

ARREST VAN HET GERECHT
18 september 1992 *

In zaak T-24/90,

Automec Srl, vennootschap naar Italiaans recht, gevestigd te Lancenigo di Villorba (Italië), vertegenwoordigd door G. Celona, advocaat te Milaan, en P. A. M. Ferrari, advocaat te Rome, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg ten kantore van G. Margue, advocaat aldaar, Rue Philippe II 20,

verzoekster,

tegen

Commissie van de Europese Gemeenschappen, vertegenwoordigd door E. Traversa, lid van haar juridische dienst, als gemachtigde, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg bij R. Hayder, representant van haar juridische dienst, Centre Wagner, Kirchberg,

verweerster,

betreffende een beroep tot nietigverklaring van de beschikking van de Commissie van 28 februari 1990 tot afwijzing van het verzoek betreffende gedragingen van BMW AG en BMW Italia SpA, dat verzoekster heeft ingediend krachtens artikel 3, lid 2, van verordening nr. 17 van de Raad van 6 februari 1962, Eerste verordening over de toepassing van de artikelen 85 en 86 van het Verdrag (PB 1962, blz. 204),

wijst

HET GERECHT VAN EERSTE AANLEG,

samengesteld als volgt: J. L. Cruz Vilaça, president, H. Kirschner, B. Vesterdorf, R. García-Valdecasas en K. Lenaerts, kamerpresidenten, D. Barrington, A. Saggio, C. Yeraris, R. Schintgen, C. P. Briët en J. Biancarelli, rechters,

advocaat-generaal: D. A. O. Edward
griffier: H. Jung

* Procestaal: Italiaans.

gezien de stukken en na de mondelinge behandeling op 22 oktober 1991,

gelet op de schriftelijk genomen conclusie van de advocaat-generaal, neergelegd op 10 maart 1992,

het navolgende

Arrest

De aan het beroep ten grondslag liggende feiten

- 1 Verzoekster is een besloten vennootschap naar Italiaans recht, gevestigd te Lance-nigo di Villorba (Treviso). In 1960 sloot zij met BMW Italia SpA (hierna: „BMW Italia”) een dealerovereenkomst voor de distributie van auto's van het merk BMW in de stad en de provincie Treviso.
- 2 Bij brief van 20 mei 1983 liet BMW Italia verzoekster weten, dat zij voornemens was de dealerovereenkomst, die op 31 december 1984 afliep, niet te verlengen.
- 3 Daarop daagde verzoekster BMW Italia voor het Tribunale di Milano om laatstge-noemde te doen veroordelen, deze contractuele betrekking te handhaven. Die vor-dering werd afgewezen bij een vonnis waartegen verzoekster hoger beroep instelde bij de Corte d'appello di Milano. BMW Italia vorderde van de president van het Tribunale di Treviso een bevel tot beslaglegging op al het aan Automec toebeho-rende materieel van het merk BMW. Die vordering werd afgewezen.
- 4 Terwijl de zaak aanhangig was bij de Corte d'appello di Milano, diende verzoek-ster op 25 januari 1988 bij de Commissie een verzoek in als bedoeld in artikel 3, lid 2, van verordening nr. 17 van de Raad van 6 februari 1962, Eerste verordening over de toepassing van de artikelen 85 en 86 van het Verdrag (PB 1962, blz. 204, hierna: „verordening nr. 17”).

- 5 In dit verzoek beschreef verzoekster de ontwikkeling en de inhoud van haar contractuele betrekkingen met BMW Italia en de inhoud van de bij de nationale rechter aanhangige geschillen tussen haar en BMW Italia, en stelde zij, dat de handelwijze van BMW Italia en van haar Duitse moedervereniging BMW AG in strijd was met artikel 85 EEG-Verdrag. Volgens haar was het distributiesysteem van BMW, dat door de Commissie voor de Bondsrepubliek Duitsland was goedgekeurd bij beschikking 75/73/EEG van 13 december 1974 inzake een procedure op grond van artikel 85 EEG-Verdrag (PB 1975, L 29, blz. 1, hierna: „beschikking van 13 december 1974³⁹”), een selectief distributiesysteem. Verzoekster was van oordeel, dat zij aan alle kwalitatieve vereisten voldeed en stelde, dat BMW Italia niet het recht had te weigeren haar auto's en reserveonderdelen van het merk BMW te leveren en haar te verbieden gebruik te maken van het merk BMW. Op basis van het arrest van het Hof van 22 oktober 1986 (zaak 75/84, Metro, Jurispr. 1986, blz. 3021, inz. blz. 3091) was zij van mening, dat BMW Italia verplicht was haar als distributeur te erkennen.
- 6 Verzoekster was derhalve van oordeel, dat BMW verplicht was:
- haar bestellingen van auto's en reserveonderdelen uit te voeren tegen de voor wederverkopers geldende prijzen en voorwaarden;
 - haar toe te staan het merk BMW te gebruiken voor zover dat nodig is voor de normale informatie van het publiek en op de wijze die in de automobielsector gebruikelijk is.
- 7 Verzoekster verzocht de Commissie om BMW Italia en BMW AG bij beschikking te gelasten, een einde te maken aan de gestelde inbreuk, de hierboven genoemde maatregelen te treffen en alle andere maatregelen te treffen die de Commissie nodig of nuttig zou achten.
- 8 Bij brief van 1 september 1988 deed verzoekster haar beklag over het feit, dat BMW recentelijk haar Italiaanse dealers zou hebben benaderd om deze, op straffe van verlies van hun commissie, te beletten auto's aan potentiële wederverkopers te

verkoop. Voorts zou BMW haar boycotten en zou het haar onmogelijk zijn geworden bij Italiaanse en buitenlandse dealers van dit merk auto's te kopen, terwijl deze wel beschikbaar waren. Aldus had zij recentelijk diverse bestellingen niet kunnen uitvoeren.

- 9 Op 30 november 1988 zond de Commissie verzoekster een aangetekende brief, ondertekend door een directeur bij het directoraat-generaal Concurrentie (hierna: „DG IV”). Hierin werd verzoekster in de eerste plaats meegedeeld, dat de Commissie zich onbevoegd achtte, aan haar verzoek gevolg te geven op basis van de door verzoekster verstrekte gegevens. In de brief werd dienaangaande verduidelijkt, dat deze gegevens weliswaar door de nationale rechter in aanmerking konden worden genomen in het kader van een geschil betreffende vergoeding van de schade die verzoekster haars inziens had geleden, doch dat zij voor de Commissie niet als basis konden dienen om BMW te verplichten, verzoekster opnieuw te bevoorraden. In de tweede plaats vestigde de brief de aandacht van verzoekster op verordening (EEG) nr. 123/85 van 12 december 1984 betreffende de toepassing van artikel 85, lid 3, van het Verdrag op groepen afzet- en klantenserviceovereenkomsten inzake motorvoertuigen (PB 1985, L 15, blz. 16, hierna: „verordening nr. 123/85”), die op 1 juli 1985 in werking is getreden. De Commissie schreef verder, dat „de verschillende Europese automobielfabrikanten hun respectieve dealerovereenkomsten in overeenstemming lijken te hebben gebracht met de verordening. De beschikbare gegevens wettigen niet de veronderstelling, dat BMW Italia haar eigen distributienet niet in overeenstemming met genoemde communautaire mededingingsregels zou hebben gebracht”.
- 10 Op 17 februari 1989 stelde verzoekster beroep tot nietigverklaring van deze brief in (zaak T-64/89).
- 11 Op 26 juli 1989 zond de Commissie verzoekster een tweede aangetekende brief, deze keer ondertekend door het hoofd van het directoraat-generaal Concurrentie. Nadat zij erop had gewezen, dat de brief van 30 november 1988 geen definitieve standpuntbepaling van de Commissie vormde, deelde de Commissie verzoekster formeel mee, dat zij niet het voornemen had, aan haar verzoek van 25 januari 1988 gevolg te geven. De Commissie motiveerde haar standpunt door erop te wij-

zen, dat zij krachtens artikel 85 EEG-Verdrag niet over de nodige bevoegdheden beschikte om vast te stellen, dat de ontbinding van de dealerovereenkomst geen rechtsgevolg had, noch om een herstel van de contractuele betrekkingen tussen partijen te gelasten op basis van de standaardovereenkomst die BMW Italia thans in haar betrekkingen met haar dealers gebruikte. Bovendien zou zij, gesteld dat de door BMW toegepaste dealerovereenkomst in strijd was met artikel 85, lid 1, van het Verdrag, hoogstens de inbreuk en de daaruit voortvloeiende nietigheid van de overeenkomst kunnen vaststellen. Voorts zou de ene partij bij de overeenkomst niet het recht hebben, de andere partij te beletten de overeenkomst met inachtneming van de daarin voorziene opzegtermijn op normale wijze te beëindigen, wat in casu het geval was. Aangezien die mededeling werd verricht „krachtens en ten fine van” artikel 6 van verordening nr. 99/63/EEG van de Commissie van 25 juli 1963 over het horen van belanghebbenden en derden overeenkomstig artikel 19, leden 1 en 2, van verordening nr. 17 van de Raad (PB 1963, nr. 127, blz. 2268, hierna: „verordening nr. 99/63”), nodigde de Commissie verzoekster uit, binnen twee maanden haar opmerkingen in te zenden.

- 12 Bij brief van 4 oktober 1989 gaf verzoekster gehoor aan deze uitnodiging en verklaarde zij, dat zij in haar klacht enkel aanspraak had gemaakt op het recht om deel uit te maken van het selectieve distributiesysteem dat BMW haars inziens had ingevoerd, en niet dat de vroegere dealerovereenkomst zou worden gehandhaafd. Zij bracht in herinnering, dat haar vertegenwoordigers erop hadden gewezen, dat bij de Italiaanse rechter een geding aanhangig was met betrekking tot de met deze overeenkomst verband houdende kwesties. Haar recht om deel uit te maken van het distributiesysteem vloeide daarentegen — aldus hadden de vertegenwoordigers van verzoekster gesteld — niet uit deze overeenkomst voort, maar uit de „dikwijls door de Commissie en het Hof bevestigde vele beginselen betreffende de selectieve distributie”, aangezien verzoekster gedurende 25 jaar had aangetoond aan de vereisten van BMW te voldoen. Verzoekster stelde nog, dat de Commissie zich in haar brief van 30 november 1988 had beroepen op het ontbreken van gegevens die de veronderstelling wettigen, dat het distributiesysteem van BMW niet verenigbaar was met groepsvrijstellingsverordening nr. 123/85, en dat zij aldus, gelet op het door verzoekster geleverde bewijsmateriaal over de handelwijze van BMW, ten gunste van BMW ten onrechte een vermoeden van onschuld had laten gelden. Bovendien verbaasde het haar, dat de Commissie zich onbevoegd achtte een herstel van contractuele betrekkingen tussen haar en BMW te gelasten, terwijl zij zulks nimmer had gevorderd. Verzoekster maakte aanspraak op „haar recht dat haar opnieuw produkten van het merk BMW zouden worden geleverd, niet op basis van een exclusieve concessie, maar als distributeur die aan alle vereisten voldeed om te worden geselecteerd als lid van het netwerk”. Derhalve verzette zij zich ertegen, dat de Commissie aan haar verzoek een andere inhoud toekende dan dit bezat.

- 13 Op 28 februari 1990 zond het lid van de Commissie, bevoegd voor de mededinging, verzoekster namens de Commissie een brief, waarvan de inhoud luidde als volgt:

„Ik refereer aan het door u op 25 januari 1988 bij de Commissie ingediende verzoek ex artikel 3, lid 2, van verordening nr. 17/62 van de Raad, waarin u stelt, dat BMW Italia inbreuk heeft gemaakt op artikel 85, lid 1, EEG-Verdrag.

De Commissie heeft de door u in uw klacht aangevoerde feitelijke en juridische elementen onderzocht en u in de gelegenheid gesteld uw opmerkingen kenbaar te maken over het voornemen van de Commissie om geen gevolg te geven aan deze klacht. Dit voornemen is u meegedeeld bij preliminaire brief van 30 november 1988 en vervolgens bij ‚brief ex artikel 6’ van 26 juli 1989.

In uw antwoord van 4 oktober 1989 heeft u geen gewag gemaakt van nieuwe feiten en geen nieuwe juridische argumenten of referenties tot staving van uw verzoek aangevoerd. Dit betekent, dat er voor de Commissie geen grond bestaat om haar voornemen tot afwijzing van uw verzoek om tussenbeide te komen, te wijzigen, en wel om de volgende redenen:

1. In de eerste plaats, en met betrekking tot het eerste in uw klacht geformuleerde verzoek (blz. 7, paragraaf 2, eerste en tweede streepje: dat BMW wordt gelast auto's en reserveonderdelen aan Automec te leveren en Automec toe te staan het merk BMW te gebruiken), is de Commissie van mening, dat haar uit hoofde van artikel 85, lid 1, van het Verdrag geen bevoegdheid toekomt bevelen te geven, waardoor zij een producent zou kunnen verplichten, in de omstandigheden van het onderhavige geval zijn produkten te leveren, zelfs wanneer zij had vastgesteld, dat het distributiesysteem van deze producent (BMW Italia) onverenigbaar is met artikel 85, lid 1. Automec heeft overigens geenszins aangetoond, dat BMW Italia een machtspositie zou innemen en dat zij hiervan, in strijd met artikel 86 EEG-Verdrag, misbruik zou hebben gemaakt: slechts op basis van dat verdragsartikel zou de Commissie BMW Italia eventueel kunnen verplichten, een overeenkomst met Automec aan te gaan.

2. Aangaande het tweede verzoek van Automec (blz. 7 van de klacht, paragraaf 3: dat een einde wordt gemaakt aan de door Automec aan BMW Italia verweten

inbreuk) stelt de Commissie vast, dat Automec reeds de Italiaanse rechter heeft geadieerd, zowel in eerste aanleg als in hoger beroep, voor haar geschil met BMW Italia betreffende de ontbinding van de dealerovereenkomst die de twee vennootschappen voorheen verbond. Volgens de Commissie staat niets eraan in de weg, dat Automec de vraag betreffende de verenigbaarheid van het huidige distributiesysteem van BMW Italia met artikel 85 aan dezelfde rechter voorlegt; de nationale rechter lijkt des te gemakkelijker te kunnen worden aangezocht daar deze reeds uitstekend op de hoogte is van de contractuele betrekkingen die BMW Italia met haar dealers aangaat.

Opgemerkt zij overigens, dat de Italiaanse rechter niet alleen dezelfde bevoegdheid als de Commissie toekomt om artikel 85 EEG-Verdrag, en inzonderheid lid 2 ervan, op de onderhavige zaak toe te passen, maar dat hij, anders dan de Commissie, eveneens bevoegd is BMW Italia eventueel tot schadevergoeding aan Automec te veroordelen, wanneer Automec zou kunnen aantonen, dat de verkoopweigeren van deze producent haar schade heeft berokkend. Artikel 6 van verordening nr. 99/63/EEG verleent de Commissie een discretionaire bevoegdheid bij de beoordeling van de ‚door haar [na onderzoek van een klacht] verkregen gegevens’. Op grond van deze bevoegdheid kan zij verschillende prioriteiten stellen bij het onderzoek van de aan haar voorgelegde zaken.

Op basis van de hierboven in punt 2 van deze brief uiteengezette overwegingen is de Commissie tot de conclusie gekomen, dat er in het onderhavige geval niet sprake is van een zodanig communautair belang dat een nader onderzoek van de in het verzoek genoemde feiten gerechtvaardigd is.

3. Derhalve heeft de Commissie om de in de punten 1 en 2 vermelde redenen besloten, geen gevolg te geven aan het door u op 25 januari 1988 krachtens artikel 3, lid 2, van verordening nr. 17/62 van de Raad ingediende verzoek.”

14 Op 10 juli 1990 verklaarde het Gerecht het door verzoekster ingestelde beroep tot nietigverklaring van de brief van de Commissie van 30 november 1988 niet-ontvankelijk (arrest van 10 juli 1990, zaak T-64/89, Automec, Jurispr. 1990, blz. II-367), op grond dat deze brief geen besluit was naar aanleiding van de klacht van verzoekster, maar deel uitmaakte van een informele uitwisseling van standpunten in het kader van de eerste van de drie achtereenvolgende fasen van de

procedure van artikel 3, lid 2, van verordening nr. 17 en artikel 6 van verordening nr. 99/63. Het arrest heeft kracht van gewijsde.

- 15 Aangaande het verdere verloop van de bij de Italiaanse rechter aanhangige gedingen tussen haar en BMW Italia verklaarde verzoekster ter terechtzitting, dat het Tribunale en vervolgens de Corte d'appello di Milano haar beroep, strekkende tot veroordeling van BMW Italia om de tussen hen bestaande contractuele betrekkingen te handhaven, heeft verworpen en dat zij tegen dit arrest cassatieberoep heeft ingesteld bij de Corte suprema di cassazione. Bovendien is het door BMW Italia ingestelde beroep om verzoekster te doen verbieden, in haar reclame voor parallel ingevoerde auto's gebruik te maken van het merk BMW, door het Tribunale di Milano toegewezen, nadat het door de Pretore en de president van het Tribunale di Treviso was verworpen. Verzoekster is van deze uitspraak in beroep gegaan bij de Corte d'appello di Treviso.

Het procesverloop

- 16 In deze omstandigheden heeft verzoekster bij op 3 mei 1990 ter griffie van het Gerecht neergelegd verzoekschrift het onderhavige beroep ingesteld.
- 17 De schriftelijke procedure heeft een normaal verloop gehad. Op voorstel van de Eerste kamer, partijen daaromtrent gehoord, is de zaak naar het Gerecht in volle samenstelling verwezen. De president van het Gerecht heeft een advocaat-generaal aangewezen.
- 18 Het Gerecht heeft, op rapport van de rechter-rapporteur en gehoord de advocaat-generaal, besloten zonder instructie tot de mondelinge behandeling over te gaan. Het heeft evenwel besloten ambtshalve rekening te houden met de volgende, door partijen in het dossier van zaak T-64/89 (Automec I) gevoegde stukken:
- het door verzoekster op 25 januari 1988 bij de Commissie ingediende verzoek ex artikel 3, lid 2, van verordening nr. 17 (bijlage 5 bij het verzoekschrift in zaak T-64/89);

- de door verzoekster op 1 september 1988 aan de Commissie gezonden brief (bijlage 18 bij het verzoekschrift in zaak T-64/89);
 - de door verzoekster op 4 oktober 1989 aan de Commissie gezonden brief (bijlage bij de opmerkingen van verzoekster over de incidentele vordering van de Commissie in zaak T-64/89).
- 19 Ter terechtzitting van 22 oktober 1991 zijn partijen in hun pleidooien en hun antwoorden op de vragen van het Gerecht gehoord. Op 10 maart 1992 heeft de advocaat-generaal zijn schriftelijk genomen conclusie neergelegd en heeft de president de mondelinge behandeling gesloten verklaard.
- 20 In haar verzoekschrift heeft verzoekster geconcludeerd, dat het het Gerecht behage:
- de onderhavige zaak met zaak T-64/89, reeds aanhangig, te voegen;
 - het beroep, ten aanzien waarvan zij zich het recht tot intrekking voorbehield nadat een arrest tot nietigverklaring van de zogenaamde individuele beschikking van 30 november 1988 in kracht van gewijsde zou zijn gegaan, ontvankelijk te verklaren;
 - nietig te verklaren de individuele beschikking van het directoraat Concurrentie en verordening nr. 123/85, voor zover deze de noodzakelijke voorwaarde voor genoemde beschikking vormt;
 - de Commissie krachtens artikel 176 EEG-Verdrag te gelasten, de maatregelen te nemen die nodig zijn ter uitvoering van het te wijzen arrest;
 - de Commissie tot schadevergoeding te veroordelen;

— de Commissie in de kosten te verwijzen.

In haar na de uitspraak van het arrest in zaak T-64/89 ingediende memorie van repliek heeft verzoekster geconcludeerd, dat het het Gerecht behage:

— nietig te verklaren de beschikking van het directoraat-generaal Concurrentie van de Commissie van 28 februari 1990, zulks na eventueel te hebben verklaard, dat verordening nr. 123/85 niet op selectieve distributiesystemen van toepassing is; subsidiair deze verordening, indien deze zowel op exclusieve distributiesystemen als selectieve distributiesystemen van toepassing moet worden geacht, nietig te verklaren wegens strijd met verordening nr. 19/65/EEG van de Raad, die hiervoor de rechtsgrondslag vormt, en in elk geval wegens kennelijke onbillijkheid, omdat hierin twee geheel verschillende fenomenen op identieke wijze zijn geregeld;

— de Commissie krachtens artikel 176 EEG-Verdrag te gelasten, de maatregelen te nemen die nodig zijn ter uitvoering van het te wijzen arrest;

— de Commissie tot schadevergoeding te veroordelen;

— de Commissie in de kosten te verwijzen.

²¹ De Commissie heeft geconcludeerd, dat het het Gerecht behage:

— de vordering van verzoekster tot voeging van de onderhavige zaak met de toentertijd aanhangige zaak T-64/89 af te wijzen;

— het beroep van Automec tot nietigverklaring van de beschikking van de Commissie van 28 februari 1990 [SG (90) D/2816] te verwerpen;

- de vordering, de Commissie tot schadevergoeding te veroordelen, af te wijzen;
- verzoekster in de kosten te verwijzen.

De conclusies tot nietigverklaring

1. *Het voorwerp van de klacht*

Argumenten van partijen

- ²² Verzoekster verwijt de Commissie dat zij het voorwerp van haar verzoek onjuist heeft uitgelegd, omdat zij van mening was, dat dit verzoek enkel inhield dat BMW werd gelast, verzoeksters bestellingen uit te voeren en verzoekster toe te staan het merk BMW te gebruiken, terwijl zij had verzocht om een onderzoek of de boycot waarvan zij het slachtoffer was, voortvloeide uit het distributiesysteem van BMW dan wel een discriminatoire toepassing van dit systeem vormde.
- ²³ Zij had de Commissie niet alleen verzocht, vast te stellen dat BMW inbreuk maakte op artikel 85, lid 1, en BMW bij beschikking te gelasten, een einde te maken aan de inbreuk, maar ook de bij haar beschikking van 13 december 1974 (reeds aangehaald) verleende vrijstelling voor het selectieve distributiesysteem van BMW en/of het voordeel van de in verordening nr. 123/85 bedoelde vrijstelling in te trekken.
- ²⁴ De Commissie is — aldus nog steeds verzoekster — niet gebonden aan datgene wat een klager specifiek heeft verzocht, maar kan zelf de inhoud van het bevel tot beëindiging van de inbreuk vaststellen, op voorwaarde dat dit bevel geschikt is om dat doel te bereiken en het evenredigheidsbeginsel in acht neemt.

- 25 Volgens de Commissie strekte het verzoek van Automec er in hoofdzaak toe dat BMW wordt gelast, haar leveringen te hervatten en het gebruik van haar merk toe te staan, en zijn de klacht en het beroep van verzoekster hoofdzakelijk ingegeven door de weigering van BMW haar te bevoorraden. Dit verzoek valt samen met het verzoek dat BMW wordt gelast, verzoekster tot het distributiesysteem van BMW toe te laten.
- 26 In dupliek betwist de Commissie, dat verzoekster haar heeft verzocht, de vrijstelling voor het selectieve distributiesysteem van BMW, voorzien in verordening nr. 123/85, in te trekken, en aldus een beschikking te geven die onder haar exclusieve bevoegdheid valt.

Beoordeling door het Gerecht

- 27 Het Gerecht stelt vast, dat verzoeksters klacht enerzijds een verzoek inhield om ten aanzien van BMW twee specifieke maatregelen te nemen, namelijk een bevel om verzoeksters bestellingen uit te voeren en een bevel om verzoekster toe te staan aan aantal van haar merken te gebruiken, en anderzijds een meer algemeen verzoek om BMW bij beschikking te gelasten, een einde te maken aan de gestelde inbreuk en alle andere maatregelen te treffen die de Commissie nodig of nuttig mocht achten.
- 28 Gelet op deze verzoeken, is de bestreden beschikking in twee delen gesplitst. In het eerste deel weigert de Commissie, met een beroep op haar onbevoegdheid, BMW te gelasten, haar produkten aan verzoekster te leveren en verzoekster toe te staan het merk BMW te gebruiken. In het tweede deel weigert zij — met een beroep op de bij de Italiaanse rechter aanhangige gedingen tussen verzoekster en BMW, haar discretionaire bevoegdheid bij de beoordeling van de prioriteit die zij aan de behandeling van een klacht toekent, en het ontbreken van een toereikend communautair belang — de zaak nader te onderzoeken, voor zover de klacht ertoe strekte, dat BMW bij beschikking werd gelast, een einde te maken aan de gestelde inbreuk. De twee delen van de bestreden beschikking komen dus overeen met de twee aspecten van de klacht van verzoekster.

- 29 In de verzoekster op 26 juli 1989 gezonden mededeling ex artikel 6 van verordening nr. 99/63 was sprake van haar verzoek dat een „herstel” van de contractuele betrekkingen tussen haar en BMW wordt gelast. In haar antwoord van 4 oktober 1989 bestreed verzoekster deze uitlegging van haar verzoek en verklaarde zij, dat zij aanspraak maakte, onafhankelijk van de vroegere contractuele betrekkingen, op deelneming aan het distributiesysteem van BMW, door haar gekwalificeerd als selectief distributiesysteem. De Commissie heeft met deze verduidelijking rekening gehouden door in de bestreden beschikking elke verwijzing naar een zogenoemd verzoek van verzoekster om herstel van de vroegere contractuele betrekkingen te schrappen.
- 30 Overigens wettigt niets in de bestreden beschikking de veronderstelling, dat de Commissie zich gebonden zou hebben geacht door het verzoek om specifieke bevelen, zoals dat door verzoekster is geformuleerd, en dat zij aldus voorbij zou zijn gegaan aan de mogelijkheid om, in plaats van de bevelen waarom was verzocht, andere maatregelen te nemen waarmee een einde zou kunnen worden gemaakt aan een eventuele inbreuk. In het eerste deel van de bestreden beschikking wordt immers enkel geantwoord op het verzoek om specifieke bevelen, zoals dat door verzoekster is geformuleerd, zonder dat wordt vooruitgelopen op de vraag, of de Commissie andere maatregelen had kunnen nemen.
- 31 In het tweede deel van de bestreden beschikking ging de Commissie dan ook in op het meer algemene verzoek, om BMW bij beschikking te gelasten, een einde te maken aan de gestelde inbreuk en alle daartoe dienstige maatregelen te nemen.
- 32 Ten slotte stelt het Gerecht vast, dat verzoeksters klacht niet was gericht op intrekking van de in verordening nr. 123/85 bedoelde groepsvrijstelling. In haar verzoekschrift in zaak T-64/89 heeft verzoekster weliswaar de Commissie verweten dat zij artikel 10, eerste alinea, van verordening nr. 123/85 heeft geschonden, krachtens hetwelk zij kon bepalen dat die verordening, voor zover van toepassing, niet meer van toepassing was, doch deze — in een aan het Gerecht en niet aan de Commissie gericht stuk vervatte — grief kan niet ertoe leiden dat het voorwerp van de tevoren ingediende klacht wordt verruimd. Dienaangaande moet worden opgemerkt, dat verzoekster de inhoud van haar klacht in haar brief van 4 oktober 1989 in antwoord op de mededeling ex artikel 6 van verordening nr. 99/63 had kunnen verduidelijken. In dit antwoord, dat is gegeven na het instellen van het beroep in zaak

T-64/89, wordt evenwel met geen woord gerept van een eventuele intrekking van de vrijstelling. In deze omstandigheden kon de Commissie de klacht niet aldus opvatten, dat zij strekte tot intrekking van de in verordening nr. 123/85 bedoelde groepsvrijstelling.

- 33 Dit betekent, dat de Commissie het voorwerp van de door verzoekster ingediende klacht niet onjuist heeft uitgelegd.

2. Het eerste deel van de bestreden beschikking

Argumenten van partijen

- 34 Verzoekster brengt tegen het eerste deel van de bestreden beschikking, waarin de Commissie zich onbevoegd heeft verklaard de door haar gevraagde specifieke bevelen te geven, één middel in: schending van het gemeenschapsrecht, inzonderheid van artikel 3 van verordening nr. 17.
- 35 In haar verzoekschrift betwist verzoekster het door de Commissie gemaakte onderscheid tussen de bevoegdheden die haar krachtens dit artikel toekomen in geval van schending van artikel 85, lid 1, EEG-Verdrag enerzijds en in geval van schending van artikel 86 anderzijds. Zij beklemtoont, dat de tekst van artikel 3 van verordening nr. 17 zo een onderscheid niet maakt en derhalve de Commissie zowel in het ene als het andere geval bevoegd verklaart „de (...) ondernemingen (...) bij beschikking (te) verplichten aan de vastgestelde inbreuk een einde te maken”. In casu kan aan de inbreuk op artikel 85, bestaande in een weigering tot levering, enkel een einde worden gemaakt door de levering van de gevraagde producten te gelasten.
- 36 In repliek stelt verzoekster om te beginnen, dat het ontbreken van een overeenkomst tussen haar en BMW niet in de weg staat aan toepassing van artikel 85, lid 1, EEG-Verdrag. Haars inziens kan een schijnbaar eenzijdige handelwijze onder de bepalingen van artikel 85, lid 1, vallen, vooral wanneer deze plaatsvindt in het kader van een distributiesysteem.

- 37 Volgens verzoekster past BMW een selectief distributiesysteem toe. Volgens de rechtspraak van het Hof (arrest van 11 oktober 1983, zaak 210/81, Demo-Studio Schmidt, Jurispr. 1983, blz. 3045) kan een wederverkoper die zonder reden is uitgesloten van een selectief distributiesysteem, de Commissie verzoeken om op de voet van artikel 3, lid 2, sub b, van verordening nr. 17 tussenbeide te komen, en kan hij in voorkomend geval de weigering van de Commissie aan de gemeenschapsrechter voorleggen. Verzoekster is van oordeel, dat in casu alle in voornoemd arrest genoemde bestanddelen van de inbreuk zijn gerealiseerd.
- 38 Overigens is het volgens haar onlogisch, te menen dat de Commissie de onwettigheid van het hele distributiesysteem, indien daarvan sprake is, zou kunnen vaststellen en BMW zou kunnen verbieden dit voortaan toe te passen, terwijl zij zich niet zou kunnen verzetten tegen de handelwijze van de producent jegens de verschillende wederverkopers. Indien dat het geval was, zou het immers gemakkelijk zijn om „op papier” vanuit mededingingsoogpunt zeer gunstige contractuele stelsels vast te leggen om deze vervolgens niet toe te passen, met de zekerheid dat de Commissie in het concrete geval geen enkele bevoegdheid heeft om tussenbeide te komen. Tot staving van haar stelling beroept verzoekster zich op het arrest van het Hof van 17 september 1985 (gevoegde zaken 25/84 en 26/84, Ford, Jurispr. 1985, blz. 2725), volgens hetwelk de Commissie bij het onderzoek van een dealerovereenkomst met het oog op een eventuele vrijstelling alle omstandigheden die verband houden met de toepassing van deze overeenkomst, waaronder ook een weigering tot bevoorrading kan worden begrepen, in aanmerking mag nemen. De Commissie moet dus niet uitsluitend de „systemen in hun geheel” beoordelen, maar ook de wijze waarop zij in concreto worden toegepast of zelfs niet worden toegepast.
- 39 Verzoekster is van oordeel, dat een eventuele vrijstelling niet in de weg staat aan een dergelijk onderzoek naar de wijze waarop een distributiesysteem in concreto wordt toegepast. Hoewel zij erkent dat de Commissie een beschikking waarbij BMW wordt gelast haar leveringen te hervatten, niet middels dwangmiddelen kan doen uitvoeren, beschikt de verwerende instelling haars inziens niettemin over preventieve bevoegdheden, met name in de vorm van het opleggen van geldboetes, om die beschikking te doen eerbiedigen.
- 40 De Commissie wijst erop, dat het aan de artikelen 85 en 86 van het Verdrag ten grondslag liggende verschil in ratio — die haars inziens tot uitdrukking is gebracht in het arrest van het Gerecht van 10 juli 1990 (zaak T-51/89, Tetra Pak, Juris-

pr. 1990, blz. II-309) — de bevoegdheden waarover zij krachtens artikel 3 van verordening nr. 17 beschikt bij schending van een van beide verdragsbepalingen, een uiteenlopende strekking verleent. Zij brengt in herinnering, dat artikel 86 een onderneming met een machtspositie verbiedt, eenzijdige mededingingsbeperkende handelwijzen te volgen die kunnen bestaan in hetzij weloverwogen acties hetzij nalatigheid. Om deze reden heeft het Hof in zijn arrest van 6 maart 1974 (gevoegde zaken 6/73 en 7/73, Commercial Solvents, Jurispr. 1974, blz. 223) verklaard, dat de toepassing van artikel 3 van verordening nr. 17 moet zijn afgestemd op de aard van de inbreuk en zowel het bevel kan omvatten, bepaalde onrechtmatig nagelaten handelingen of prestaties te verrichten, als het verbod zekere met het Verdrag strijdige activiteiten, praktijken of toestanden te continueren.

- 41 Daarentegen is de Commissie van mening, dat bij een schending van artikel 85, lid 1, EEG-Verdrag haar bevoegdheden om tussenbeide te komen zowel qua voorwerp als qua omvang verschillen. Met betrekking tot het voorwerp, te weten de inbreuk waaraan zij een einde zou kunnen maken, wijst zij erop, dat artikel 85 overeenkomsten tussen twee of meer ondernemingen die ertoe strekken of tot gevolg hebben dat de mededinging wordt vervalst, verbiedt. De enige overeenkomst waarop artikel 85 EEG-Verdrag in casu van toepassing zou kunnen zijn, is die tussen BMW Italia en haar huidige dealers, en de Commissie kan haar bevoegdheid krachtens artikel 3, lid 1, van verordening nr. 17 om tussenbeide te komen slechts ten aanzien van deze overeenkomst uitoefenen. Haars inziens bevestigt het arrest van het Hof van 28 februari 1984 (gevoegde zaken 228/82 en 229/82, Ford, Jurispr. 1984, blz. 1129, hierna: „Ford II”), dat in het kader van een distributiesysteem de dealerovereenkomst de enige overeenkomst is, die een inbreuk op artikel 85 EEG-Verdrag kan vormen.

- 42 Met betrekking tot de omvang van haar bevoegdheden bij een inbreuk op artikel 85, lid 1, EEG-Verdrag stelt de Commissie met een beroep op ditzelfde arrest, dat de enige beschikking die zij krachtens artikel 3, lid 1, van verordening nr. 17 kan geven, de beschikking is waarbij eventueel wordt vastgesteld, dat het betrokken distributiesysteem onverenigbaar is met de bepalingen van artikel 85, lid 1, EEG-Verdrag en waarbij de leverancier wordt verplicht, de toepassing van de dealerovereenkomst in haar geheel te staken. Voorst stelt zij, nog steeds met een beroep op het arrest Ford II, dat zij niet is verstoken van iedere mogelijkheid om te reageren op een mededingingsbeperkende handelwijze in het kader van een distributiesysteem, omdat zij bij voorbeeld een boete kan opleggen wanneer de dealerovereenkomst nog steeds wordt toegepast.

- 43 Volgens de Commissie verlangt Automec niet, dat het distributiesysteem wordt afgeschaft, maar maakt zij daarentegen aanspraak op het recht om er deel van uit te maken. Dit recht is evenwel een specifiek en individueel recht ten aanzien waarvan de Commissie niet bevoegd is de gedwongen tenuitvoerlegging te bevelen, behalve in het kader van de toepassing van artikel 86 EEG-Verdrag.
- 44 In dupliek voegt de Commissie hieraan toe, dat het arrest van het Hof van 11 oktober 1983 (zaak 210/81, reeds aangehaald), waarop verzoekster zich beroept, betrekking had op het geval van een inbreuk op zowel artikel 85 als artikel 86 EEG-Verdrag en dat de twee door het Hof in dit arrest genoemde precedënten, namelijk zijn arrest van 6 maart 1974 (gevoegde zaken 6/73 en 7/73, reeds aangehaald) en zijn beschikking van 17 januari 1980 (zaak 792/79 R, Camera Care, Jurispr. 1980, blz. 119), hetzij een inbreuk op artikel 86 (Commercial Solvents), hetzij een inbreuk op de artikelen 85 en 86 (Camera Care) betroffen.
- 45 De Commissie kan niet op grond van het verbod van mededingingsregelingen en de haar toegekende bevoegdheden om dit verbod te doen naleven, de contractvrijheid van de marktdeelnemers zover beperken, dat zij een producent zou verplichten een bepaalde wederverkoper in zijn distributiesysteem op te nemen. Dienaangaande verwijst zij naar de conclusie van advocaat-generaal Rozès in zaak 210/81 (reeds aangehaald).
- 46 De Commissie wijst er ten slotte op, dat de bestreden beschikking in geen enkel opzicht vooruitloopt op de vraag, of het distributiesysteem van BMW Italia een selectief distributiesysteem is, dan wel een systeem van exclusieve en selectieve distributie, als bedoeld in verordening nr. 123/85, noch op de vraag, of dit systeem al dan niet geoorloofd is wat artikel 85, lid 1, EEG-Verdrag betreft. Gesteld al dat de Commissie vaststelt dat het door BMW Italia ingevoerde distributiesysteem inbreuk maakt op artikel 85, lid 1, EEG-Verdrag, dan zou zij uit hoofde van artikel 85 noch uit hoofde van artikel 3, lid 1, van verordening nr. 17 bevoegd zijn, BMW Italia te verplichten een overeenkomst met Automec aan te gaan.

Beoordeling door het Gerecht

- 47 Het Gerecht is van oordeel, dat moet worden vastgesteld of de Commissie het gemeenschapsrecht, inzonderheid artikel 3 van verordening nr. 17, heeft geschonden door het verzoek dat bovengenoemde specifieke bevelen worden gelast, af te wijzen op grond dat zij niet bevoegd was om in de omstandigheden van het onderhavige geval dergelijke maatregelen te treffen.
- 48 Er zij aan herinnerd, dat het verzoek van verzoekster ertoe strekte, dat BMW Italia werd gelast, de bestellingen die zij aan BMW Italia had gestuurd, uit te voeren en haar toe te staan een aantal van haar merken te gebruiken. Als reden hiervoor voerde zij aan, dat zij haars inziens voldeed aan alle vereisten om deel uit te maken van het distributienet van BMW. Derhalve had verzoekster de Commissie verzocht ten aanzien van BMW twee specifieke bevelen te geven teneinde haar vermeende recht om in het door BMW opgezette distributienet te worden opgenomen, te doen eerbiedigen.
- 49 Aangezien de Commissie het verzoek tot het geven van deze twee specifieke bevelen in het eerste deel van haar beschikking heeft afgewezen, moet worden nagegaan, of artikel 3, lid 1, van verordening nr. 17, krachtens hetwelk de Commissie bevoegd is om de betrokken ondernemingen te verplichten een einde te maken aan de door haar vastgestelde inbreuken op het mededingingsrecht, in samenhang met artikel 85, lid 1, EEG-Verdrag de rechtsgrondslag had kunnen vormen voor een beschikking waarbij aan een dergelijk verzoek gevolg wordt gegeven.
- 50 Artikel 85, lid 1, behelst een verbod van bepaalde mededingingsbeperkende overeenkomsten of feitelijke gedragingen. Van de civielrechtelijke gevolgen die een inbreuk op dit verbod kan meebrengen, is er slechts één uitdrukkelijk voorgeschreven in artikel 85, lid 2, namelijk de nietigheid van de overeenkomst. De andere gevolgen die zijn verbonden aan een inbreuk op artikel 85 EEG-Verdrag, zoals de verplichting om de aan een derde berokkende schade te vergoeden of een eventuele verplichting om een overeenkomst aan te gaan, moeten in het nationale recht worden vastgesteld (zie voor de mogelijkheden die de nationale rechter heeft, de nationale procedures die ten grondslag lagen aan de arresten van het Hof van 16 juni 1981, zaak 126/80, Salonia, Jurispr. 1981, blz. 1563, inz. blz. 1574, en 3 juli 1985, zaak 243/83, Binon, Jurispr. 1985, blz. 2015, inz. blz. 2035). Derhalve is het de nationale rechter die, in voorkomend geval en volgens de voorschriften van het nationale recht, een marktdeelnemer kan gelasten, met een ander een overeenkomst aan te gaan.

- 51 Aangezien de contractvrijheid regel moet blijven, kan aan de Commissie in het kader van de haar toekomstige bevoegdheden om bevelen te geven om inbreuken op artikel 85, lid 1, te doen beëindigen, in beginsel niet de bevoegdheid worden verleend om een partij te gelasten contractuele betrekkingen aan te knopen, daar zij in het algemeen over passende middelen beschikt om een onderneming te verplichten een einde aan een inbreuk te maken.
- 52 Een dergelijke beperking van de contractvrijheid kan in het bijzonder niet worden gerechtvaardigd, wanneer er verschillende manieren bestaan om een einde aan een inbreuk te maken. Dat is het geval met inbreuken op artikel 85, lid 1, EEG-Verdrag, die verband houden met de toepassing van een distributiesysteem. Dergelijke inbreuken kunnen immers ook worden beëindigd door het distributiesysteem op te geven of te wijzigen. De Commissie is in deze omstandigheden weliswaar bevoegd, de inbreuk vast te stellen en de betrokken partijen te gelasten hieraan een einde te maken, maar het is niet haar taak, de partijen haar keuze uit alle verschillende mogelijke handelwijzen die in overeenstemming met het Verdrag zijn, op te leggen.
- 53 Derhalve moet worden vastgesteld, dat de Commissie in de omstandigheden van het onderhavige geval niet bevoegd was specifieke bevelen te geven, waarbij BMW werd verplicht om aan verzoekster te leveren en haar toe te staan de merken van BMW te gebruiken. Mitsdien heeft de Commissie het gemeenschapsrecht niet geschonden, toen zij het verzoek tot het geven van die bevelen afwees op grond dat zij daartoe niet bevoegd was.
- 54 Aan deze conclusie wordt niet afgedaan door het feit, dat de Commissie bevoegd was om een beschikking te geven die vergelijkbare praktische gevolgen kon hebben als de door verzoekster gevraagde bevelen en dat zij het verzoek van verzoekster alsnog had kunnen aanmerken als een verzoek tot het geven van een dergelijke beschikking. De Commissie heeft haar onbevoegdheid immers niet aangevoerd ter rechtvaardiging van de afwijzing van de klacht in haar geheel, maar uitsluitend ter rechtvaardiging van de weigering om de gevraagde specifieke maatregelen te treffen. Voor zover de klacht ruimer is dan dit specifieke verzoek, wordt niet in het eerste, maar in het tweede deel van de beschikking op deze kwestie ingegaan.

3. *Het tweede deel van de bestreden beschikking*

55 Verzoekster voert tegen het tweede deel van de bestreden beschikking in hoofdzaak vier middelen aan. Volgens het eerste middel zou de Commissie artikel 155 EEG-Verdrag, artikel 3 van verordening nr. 17 en artikel 6 van verordening nr. 99/63 hebben geschonden door haar weigering haar bevoegdheden uit te oefenen. Het tweede, ter terechtzitting aangevoerde, middel is ontleend aan schending van de in artikel 190 EEG-Verdrag neergelegde motiveringsplicht. Het derde, in repliek aangevoerde, middel betreft de niet-toepasselijkheid en onwettigheid van verordening nr. 123/85. Het vierde middel is ontleend aan misbruik van bevoegdheid.

a) Het eerste middel, ontleend aan schending van artikel 155 EEG-Verdrag, artikel 3 van verordening nr. 17 en artikel 6 van verordening nr. 99/63, en het tweede middel inzake de motivering van de bestreden beschikking

Argumenten van partijen

56 In de eerste plaats verwijt verzoekster de Commissie, dat zij ten behoeve van de nationale rechter afstand heeft gedaan van haar bevoegdheden met betrekking tot de tenuitvoerlegging van artikel 85, terwijl zij in de vakpers heeft verklaard, dat „op grond van artikel 85, lid 2, voor de nationale rechter geen rechtsbescherming kan worden gevorderd” tegen mededingingsbepalende clausules in distributieovereenkomsten.

57 Zij stelt, dat het gemeenschapsrecht een procedure voor de beëindiging van inbreuken voorziet en dat de Commissie zich niet eraan kan onttrekken om de desbetreffende bevoegdheden uit te oefenen. Zij verwijst dienaangaande naar de ter zake krachtens het Verdrag op de Commissie rustende verplichting en naar haar, onder meer op de bepalingen van verordening nr. 123/85 berustende, exclusieve en specifieke bevoegdheden op het gebied van inbreuken, vrijstellingen en selectieve distributie. Haars inziens heeft zij zelf de keuze, of zij zich tot de nationale rechter dan wel tot de bevoegde gemeenschapsinstellingen wil wenden en is het niet de taak van de Commissie om haar keuze aan verzoekster op te leggen. Bovendien is het voorwerp van de bij de Italiaanse rechter aanhangige gedingen niet hetzelfde als het voorwerp van haar klacht.

- 58 In de tweede plaats stelt verzoekster, dat de Commissie zich in het onderhavige geval niet kan beroepen op het discretionaire karakter van haar bevoegdheden. De haar bij artikel 6 van verordening nr. 99/63 verleende bevoegdheid tot afwijzing van een klacht ziet uitsluitend op een afwijzing ten gronde aan het einde van een onderzoek waarin de Commissie de gegevens heeft kunnen verzamelen die nodig zijn voor de uitoefening van haar discretionaire beoordelingsbevoegdheid. De Commissie dient derhalve voor elke klacht een onderzoeksprocedure in te leiden, behalve in geval van kennelijk ongegronde klachten. Voornoemd artikel 6, volgens hetwelk de Commissie „geen gevolg kan geven” aan het verzoek, heeft dus betrekking op het bevel om een einde aan de inbreuk te maken en niet op de inleiding van de procedure. Tot staving van haar stelling beroept verzoekster zich op het arrest van het Hof van 11 oktober 1983 (zaak 210/81, reeds aangehaald, r. o. 19).
- 59 In de derde plaats betwist verzoekster in repliek, dat er niet sprake zou zijn van een zodanig communautair belang, dat een nader onderzoek van de in de klacht uiteengezette feiten gerechtvaardigd is. Een op 7 juli 1988 door BMW Italia aan al haar dealers gezonden rondschriften, dat de verkopen aan niet-erkende wederverkopers en de via „tussenpersonen of bemiddelaars” „buiten het gebied” tot stand gekomen verkopen beoogde te ontmoedigen, is immers in strijd met de eisen van het gemeenschapsrecht betreffende selectieve en exclusieve distributie en met artikel 3, sub 11, van verordening nr. 123/85. De Commissie zelf heeft tweemaal verklaard, dat een dergelijke gedraging een schending van fundamentele beginselen vormt, te weten in haar bekendmaking betreffende verordening nr. 123/85 (PB 1985, C 17, blz. 4, paragraaf 1, punt 3) en in haar *Zestiende verslag over het mededingingsbeleid* (blz. 45, punt 30).
- 60 De Commissie is van oordeel, dat zij en de nationale rechter wegens de rechtstreekse toepasselijkheid van artikel 85, lid 1, EEG-Verdrag in feite concurrent bevoegd zijn om deze bepaling toe te passen, zoals blijkt uit de arresten van het Hof van 30 januari 1974 (zaak 127/73, BRT, Jurispr. 1974, blz. 51) en 10 juli 1980 (zaak 37/79, Marty, Jurispr. 1980, blz. 2481).
- 61 Ofschoon betrokkenen kunnen kiezen tussen een beroep op de communautaire instanties of een beroep op de nationale instanties om de door hen aan artikel 85 EEG-Verdrag ontleende rechten te doen eerbiedigen, zijn de rechtsgevolgen die het beroep op de ene of op de andere instantie kan hebben, verschillend. Overigens bestrijdt verzoekster in dit verband niet, dat de Italiaanse rechter, anders dan

de Commissie, bevoegd is om BMW Italia te veroordelen tot vergoeding van de eventueel door haar verkoopweigering aan verzoekster toegebrachte schade.

- 62 Voorts wijst de Commissie erop, dat verzoekster evenmin betwist, dat de Italiaanse rechter beter in staat is een eventueel geschil over een vermeende schending door BMW Italia van artikel 85, lid 1, van het Verdrag te beslechten, omdat het Tribunale di Milano of het Tribunale di Vicenza in een betere positie dan de Commissie verkeert om de verzoeken van Automec te onderzoeken en artikel 85, lid 1, en, in voorkomend geval, de bepalingen van verordening nr. 123/85 op het distributiesysteem van BMW Italia toe te passen. De bevoegdheid van de nationale rechter om uit te maken, of een bepaalde overeenkomst al dan niet binnen het bereik van een groepsvrijstelling komt, is door het Hof bevestigd in zijn arrest van 3 februari 1976 (zaak 63/75, Fonderies Roubaix, Jurispr. 1976, blz. 111).
- 63 Volgens de Commissie is de vraag, of zij al dan niet over een discretionaire bevoegdheid beschikt om bij haar ingediende klachten af te wijzen zonder een voorafgaand onderzoek in te stellen, een belangrijke principiële vraag voor de uitoefening van haar controlebevoegdheden. Dit is de eerste keer dat de gemeenschapsrechter kennis dient te nemen van een beschikking waarbij de Commissie een klacht afwijst zonder de door klager aangevoerde feiten nader te hebben onderzocht of beoordeeld. Deze beschikking is gebaseerd op de bevoegdheid van de Commissie om bij het onderzoek van klachten in het communautair openbaar belang verschillende prioriteiten te stellen.
- 64 De Commissie betwist niet, dat een klager recht heeft op een antwoord, dat wil zeggen op een definitieve handeling waarin de instelling uitspraak doet op de klacht. Blijkens de rechtspraak van het Hof (arrest van 18 oktober 1979, zaak 125/78, GEMA, Jurispr. 1979, blz. 3173, inz. blz. 3179) is de Commissie daarom evenwel nog niet verplicht, een definitieve beschikking betreffende het al dan niet bestaan van de beweerde inbreuk te geven. Daar zij aldus over een ruime beoordelingsvrijheid beschikt met betrekking tot de vaststelling van een beschikking betreffende de inhoud van een klacht, beschikt zij a fortiori over een discretionaire beoordelingsbevoegdheid met betrekking tot het verrichten van handelingen ter voorbereiding van de eindbeschikking, zoals het openen van een onderzoek. De Commissie erkent evenwel, dat zij verplicht is de klachten op niet-discriminatoire wijze te onderzoeken, hetgeen zij volgens eigen zeggen in casu heeft gedaan. Zij stelt dienaangaande, dat het onderzoek naar de verenigbaarheid van het distributiesysteem van BMW Italia met artikel 85, lid 1, EEG-Verdrag en

de bepalingen van verordening nr. 123/85 noodzakelijkerwijs erg uitgebreid en zeer ingewikkeld zou zijn geweest, en dat zij het nagenoeg ex nihilo had moeten instellen, terwijl de verschillende, door zowel Automec als BMW Italia aangezochte Italiaanse rechters op de hoogte waren van de contractuele betrekkingen tussen BMW Italia en haar wederverkopers, en vooral van die welke in het verleden met verzoekster bestonden. Derhalve is het voor deze rechters volgens de Commissie gemakkelijker dan voor haar om het onderzoek te verrichten dat noodzakelijk is om het distributiesysteem van BMW Italia te kunnen toetsen aan de gemeenschapsbepalingen inzake de mededinging.

- 65 De Commissie heeft op grond van deze overwegingen en haar streven naar proceseconomie geconcludeerd, dat de klacht van Automec, vergeleken met de duitzenden bij haar aanhangige zaken, niet een zodanig algemeen belang had, dat het gerechtvaardigd was om ter aanvulling op het reeds verrichte onderzoek van de Italiaanse rechters, die de twee betrokken ondernemingen op basis van een „vrije keuze” hebben aangezocht, nog een onderzoek in te leiden.
- 66 Met betrekking tot het algemene beginsel, dat zij over een discretionaire bevoegdheid beschikt om dergelijke prioriteiten te stellen, betoogt de Commissie in de eerste plaats, dat geen enkele bepaling van gemeenschapsrecht haar verplicht om, telkens wanneer bij haar een klacht wordt ingediend, een onderzoek in te stellen. In dupliek wijst zij erop, dat verzoekster zich tot staving van haar stelling niet kan beroepen op het arrest van het Hof van 11 oktober 1983 (zaak 210/81, reeds aangehaald) dat een op zichzelf staand arrest is, zodat hier niet kan worden gesproken van vaste rechtspraak.
- 67 In de tweede plaats kan de Commissie, volgens de Italiaanse versie van artikel 6 van verordening nr. 99/63, op basis van de gegevens (van informatieve en bewijsrechtelijke aard) „di cui dispone”, en niet op basis van de gegevens waarover zij slechts na afloop van een lang, ingewikkeld en kostbaar onderzoek zou kunnen beschikken, geen gevolg geven aan een klacht. In de derde plaats heeft zij de plicht om ervoor te zorgen dat het openbaar belang wordt geëerbiedigd door in de eerste plaats op te treden tegen gedragingen die door hun omvang, ernst en duur de mededinging in zeer ernstige mate schaden. Indien zij op iedere klacht een onderzoek zou moeten instellen, zou de keuze van zaken waarin onderzoek werd verricht, in feite toekomen aan de klagende ondernemingen in plaats van aan de Commissie en dus worden ingegeven door overwegingen van particulier in plaats van openbaar belang.

68 De Commissie voert statistische gegevens over de bij haar aanhangige mededingingszaken aan om aan te tonen, dat gezien het feit dat zij over een beperkt personeelsbestand beschikt, bij het onderzoek van de verschillende zaken prioriteitscriteria moeten worden vastgesteld. Wegens dit aantal zaken heeft zij in haar *Zeventiende verslag over het mededingingsbeleid* (blz. 24, punt 9) de volgende prioriteitscriteria vastgesteld:

„In het algemeen zal de Commissie voorrang geven aan gevallen die betrekking hebben op vraagstukken van brede politieke betekenis. Bij gevallen die op initiatief van de Commissie zelf aanhangig zijn gemaakt en bij klachten zal rekening worden gehouden met de ernst van de beweerde inbreuk. Bovendien moet bij klachten en meldingen rekening worden gehouden met de dringendheid van een snelle beschikking. Die situatie zou zich bijvoorbeeld voordoen wanneer er voor een nationale rechter een procedure aanhangig is. Gevallen die zijn aangespannen krachtens de oppositieprocedure die in generieke vrijstellingsverordeningen is opgesteld, moeten altijd voorrang genieten wegens de tijdslimiet van zes maanden. In andere gevallen worden de zaken chronologisch behandeld.”

69 Volgens de Commissie is het duidelijk, dat verzoeksters klacht aan geen enkel van deze prioriteitscriteria voldoet, ongeacht of het de ernst van de beweerde inbreuk betreft of de noodzaak van een beschikking van de Commissie om de nationale rechter in staat te stellen uitspraak te doen. Ten aanzien van dit laatste criterium brengt zij in herinnering, dat de Italiaanse rechters geen beschikking van de Commissie nodig hadden om uitspraak te kunnen doen op de reeds door partijen bij hen aanhangig gemaakte gedingen. Bovendien doelt dit criterium vooral op het geval waarin een bij de nationale rechter aanhangige zaak betrekking heeft op de geldigheid of tenuitvoerlegging van een bij de Commissie aangemelde overeenkomst waarvoor is verzocht om vrijstelling uit hoofde van artikel 85, lid 3, EEG-Verdrag, aangezien de Commissie bij uitsluiting bevoegd is, deze bepaling toe te passen. Dat speelt in casu niet, omdat de toepassing van artikel 85, lid 3, op de afzetovereenkomsten in de automobielsector wordt geregeld door verordening nr. 123/85. De Italiaanse rechter is ten volle bevoegd deze verordening toe te passen, en bij twijfel over de geldigheid van de bepalingen van deze verordening moet hij zich overeenkomstig artikel 177 EEG-Verdrag tot het Hof van Justitie wenden (arrest van het Hof van 22 oktober 1987, zaak 314/85, Foto-Frost, Jurispr. 1987, blz. 4199).

- 70 De Commissie betoogt nog, dat aan haar eigen stelling niet wordt afgedaan door het feit, dat de nationale rechter onbevoegd is om te beslissen dat de vrijstelling moet worden ingetrokken, aangezien verzoekster primair stelt, dat de in verordening nr. 123/85 voorziene groepsvrijstelling niet van toepassing is op het distributiesysteem van BMW Italia, en subsidiair, dat deze verordening ongeldig is.

Beoordeling door het Gerecht

- 71 Het Gerecht is van oordeel, dat in het onderhavige middel in wezen de vraag aan de orde wordt gesteld, welke verplichtingen op de Commissie rusten, wanneer een natuurlijke of rechtspersoon bij haar een verzoek, als bedoeld in artikel 3 van verordening nr. 17, indient.
- 72 Verordeningen nr. 17 en nr. 99/63 hebben aan degenen die bij de Commissie een klacht indienen, procedurele rechten verleend, zoals het recht om in kennis te worden gesteld van de redenen waarom de Commissie voornemens is hun klacht af te wijzen en het recht om dienaangaande opmerkingen in te dienen. De gemeenschapswetgever heeft de Commissie aldus enkele specifieke verplichtingen opgelegd. Verordening nr. 17 noch verordening nr. 99/63 bevat evenwel uitdrukkelijke bepalingen over het materiële gevolg dat aan een klacht moet worden gegeven, of over de eventuele onderzoeksverplichtingen van de Commissie.
- 73 Voor de vaststelling van de verplichtingen van de Commissie ter zake zij ter inleiding opgemerkt, dat de Commissie verantwoordelijk is voor de tenuitvoerlegging en de oriëntatie van het communautaire mededingingsbeleid (zie het arrest van het Hof van 28 februari 1991, zaak C-234/89, *Delimitis*, Jurispr. 1991, blz. I-935, inz. blz. I-991). Zo is haar bij artikel 89, lid 1, EEG-Verdrag als taak opgedragen, te waken voor de toepassing van de in de artikelen 85 en 86 neergelegde beginselen, en zijn haar bij de krachtens artikel 87 vastgestelde voorschriften uitgebreide bevoegdheden verleend.
- 74 De omvang van de verplichtingen van de Commissie op het gebied van het mededingingsrecht moet worden onderzocht met inachtneming van artikel 89, lid 1, EEG-Verdrag, dat op dit gebied een specifieke uiting vormt van de door arti-

kel 155 EEG-Verdrag aan de Commissie opgedragen algemene toezichthoudende taak. Zoals het Hof heeft vastgesteld in het kader van artikel 169 EEG-Verdrag (arrest van 14 februari 1989, zaak 247/87, *Star Fruit*, Jurispr. 1989, blz. 291, inz. blz. 301), houdt deze taak niet in, dat de Commissie verplicht is, procedures tot vaststelling van eventuele schendingen van het gemeenschapsrecht in te leiden.

- 75 Volgens de rechtspraak van het Hof (arrest van 18 oktober 1979, zaak 125/78, reeds aangehaald, blz. 3173, inz. blz. 3189) valt onder de door de verordeningen nrs. 17 en 99/63 aan klagers toegekende rechten niet het recht op een beschikking in de zin van artikel 189 EEG-Verdrag betreffende het al dan niet bestaan van de beweerde inbreuk. Hieruit volgt, dat de Commissie niet verplicht kan zijn zich dienaangaande uit te spreken, behalve wanneer het voorwerp van de klacht tot haar exclusieve bevoegdheden behoort, zoals de intrekking van een uit hoofde van artikel 85, lid 3, EEG-Verdrag verleende vrijstelling.
- 76 Aangezien de Commissie niet verplicht is zich uit te spreken over het al dan niet bestaan van een inbreuk, kan zij niet worden gedwongen een onderzoek in te stellen, omdat dit slechts tot doel kan hebben, bewijselementen op te sporen met betrekking tot het al dan niet bestaan van een inbreuk die zij niet verplicht is vast te stellen. Dienaangaande zij eraan herinnerd, dat de verordeningen nrs. 17 en 99/63, anders dan hetgeen in artikel 89, lid 1, tweede volzin, EEG-Verdrag met betrekking tot verzoeken van de Lid-Staten is bepaald, de Commissie niet uitdrukkelijk verplichten een onderzoek in te stellen met betrekking tot de bij haar ingediende klachten.
- 77 Het is inherent aan de uitoefening van het bestuur, dat hij die is belast met een taak van openbare dienst, bevoegd is om alle organisatorische maatregelen te treffen die nodig zijn voor de vervulling van de hem opgedragen taak, met inbegrip van het stellen van prioriteiten binnen het door de wet vastgestelde kader, wanneer dergelijke prioriteiten niet door de wetgever zijn bepaald. Dit geldt in het bijzonder, wanneer aan een instantie een zo uitgebreide en algemene toezichthoudende en controlerende taak is opgedragen als de Commissie op het gebied van de mededinging heeft. Het strookt derhalve met de door het gemeenschapsrecht aan de Commissie opgelegde verplichtingen, dat zij aan de bij haar aanhangig gemaakte mededingingszaken verschillende prioriteiten toekent.

- 78 Dit is niet in tegenspraak met de arresten van het Hof van 11 oktober 1983 (zaak 210/81, Demo-Studio Schmidt, reeds aangehaald), 28 maart 1985 (zaak 298/83, CICCE, Jurispr. 1985, blz. 1105) en 17 november 1987 (gevoegde zaken 142/84 en 156/84, BAT en Reynolds, Jurispr. 1987, blz. 4487). In het arrest Demo-Studio Schmidt heeft het Hof immers overwogen, dat de Commissie de door de klager „aangevoerde feiten moest onderzoeken”, zonder daarom vooruit te lopen op de vraag, of de Commissie kon nalaten een onderzoek naar de klacht in te stellen, aangezien zij in dat geval de in de klacht aangevoerde feiten had onderzocht en de klacht had afgewezen op grond dat er geen redenen waren om te concluderen tot het bestaan van een inbreuk. Deze vraag was evenmin aan de orde in het kader van de latere zaken CICCE (zaak 298/83, reeds aangehaald) en BAT en Reynolds (gevoegde zaken 142/84 en 156/84, reeds aangehaald).
- 79 Al kan de Commissie niet worden verplicht een onderzoek in te stellen, toch is zij wegens de procedurele waarborgen van artikel 3 van verordening nr. 17 en artikel 6 van verordening nr. 99/63 gehouden, de haar door de klager ter kennis gebrachte feitelijke en juridische elementen nauwgezet te onderzoeken, om te beoordelen of deze elementen een gedraging aan het licht brengen die de mededinging binnen de gemeenschappelijke markt kan vervalsen en de handel tussen Lid-Staten ongunstig kan beïnvloeden (zie de arresten van het Hof van 11 oktober 1983, Demo-Studio Schmidt, 28 maart 1985, CICCE, en 17 november 1987, BAT en Reynolds, reeds aangehaald).
- 80 Wanneer de Commissie, zoals in casu, besluit de klacht ad acta te leggen, zonder een onderzoek in te stellen, is de door het Gerecht uit te oefenen toetsing van de wettigheid erop gericht om na te gaan of het litigieuze besluit niet op kennelijk onjuiste feitelijke gegevens berust, dan wel onwettig is wegens verkeerde toepassing van het recht, kennelijke beoordelingsfouten of misbruik van bevoegdheid.
- 81 Met inachtneming van deze beginselen dient het Gerecht om te beginnen na te gaan, of de Commissie het verplichte onderzoek van de klacht heeft verricht door met de vereiste nauwgezetheid de door klaagster in haar klacht aangevoerde feitelijke en juridische elementen te beoordelen, en vervolgens of de Commissie haar besluit om de klacht ad acta te leggen correct heeft gemotiveerd door zich te beroepen op haar bevoegdheid „verschillende prioriteiten te stellen bij het onderzoek van de aan haar voorgelegde zaken” en door als prioriteitscriterium naar het communautaire belang van de zaak te verwijzen.

- 82 Dienaangaande stelt het Gerecht allereerst vast, dat de Commissie de klacht nauwgezet heeft onderzocht, waarbij zij niet alleen rekening heeft gehouden met de in de klacht zelf aangevoerde feitelijke en juridische elementen, maar ook op informele wijze standpunten en gegevens met verzoekster en haar advocaten heeft uitgewisseld. Eerst nadat zij kennis had genomen van de door verzoekster bij die gelegenheid verstrekte nadere gegevens en van de in antwoord op de brief ex artikel 6 van verordening nr. 99/63 ingediende opmerkingen, heeft de Commissie de klacht afgewezen. Gelet op de in de klacht aangevoerde feitelijke en juridische elementen, heeft de Commissie de klacht dus op adequate wijze onderzocht en kan haar geen gebrek aan zorgvuldigheid worden verweten.
- 83 Met betrekking tot de motivering van de litigieuze beslissing om de klacht ad acta te leggen, brengt het Gerecht om te beginnen in herinnering, dat de Commissie het recht heeft, bij het onderzoek van de bij haar ingediende klachten verschillende prioriteiten te stellen.
- 84 Vervolgens moet worden nagegaan of, zoals de Commissie heeft gesteld, als prioriteitscriterium mag worden verwezen naar het communautaire belang van een zaak.
- 85 Anders dan de burgerlijke rechter, die de subjectieve rechten van particulieren in hun wederzijdse betrekkingen dient te handhaven, moet een administratief gezag in het openbaar belang handelen. Derhalve mag de Commissie ter bepaling van de prioriteit die aan de verschillende bij haar aanhangige zaken moet worden toegekend, naar het communautaire belang verwijzen. Dat leidt er niet toe, dat het handelen van de Commissie aan het toezicht van de rechter wordt onttrokken, omdat de Commissie krachtens het in artikel 190 EEG-Verdrag neergelegde motiveringsvereiste niet kan volstaan met een abstracte verwijzing naar het communautaire belang. Zij dient aan te geven op grond van welke juridische en feitelijke overwegingen zij heeft geconcludeerd, dat er niet sprake was van een zodanig communautair belang, dat onderzoeksmaatregelen gerechtvaardigd waren. Via het toezicht op de wettigheid van deze gronden oefent het Gerecht dus toezicht op het handelen van de Commissie uit.

- 86 Ter beoordeling van het communautaire belang van de voortzetting van het onderzoek moet de Commissie rekening houden met de omstandigheden van het specifieke geval en in het bijzonder met de feitelijke en juridische elementen die zijn aangevoerd in de bij haar ingediende klacht. Zij dient in het bijzonder een afweging te maken tussen het belang van de gestelde inbreuk voor de werking van de gemeenschappelijke markt, de waarschijnlijkheid dat zij het bestaan ervan kan aantonen en de reikwijdte van de onderzoeksmaatregelen die nodig zijn om onder optimale voorwaarden haar toezicht op de eerbiediging van de artikelen 85 en 86 uit te oefenen.
- 87 In deze context moet worden nagegaan, of de Commissie in casu terecht heeft geconcludeerd, dat er niet sprake was van een zodanig communautair belang dat de voortzetting van het onderzoek gerechtvaardigd was, op grond dat verzoekster, die het geschil betreffende de ontbinding van de dealerovereenkomst reeds aan de Italiaanse rechter had voorgelegd, aan deze eveneens de vraag betreffende de verenigbaarheid van het distributiesysteem van BMW Italia met artikel 85, lid 1, EEG-Verdrag kon voorleggen.
- 88 Dienaangaande moet worden opgemerkt, dat de Commissie dusdoende zich niet ertoe heeft bepaald, te verklaren dat zij in de regel een zaak uit handen zou moeten geven op de enkele grond dat de nationale rechter bevoegd zou zijn om de zaak te onderzoeken. Deze was immers reeds geadieerd voor verwante geschillen tussen Automec en BMW Italia betreffende het distributiesysteem van deze laatste en verzoekster heeft niet betwist, dat de Italiaanse rechters reeds op de hoogte waren van de contractuele betrekkingen tussen BMW Italia en haar dealers. In de bijzondere omstandigheden van het onderhavige geval pleiten redenen van proceseconomie en van een goede rechtsbedeling ervoor, dat de zaak wordt onderzocht door de rechter die reeds van verwante kwesties kennis heeft genomen.
- 89 Ter beoordeling van de wettigheid van de litigieuze beslissing om de klacht ad acta te leggen moet evenwel worden vastgesteld of de Commissie, door de klagende onderneming naar de nationale rechter te verwijzen, niet de omvang heeft miskend van de bescherming die deze kan bieden voor de rechten die de onderneming aan artikel 85, lid 1, EEG-Verdrag ontleent.

- 90 Hieromtrent zij opgemerkt, dat de artikelen 85, lid 1, en 86 rechtstreekse gevolgen teweegbrengen in de betrekkingen tussen particulieren en voor de justitiabelen rechten doen ontstaan die de nationale rechter dient te handhaven (zie het arrest van het Hof van 30 januari 1974, zaak 127/73, reeds aangehaald). De bevoegdheid tot toepassing van deze bepalingen komt zowel aan de Commissie als aan de nationale rechter toe (zie met name het arrest van het Hof van 28 februari 1991, zaak C-234/89, reeds aangehaald). Deze toekenning van bevoegdheden wordt overigens gekenmerkt door de verplichting tot loyale samenwerking tussen de Commissie en de nationale rechterlijke instanties, die voortvloeit uit artikel 5 EEG-Verdrag (zie het arrest van het Hof van 28 februari 1991, zaak C-234/89, reeds aangehaald).
- 91 Derhalve moet worden onderzocht, of de Commissie op deze samenwerking mocht vertrouwen om te verzekeren dat de verenigbaarheid van het distributiesysteem van BMW Italia met artikel 85, lid 1, EEG-Verdrag zou worden beoordeeld.
- 92 Daartoe kan de Italiaanse rechter om te beginnen onderzoeken, of dit stelsel mededingingsbeperkingen in de zin van artikel 85, lid 1, inhoudt. In geval van twijfel kan hij zich met een prejudiciële vraag tot het Hof van Justitie wenden. Indien hij een met artikel 85, lid 1, strijdige beperking van de mededinging vaststelt, dient hij vervolgens te onderzoeken, of het stelsel in aanmerking komt voor een groepsvrijstelling op basis van verordening nr. 123/85. Tot dit onderzoek is hij eveneens bevoegd (zie het arrest van het Hof van 28 februari 1991, zaak C-234/89, reeds aangehaald). Bij twijfel omtrent de geldigheid of de uitlegging van deze verordening, kan de rechter eveneens overeenkomstig artikel 177 EEG-Verdrag een prejudiciële vraag aan het Hof voorleggen. In elk van deze gevallen is de nationale rechter in staat uitspraak te doen over de verenigbaarheid van het distributiestelsel met artikel 85, lid 1, EEG-Verdrag.
- 93 Weliswaar is de nationale rechter niet bevoegd om te gelasten dat een einde wordt gemaakt aan de eventueel door hem vastgestelde inbreuk, en om geldboetes op te leggen aan de ondernemingen die zich aan een inbreuk schuldig hebben gemaakt, zoals de Commissie dat kan doen, doch niettemin moet hij artikel 85, lid 2, EEG-Verdrag in de betrekkingen tussen particulieren toepassen. Door uitdrukkelijk deze civiele sanctie op te nemen, gaat het Verdrag ervan uit, dat de rechter uit hoofde van het nationale recht bevoegd is, de rechten van de ondernemingen die het slachtoffer zijn van mededingingsbeperkende praktijken, te handhaven.

- 94 In casu heeft verzoekster niets aangevoerd waaruit zou kunnen worden afgeleid, dat het Italiaanse recht in geen enkel rechtsmiddel voorziet dat de nationale rechter in staat stelt haar rechten op bevredigende wijze te handhaven.
- 95 Er zij nog op gewezen, dat het feit dat er in casu een vrijstellingsverordening bestond, gesteld dat deze van toepassing was, een element was waarmee de Commissie rekening mocht houden bij de beoordeling van het communautair openbaar belang van het instellen van een onderzoek naar een dergelijk distributie-systeem. Zoals de Commissie terecht heeft opgemerkt, is het belangrijkste doel van een groepsvrijstellingsverordening immers de aanmelding en het individuele onderzoek van distributieovereenkomsten in de betrokken bedrijfstak te beperken. Bovendien vergemakkelijkt het bestaan van een dergelijke verordening de toepassing van het mededingingsrecht door de nationale rechter.
- 96 Mitsdien heeft de Commissie, door verzoekster naar de nationale rechter te verwijzen, niet de omvang miskend van de bescherming die deze kan verzekeren voor de rechten die zij aan artikel 85, leden 1 en 2, EEG-Verdrag ontleent.
- 97 Na het voorgaande onderzoek van de litigieuze beschikking door het Gerecht is niet gebleken van dwalingen ten aanzien van het recht of de feiten, noch van kennelijke beoordelingsfouten. Dit betekent, dat het middel inzake schending van het gemeenschapsrecht, inzonderheid van artikel 155 EEG-Verdrag, artikel 3 van verordening nr. 17 en artikel 6 van verordening nr. 99/63, ongegrond is.
- 98 Voorts vloeit uit voorgaande overwegingen noodzakelijkerwijs voort, dat de litigieuze beschikking toereikend is gemotiveerd, aangezien verzoekster haar rechten voor het Gerecht heeft kunnen doen gelden en dit zijn toezicht op de wettigheid heeft kunnen uitoefenen.

b) *Het derde middel: onwettigheid van verordening nr. 123/85*

Argumenten van partijen

99 In haar verzoekschrift vorderde verzoekster nietigverklaring van verordening nr. 123/85, voor zover deze de „noodzakelijke voorwaarde” voor de bestreden beschikking vormde, zonder dat zij evenwel middelen tot staving van deze vordering heeft aangevoerd. In repliek betoogt verzoekster, dat deze verordening in het onderhavige geval niet van toepassing is, aangezien hierin enkel regelen worden gesteld betreffende de exclusieve distributie en de verordening geen betrekking heeft op de selectieve distributie. Voorts zou deze verordening, indien dat niet zo was, ongeldig zijn, omdat het duidelijk onlogisch en kennelijk onbillijk is om twee economische fenomenen die zo diepgaand verschillen als de twee bovengenoemde vormen van distributie, in één regeling onder te brengen.

100 De Commissie verklaart nogmaals, dat zij zich niet heeft uitgesproken over de vraag, of deze verordening van toepassing is op het door BMW Italia ingevoerde distributiestelsel, zodat verzoekster haar ten onrechte de opvatting toedicht, dat deze verordening in het onderhavige geval van toepassing zou zijn en zowel op exclusieve als op selectieve distributiesystemen zou kunnen worden toegepast. Zij wijst er met nadruk op, dat zij zich eerst na een grondig en adequaat onderzoek van de in het verzoek aangevoerde feiten over de aard van dit distributiestelsel had kunnen uitspreken, maar dat zij niet van oordeel was, dat dit onderzoek voldoende communautair belang had.

Beoordeling door het Gerecht

101 Aangezien het vaststaat, dat in de bestreden beschikking, waarin overigens verordening nr. 123/85 of een eventuele verenigbaarheid hiermee van het distributiestelsel van BMW Italia niet ter sprake komt, geen uitspraak wordt gedaan over de toepasselijkheid van verordening nr. 123/85 in het onderhavige geval, is dit middel niet relevant. Het moet derhalve hoe dan ook worden afgewezen.

c) *Het vierde middel: misbruik van bevoegdheid*

Argumenten van partijen

102 Met dit middel stelt verzoekster in haar verzoekschrift, dat de Commissie de gemeenschapsbepalingen heeft aangewend om een onderneming in plaats van de

mededinging in het algemeen te beschermen. In repliek voegt zij hieraan toe, dat de weigering van de Commissie om een onderzoek in te stellen, zelfs nadat zij kennis had genomen van voornoemd rondschriften van 7 juli 1988 waarin BMW bij haar dealers erop had aangedrongen om geen auto's te verkopen aan niet erkende wederverkopers en aan „tussenpersonen of bemiddelaars”, bevestigt dat de Commissie BMW wilde bevoorrechten „door haar zelfs vrij te stellen van de last om bewijzen te moeten leveren”. Bovendien worden in geen van de drie brieven die de Commissie haar heeft gezonden, de werkelijke redenen aangegeven waarom de Commissie haar klacht en het door haar verstrekte bewijsmateriaal niet in overweging heeft genomen.

- 103 De Commissie betwist, dat zij haar plicht om de klacht volkomen onpartijdig te onderzoeken, heeft geschonden. Zij heeft haar discretionaire bevoegdheid terzake van het onderzoek van de bij haar ingediende klachten haars inziens op objectieve wijze uitgeoefend en merkt op, dat verzoekster niet alleen moet stellen, maar ook bewijzen dat zij in casu deze bevoegdheid heeft misbruikt of op partijdige wijze heeft gebruikt, door deze bevoegdheid voor een ander doel te gebruiken dan waarvoor deze haar door de gemeenschapswetgever is gegeven. Zij had in het geheel niet de bedoeling om BMW Italia a priori te „zuiveren” van de verdenking van schending van de mededingingsregels, en nog minder om ten gunste van haar een zogenaamd vermoeden van onschuld te laten gelden.

- 104 In dupliek voegt de Commissie hieraan toe, dat verzoeksters bewering dat in geen van haar achtereenvolgende brieven de werkelijke redenen voor haar beschikking zouden zijn aangegeven, erop neerkomt, dat haar op onaanvaardbare wijze bedoelingen worden toegedicht. Overigens zijn de „werkelijke redenen” die ten grondslag liggen aan het tweede deel van de bestreden beschikking, uitsluitend die redenen welke zijn vermeld in de brief van 28 februari 1990.

Beoordeling door het Gerecht

- 105 Een bewering dat er sprake is van misbruik van bevoegdheid, kan slechts in overweging worden genomen, wanneer de verzoeker objectieve, ter zake dienende en onderling overeenstemmende aanwijzingen aanvoert, waaruit het bestaan van dit

misbruik kan blijken (zie bij voorbeeld het arrest van het Hof van 13 juli 1989, gevoegde zaken 361/87 en 362/87, Caturla-Poch en De la Fuente Pascual, Jurispr. 1989, blz. 2471, inz. blz. 2489, en het arrest van het Gerecht van 27 juni 1991, zaak T-156/89, Valverde Mordt, Jurispr. 1991, blz. II-407, inz. blz. II-453).

- 106 Onderzocht moet dus worden, of de door verzoekster aangevoerde gegevens aanleiding geven te veronderstellen, dat de Commissie in het onderhavige geval de haar bij verordening nr. 17 toegekende beslissingsbevoegdheid heeft gebruikt voor een ander doel dan waarvoor deze haar is gegeven, te weten het toezicht op de toepassing van de in de artikelen 85 en 86 EEG-Verdrag neergelegde beginselen.
- 107 Dienaangaande zij opgemerkt, dat verzoekster geen enkele concrete omstandigheid heeft aangevoerd waaruit zou kunnen worden afgeleid, dat de door de Commissie gegeven redenen ter rechtvaardiging van het feit dat zij de klacht ad acta heeft gelegd, slechts voorwendselen waren en dat het werkelijk nagestreefde doel was, te voorkomen dat de mededingingsregels op BMW werden toegepast. Het feit dat de Commissie de handelwijze van BMW niet aan artikel 85 heeft getoetst, betekent niet, dat zij willekeurig heeft gehandeld, aangezien verzoekster onder meer niet heeft bestreden, dat voor een dergelijke beoordeling een uitgebreid en ingewikkeld onderzoek zou zijn vereist. Het rondschrijven van BMW Italia van 7 juli 1988, waarnaar verzoekster eveneens heeft verwezen, brengt geenszins een misbruik van bevoegdheid van de Commissie aan het licht. Deze brief bevat enkel instructies van BMW Italia aan al haar dealers en vormt geen aanwijzing, dat de Commissie de vennootschappen van de BMW-groep heeft willen beschermen door de bestreden beschikking te geven. Voor het overige voert verzoekster argumenten aan die erop zijn gericht, aan te tonen dat BMW inbreuk op artikel 85 heeft gemaakt. Deze argumenten vormen evenwel geen aanwijzingen waaruit zou kunnen worden afgeleid, dat de Commissie zich bij haar beslissing om de gegrondheid van deze grieven niet te onderzoeken, door onrechtmatige overwegingen heeft laten leiden.
- 108 Mitsdien moet worden vastgesteld, dat misbruik van bevoegdheid niet is aangetoond en dat dit middel derhalve moet worden afgewezen.
- 109 Uit al het voorgaande volgt, dat de conclusies tot nietigverklaring moeten worden verworpen. Aangezien de conclusies tot schadevergoeding uitsluitend zijn gebaseerd op dezelfde middelen als zijn aangevoerd tot staving van de conclusies tot nietigverklaring, moet, nu er geen sprake is van onwettig handelen van de Com-

missie, de vordering tot schadevergoeding eveneens worden afgewezen, zonder dat uitspraak behoeft te worden gedaan over de ontvankelijkheid ervan.

Kosten

- 110 Ingevolge artikel 87, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering van het Gerecht moet de in het ongelijk gestelde partij in de kosten worden verwezen, voor zover zulks is gevorderd. Aangezien verzoekster in het ongelijk is gesteld, dient zij in de kosten te worden verwezen.

HET GERECHT VAN EERSTE AANLEG,

rechtdoende:

- 1) Verwerpt het beroep.
- 2) Verwijst verzoekster in de kosten van het geding.

Cruz Vilaça	Kirschner	Vesterdorf	García-Valdecasas
Lenaerts		Barrington	Saggio
Yeraris	Schintgen	Briët	Biancarelli

Uitgesproken ter openbare terechtzitting te Luxemburg op 18 september 1992.

De griffier

De president

H. Jung

J. L. Cruz Vilaça