen aan niet-erkende wederverkopers voort zouden gaan. Uit het dossier komen geen factoren naar voren die dit vermoeden kunnen ontkrachten. Integendeel, BMW München oefende een bijzonder strenge controle uit op de werkzaamheden van BMW Belgium: ten tijde van de onderhavige feiten waren drie van de administrateurs van BMW Belgium werknemers van BMW München. Ten onrechte heeft de

Commissie in de brief van BMW München van 17 oktober 1975 een aanwijzing gelezen dat BMW München de door BMW Belgium genomen maatregelen als een absoluut uitvoerverbod had opgevat. In deze brief herhaalde BMW München de richtlijnen die zij in de voorafgaande brieven had gegeven; als zij het gevoel had gehad dat BMW Belgium deze richtlijn niet in acht had genomen, had BMW München daarop zeker gereageerd.

Anderzijds moeten de litigieuze circulaires worden gezien in het kader van de afzonderlijke brieven die BMW Belgium tussen 29 mei en 23 oktober 1975 aan bepaalde Belgische concessiehouders heeft gestuurd en die verre van dubbelzinnig de bewoordingen van artikel 1 van het contract in herinnering brachten.

De omstandigheid dat het merendeel van deze brieven is verzonden rond de datum waarop de circulaire van 29 september van BMW Belgium verzonden is, pleit al tegen de uitlegging die de Commissie aan de circulaire geeft. Het is onwaarschijnlijk dat een dergelijke circulaire ten doel kon hebben de uitvoer helemaal te verbieden, terwijl in kort daarvoor of daarna tot dezelfde personen gerichte afzonderlijke brieven uitsluitend het streven naar voren komt leveringen aan niet-erkende wederverkopers te beletten.

Twee van deze afzonderlijke brieven die op 23 oktober 1975, dat wil zeggen drie weken na de circulaire van 29 september 1975, werden verstuurd naar de concessiehouders Warnez en Yde, van wie BMW Belgium op goede gronden kon aannemen dat zij wagens aan niet-erkende wederverkopers in Duitsland hadden geleverd, bevestigden met zoveel woorden, dat het doel van genoemde circulaire was te herinneren aan het in artikel 1 van het contract neergelegde verbod van verkoop aan „niet-erkende wederverkopers".

iii) In de derde plaats moet men de circulaires van 29 september 1975 voor de vaststelling van hun werkelijke strekking bezien in het licht van het *optreden van partijen.* Zowel het optreden van BMW Belgium als dat van haar concessiehouders bewijzen immers dat de circulaire van 29 september 1975 moet worden uitgelegd als een herinnering aan de verplichtingen die uit artikel 1 van het contract voortvloeien.

— Wat het optreden van *BMW Belgium* betreft: uit een groot aantal aanwijzingen volgt dat zij zich gedurende het hele tijdvak van 29 september 1975 tot en met 20 februari 1976 nimmer heeft verzet tegen de verkoop aan particulieren of aan erkende buitenlandse concessiehouders, die de Belgische concessiehouders hebben kunnen verrichten; zij heeft zich uitsluitend verzet tegen de verkoop van BMW's door haar concessiehouders aan niet-erkende wederverkopers.

Met het versturen van de circulaire van 20 februari 1976 aan haar concessiehouders had BMW Belgium geen andere bedoeling dan te herinneren aan de termen van het verdelerscontract. Haar houding was toen geenszins ingegeven door het verzoek om inlichtingen van de Commissie van 26 november 1975. Eerst op 17 november 1976 stelde de Commissie in haar mededeling van bezwaren BMW Belgium op de hoogte van haar bedenkingen tegen de circulaire van 29 september 1975.

— Wat de *concessiehouders* betreft, staat vast dat zij ook na 29 september 1975 zijn doorgegaan met de verkoop van BMW's aan particulieren en erkende buitenlandse concessiehouders. Deze exporten — waarvan de vermindering na 1 november 1975 het gevolg was van de verhoging van de prijzen in België, hetgeen aantoont dat de circulaire van 20 februari 1976 geen enkele invloed heeft gehad op de verkoop naar het buitenland in die zin, dat deze daardoor zou zijn toegenomen vergeleken met de door de circulaires van 29 september 1975 geschapen situatie — zijn niet alleen verricht door concessiehouders die de circulaire niet hadden ondertekend, maar ook door concessiehouders die dat wel hadden gedaan. Hun optreden bevestigt dat ze de circulaire hebben begrepen als een bekrachtiging van artikel 1 van het contract.

Zo het Hof dit nodig mocht achten, biedt BMW Belgium overigens aan, met alle middelen rechtens en met name door getuigen te bewijzen dat de circulaires van 29 september 1975 door de concessiehouders in die zin zijn opgevat.

De door de Commissie genoemde omstandigheid (verweerschrift blz. 20) dat concessiehouder Sels onmiddellijk na de circulaire van 29 september 1975 aan MGH zijn besluit heeft meegedeeld om iedere levering te weigeren „zonder de hoedanigheid van MGH na te gaan", is geenszins een bewijs van het tegendeel. Het zou immers geen uitvoerig onderzoek hebben vereist om de hoedanigheid van MGH vast te stellen. Het feit dat MGH op eigen naam twaalf wagens tegelijk bestelde, stelde Sels al direct in staat MGH als (nieterkende) wederverkoper te herkennen.

Het gemaakte onderscheid tussen concessiehouders die wel en die niet de copie van de circulaire getekend aan BMW Belgium terug hebben gestuurd, is trouwens kunstmatig. Alle concessiehouders van het BMW-net hadden immers een exemplaar van de circulaire ontvangen en niemand heeft blijk gegeven van zijn afkeuring. Nu BMW Belgium geen herinnering heeft gestuurd waarbij zij erop aandrong dat de concessiehouders de circulaire zouden tekenen, valt niet na te gaan hoeveel concessiehouders bij rappel alsnog zouden hebben getekend. Overigens is er geen opvallend verschil te bemerken in het optreden van de concessiehouders die de circulaire wel en zij die haar niet hebben getekend. De stelling dat de afwezigheid van de handtekening van een aantal concessiehouders noodzakelijkerwijze moet worden uitgelegd als een aanwijzing voor een of ander bezwaar tegen de tekst van de circulaire, wordt door niets gerechtvaardigd: het is misschien realistischer om hierin een teken van achteloosheid te zien.

Op grond van al deze factoren komt BMW Belgium tot de conclusie dat de circulaires van 29 september 1975 geen ander doel hadden dan aan de uit artikel 1 van het contract voortvloeiende verplichtingen te herinneren, en dat ook degenen tot wie ze waren gericht, er geen verdergaande doelstelling in hebben gelezen en geen algemeen verbod van iedere uitvoer uit België. Het argument van de Commissie, dat noch de leden van de adviescommissie noch de concessiehouders in casu de aanwezigheid van een inbreuk

op artikel 85, lid 1, van het Verdrag betwisten (verweerschrift blz. 20), wordt gelogenstraft door het feit dat zij beiden primair de vernietiging van de aangevallen beschikking vorderen.

b) De betekenis van het tekenen van de circulaire BMW Belgium d.d. 29 september 1975

Verzoekster stelt met klem dat er in casu geen „overeenkomsten" zijn gesloten in strijd met artikel 85, lid 1, van het Verdrag. *Het tekenen* van de circulaire van BMW Belgium van 29 september 1975, dat door de Commissie als constitutief vereiste wordt beschouwd voor het ontstaan van de verweten overeenkomsten, was slechts een eenvoudige formaliteit, uitsluitend ingegeven door praktische motieven.

Dat BMW Belgium haar concessiehouders heeft verzocht haar de copie van de circulaire getekend terug te sturen, brengt geenszins mee dat de circulaire de strekking heeft die de Commissie daaraan toekent. Daar een groot aantal concessiehouders artikel 1 van het verdelerscontract niet meer in acht nam, was het niet onredelijk dat BMW Belgium hen verzocht hun verbintenis schriftelijk te hernieuwen. Een dergelijk verzoek was overigens ook door BMW Belgium bij afzonderlijke brieven aan bepaalde concessiehouders gedaan.

Maar de werkelijke reden waarom BMW in dit geval haar vertegenwoordigers heeft verzocht haar de copie van de circulaire getekend terug te sturen, lag elders. Het was in wezen een praktische reden, namelijk te voorkomen dat de circulaire van 29 september 1975 onopgemerkt zou blijven in de stroom van papieren die de Belgische BMW concessiehouders bijna dagelijks van BMW Belgium ontvingen (ten minste 134 circulaires over verschillende onderwerpen tussen juli 1975 en eind februari 1976 en daarnaast nog de normale correspondentie, rekeningen, formulieren etc.). In de redenering van BMW Belgium deed deze ondertekening pro forma geen overeenkomst naar burgerlijk recht ontstaan. Het was uitsluitend een middel om de aandacht van de concessiehouders op de tekst van de circulaire te vestigen: vandaar ook dat men geen rappel heeft gestuurd aan de concessiehouders die de copie van de circulaire niet terug hebben gestuurd.

2. Met betrekking tot de boete

Allereerst is de *oplegging* van de boete niet gerechtvaardigd.

Uit het voorafgaande volgt immers dat BMW Belgium haar concessiehouders niet kon vragen een algemeen uitvoerverbod te onderschrijven, en uitsluitend voor ogen heeft gehad de verkoop aan niet-erkende wederverkopers te beletten. Ook al zouden bepaalde uitdrukkingen in de circulaire van 29 september 1975, los van hun context, de indruk kunnen wekken dat BMW Belgium meer beoogde, dan nog kan niet worden gezegd dat BMW Belgium de „opzet" heeft gehad een handeling in strijd met het Verdrag te verrichten. Juist met het doel dit laatste te vermijden, heeft BMW Belgium de tekst van de circulaire aan haar vaste adviseur voorgelegd, hetgeen getuigt van haar verlangen de wet te respecteren.

Overigens had de duur van de aangevoerde inbreuk, die door de beschikking op vijf maanden wordt gesteld, aanmerkelijk kunnen worden verkort als de Commissie haar bezwaren tegen de circulaire van 29 september 1975 sneller had meegedeeld. BMW Belgium heeft immers uit eigen beweging de circulaire van 20 februari 1976 aan haar distributienet verstuurd; dit had eerder kunnen gebeuren als de Commissie, al was het maar voorlopig, haar bezwaren na ontvangst van de circulaire aan BMW Belgium kenbaar had gemaakt.

In de tweede plaats is het *bedrag* van de boete niet gerechtvaardigd, immers te hoog, met name gezien:

— de aard van de inbreuk, die zich beperkte tot het gebruik van enkele woorden die ongelukkig waren gekozen, omdat ze ruimer waren dan de bedoeling van de schrijver was, in een tekst waarvan de algemene strekking niet onrechtmatig was;

— de korte tijdsduur tussen de verzending van de circulaire van 29 september 1975 en die van de circulaire van 20 februari 1976,

— het feit dat de beweerde inbreuk geen enkele andere werkelijke invloed heeft gehad op de handel tussen België en de andere landen van de Gemeenschap dan dat de aankoop van nieuwe BMW's in België door niet-erkende wederverkopers, dat wil zeggen bedrijven die toch al geen rechtsgeldige aanspraak konden maken op levering van wagens, werd bemoeilijkt.

In haar antwoord geeft *de Commissie* eerst een overzicht van de door haar gevolgde praktijk en van de rechtspraak van het Hof met betrekking tot de uitlegging en toepassing van artikel 85 EEG-Verdrag, op het gebied van uitvoerverboden.

Verder schetst zij de bijzonderheden van de „automobiel"-sector en geeft, na een korte samenvatting van de feiten van het geding, het kader aan waarbinnen de discussie zich afspeelt. Zij haalt in dit verband naar voren dat deze discussie geen betrekking heeft op het verbod van verkopen aan niet-erkende wederverkopers, dat voor de concessiehouders voortvloeit uit een selectief distributiestelsel als dat wat BMW München toepast, maar op het voorstel van BMW Belgium aan haar dealers in de circulaire van 29 september 1975 om geen wagens meer uit België te exporteren, hetgeen niet enkel niet is toegelaten in het kader van een selectief distributiestelsel, maar zelfs uitdrukkelijk is uitgesloten bij de beschikking van de Commissie van 13 december 1974, waarbij dit stelsel voor BMW München werd toegelaten.

Dat er ten tijde van de litigieuze feiten een aanmerkelijk prijsverschil bestond tussen België en de Bondsrepubliek Duitsland en dat de sedertdien in België en in de andere Lid-Staten opgetreden wijzigingen hebben geleid tot een nivellering van de verbruikersprijzen en een afname van de uitvoer naar Duitsland, wordt niet betwist. Maar dit alles is niet van belang voor zover vaststaat dat de onderhavige circulaires alle uitvoer naar andere Lid-Staten *beoogden* te verbieden: nu het doel van de afspraak onrechtmatig is, doet het er niet toe of deze afspraak een merkbare invloed heeft gehad op de intracommunautaire handel.

Anderzijds zou de vraag of de weigering van de Belgische BMW concessiehouders om aan MGH en Heuer te leveren, wordt gerechtvaardigd door de aan deze twee ondernemingen toe te kennen hoedanigheid van „wederverkoper", slechts relevant zijn voor de waardering van de aangevallen beschikking als de laatste nu juist op de waardering van deze hoedanigheid zou zijn gebaseerd. Dit nu is niet het geval. Het al dan niet gerechtvaardigd zijn van de aan MGH en Heuer tegengeworpen weigering en het bestaan van een „gerechtvaardigde verdenking" tegen deze twee ondernemingen dat zij de hoedanigheid van „wederverkoper" niet bezitten, zijn geen constitutieve elementen van de beschikking; deze is uitsluitend gebaseerd op de bepalingen van een overeenkomst die de Belgische BMW-concessiehouders *in het algemeen* (en zonder tijdslimiet) alle verkoop naar het buitenland verbiedt.

Wat inzonderheid de uitlegging betreft, die verzoekster aan de brief van 6 oktober van concessiehouder Sels geeft: de omstandigheid dat MGH op eigen naam twaalf wagens tegelijk bij Sels heeft besteld, bewijst geenszins dat de door Sels ontvangen bestelling slechts van een niet-erkende wederverkoper afkomstig kon zijn. De bestelling had even goed afkomstig kunnen zijn van een erkende wederverkoper of van een onderneming die een „wagenpark" van hetzelfde merk wilde kopen (voor dit laatste geval is in de overeenkomst een uitdrukkelijke voorziening opgenomen).

Na deze algemene opmerkingen onderwerpt de Commissie meer in het bijzonder de middelen van het beroep aan een nadere beschouwing, waarbij zij in grote lijnen het volgende opmerkt.

1) De schending van artikel 85 van het Verdrag

a) De strekking van de circulaires van 29 september 1975

De argumenten door verzoekster ter ondersteuning van haar interpretatie van de circulaires van 29 september 1975 aangevoerd, bevestigen geen van alle de gegrondheid van haar stelling.

i) Allereerst met betrekking tot de *tekst* van de circulaires: ook al moge in de circulaire van 29 september 1975 worden verwezen naar de circulaire van 4 juli 1975, waarin verzoekster heeft gepoogd het leveringsverbod te beperken tot niet-erkende wederverkopers, niet kan worden ontkend dat, afgezien van deze verwijzing, de circulaires globaal betrekking hebben op uitvoer zonder meer. Om zich hiervan te overtuigen behoeft men slechts de passages van de circulaire te lezen, waarin BMW Belgium, na erop te hebben gewezen dat er uitvoer plaatsvond naar de Bondsrepubliek Duitsland en Nederland — zonder daarbij onderscheid te maken tussen geoorloofde en ongeoorloofde verkoop in de zin van het contract (tweede alinea) — en na de oorzaken van dit verschijnsel te hebben uiteengezet (nr. 2), de ongewenste gevolgen opsomt die uit dien hoofde van de kant van BMW München (nr. 3) en van de kant van de koper (nr. 4) te verwachten zijn. Juist met het oog op deze gevolgen geeft de circulaire ten slotte het te volgen beleid aan, inhoudend dat „geen enkele BMW-verdeler in België ... voortaan nog wagens naar het buitenland (zal) verkopen of aan firma's die naar het buitenland zouden leveren" (nr. 5, tweede alinea).

Een nadere analyse van deze ongewenste gevolgen leert dat de circulaire in werkelijkheid beoogt alle uitvoer van BMW's te verbieden.

Gelet op deze opsomming, is de enige relevante vraag of, gezien de expliciete en ondubbelzinnige bewoordingen van de in de circulaire gedane voorstellen, uit de genoemde nadelen duidelijk was af te leiden dat deze voorstellen slechts sloegen op verkoop aan niet-erkende wederverkopers. Een bevestigend antwoord hierop is slechts mogelijk indien genoemde nadelen zich enkel zouden kunnen voordoen bij verkoop aan niet-erkende wederverkopers. Maar dat is niet het geval; de genoemde nadelige gevolgen kunnen naar hun aard verbonden zijn aan elke verkoop buiten de zone en in het bijzonder aan elke uitvoer, onverschillig of daarbij niet-erkende wederverkopers, erkende concessiehouders buiten de zone, eindverbruikers of tussenpersonen voor laatstgenoemden betrokken zijn.

Bovendien zou er geen aanleiding zijn geweest om de concessiehouders te vragen om schriftelijk hun instemming „met deze voorstellen" te betuigen (zoals de circulaire doet), wanneer het werkelijke doel van de circulaire zou zijn geweest, het al in artikel 1 van de concessieovereenkomst neergelegde verbod in herinnering te brengen. In dit verband is het veelzeggend dat noch de leden van de dealeradviescommissie noch de concessiehouders zelf in de beroepen 36-82/78 het bestaan van de door de Commissie vastgestelde inbreuk hebben betwist. De brief die concessiehouder Sels — ondertekenaar van de circulaire — op 6 oktober 1976 aan verzoekster heeft geschreven, schijnt dit overigens te bevestigen. De circulaire van de dealersadviescommissie laat evenmin aan duidelijkheid te wensen over. Zeker, er wordt daarin verwezen naar de circulaire van BMW Belgium van 4 juli 1975, maar tevens staat vast dat daarin aan de Belgische BMW-dealers wordt aanbevolen zich van iedere export te onthouden, waarbij zij de raad krijgen: „geen enkele verkoop meer buiten België".

ii) Ten tweede: om de stelling gebaseerd op de *juridische en materiële context* waarbinnen de circulaires van 29 september 1975 zouden moeten worden geplaatst, te kunnen afwijzen, behoeft men slechts de bewoordingen van deze circulaires te vergelijken met de duidelijk andere strekking van de brieven van BMW München aan BMW Belgium.

De bewering dat BMW Belgium, als 100 % dochtermaatschappij van BMW München, met de circulaires in kwestie geen ander doel kon nastreven dan dat wat de moedermaatschappij had voorgeschreven, is geen bruikbaar criterium voor de interpretatie van deze circulaires. De wil van BMW München zoals die tot uitdrukking komt in haar brief van 17 oktober 1975, is en blijft een zuiver interne aangelegenheid, vallend binnen de aanwijzingen van een moedermaatschappij aan haar dochter, welke aanwijzingen derden niet raken.

Welnu, slechts die uiterlijke omstandigheden zouden aan de onderhavige overeenkomst (tot stand gekomen door de circulaire van BMW Belgium en de instemming van de concessiehouders met deze circulaire) de betekenis kunnen ont-

nemen die haar bepalingen „op zichzelf bezien" daaraan toekennen, welke *alle partijen* bij de overeenkomst raken, dus ook degenen tot wie de circulaire is gericht, en niet omstandigheden die slechts één der partijen raken, zoals nu juist interne aanwijzingen van de moedermaatschappij aan haar dochter. Het aan deze aanwijzingen ontleende argument rechtvaardigt dus niet de stelling, dat de circulaire voor de concessiehouders een andere betekenis zou moeten hebben dan die welke door de tekst ervan wordt uitgedrukt.

Anderzijds treft het uit de verzending van afzonderlijke brieven geputte argument om verschillende redenen geen doel en ontdoet het het bewijsaanbod van verzoeksters met betrekking tot dit punt van ieder belang. Bedoelde brieven hielden de verwarring van verboden met geoorloofd gedrag in stand. Bovendien vormen een aantal door de raadsman van verzoekers in de zaken 36-82/78 aan de Commissie overgelegde brieven een aanwijzing voor het bestaan zowel van een algemeen beleid om export te verbieden, als van een pressie van BMW Belgium, die de concessiehouders ertoe moest brengen zich van iedere vorm van uitvoer, zelfs van rechtmatige, te onthouden (dupliek bijlagen 7, 8 en 9).

Overigens kunnen de brieven van vóór de circulaire alle twijfel over de strekking van laatstgenoemde slechts wegnemen, voor zover deze brieven omstandigheden zouden zijn die alle partijen bij de overeenkomst raakten. Dit is echter niet het geval: daar de brieven slechts een beperkt aantal ondertekenaars raakten, konden zij hoogstens te hunnen aanzien de strekking van de circulaires beperken. Bovendien vormen deze brieven zelfs met betrekking tot die ondertekenaars geen bewijs voor de beweerdelijk beperkte betekenis van de circulaires van september 1975. In deze brieven reageert BMW Belgium immers met onomwonden en duidelijke verwijten op schendingen van de overeenkomst, terwijl de circulaires, gezien de bewoordingen ervan, een algemeen uitvoerverbod bevatten. Onder deze omstandigheden is het uitgesloten dat concessiehouders die zowel brieven als circulaires ontvingen, een beperkte uitleg konden geven aan het in die circulaires vervatte verbod. Als immers het verbod van beperkte strekking was geweest, dan had BMW Belgium de bewoordingen van de afzonderlijke brieven gebruikt. De twee in de repliek (blz. 10) aangehaalde en na de circulaires geschreven brieven kunnen al evenmin een aanwijzing geven voor de tussen partijen vaststaande strekking van de circulaires van 29 september 1975, om de eenvoudige reden dat zij — evenals de terechtwijzing van BMW München aan BMW Belgium van 17 oktober 1975 — na deze circulaires zijn geschreven en bovendien gericht zijn tot concessiehouders die geen partij bij de overeenkomst waren, daar zij de circulaire niet hadden ondertekend.

Ten slotte moeten de andere concessiehouders, die hebben getekend en geen individuele brieven hebben ontvangen, niet uit het oog worden verloren. Men kan zich afvragen of deze concessiehouders, geconfronteerd met de tekst van de

circulaires, daarin niet een uitbreiding van de strekking van de voorafgaande circulaire van 4 juli 1975 moesten zien.

Verder moest het BMW Belgium — vanwege de algemene en bijzondere kennis die zij, als 100 % dochteronderneming van BMW München, droeg van de strekking van het verbod van artikel 85, lid 1, EEG-Verdrag op het gebied van selectieve distributie — bekend zijn, dat een algemeen exportverbod een belemmering vormde voor het verkrijgen van de door haar, uit hoofde van artikel 85, lid 3, verzochte ontheffing voor het verdelerscontract voor België. Terwijl zij deze overeenkomst heeft aangemeld, heeft zij in een ander document, dat niet mede was aangemeld en niet was bestemd om buiten de beperkte kring van concessiehouders te komen, opnieuw een algemeen uitvoerverbod ingevoerd, dat zij welbewust niet in de overeenkomst had opgenomen.

iii) Wat verder het *optreden van partijen* betreft: dat verzoekster zich niet heeft verzet tegen de verkoop door Belgische concessiehouders aan particulieren of aan erkende concessiehouders in het buitenland, is geen bewijs voor de beperkte strekking van de circulaire van 29 september 1975, nu verzoekster pas van deze exporten heeft kunnen weten nadat zij hierover op de hoogte was gesteld door het naburige verkoopnet waarheen de exporten hadden plaatsgevonden, en daar inmiddels de aanwijzingen van BMW München van 17 oktober 1975, het verzoek om inlichtingen van de Commissie van 26 november 1975 en de op 27 januari 1976 bij de Rechtbank van Koophandel te Antwerpen door MGH aangespannen procedure haar wel tot een zekere voorzichtigheid hadden moeten manen.

Overigens had de poging van verzoekster om aan te tonen dat degenen tot wie de circulaires van 29 september 1975 waren gericht, deze hebben moeten begrijpen en begrepen hebben als een uitvoerverbod overeenkomstig artikel 1 van het verdelerscontract, slechts dan kunnen slagen als bewezen zou zijn dat alle „ingewijden" (d.w.z. alle, of bijna alle, concessiehouders, of ze nu hadden getekend of niet) de circulaires slechts in voormelde zin hadden kunnen opvatten. Of althans had moeten worden bewezen dat alle partijen bij de overeenkomst (d.w.z. behalve BMW Belgium de 47 ondertekenaars) aan de circulaires een beperktere betekenis hebben moeten toekennen dan daaraan in het normale spraakgebruik wordt toegekend. Welnu, verzoekster vermeldt in dit verband zes concessiehouders (repliek blz. 13) die na ontvangst van de circulaire nog exporten bestemd voor particulieren hebben uitgevoerd. Maar nog afgezien van het feit dat:

— twee van deze concessiehouders de circulaire van BMW Belgium niet hebben ondertekend,

— de (zeer weinige) exporten waar het om ging, konden voortvloeien uit een bewuste bedoeling de ontvangen instructies niet op te volgen,

— de exporten vooral betrekking schijnen te hebben op „transit" transacties die, zelfs toen het verdelerscontract nog een algemeen exportverbod bevatte, waren toegestaan,

en zelfs als men aanneemt dat de betrokken concessiehouders de circulaire in de door verzoekster aangeprezen zin hebben opgevat — quod non —, bewijst het feit dat enkele ontvangers van de circulaire deze in een beperktere zin hebben

kunnen opvatten dan haar tekst rechtvaardigt, nog niet dat de grote meerderheid van de concessiehouders dat eveneens heeft gedaan.

In werkelijkheid hebben noch de leden van de adviescommissie noch de concessiehouders zelf in de beroepen 36-82/78 in casu het bestaan van de door de Commissie vastgestelde inbreuk ontkend, hetgeen er toch wel op wijst dat de litigieuze circulaire een algemeen uitvoerverbod beoogde. Toen verzoekers tijdens de hoorzitting trachtten de circulaires in hun context te plaatsen, hebben zij zich in feite beijverd het gebrek aan instemming hunnerzijds te belichten en niet de afwezigheid van een restrictief doel (verzoekschrift, bijlage 17, blz. 10).

De Commissie leidt hieruit af dat BMW Belgium en de ondertekenaars van de circulaire van 29 september 1975 overeenkomsten voor onbepaalde tijd hebben gesloten betreffende export van BMW's vanuit België naar andere Lid-Staten.

b) De betekenis van de ondertekening van de circulaire van BMW Belgium van 29 september 1975

De Commissie meent dat de plaatsing van een handtekening door de betrokken concessiehouders onder de circulaire van BMW Belgium van 29 september 1975, een constitutief element is voor de tussen die partijen tot stand gekomen overeenkomst. Het eisen van deze handtekening was niet uitsluitend bedoeld als middel om te voorkomen dat de circulaire onopgemerkt zou blijven. Immers,

— dat BMW Belgium bij andere gelegenheden een handtekening heeft gevorderd om de betrokkene bij overtreding van zijn contractuele verplichtingen ertoe aan te zetten de oude verbintenis te hernieuwen, sluit niet uit dat een handtekening wordt gevorderd wanneer een nieuwe verbintenis wordt aangegaan in aansluiting op „voorstellen";

— als men met het vorderen van een handtekening slechts had willen voorkomen dat de circulaire onopgemerkt zou blijven, zou het logisch zijn geweest dat men, na de ontdekking dat nauwelijks de helft van de geadresseerden er kennelijk aandacht aan had besteed, een rappel zou hebben gestuurd om de zekerheid te hebben dat de circulaire niet „in de massa verloren was gegaan";

— alles wijst erop dat de handtekening-eis BMW Belgium in staat moest stellen erachter te komen wie van haar concessiehouders zijn instemming betuigde met een algemeen uitvoerverbod. Deze eis moet worden bezien in het licht van het nauwelijks verhulde dreigement in de circulaire van de adviescommissie.

2) De boete

Met betrekking tot het *beginsel* van de oplegging van een boete, merkt de Commissie allereerst op dat verzoeksters stelling dat zij niet „met opzet" heeft gehandeld, geen enkele steun vindt in het advies van haar raadsman van 26 september 1975. Het verspreiden van een circulaire die duidelijk een algemeen uitvoerverbod bevat, wijst noodzakelijkerwijs op de opzet van zijn opsteller en niet op zijn ernstige onachtzaamheid. Een tegengestelde opvatting zet de deur open voor duistere praktijken en maakt het bewijs van opzet voor de Commissie zwaarder.

In de tweede plaats is de omstandigheid dat de aanwijzingen van BMW München aan haar 100 % dochteronderneming BMW Belgium, in de richting gingen van een beperkt en niet van een globaal uitvoerverbod, niet beslissend. De Commissie kon in haar beschikking op goede gronden de gevolgtrekking maken dat, hoewel BMW Belgium aan het toezicht van BMW München was onderworpen, zij niettemin die beperkte mate van beslissingsvrijheid genoot waardoor zij over de inhoud van haar circulaire kon beslissen. Afgezien van het feit dat BMW Belgium tijdens de administratieve procedure nooit heeft gesteld dat haar afhankelijkheid van BMW München zover ging, dat het haar niet was toegestaan zelf de inhoud van de onderhavige circulaire vast te stellen, verdient het opmerking dat BMW München, waar zij zich bij haar interventie van 17 oktober 1975 ertoe beperkt eenvoudig aan de grenzen te herinneren waarbinnen een selectief distributiestelsel zich tegen uitvoer kan verzetten, schijnt te bevestigen dat zij haar Belgische dochtermaatschappij de nodige vrijheid van handelen liet om zelf over de inhoud van haar circulaire te beslissen.

Maar zelfs als men zou aannemen dat BMW München niet een dergelijke vrijheid aan BMW Belgium had gelaten, dan zou daar anderzijds alleen maar uit volgen dat het desbetreffende optreden moet worden aangemerkt als een typische handeling waarbij twee bedrijven als eenheid zijn opgetreden. Dan zou het tevens geoorloofd zijn, hen beiden dit optreden en de inbreuk op artikel 85 van het Verdrag hoofdelijk toe te rekenen. Dat de Commissie in dat geval zou hebben nagelaten gebruik te maken van deze eenheid van handelen om de verantwoordelijkheid van de dochtermaatschappij tot de moedermaatschappij uit te strekken, vermag de rechtmatigheid van de ten aanzien van de dochtermaatschappij genomen beschikking geenszins aan te tasten.

In werkelijkheid is het ontbreken van een snelle reactie van BMW Belgium op de interventies van BMW München, en met name op die van 17 oktober 1975 — terwijl de terechtwijzing van de moedermaatschappij, de door de raadsman van verzoekster geuite bezorgdheid en het verzoek om inlichtingen van de Commissie van 26 november 1975 bij BMW Belgium toch geen twijfel meer hadden kunnen laten bestaan over de extensieve en dus verboden strekking van de twee onderhavige circulaires — veelbetekenend. Uit deze omstandigheden, evenals overigens uit de duidelijke bewoordingen van deze circulaires, blijkt integendeel dat verzoekster met haar verzoek aan de concessiehouders de circulaire van 29 september 1975 te ondertekenen, bewust heeft getracht door het tot stand brengen van een mededingingsregeling zonder enige vorm van aanmelding bij de Commissie, tot een algemeen uitvoerverbod te komen, iets wat de Commissie aan BMW München had geweigerd en waarvan verzoekster wist dat het in strijd was met artikel 85, lid 1, van het Verdrag en niet vatbaar voor een ontheffing ex artikel 85, lid 3.

Als het Hof ondanks dit alles mocht menen dat het bewijs van opzet bij de, door de betwiste beschikking gewraakte, inbreuk niet is geleverd, doet de vraag zich voor of het in de uitoefening van zijn volledige rechtsbevoegdheid (verordening nr. 17/62, artikel 17) de beschikking van de Commissie niet door de zijne behoort te vervangen en behoort vast te stellen dat de inbreuk uit onachtzaamheid is begaan, nu de voor deze vaststelling noodzakelijke elementen in elk geval aanwezig zijn.

Met betrekking tot *de hoogte* van de boete onderstreept de Commissie anderzijds dat deze in overeenstemming is met de mate van schuld van verzoekster die, hoewel ze de grenzen van haar selectieve distributiestelsel zeer wel kende, niet heeft geaarzeld om artikel 85 van het Verdrag bewust te overtreden.

De stelling dat de inbreuk korter zou hebben geduurd als de Commissie verzoekster sneller van haar bezwaren op de hoogte had gesteld, is ongefundeerd. Uit het overzicht van de feiten blijkt dat de administratieve procedure, waarbij een groot aantal ondernemingen was betrokken en die is geëindigd met de vaststelling van de litigieuze beschikking, door de Commissie in alle stadia onverpoosd en zonder noemenswaardige vertraging is doorgezet en dat veeleer BMW Belgium, door niet sneller op de hierboven genoemde punten te reageren, heeft bijgedragen tot de duur van de inbreuk.

Rekening houdend met de strekking van de circulaire van 29 september 1975, haar context, het op zichzelf restrictieve karakter van het selectieve distributiestelsel, dat niettemin krachtens artikel 85, lid 3, van het Verdrag is toegelaten, en met het feit dat de boete niet alleen de repressie dient, maar ook de speciale en generale preventie, komt de in het onderhavige geval opgelegde boete niet overdreven streng voor.

B — Zaken 36-82/78

1) Middelen en argumenten van partijen

Verzoekers ontwikkelen allereerst een feitelijk betoog met algemene argumenten die betrekking hebben op alle beroepen. Allereerst betwisten zij dat de verplichting die zij op verzoek van BMW Belgium op zich hebben genomen om voortaan geen nieuwe wagens meer naar het buitenland te verkopen, is begrepen of uitgelegd als een poging om de markten te verdelen. Immers:

— Uit de hele juridische en materiële samenhang waarin de litigieuze feiten moeten worden geplaatst, van de tussen 17 januari en 17 oktober 1975 door BMW München aan BMW Belgium gerichte brieven tot aan de circulaires van BMW Belgium van 4 juli 1975, 29 september 1975 (eerste alinea) en 20 februari 1976, blijkt dat de circulaires van 29 september 1975 slechts de verkoop aan niet-erkende wederverkopers beoogden te verbieden.

— De door verweerster in bijlage 5 bij het verweerschrift overgelegde brieven van BMW Belgium aan bepaalde concessiehouders, waarin zij worden herinnerd aan hun contractuele verplichting om niet aan „niet-erkende wederverkopers" te verkopen, doen duidelijk uitkomen dat de enige zorg van BMW Belgium was de eerbiediging van het selectieve distributiestelsel, zoals dat door de Commissie als geldig was erkend, te verzekeren, en laten eens te meer zien dat het wel degelijk de bedoeling van zowel de importeur als van de concessiehouders was om verkoop aan niet-erkende wederverkopers in het buitenland te voorkomen. Dat MGH en Heuer „groeiende moeilijkheden ondervonden om zich in België te bevoorraden van nieuwe voertuigen", bewijst geenszins dat het verbod van parallelle invoer was verzwaard, daar

het nu juist geoorloofd was, niet te leveren aan niet-erkende wederverkopers zoals deze twee ondernemingen. Zoals blijkt uit de als bijlage bij de repliek overgelegde antwoorden, hebben deze brieven voor wat de verkoop naar het buitenland betreft, geen enkele uitwerking gehad op het optreden van de concessiehouders. In dit verband verdient het de aandacht dat er geen enkele klacht is ingediend door niet tot de bedrijfstak behorende particulieren, om de eenvoudige reden dat het zogenaamde algemene exportverbod nooit op hen is toegepast.

— De vraag naar de exacte aard van de werkzaamheden van MGH en Heuer is, anders dan de Commissie stelt, geenszins van belang ontbloot, want juist het klimaat van „gerechtvaardigd vertrouwen" dat op dit punt binnen het hele Belgische net van BMW-concessiehouders heerste, verklaart in belangrijke mate de bewoordingen van de circulaires van 29 september 1975 en toont aan hoe BMW Belgium en haar concessiehouders in werkelijkheid het selectieve distributiestelsel hebben willen beschermen tegen de manipulaties van niet-erkende wederverkopers.

— Om de strekking van de verbintenis, die verzoekers aangingen door de circulaire van 29 september 1975 te tekenen, op juiste waarde te schatten, is het van belang de nadruk te leggen op de positie van enge en totale economische afhankelijkheid waarin verzoekers zich ten opzichte van BMW Belgium bevonden. Om zich hiervan te overtuigen behoeft men slechts de artikelen 3 en 6—16 van het contract te lezen. Mede gezien het feit dat het grootste deel van de omzet van de concessiehouders afkomstig is van de verkoop van wagens en reserve-onderdelen van BMW, volgt hieruit dat de concessiehouders als het ware verplicht waren zich op straffe van verlies van hun concessie, naar de wil van BMW Belgium te schikken.

— Verder moet men evenmin vergeten dat het, vanwege de niet te verwaarlozen nadelen die de verkoop buiten de zone met zich meebrengt, voor de hand ligt dat concessiehouders bij voorkeur uitsluitend aan klanten uit hun zone verkopen, zonder dat men daarin een bedoeling moet zien zich principieel tegen de verkoop naar het buitenland te verzetten.

— Zoals blijkt uit de brieven die als bijlage bij de repliek zijn gevoegd, hebben de litigieuze circulaires overigens voor wat de verkoop naat het buitenland betreft, geen enkele uitwerking gehad op het gedrag van de concessiehouders.

Verzoekers verklaren zich bereid, ter ondersteuning van hun stellingen, met alle middelen rechtens onder meer het ontbreken van de hoedanigheid van tussenpersoon bij MGH en Heuer te bewijzen, alsook de aanwezigheid — ten tijde van de ondertekening van de circulaires van 29 september 1975 — van een sfeer van wantrouwen onder de Belgische concessiehouders ten aanzien van zogenaamde tussenpersonen die in werkelijkheid gewoon vrije wederverkopers waren. Bovendien oefenen zij kritiek uit op de bewering van de Commissie, dat zij „het ongeoorloofd karakter van overeenkomsten waarbij export wordt verboden",

evenmin als het feit dat „de circulaires van 29 september 1975 een beperking van de mededinging inhouden", zouden betwisten. Deze bewering is overdreven en komt niet overeen met de werkelijke wil van verzoekers. Als zij hun acties hadden willen beperken tot het aanvechten van de opgelegde boetes, dan hadden zij niet geconcludeerd tot vernietiging van de beschikking van de Commissie, maar uitsluitend tot de intrekking of de verlaging van de opgelegde boetes. Als zij hebben verkozen het beweerde antimededingingskarakter van de circulaires van 29 september 1975 in hun verzoekschriften niet te betwisten, dan komt dat omdat zij van mening waren dat deze rol veeleer aan BMW Belgium toekwam, die de verantwoordelijkheid voor de verzending van de gewraakte circulaire had genomen en die de leden van de dealersadviescommissie om zo te zeggen had „gelast" haar op deze weg te volgen.

Anderzijds kan de Commissie aan het proces-verbaal van de hoorzitting geen argument ontlenen voor de conclusie dat verzoekers het ongeoorloofd karakter van deze circulaires hebben ingezien (verweerschrift blz. 14). In dat proces-verbaal wordt eenvoudig verklaard dat de circulaire van 29 september 1975, „als men deze in abstracto en los van de feitelijke omstandigheden beschouwt, kan worden uitgelegd als een overeenkomst tussen ondernemingen, die de concurrentie beoogt te beperken en de handel tussen de Lid-Staten ongunstig beoogt te beïnvloeden" (proces-verbaal hoorzitting, blz. 10).

Anderzijds voeren verzoekers bij hun analyse van de precedenten (beschikkingen van de Commissie en rechtspraak van het Hof) die door verweerster worden aangehaald ter ondersteuning van haar stelling dat het in deze zaak in de aangevallen beschikking ingenomen standpunt in de lijn ligt van een constante en overigens ook bekende praktijk en jurisprudentie, als bezwaar aan dat noch deze beschikkingen noch die jurisprudentie op het onderhavige geval van toepassing zijn. Zeker, de Commissie heeft altijd het anti-concurrentiële effect dat exclusieve en selectieve distributiebepalingen en met name het verbod van parallelle invoer in de automobiel-sector kunnen hebben, nauwlettend in het oog gehouden, maar zij heeft ten aanzien van deze clausules niet steeds een zo strenge en repressieve houding aangenomen als in de huidige gevallen.

Na deze algemene overwegingen komen verzoekers tot hun argumenten met betrekking tot de rechtsvragen.

a) In de zaken 44-82/78 (de concessiehouders die geen lid zijn van de adviescommissie)

i) Met betrekking tot het vraagstuk van de *deelname aan de concurrentiebeperkende overeenkomst,* onderstrepen verzoekers allereerst dat de vraag of de toestemming van de concessiehouders vrijwillig werd gegeven, een feitelijke is: men behoort in ieder afzonderlijk geval na te gaan of de concessiehouders op dezelfde wijze, dat wil zeggen zonder voorbehoud, blijk zouden hebben gegeven van hun instemming met de circulaire van 29 september 1975 wanneer zij niet onder druk hadden gestaan wegens het gevaar van intrekking van de concessie bij verzet tegen de wil van de concedent.

Ook al neemt men aan dat economische afhankelijkheid niet voldoende is om de gegeven toestemming opgeldig te maken, dan volgt hieruit nog niet noodzakelijk dat het gerechtvaardigd is om een boete op te leggen aan concessiehouders die onder die omstandigheden partij zijn geweest bij een overeenkomst, hoe ongeoorloofd ook.

Het feit, anderzijds, dat bepaalde concessiehouders zich hebben onthouden van terugzending van de ondertekende circulaire aan BMW Belgium, bewijst, anders dan de Commissie stelt, niet dat zij weigerden deel te nemen aan een schenking van artikel 85 van het Verdrag. Allereerst verdient het opmerking dat geen van deze concessiehouders uitdrukkelijk heeft geweigerd zijn handtekening te plaatsen met de motivering dat de circulaire inbreuk maakte op genoemd artikel. In de tweede plaats staat buiten kijf dat een groot aantal concessiehouders van mening was dat de circulaire hen, vanwege de omvang en de ligging van hun bedrijf (zij verkochten slechts bij uitzondering aan het buitenland), niet raakte; nog weer anderen hebben er misschien gewoonweg uit achteloosheid geen gevolg aan gegeven.

Ten slotte dient te worden opgemerkt dat de economische afhankelijkheid van de concessiehouders ten opzichte van BMW Belgium, zelfs als men mét de Commissie aanneemt dat deze niet volledig was, voldoende kan zijn geweest om sommigen van hen ertoe te brengen een overeenkomst te tekenen met de tekst waarvan zij het niet noodzakelijkerwijs volledig eens zijn. Men kan niet ontkennen dat BMW Belgium aandrang heeft uitgeoefend op de concessiehouders om hen ertoe te bewegen hun instemming te betuigen. Dit was trouwens ook de rol die BMW Belgium had toegedacht aan de leden van de adviescommissie, die niet eens hadden meegewerkt aan de opstelling van de circulaire die zij, voorzien van hun handtekening, aan de concessiehouders hebben gestuurd.

Met verwijzing naar bepaalde, met name genoemde gevallen, merken verzoekers ten slotte op dat de Commissie in alle eerdere beschikkingen waarbij boetes zijn opgelegd wegens schending van artikel 85, lid 1, van het Verdrag bij concessie-overeenkomsten, nooit de wederverkopers heeft bestraft, doch uitsluitend de concedenten. Door de Belgische BMW-concessiehouders zonder duidelijke reden strenger te behandelen dan zij in het verleden wederverkopers in vergelijkbare situaties heeft behandeld, schendt de Commissie het discriminatieverbod ten detrimente van deze concessiehouders.

ii) Vervolgens spreken verzoekers zich uit over de *oplegging van de boete* en herhalen daarbij dat het nooit hun bedoeling is geweest een algemeen exportverbod te onderschrijven. Tijdens de twee vergaderingen van BMW Belgium en haar concessiehouders, die na de verzending van de circulaires van 29 september 1975, op 13 en 31 oktober 1975 hebben plaatsgevonden, hebben de concessiehouders hun bezorgdheid geuit over het optreden van sommige Belgische en buitenlandse wederverkopers die naar het buitenland verkochten, en tijdens de vergadering van 31 oktober hebben zij geprotesteerd tegen het optreden van BMW Belgium, die in haar correspondentie degenen die aan niet-erkende wederverkopers hadden verkocht, kennelijk over één kam had geschoren met degenen die zich aan hun verplichtingen hadden gehouden (vgl. bijlage 6, blz. 6, bij het verweerschrift). Overigens had de discussie van 31 oktober 1975 niet ten doel iedere vorm van verkoop van wagens naar het buitenland te verbieden, maar ervoor te waken dat alle concessiehouders de op zich genomen verplichtingen nakwamen, met name door erop te letten dat niet aan niet-erkende wederverkopers zou worden verkocht.

b) De zaken 36-43/78 (leden van de adviescommissie)

Ook deze *verzoekers* ontkennen dat het in hun bedoeling heeft gelegen artikel 85, lid 1, van het Verdrag te overtreden.

In de eerste plaats hebben zij in deze aangelegenheid geen enkel initiatief genomen. Zoals de Commissie heeft opgemerkt, zijn de leden van de adviescommissie er op initiatief van BMW Belgium toe gekomen met de tekst van de „verwittiging" van 29 september 1975 in te stemmen. Deze was van te voren door BMW Belgium opgesteld en verzoekers waren uitsluitend bijeengeroepen om ze goed te keuren. Het is niet uitgesloten dat BMW Belgium, toen zij de adviescommissie om adhesie verzocht, meende daardoor gemakkelijker de instemming van de concessiehouders te krijgen voor haar circulaire van 29 september 1975. Hoe dit ook zij, vanaf het moment dat zij dit verzoek hadden gekregen, restte verzoekers, gezien hun economische gebondenheid aan BMW Belgium, geen andere mogelijkheid dan het standpunt in te nemen dat van hen werd verwacht. Ten tweede heeft het gevaar van een eventuele toepassing van artikel 85, lid 1, van het Verdrag de leden van de adviescommissie tijdens de hele voorbereiding van de gewraakte circulaires nooit voor ogen gestaan. Evenals alle andere concessiehouders meenden zij dat de overeenkomst slechts een uitwerking kon hebben die door het selectieve distributiestelsel was toegelaten. Dit is trouwens ook de reden waarom de leden van de adviescommissie het onnodig hebben geoordeeld, de bijzondere aandacht van de concessiehouders erop te vestigen dat zij slechts de verkoop aan niet-erkende wederverkopers wilden beletten.

Gezien de sfeer van wantrouwen die destijds binnen het hele net van Belgische BMW-concessiehouders heerste ten aanzien van zogenaamde tussenpersonen die in werkelijkheid gewoon vrije wederverkopers waren, meenden verzoekers met het geven van hun goedkeuring niet meer dan hun plicht als leden van de adviescommissie te doen.

Zeker, de bewoordingen van de „verwittiging" kunnen buitensporig lijken, maar als men naar de eerste alinea van de circulaire van 29 september 1975 kijkt, kan men vaststellen dat BMW Belgium daarin de concessiehouders herinnert aan het in het contract neergelegde verbod om aan „niet-erkende wederverkopers" te verkopen. De praktische moeilijkheid voor de concessiehouders, om de werkelijke tussenpersonen van de vrije wederverkopers te onderscheiden, verklaart in grote trekken de bewoordingen van de circulaire en de „verwittiging", maar tast niet de werkelijke strekking ervan aan in de opzet van de ondertekenaars: het behoeden van het Belgische selectieve distributienet voor uitvoer op aanvraag van niet-erkende wederverkopers.

De stelling dat verzoekers „opzettelijk" hebben gehandeld en „bewust" inbreuk hebben gemaakt op de gemeenschapsregels, is dus niet gerechtvaardigd. Overigens beschikten verzoekers, allen zelfstandige ondernemers, niet over een juridische dienst die hen attent had kunnen maken op de risico's die aan de goedkeuring van de bewoordingen van de circulaire van 29 september 1975 verbonden konden zijn. Het is dan ook onbillijk om hen, zoals de Commissie doet, kennis toe te dichten van de rechtspraak van het Hof en van de praktijk van de Commis-

sie, en met name van de op 13 december 1974 voor BMW München gegeven ontheffingsbeschikking.

Met betrekking tot de *hoogte* van de boete merken verzoekers op dat hun een zwaardere boete is opgelegd dan aan de andere concessiehouders, alleen maar omdat zij destijds lid waren van de adviescommissie. Ten deze wijzen zij met betrekking tot hun lidmaatschap van de adviescommissie erop, dat zij zich weliswaar verkiesbaar hebben gesteld en inderdaad zijn gekozen, doch dat het niettemin toeval is dat het thans bij het Hof aanhangige geschil gerezen is tijdens de periode waarin zij leden van genoemde commissie waren.

Onder deze omstandigheden is het buitensporig om aan dit enkele feit consequenties te verbinden die zich laten vertalen in de oplegging van een zwaardere boete dan die van de overige concessiehouders. Voor zover de beschikking een dergelijke boete oplegt aan de leden van de adviescommissie, moet zij nietig worden verklaard wegens gebrek en onbegrijpelijkheid van de motivering, alsmede wegens schending van artikel 15 van verordening nr. 17/62 van de Raad en van het discriminatieverbod.

Ten slotte voegen verzoekers aan het gemeenschappelijk bewijsaanbod van alle concessiehouders gezamenlijk, het aanbod toe te bewijzen dat de „verwittiging" van 29 september 1975 door BMW Belgium is opgesteld en op een daartoe bijeengeroepen vergadering door haar ter ondertekening aan de leden van de adviescommissie is voorgelegd.

2) Middelen en argumenten van de Commissie

Antwoordend op alle beroepen tezamen, brengt de Commissie allereerst haar eigen praktijk en de rechtspraak van het Hof op het gebied van uitvoerverboden in herinnering. Zij merkt op dat beide in het algemeen worden geïnspireerd door het streven de compartimentering van de nationale markten te beletten en de mogelijkheid van parallelle import te handhaven. Dit geldt in het bijzonder voor de automobielsector, waar BMW München jarenlang met de Commissie heeft onderhandeld over de ontheffingsmogelijkheden voor een reeks invoer- en distributieovereenkomsten die niet alleen betrekking hadden op de Duitse markt, maar ook op die van andere Lid-Staten.

Na deze precisering wenst de Commissie met betrekking tot alle beroepen te beklemtonen dat de aangevallen beschikking de vaststelling van een overtreding van artikel 85 van het Verdrag niet baseert op de verkoopweigering aan MGH en Heuer. Of deze weigering, gezien artikel 1, sub a, van het verdelerscontract, al dan niet gerechtvaardigd was en of er bij de concessiehouders een „gewettigde verdenking" bestond met betrekking tot de werkelijke hoedanigheid van tussenpersoon van deze twee ondernemingen, is in casu niet van belang; dergelijke factoren kunnen geen wijziging brengen in de juridische waardering van een bepaling die de Belgische BMW-concessiehouders een algemeen verbod oplegt „voortaan nog wagens naar het buitenland (te) verkopen of aan firma's die wagens naar het buitenland zouden leveren" (circulaire van BMW Belgium van 29 september 1975).

Het concurrentiebeperkende doel dat met de overeenkomsten wordt nagestreefd en dat volgt uit de instemming

die de concessiehouders, onderling en tegenover BMW Belgium, hebben betuigd met de circulaire van 29 september 1975, wordt bevestigd door de algemene strekking van deze circulaire en van de bijgevoegde „verwittiging" van de adviescommissie en, voor zover dit nog nodig is, door het gedrag van partijen.

De stelling van verzoekers, dat de verbintenis die de concessiehouders op verzoek van BMW Belgium zijn aangegaan, niet is begrepen of uitgelegd als een verbintenis die de compartimentering van de markt beoogt of tot gevolg heeft, kan in het licht van de tekst van de circulaire en de „verwittiging" zelf, alsmede van de feitelijke en juridische samenhang waarbinnen zij moeten worden geplaatst, niet staande worden gehouden. Het op dit punt door verzoekers aangevoerde argument, dat deze circulaires met betrekking tot de verkoop naar het buitenland geen enkele invloed hebben gehad op het optreden van de concessiehouders, is niet relevant, aangezien het eventuele uitblijven van gevolgen niet van belang is wanneer de overeenkomst een concurrentiebeperkend doel heeft.

Anderzijds kan men, met betrekking tot het argument ontleend aan de nadelen die inherent zijn aan verkoop „buiten de zone", volstaan met de opmerking dat deze nadelen verbonden zijn aan iedere overeenkomstige verkoop, dus evenzeer voor verkoop aan erkende wederverkopers, aan particulieren of aan hun tussenpersonen. Trekt men deze redenering door, dan zou het in de ogen van de concessiehouders evenzeer gerechtvaardigd zijn verkoop aan dergelijke kopers te weigeren, hetgeen overigens ook wordt bevestigd door de uitdrukkelijke bewoordingen van de circulaire van BMW Belgium van 29 september 1975, waar deze onder nr. 4 de „nadelen" van de verkoop „buiten de zone" noemt.

De Commissie besluit haar algemene beschouwingen met de nadrukkelijke opmerking dat de door de litigieuze overeenkomsten gemaakte inbreuk op artikel 85, lid 1, van het Verdrag, „opzettelijk" is gepleegd door BMW Belgium en de leden van de dealersadviescommissie en „uit onachtzaamheid" door de overige concessiehouders.

Vervolgens neemt zij, in beide groepen beroepen, stelling ten aanzien van de door verzoekers naar voren gebrachte juridische argumenten.

a) In de zaken 44-82/78

i) Met betrekking tot het probleem van *deelname* aan de concurrentiebeperkende overeenkomst merkt zij op dat het bestaan van een enge economische gebondenheid niet kan worden beschouwd als de bron van een wilsgebrek, althans niet in die mate dat er, ondanks de ondertekening van de bij de circulaire van BMW Belgium van 29 september 1975 gevoegde brief, geen werkelijke instemming heeft plaatsgevonden, dat wil zeggen „een onafhankelijke wilsuiting met een reële keuzemogelijkheid".

Per slot van rekening is een enge economische afhankelijkheid van de concessiehouders ten aanzien van de concedent, een gemeenschappelijk kenmerk van alle selectieve distributie-overeenkomsten en een kenmerk waarmee de Commissie op dit gebied altijd rekening heeft gehouden.

Overigens gaat het niet om de vraag of een grotere onafhankelijkheid het voor de concessiehouders gemakkelijker had gemaakt om te weigeren de circulaire van BMW Belgium van 29 september

1975 te tekenen, maar of de beperking van de onafhankelijkheid waarover zij klagen, een vrije toestemming uitsloot. Het feit dat sommige concessiehouders, om welke reden dan ook, niet hebben getekend, maakt duidelijk dat het mogelijk was de „voorstellen" waarvan het onrechtmatig karakter ten aanzien van de concurrentie-voorschriften hen duidelijk moest zijn, af te wijzen. Ook al kan niet worden ontkend dat er door BMW Belgium „aandrang" is uitgeoefend om de concessiehouders ertoe te brengen hun instemming te betuigen, dan had juist deze omstandigheid hen duidelijk moeten maken dat de circulaires, zoals ook uit de tekst bleek, niet slechts een voorstel inhielden om verbintenissen te onderschrijven die ook al in het kader van het verdelerscontract waren aangegaan.

De analyse door verzoekers van de motivatie van de concessiehouders die niet hebben getekend, is in casu niet ter zake dienende. Met name het argument ontleend aan de ligging van de bedrijven van deze concessiehouders ten opzichte van de grenzen mist een deugdelijke grondslag, ook al omdat het in verschillende gevallen concessiehouders betrof die, hoewel hun bedrijf bij de Franse grens of in het binnenland was gelegen, aan particulieren in Duitsland hadden geleverd.

Hetzelfde geldt voor het argument ontleend aan de voorkeur voor verkoop binnen de zone; een dergelijke voorkeur moge voor de hand liggen, maar kan voor de concessiehouders geen rechtvaardiging zijn om een verplichting om niet uit te voeren, op zich te nemen.

ii) De Commissie gaat vervolgens in op het probleem van het *opleggen van de boete* en beklemtoont dat dit is gebaseerd op de onachtzaamheid van de concessiehouders, voor welke onachtzaamheid uiteraard niet is vereist dat de dader de bedoeling had deze te begaan.

Het verslag van de vergaderingen van 13 en 31 oktober 1975 bevestigt trouwens dat de concessiehouders goed op de hoogte waren met het onderscheid tussen de, bij het contract verboden, verkoop aan niet-erkende wederverkopers en andere exporthandelingen. Verzoekers vergeten te vermelden dat het verslag eveneens melding maakt van „verkoop aan particulieren in Duitsland" en heel in het algemeen spreekt van de nadelen van verkoop buiten de zone (verweerschrift bijlage 6, blz. 6).

Een concessiehouder die wagens verkocht, behoorde in september 1975 feitelijk te weten dat een exportverbod strijdig was met artikel 85, lid 1, van het Verdrag, want:

— het onrechtmatig karakter van een exportverbod is tussen 13 juli 1966 en het tijdstip waarop de litigieuze feiten zich hebben voorgedaan, door het Hof van Justitie herhaaldelijk vastgesteld (vgl. arrest 2/75, Van Vliet);

— in hun hoedanigheid van BMW-concessiehouders hadden verzoeksters bijzonder goed geïnformeerd behoren te zijn, daar juist jegens de firma BMW te München op 13 december 1974 een ontheffingsbeschikking is gegeven onder het uitdrukkelijk beding dat elk verbod van verkoop naar het buitenland aan particulieren of hun tussenpersonen zou worden opgeheven;

— de voor de automobielsector gespecialiseerde vakpers heeft trouwens in detail de inhoud en gevolgen van deze beschikking besproken (verweerschrift, bijlage 2);

— verscheidene debatten en vragen in het Europese Parlament hebben het belang van de exportverboden voor de automobielsector naar voren gebracht (verweerschrift, bijlage 1);

— wanneer BMW Belgium, na schrapping van het exportverbod, zijn nieuwe concessie-overeenkomsten aan zijn concessiehouders heeft voorgelegd, heeft zij hun aandacht op dit essentiële verschil met de vorige versie moeten vestigen;

— zoals blijkt uit voornoemd verslag van de vergaderingen van 13 en 30 oktober 1975, waren de concessiehouders bijzonder gespitst op het exportvraagstuk.

Ten slotte betwist de Commissie de stelling van verzoekers, dat de Commissie in dit geval de concessiehouders geen boete mag oplegen, daar zij dit in het verleden ook nooit heeft gedaan. Zij merkt op dat zij in deze gedachtengang nooit een beroep zou kunnen doen op artikel 15, lid 2, van verordening nr. 17, als zij dit niet reeds bij haar eerste beschikking op dat gebied zou hebben gedaan. Afgezien van het feit dat deze stelling de discretionaire bevoegdheid van de Commissie terzake miskent, belet zij haar bij haar beschikken rekening te houden met de noodzaak om de ondernemingen tijd te laten zich aan de mededingingsregelingen op zeer specifieke gebieden aan te passen, terwijl zij na afloop van die aanpassingsperiode en nadat die toepassing van dergelijke regels duidelijk is geworden, in staat moet zijn de verbodsbepalingen van artikel 85 van het Verdrag in al hun strengheid toe te passen en sancties op te leggen.

b) In de zaken 36-43/78

i) Met betrekking tot het *opleggen van de boete* merkt de Commissie op dat verzoekers ten onrechte stellen de litigieuze inbreuk niet opzettelijk te hebben gepleegd. Wanneer een contractuele bepaling deel uitmaakt van een overeenkomst die klaarblijkelijk een onmiskenbaar en onbetwist concurrentiebeperkend doel heeft, volgt hieruit noodzakelijkerwijs dat de opsteller een overtreding wilde begaan. Door het sturen van een begeleidende „brief" bij de circulaire van BMW Belgium van 29 september 1975, waarin de daarin vervatte voorstellen werden gesteund en de concessiehouders werden aangespoord zich hierbij aan te sluiten, hebben de leden van de adviescommissie actief deelgenomen aan de overtreding: hun opzet hiertoe staat dus vast.

Het beroep op de sfeer van wantrouwen en verdenking, die destijds in het hele Belgische net heerste, en de noodzaak om de verkoop aan nieterkende wederverkopers te beletten, is niet voldoende om een dergelijke opzet uit te sluiten. Enerzijds vormt de aard van de activiteiten van MGH en Heuer geen enkel bewijs voor het doel van de circulaires, en anderzijds hebben de leden van de adviescommissie moeten begrijpen dat hun tussenkomst bij de concessiehouders aan elk voorstel van BMW Belgium een zeker gewicht zou toekennen. Daar zij moesten weten dat een uitvoerverbod in strijd is met artikel 85 van het Verdrag, hadden de leden van de adviescommissie,

als het werkelijk hun streven was de verkoop aan niet-erkende dealers te beletten, in hun circulaire hierop de nadruk moeten leggen: precies het tegenovergestelde is gebeurd, nu de circulaire immers niet één keer melding maakt van verkoop aan niet-erkende wederverkopers. Het is toch geen toeval dat de leden van de adviescommissie, met de bijzondere positie die zij vrijwillig tegenover de andere concessiehouders bekleedden, een voorstel tot een (algemeen) exportverbod actief hebben gesteund en aldus de andere concessiehouders ertoe hebben aangespoord hun instemming daarmee te betuigen. Het is dus vanzelfsprekend dat zij voor de onrechtmatige gevolgen van hun optreden verantwoordelijk worden gesteld. Het feit dat geen enkele klacht is ingediend door particulieren buiten de bedrijfstak, doet in casu niet terzake: verzoekers weten best dat een particulier, verondersteld dat hij zijn rechten kent, slechts zelden aan een procedure tegen handelaars begint.

De Commissie heeft niettemin erkend dat sommige van de door verzoekers naar voren gebrachte omstandigheden een rol spelen bij de vaststelling van de *zwaarte* van de inbreuk in elk afzonderlijk geval. Daarom is in de aangevallen beschikking (nr. 26) de economische afhankelijkheid (waarvan het gebrek aan initiatief een uitvloeisel is) als verzachtende omstandigheid aanvaard.

ii) Met betrekking tot de *hoogte van de boete* verwerpt de Commissie de stelling dat aan verzoekers een zwaardere boete is opgelegd vanwege de, volgens hen, zuiver toevallige omstandigheid dat zij juist in die tijd lid waren van de adviescommissie. De verzwaring van de boete is het gevolg van het feit dat verzoekers een functie bekleedden die een zekere verantwoordelijkheid en een zeker gezag in de verhouding tussen BMW Belgium en haar concessiehouders meebracht, en dit gezag hebben gebruikt om de voorstellen van BMW Belgium kracht bij te zetten, waardoor zij dus op meer actieve wijze dan de overige concessiehouders zich medeschuldig hebben gemaakt aan de inbreuk.

IV — Mondelinge behandeling

Partijen zijn ter terechtzitting van 28 maart 1979 gehoord.

Ter terechtzitting van 12 juni 1979 heeft de advocaat-generaal conclusie genomen.

In rechte

1 Bij op 10 en 15 maart 1978 ingediende verzoekschriften hebben verzoekers vernietiging gevorderd van beschikking nr. 78/155/EEG van de Commissie van 23 december 1977, betreffende een procedure op grond van artikel 85 EEG-Verdrag (PB L 46 van 1978, blz. 33), waarin hun wordt verweten te

hebben ingestemd met een uitvoerverbod in strijd met artikel 85, lid 1, EEG-Verdrag en waarin hun op grond van deze inbreuk geldboetes zijn opgelegd.

2 De zaken 32/78 en 36-82/78 waren voor de mondelinge behandeling gevoegd en er zijn termen aanwezig om deze voeging voor de gelijktijdige berechting bij arrest te handhaven.

3 BMW Belgium, een 100 % dochteronderneming van „Bayerische Motoren Werke AG" te München (hierna te noemen: „BMW München"), heeft op 13 januari 1975 een model van het verdelerscontract met haar erkende wederverkopers bij de Commissie aangemeld en om ontheffing verzocht krachtens artikel 85, lid 3, EEG-Verdrag. Dat standaardcontract bevat geen algemeen uitvoerverbod, maar verbiedt de verkoop van nieuwe BMW-voertuigen door Belgische BMW-concessiehouders aan niet-erkende wederverkopers. Voor het overige komen de bepalingen van het contract grotendeels overeen met die van het standaardcontract op basis waarvan het selectieve distributiestelsel in de Bondsrepubliek Duitsland en West-Berlijn door BMW München is opgezet, en waarvoor de Commissie bij beschikking van 13 december 1974 (PB L 29 van 1975, blz. 1) krachtens artikel 85, lid 3, ontheffing heeft verleend van het in artikel 85, lid 1, vervatte verbod, met name op grond van de overweging dat de contractuele bepalingen geen enkel uitvoerverbod bevatten.

4 Een van de wezenlijke kenmerken van het selectieve distributiestelsel dat aldus door de Commissie is toegelaten, is juist de omstandigheid dat de BMW-concessiehouders, zolang zij zich verbinden om niet aan niet-erkende wederverkopers te verkopen, verder vrij blijven om niet enkel binnen hun eigen gebied, maar ook overal elders binnen de EEG aan andere BMW-concessiehouders, aan eindverbruikers of aan tussenpersonen van de laatsten te verkopen.

5 In 1975 lagen de prijzen voor nieuwe BMW-voertuigen in België aanzienlijk lager dan in de andere Lid-Staten, wat althans ten dele het gevolg was van maatregelen tot bevriezing van de prijzen, die tussen 5 mei en 1 november 1975 door de Belgische regering waren getroffen.

Dit prijsverschil veroorzaakte een toeneming van de wederuitvoer van BMW-voertuigen vanuit België naar andere Lid-Staten, met name de Bondsrepubliek Duitsland en Nederland. Een aantal van deze exporten was bestemd voor niet-erkende wederverkopers, die niet voor rekening van eindsverbruikers handelden.

6 Vanaf januari 1975 stelde BMW München haar dochteronderneming BMW Belgium in verscheidene brieven op de hoogte van de wederinvoer van nieuwe BMW-voertuigen in de Bondsrepubliek Duitsland. Zij verzocht BMW Belgium zich per circulaire tot haar dealers te richten en hen uitdrukkelijk te wijzen op het distributiebeleid van BMW.

In reactie hierop richtte BMW Belgium een aantal brieven aan bepaalde concessiehouders, waarin zij hen met name herinnerde aan artikel 1 van hun contract, dat onder letter a) bepaalt dat „de concessiehouder geen voertuigen of onderdelen (mag) verkopen aan ... niet-erkende wederverkopers, tenzij deze oorspronkelijke onderdelen of uitrustingsstukken voor reparatiedoeleinden dienen."

7 Op 4 juli 1975 zond zij een circulaire aan alle Belgische BMW-concessiehouders, waarin zij hun meedeelde dat verscheidene concessiehouders BMW-voertuigen naar Nederland en de Bondsrepubliek Duitsland hadden verkocht, en erop wees dat „elke verdeler zich met het BMW-verdelerscontract heeft verbonden geen BMW-produkten te leveren aan wederverkopers die niet erkend zijn voor de verkoop van BMW-contractprodukten".

8 Omdat de wederuitvoer vanuit België echter doorging, zond BMW Belgium een aantal brieven inzake die export aan Belgische concessiehouders. Op 22 juli 1975 stuurde BMW München een mededeling aan BMW Belgium, waarin zij een van deze brieven ter sprake bracht en opmerkt:

„... Overeenkomstig de bepalingen van het concessie-contract wijzen wij U er nog eens op dat een wederuitvoer op zich geen inbreuk vormt en daarom in zodanige gevallen ook niet als toelichting erin betrokken moet worden. U gelieve zich daarentegen te richten op de verdenking van verkopen aan wederverkopers die een inbreuk maken op het contract".

9 Op 29 september 1975 werden aan alle Belgische BMW-concessiehouders twee circulaires verstuurd waarin de Commissie een inbreuk op artikel 85, lid 1, ziet. In de eerste circulaire, afkomstig van BMW Belgium zelf, werd onder meer verklaard:

„Behalve individuele brieven aan bepaalde verdelers hebben wij reeds op 4. 7. 1975 U allen op de bepalingen van het BMW-verdelerscontract gewezen, aangaande verkopen aan niet-erkende wederverkopers.

Er blijven echter meldingen van Duitsland en Nederland binnenkomen van verkopen in deze landen door Belgische verdelers en wij moeten, helaas, daaruit concluderen dat deze de consequenties van hun handelwijze niet kunnen of niet willen inzien.

. . .

3. Iedereen zal begrijpen, dat BMW München slechts twee conclusies daaruit kan trekken:

   a) de prijzen in België zijn te laag,

   b) de Belgische verdelers hebben te veel stock.

   En de consequenties daarvan zullen vanzelfsprekend zijn:

   a) onze prijzen zullen zo spoedig mogelijk aan de prijzen in de buurlanden aangepast worden,

   b) de leveringen van nieuwe voertuigen *naar* België zullen vanaf oktober 1975 ingekort worden.

4. U zelf ondervindt reeds grote nadelen door het feit dat U in een periode van schaarste van BMW-voertuigen wagens aan klanten levert die:

   a) nooit in Uw werkplaats zullen verschijnen,

   b) aan wie U nooit meer onderdelen of toebehoren kunt leveren,

   c) die U niet de mogelijkheid geven op hun inruilwagen nog een bijkomende winst te boeken,

   d) die geen aanleiding tot een verkoop van een 2e of 3e BMW zullen geven zoals de meeste klanten uit Uw streek het doen.

5. Daarenboven schept U grote moeilijkheden voor Uzelf en Uw collega's in verband met de maatregelen waarvan het maar logisch zou zijn dat BMW München deze zou toepassen, dat wil zeggen drastische inkorting van de oorspronkelijk voorziene aantallen voor België.

Wij zijn daarom van oordeel dat in deze situatie slechts één oplossing de juiste kan zijn: 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.

. . .

Gelieve door Uw handtekening op bijliggende kopie Uw toestemming te betonen met deze voorstellen.

Bijgaand een verklaring afgegeven door de leden van de dealersadviescommissie die onze argumenten volledig steunen en op bijeenkomsten met U nogmaals persoonlijk hun zienswijze zullen toelichten.

Voor akkoord: . . ."

10 De tweede circulaire, eveneens op 29 september 1975 gedateerd, bevatte de verklaring van de acht leden van de Belgische BMW-dealersadviescommissie. Hierin deelden zij onder het kopje „verkopen naar het buitenland" mee, unaniem te staan achter „hetgeen door BMW Belgium wordt uiteengezet in hun schrijven van 29 september 1975", en zij vervolgden:

„. . . Wij vinden het bijzonder spijtig dat het volledig verdelersnet nadelige gevolgen zou moeten dragen die veroorzaakt worden door een klein aantal verdelers die op onverantwoorde wijze de aanbeveling van de importeur van 4 juli 1975 hebben genegeerd en wagens naar het buitenland leverden.

Wij hebben dan ook gevraagd dat de namen van deze verdelers aan ons kenbaar zullen worden gemaakt opdat wij, Uw adviescommissie, in staat zullen zijn aan U allen bekend te maken welke collega's verantwoordelijk zijn voor een eventuele vermindering van de leveringen van 2-deurs en 518-modellen naar België.

De adviescommissie ziet haar belangrijkste taak daarin aan het BMW-verdelersnet goed advies te geven, in dit geval kan het alleen maar luiden: ‚geen enkele verkoop meer buiten België' ".

Van de 90 Belgische BMW-concessiehouders tekenden 48, waarvan er inmiddels één is overleden, de bij de circulaire van BMW Belgium van 29 september 1975 gevoegde kopiebrief voor akkoord.

11 Nadat BMW Belgium BMW München van haar stappen op de hoogte had gesteld, reageerde laatstgenoemde hierop onder meer met een brief van 17 oktober 1975, waarin zij er haar voldoening over uitsprak dat BMW Belgium zich had gekeerd tegen de verkoop aan niet-erkende wederverkopers. Zij vervolgde aldus:

„Tegelijkertijd moeten wij U toch opnieuw, zoals reeds in onze brieven van 17. 1. , 23. 6. en 22. 7. 75 gedaan, verzoeken bij Uw maatregelen er absoluut rekening mede te houden dat

— een ingrijpen tegen Uw contractpartners louter op grond van een wederuitvoer niet geoorloofd is, maar alleen op grond van de verdenking tegen een in strijd met het contract zijnde verkoop aan vrije wederverkopers tot grondslag van het aanmaningsschrijven strekt,

— niet met maatregelen tegen Uw contractpartners gedreigd mag worden, in zoverre zij niet op grond van aantoonbare contractbreuk noodzakelijk zijn".

12 BMW Belgium heeft deze instructies eerst na 4 maanden opgevolgd: op 20 februari 1976 richtte zij een nieuwe circulaire tot alle concessiehouders, waarin onder meer werd opgemerkt:

„Met schrijven van 29 september 1975 hebben wij U gewezen op een nieuwe situatie in de Belgische markt als gevolg van de verkoop van nieuwe BMW-voertuigen aan wederverkopers in het buitenland in het jaar 1975.

...

In tegenstelling tot onze bedoeling werd ons medegedeeld dat dit rondschrijven alsmede de bijlage ervan door derden beschouwd worden als zijnde directieven van de invoerder aan zijn verdelersnet.

Indien zou blijken dat dit het geval is geweest, zouden wij met dit schrijven een einde willen maken aan iedere verwarring omtrent dit onderwerp.

Noch in het verleden, noch heden is het onze bedoeling of die van de dealersadviescommissie geweest U wel bepaalde directieven te willen opleg-

gen, of U het verbod tot wederuitvoer te verordenen. In ieder geval vragen wij U ons rondschrijven van 29 september 1975, in zoverre dit als een verbod tot wederuitvoer zou kunnen weergegeven worden, als nul en gener waarde te beschouwen.

Het doel van ons schrijven van 29 september 1975 bestond hierin U er aan te herinneren dat op grond van het door U ondertekende verdelerscontract het verkopen van BMW-voertuigen aan niet-erkende wederverkopers in het binnen- en het buitenland verboden is.

In geen geval willen en wilden wij een BMW-verdeler verhinderen met een bemiddelaar van een particuliere klant te onderhandelen, maar wij verzetten ons ertegen dat de verdelers met wederverkopers verhandelen.

..."

13 Inmiddels hadden „Automobil-Importe C. Heuer" en „MGH Motorgesellschaft mbH", twee in de Bondsrepubliek Duitsland gevestigde ondernemingen, de Commissie op respectievelijk 20 oktober en 19 november 1975 ervan op de hoogte gesteld dat erkende wederverkopers die tot het distributienet van BMW Belgium behoorden, niet meer bereid waren hun bepaalde modellen nieuwe BMW-voertuigen te leveren voor wederuitvoer naar de Bondsrepubliek Duitsland. Deze inlichtingen werden verstrekt in het kader van en met het oog op een eventuele toepassing van artikel 3, lid 2, sub b, van verordening nr. 17/62 van de Raad (PB 1962, blz. 204).

14 Op 3 november 1976 besloot de Commissie een procedure in te leiden tegen BMW Belgium en de Belgische BMW-concessiehouders die de bij de circulaire gevoegde brief hadden getekend. Deze procedure eindigde met het aannemen van de bestreden beschikking.

15 Volgens deze beschikking doen de circulaires van 29 september 1975 duidelijk het voornemen van BMW Belgium en van de leden van de adviescommissie uitkomen om alle export van nieuwe BMW-voertuigen vanuit België stop te zetten. In artikel 1 van de beschikking wordt hieruit afgeleid dat BMW Belgium, de leden van genoemde adviescommissie en de Belgische concessie-

houders die de bij de circulaire van BMW Belgium van 29 september 1975 gevoegde brief hebben getekend, op grond van deze circulaires hebben ingestemd met een algemeen exportverbod dit in stand hebben gehouden in de periode van 29 september 1975 tot 20 februari 1976 en daarmee inbreuk hebben gemaakt op artikel 85, lid 1, EEG-Verdrag, welke inbreuk door BMW Belgium en de leden van de adviescommissie „opzettelijk" is gepleegd en door genoemde Belgische BMW-concessiehouders „uit onachtzaamheid". De bestreden beschikking preciseert dat verzoekers door hun instemming met dat verbod hebben deelgenomen aan overeenkomsten die de handel tussen de Lid-Staten ongunstig kunnen beïnvloeden en die ertoe strekken dat de mededinging binnen de gemeenschappelijke markt merkbaar wordt verhinderd, beperkt of vervalst in de zin van artikel 85, lid 1, voornoemd.

16 Nadat is vastgesteld dat, nu die overeenkomsten niet overeenkomstig artikel 4, lid 1, van verordening nr. 17/62 van de Raad zijn aangemeld, artikel 15, lid 5, van die verordening in casu niet van toepassing is, worden wegens de betrokken inbreuk in artikel 2 geldboetes van verschillende hoogte opgelegd.

1. De vastgestelde inbreuk op artikel 85, lid 1, EEG-Verdrag

17 a) BMW Belgium stelt allereerst de vraag aan de orde, of de procedure die tot de bestreden beschikking heeft geleid en die is ingeleid na de klachten van Heuer en MGH, een geldige rechtsgrondslag voor de bestreden beschikking vormt. Daartoe stelt zij dat MGH en Heuer geen aanspraak konden maken op levering van nieuwe BMW-voertuigen daar zij niet optraden als tussenpersoon voor eindverbruikers. Men zou zich dus moeten afvragen of deze ondernemingen in casu wel een „redelijk belang", in de zin van artikel 3, lid 2, sub b, van verordening nr. 17/62, erbij hadden dat de litigieuze procedure door de Commissie zou worden ingeleid.

18 Volgens artikel 3, lid 1, van genoemde verordening wordt de procedure ter zake van beschikkingen waarbij ondernemingen of ondernemersverenigingen worden verplicht een einde te maken aan een inbreuk op de artikelen 85 en 86 EEG-Verdrag, ingeleid „indien de Commissie op verzoek of ambtshalve"

een dergelijke inbreuk vaststelt. Het is derhalve van weinig belang of Heuer en MGH in casu een „redelijk belang" hadden bij hun verzoek een procedure in te leiden, waar de Commissie gerechtigd was dit ambtshalve te doen.

19 Verder betwisten verzoekers de rechtmatigheid van de bestreden beschikking met te stellen dat uit een diepgaand onderzoek van zowel de tekst van de circulaires van 29 september 1975 als de algemene context waarbinnen de circulaires moeten worden geplaatst, en het gedrag van partijen blijkt dat het enige doel van die circulaires was, de Belgische BMW-concessiehouders te herinneren aan het in artikel 1 van het verdelerscontract neergelegde verbod van doorverkoop aan niet-erkende wederverkopers, en dat zij ook precies zo zijn opgevat door de concessiehouders die de bij de circulaire van BMW Belgium gevoegde brief hebben getekend.

20 Weliswaar begint de circulaire van BMW Belgium van 29 september 1975 met te herinneren aan de bepalingen van het verdelerscontract inzake verkoop aan niet-erkende wederverkopers, maar hierbij wordt geen enkel onderscheid gemaakt tussen niet-erkende wederverkopers die voor eigen rekening optreden en geen aanspraak kunnen maken op levering door Belgische BMW-concessiehouders, en wederverkopers die optreden als tussenpersoon voor eindverbruikers en die volgens het bij de Commissie aangemelde selectieve distributiestelsel wel recht hebben op zodanige leveringen. Bovendien wordt in deze gehele circulaire, evenals in die van de adviescommissie van dezelfde datum, gesproken van uitvoeractiviteiten in het algemeen.

21 Zo worden bij voorbeeld onder punt 3 van de circulaire van BMW Belgium — waar wordt aangeduid hoe BMW München naar alle verwachting op de verkoop van nieuwe, uit België afkomstige BMW-voertuigen in de Bondsrepubliek Duitsland en Nederland zal reageren — zaken genoemd die volstrekt los staan van de hoedanigheid van de koper van de uitgevoerde produkten. Zo ook punt 4 van de circulaire, dat de bezwaren opsomt van wederuitvoer uit België en waarbij wordt gewezen op problemen — zoals het ontbreken van een duurzame relatie met de koper, de onmogelijkheid om hem onderdelen en toebehoren te verkopen enzovoort — die inherent zijn aan iedere verkoop naar het buitenland, ongeacht de hoedanigheid van de

koper: al of niet erkend wederverkoper, eindverbruiker, of tussenpersoon voor deze laatste.

22 Ten slotte zijn de verklaring in de circulaire van BMW Belgium: „Wij zijn van oordeel dat in deze situatie slechts één oplossing de juiste kan zijn: geen enkele BMW-verdeler zal voortaan nog wagens naar het buitenland verkopen of aan firma's die wagens naar het buitenland leveren," alsmede de opmerking in de circulaire van de adviescommissie, waarin uitsluitend wordt geadviseerd „geen enkele verkoop meer buiten België" te verrichten, ondubbelzinnige uitingen van de wil om een einde te maken of te doen maken aan alle leveranties naar het buitenland, ongeacht de hoedanigheid van de koper: al of niet erkend wederverkoper, eindverbruiker of tussenpersoon voor deze laatste.

23 De juridische en materiële context van de circulaires van 29 september 1975 bevestigen anderzijds dat BMW Belgium en de adviescommissie, door deze circulaires tot de Belgische BMW-concessiehouders te richten, verder zijn gegaan dan de bepalingen van het verdelerscontract betreffende de verkoop aan niet-erkende wederverkopers. Daartoe hoeft men slechts de bewoordingen van de circulaires te vergelijken met de door BMW München in haar mededelingen van 22 juli en 17 oktober 1975 geuite reserves. In de eerste mededeling, waarin gewag wordt gemaakt van een brief van 9 juli 1975 van BMW Belgium aan een Belgische concessiehouder over wederuitvoer van nieuwe voertuigen, herinnert BMW München uitdrukkelijk aan het door de Commissie goedgekeurde verdelerscontract, volgens hetwelk het uitsluitend is verboden aan „vrije verkopers te leveren". In de tweede mededeling, geschreven na de circulaires van 29 september 1975 en naar aanleiding hiervan aan BMW Belgium gezonden, komt BMW München terug op de bepalingen van het verdelerscontract en merkt woordelijk op dat een ingrijpen tegen Belgische concessiehouders „louter op grond van een wederuitvoer" niet geoorloofd is.

24 Het argument dat BMW Belgium als 100 % dochteronderneming van BMW München geen ander doel had kunnen nastreven dan dat wat door de moedermaatschappij was gesteld, kan in casu geen bruikbaar element voor de uitlegging van de litigieuze circulaires opleveren. De economische afhanke-

lijkheidsverhouding tussen een moedermaatschappij en een dochteronderneming sluit niet uit dat beide een verschillende gedragslijn volgen of zelfs verschillende belangen hebben. De door BMW München in de voornoemde mededelingen geuite bedenkingen bevestigen overigens dat het in die circulaires neergelegde standpunt, met name vanwege de daarin gebezigde formulering, om een rechtzetting door de moedermaatschappij vroeg.

25 Juist vanwege deze waarschuwing moest BMW Belgium zich er rekenschap van geven dat een wijziging van haar circulaire van 29 september 1975 dringend gewenst was. Doch eerst vier maanden later, op 20 februari 1976, heeft BMW Belgium een nieuwe circulaire tot alle concessiehouders gericht, waarin zij letterlijk verklaart dat de circulaire van 29 september 1975 als nietig en van onwaarde is te beschouwen „voor zover dit als een verbod tot wederuitvoer zou kunnen weergegeven worden".

26 Bovendien bevat de in de periode van 29 september 1975 tot 20 februari 1976 gevoerde correspondentie tussen BMW Belgium en een deel van haar concessiehouders niets waaruit kan blijken dat de opstellers van de circulaires van 29 september 1975 een enkel met betrekking tot niet-erkende wederverkopers geldend uitvoerverbod voor ogen had gestaan. De individuele brieven door BMW Belgium in het kader van die correspondentie aan bepaalde concessiehouders gezonden, hielden de verwarring tussen wat toegestaan en wat verboden was, in stand en waren soms zodanig geformuleerd, dat daaruit moest worden opgemaakt dat geen enkele verkoop naar het buitenland, zelfs aan eindverbruikers of hun tussenpersonen, kon worden getolereerd.

27 Van geen belang ten slotte is de door verzoekers aangevoerde omstandigheid dat de Belgische concessiehouders, ondanks de circulaires, na 29 september 1975 waren doorgegaan met nieuwe BMW-voertuigen naar het buitenland te verkopen. De in antwoord op een vraag van het Hof door BMW Belgium verstrekte gegevens betreffen slechts 28 van de 59 gevallen van wederuitvoer die tussen oktober 1975 en februari 1976 ter kennis van BMW Belgium waren gekomen.

28 Om al deze redenen moet dus worden vastgesteld dat de circulaire van BMW Belgium van 29 september 1975 en de circulaire van de Belgische dealersadviescommissie van dezelfde datum, beschouwd zowel naar hun strekking als in hun materiële en juridische context en in verband met het gedrag van partijen, een uitdrukking vormen van de wil om een einde te maken aan de uitvoer van nieuwe BMW-voertuigen vanuit België.

29 Door deze circulaires tot al haar Belgische concessiehouders te richten, heeft BMW Belgium de totstandkoming willen bevorderen van een overeenkomst met die concessiehouders om een volledige stopzetting van die uitvoer te bewerkstelligen.

30 De Belgische concessiehouders, met inbegrip van de leden van de adviescommissie, die hun instemming met de circulaire van BMW Belgium van 29 september 1975 hebben betuigd, zijn, door van hun instemming blijk te geven, een dergelijke overeenkomst aangegaan, waarvan de inhoud door genoemde circulaires nauwkeurig is bepaald.

31 Gelet op hun inhoud en draagwijdte, hadden die overeenkomsten tot doel de mededinging binnen de gemeenschappelijke markt voor een bepaald merkprodukt merkbaar te verhinderen, te beperken en te vervalsen.

32 Door met betrekking tot de uitvoer van een bepaald merkprodukt te streven naar afscherming van de markten, konden die overeenkomsten daarenboven de handel tussen de Lid-Staten ongunstig beïnvloeden in de zin van artikel 85, lid 1, van het Verdrag.

33 Mitsdien zijn BMW Belgium, de leden van de adviescommissie en de Belgische concessiehouders die de circulaire van 29 september 1975 hebben ondertekend, op basis van de betrokken circulaires overeenkomsten aangegaan die onverenigbaar zijn met de gemeenschappelijke markt en verboden door artikel 85, lid 1, voornoemd.

34 Aangezien de overeenkomsten van kracht zijn gebleven tot de circulaire van BMW Belgium van 20 februari 1976, hebben verzoekers zich dus tot die datum schuldig gemaakt aan een inbreuk op de bepalingen van dat artikel.

35 BMW Belgium en de leden van de adviescommissie, de opstellers van de circulaires van 29 september 1975, hebben deze circulaires wetens en willens tot de Belgische concessiehouders gericht en hen daarbij uitgenodigd een overeenkomst aan te gaan waarbij zij zich verbonden de betrokken produkten niet wederom uit te voeren. Door in die zin te handelen, hebben BMW Belgium en de leden van de adviescommissie aldus opzettelijk de onderhavige inbreuk gepleegd.

36 Voor wat betreft het medeplegen van deze inbreuk door de Belgische concessiehouders die de circulaire van BMW Belgium van 29 september 1975 hebben ondertekend, moge het waar zijn dat hun economische afhankelijkheid van BMW Belgium hen in hun ondernemings- en beslissingsvrijheid kon beknotten, doch dit neemt niet weg dat het hun daardoor niet onmogelijk werd gemaakt instemming met de hun voorgestelde overeenkomst te weigeren, hetgeen blijkt uit de omstandigheid dat een groot aantal concessiehouders zich van een akkoordverklaring heeft onthouden.

37 Gelet op de termen van het met BMW Belgium gesloten verdelerscontract, is het onaannemelijk dat de Belgische BMW-concessiehouders de circulaire van BMW Belgium van 29 september 1975, gezien de formulering ervan en gezien de waarschuwing vervat in de circulaire van de adviescommissie van dezelfde datum, niet hebben opgevat als een instructie om de verkoop naar het buitenland te staken, en dat zij zich niet ervan bewust zijn geweest met hun schriftelijke instemming met het voorstel van BMW Belgium, akkoord te gaan met een exportverbod dat verder ging dan de voorwaarden van het selectieve distributiestelsel van BMW München.

38 Mitsdien blijken de beroepen, voor zover gericht tegen artikel 1 van de bestreden beschikking, niet gegrond te zijn.

2. De boetes

39 Wegens de in artikel 1 genoemde inbreuk zijn bij artikel 2 van de bestreden beschikking aan BMW Belgium en de 47 Belgische BMW-concessiehouders die die inbreuk hebben onderschreven, boetes opgelegd krachtens artikel 15, lid 2, sub a, van verordening nr. 17/62 van de Raad.

40 Blijkens de bestreden beschikking heeft de Commissie bij het opleggen van die boetes overwogen, enerzijds, dat BMW Belgium en de leden van de dealersadviescommissie „zich ... ervan bewust waren dat zij door het overeenkomen van een algemeen exportverbod een inbreuk maakten op artikel 85, lid 1, van het Verdrag", en, anderzijds, dat de Belgische BMW-concessiehouders die de bij de circulaire gevoegde brief hebben ondertekend, „onachtzaamheid moet worden verweten".

41 i) BMW Belgium betoogt vooreerst dat voor zover de circulaire van 29 september 1975 enkel herinnert aan het in artikel 1 van het bij de Commissie aangemelde verdelerscontract vervatte verbod om aan niet-erkende wederverkopers te verkopen, artikel 2 van de bestreden beschikking is vastgesteld in strijd met artikel 15, lid 5, sub a, van verordening nr. 17/62, doordat deze bepaling BMW Belgium beboet uit hoofde van een aangemelde clausule.

42 Waar de uitlegging die BMW aan haar circulaire van 29 september 1975 wenst te geven, om vorenvermelde redenen is afgewezen, kan dit middel niet worden aanvaard.

43 Vervolgens stelt BMW Belgium dat, zelfs indien er inbreuk op artikel 85, lid 1, EEG-Verdrag zou zijn gemaakt, zij deze inbreuk niet „opzettelijk" heeft gepleegd en dat haar werkelijke bedoeling uitsluitend was, een einde te maken aan de verkoop aan niet-erkende wederverkopers. Dit zou onder meer hieruit blijken, dat zij de voorzorg had genomen de tekst van haar circulaire van 29 september 1975 voor advies aan een raadsman voor te leggen.

44 Uit het vorenoverwogene volgt dat de circulaire van BMW Belgium van 29 september 1975, gelet zowel op haar strekking als op haar juridische en materiële context en het gedrag van partijen, een duidelijke uitdrukking is van de bedoeling een einde te maken aan de uitvoer vanuit België van nieuwe BMW-voertuigen, ongeacht de hoedanigheid van de kopers: niet-erkende wederverkopers, eindverbruikers of tussenpersonen van deze laatsten.

Waar dus niet kan worden betwist dat de clausules van de betrokken circulaire door verzoekster zijn vastgesteld, is niet van belang of deze zich al dan niet ervan bewust was, dusdoende tegelijkertijd het verbod van artikel 85, lid 1, EEG-Verdrag te overtreden.

45 Ook stelt BMW Belgium dat de duur van de vastgestelde inbreuk aanmerkelijk had kunnen worden bekort als de Commissie haar haar bezwaren tegen de circulaire van 29 september 1975 had meegedeeld.

Dit argument moet worden verworpen, enerzijds omdat de Commissie eerst op 20 oktober 1975 door de onderneming MGH op de hoogte is gesteld van de weigering van bepaalde Belgische erkende wederverkopers om nieuwe BMW-voertuigen voor wederuitvoer te leveren, en anderzijds omdat BMW München reeds op 17 oktober 1975 BMW Belgium had geattendeerd op de onregelmatigheden in de betrokken circulaire.

46 Ten slotte voert BMW Belgium aan dat het bedrag van de litigieuze boete te hoog is, zulks gelet op het korte tijdsbestek tussen de verzending van de circulaire van 29 september 1975 en die van de circulaire van 20 februari 1976, alsmede op het feit dat de inbreuk geen enkel werkelijk effect heeft gehad op de handel tussen België en de andere Lid-Staten van de Gemeenschap, behalve dat het voor niet-erkende wederverkopers — dat wil zeggen firma's die toch al geen aanspraak op levering konden maken — moeilijker werd in België nieuwe BMW-voertuigen te kopen.

47 Wat het eerste punt betreft, kan worden volstaan met erop te wijzen dat de Commissie in paragraaf 26, zevende alinea, van haar beschikking bij de bepaling van het bedrag van de aan BMW en acht leden van de adviescommissie op te leggen boete uitdrukkelijk rekening heeft gehouden met de duur van de vastgestelde inbreuk, en dat door betrokkenen niets is aangevoerd waaruit de onevenredigheid van dat bedrag, vergeleken met hun omzet, zou blijken.

48 Wat het tweede punt betreft, is het van belang vast te stellen dat verzoekster zelf erkent dat het aantal uit België naar andere Lid-Staten heruitgevoerde BMW-voertuigen met name vanaf augustus 1975 groot genoeg was om BMW Belgium ertoe te brengen zich steeds vaker tot het Belgische verdelersnet te wenden; tot zij het ten slotte noodzakelijk achtte de litigieuze circulaires van 29 september 1975 te verspreiden, respectievelijk te doen verspreiden.

49 ii) Ook de leden van de Belgische dealersadviescommissie betogen dat hun in de bestreden beschikking ten onrechte wordt verweten „opzettelijk" inbreuk te hebben gemaakt op de bepalingen van artikel 85, lid 1, van het Verdrag, en dat hun ten onrechte een zwaardere boete is opgelegd dan de andere concessiehouders, enkel en alleen omdat zij destijds lid waren van de adviescommissie. Daarbij wijzen zij erop dat zij weliswaar zijn gekozen na zichzelf kandidaat te hebben gesteld, doch dat het niettemin volstrekt toevallig is dat het thans voor het Hof aanhangige geschil is ontstaan in de periode waarin zij lid van de commissie waren.

50 Daarnaast voeren de leden van de adviescommissie aan dat de door hen tot alle Belgische concessiehouders gerichte circulaire door BMW Belgium is opgesteld en hun tijdens een speciaal daartoe bijeengeroepen vergadering ter ondertekening is voorgelegd. Zij concluderen dat de bestreden beschikking, ook voor wat de hun opgelegde boete betreft, moet worden nietigverklaard wegens gebrekkige en duistere motivering, alsmede wegens schending van artikel 15 van verordening nr. 17/62 van de Raad.

51 Het kan de acht leden van de adviescommissie niet zijn ontgaan dat zij, als woordvoerders van de Belgische concessiehouders, tegenover deze laatsten een zwaardere verantwoordelijkheid droegen en dat hun tussenkomst bij het Belgische verdelersnet wel een bijzonder gewicht moest verlenen aan de voorstellen van BMW Belgium, die zij met hun gezag hebben gesteund.

Door, al was het ook op aandringen van BMW Belgium, de tweede circulaire van 29 september 1975, welke bij de circulaire van dezelfde datum van BMW Belgium was gevoegd, te ondertekenen, hebben de acht leden van de

adviescommissie er aldus actief toe bijgedragen, het gezag van de in de circulaire van 29 september 1975 van BMW Belgium vervatte aansporingen bij het Belgische verdelersnet te versterken. Waren zij er werkelijk op uitgeweest de verkopen aan niet-erkende dealers te verhinderen, dan hadden zij dat duidelijker moeten doen uitkomen door hun circulaire nauwkeurig te formuleren, in plaats van termen te bezigen die nog duidelijker lieten verstaan dat het wederuitvoerverbod voor iedere verkoop buiten België gold.

52 iii) De andere Belgische BMW-concessiehouders ten slotte betwisten de gegrondheid van de hun opgelegde boetes met te stellen dat het nooit in hun bedoeling heeft gelegen een algemeen wederuitvoerverbod te onderschrijven, en dat de economische afhankelijkheid waarin zij zich tegenover BMW Belgium bevonden, hun instemming met bedoelde circulaire wezenlijk gebrekkig maakte. Verder betogen zij dat de boetes in hun geval des te meer ongerechtvaardigd zijn, omdat de Commissie in al haar vroegere beschikkingen waarbij boetes werden opgelegd wegens schending van artikel 85, lid 1, EEG-Verdrag, nooit de concessiehouders heeft bestraft, doch enkel de concessiegevers. Door zonder kennelijk goede reden de Belgische BMW-concessiehouders strenger te behandelen dan zij in het verleden met in vergelijkbare omstandigheden verkerende concessiehouders heeft gedaan, zou de Commissie het non-discriminatiebeginsel ten nadele van de BMW-concessiehouders hebben geschonden.

53 In casu blijkt uit het vorenoverwogene dat de betrokken concessiehouders inbreuk hebben gemaakt op het bepaalde bij artikel 85, lid 1, EEG-Verdrag. De omstandigheid dat de Commissie het in soortgelijke vroegere gevallen niet noodzakelijk heeft geacht ook de concessiehouders te beboeten, ontneemt haar niet het recht gebruik te maken van de haar bij genoemde verordening uitdrukkelijk verleende bevoegdheid, wanneer aan de daartoe gestelde voorwaarden is voldaan.

54 Voor wat het bedrag van de boetes betreft, heeft de Commissie, ook al ging het om een opzettelijk gepleegde inbreuk, de ernst van die inbreuk, vanwege de economische afhankelijkheid van de concessiehouders tegenover BMW Belgium, juist beoordeeld.

55 Hieruit volgt dat de beroepen evenmin zijn gegrond voor zover zij zijn gericht tegen artikel 2 van de bestreden beschikking.

56 Mitsdien moeten de onderhavige beroepen in hun geheel worden verworpen.

Kosten

57 Ingevolge artikel 69, paragraaf 2, van het Reglement voor de procesvoering
58 moet de in het ongelijk gestelde partij in de kosten worden verwezen. Aangezien verzoekers in het ongelijk zijn gesteld, dienen zij in de kosten te worden verwezen. Iedere verzoekende partij zal in de kosten van de Commissie bijdragen naar evenredigheid van de verhouding tussen de haar opgelegde boete en het totale boetebedrag.

HET HOF VAN JUSTITIE,

rechtdoende,

1. **Verklaart de beroepen ongegrond.**

2. **Verwijst verzoekers in de kosten. Iedere verzoekende partij zal in de kosten van de Commissie bijdragen naar evenredigheid van de verhouding tussen de haar opgelegde boete en het totale boetebedrag.**

Kutscher Mertens de Wilmars Mackenzie Stuart

Pescatore Sørensen O'Keeffe Bosco

Uitgesproken ter openbare terechtzitting te Luxemburg op 12 juli 1979.

De griffier
A. Van Houtte

De president
H. Kutscher