CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL
P. MENGOZZI
van 13 maart 2008 [1]

I — Inleiding

1. Bij beschikking van 16 juni 2006 heeft de Audiencia Provincial de Madrid (Spanje) het Hof een verzoek om een prejudiciële beslissing voorgelegd inzake de uitlegging van artikel 85, lid 1, van het Verdrag (thans artikel 81, lid 1, EG) en verordening (EEG) nr. 1984/83 van de Commissie van 22 juni 1983 betreffende de toepassing van artikel 85, lid 3, van het Verdrag op groepen exclusieve-afnameovereenkomsten. [2]

2. Dit verzoek is ingediend in een geding tussen CEPSA, Estaciones de Servicio SA (hierna: „CEPSA"), verzoekster in het hoofdgeding, en tankstationhouder LV Tobar e Hijos SL (hierna: „Tobar"), verweerster in het hoofdgeding, over een aan CEPSA verweten mededingingsbeperking die uit een exclusieve-afnameovereenkomst tussen partijen zou voortvloeien.

1 — Oorspronkelijke taal: Frans.

2 — PB L 173, blz. 5, en rectificatie PB 1984, L 79, blz. 38.

II — Rechtskader

3. Verordening nr. 1984/83 sluit de toepassing van artikel 85, lid 1, van het Verdrag uit voor bepaalde groepen exclusieve-afnameovereenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen waarvoor de in lid 3 van dit artikel gestelde voorwaarden in de regel vervuld kunnen worden geacht, omdat deze in het algemeen een verbetering van de distributie van de producten tot gevolg hebben.

4. Volgens artikel 3, sub d, van de verordening is deze vrijstelling niet van toepassing wanneer de overeenkomst voor onbepaalde duur of voor een periode van meer dan vijf jaar wordt gesloten.

5. In de artikelen 10 tot en met 13 van deze verordening staan bijzondere bepalingen voor tankstationcontracten.

6. Artikel 10 van deze verordening luidt:

„Artikel 85, lid 1, van het Verdrag wordt overeenkomstig artikel 85, lid 3, van het

Verdrag onder de in de artikelen 11 tot en met 13 van deze verordening genoemde voorwaarden buiten toepassing verklaard voor overeenkomsten waarbij slechts twee ondernemingen partij zijn en waarbij de ene contractpartij, de wederverkoper, zich als tegenprestatie voor de toekenning van bijzondere economische of financiële voordelen jegens de andere contractpartij, de leverancier, verbindt, bepaalde, uit aardolie verkregen brandstoffen voor motorvoertuigen of bepaalde brandstoffen voor motorvoertuigen en bepaalde andere brandstoffen, die in de overeenkomst zijn genoemd, met het oog op de wederverkoop in een door de overeenkomst aangeduid tankstation slechts bij de leverancier, bij een met hem verbonden onderneming of bij een andere onderneming te betrekken, waaraan hij de verdeling van zijn producten heeft toevertrouwd."

7. Artikel 11 van deze verordening bepaalt:

„De wederverkoper mogen, behalve de in artikel 10 genoemde verplichting, geen andere concurrentiebeperkingen worden opgelegd dan de verplichting:

a) door derde ondernemingen aangeboden brandstoffen voor motorvoertuigen en andere brandstoffen in het in de overeenkomst aangeduide tankstation niet te verhandelen;

b) door derde ondernemingen geleverde smeermiddelen en aanverwante aardolieproducten niet te gebruiken in het in de overeenkomst aangeduide tankstation wanneer de leverancier of een met hem verbonden onderneming een olieverversingsinstallatie of enige andere inrichting voor het doorsmeren van motorvoertuigen aan de wederverkoper ter beschikking heeft gesteld of heeft gefinancierd;

c) om voor door derde ondernemingen geleverde producten binnen en buiten het in de overeenkomst aangeduide tankstation slechts reclame te maken in een omvang die overeenkomt met het aandeel van die producten in de totale omzet van het tankstation;

d) installaties voor de opslag of het tanken van aardolieproducten die het eigendom zijn van de leverancier of van een met hem verbonden onderneming, dan wel door de leverancier of door een met hem verbonden onderneming zijn gefinancierd, slechts door de leverancier of door een door hem aangeduide onderneming te laten beheren."

8. Artikel 12 van verordening nr. 1984/83 somt de bedingen en de contractuele verplichtingen op die in de weg staan aan toepassing van artikel 10 van de verordening, waaronder de voorwaarde dat de overeenkomst niet voor onbepaalde tijd of voor een periode van meer dan tien jaar mag worden gesloten.

9. Artikel 13 van de verordening bepaalt dat artikel 2, leden 1 en 3, artikel 3, sub a en b, artikel 4 en artikel 5 van overeenkomstige toepassing zijn op tankstationcontracten.

10. In de dertiende overweging van de considerans van deze verordening valt te lezen dat

„[…] deze contracten in het algemeen worden gekenmerkt door het feit dat enerzijds de leverancier aan de wederverkoper bijzondere economische of financiële voordelen toekent, doordat hij hem niet-terugvorderbare betalingen doet, tegen gunstige voorwaarden een lening verstrekt of bezorgt, een stuk grond of bedrijfslokalen voor een […] tankstation in gebruik geeft, technische installaties of andere inrichtingsobjecten ter beschikking stelt of ten gunste van de wederverkoper andere investeringen doet en dat anderzijds de wederverkoper jegens de leverancier een exclusieve, langdurige afnamebinding aangaat, waaraan meestal een concurrentieverbod verbonden is".

11. Verordening nr. 1984/83 is ingetrokken bij verordening (EG) nr. 2790/1999 van de Commissie van 22 december 1999 betreffende de toepassing van artikel 81, lid 3, van het Verdrag op groepen verticale overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen [3], die op 1 januari 2000 in werking is getreden.

12. Artikel 4, sub a, van verordening nr. 2790/1999 bepaalt dat de vrijstelling van het verbod van artikel 81, lid 1, EG niet van toepassing is op verticale overeenkomsten die, op zich of in combinatie met andere factoren waarover de partijen controle hebben, direct of indirect, tot doel hebben „de beperking van de mogelijkheden van de afnemer tot het vaststellen van zijn verkoopprijs, onverlet de mogelijkheid voor de leverancier om een maximumprijs op te leggen of een verkoopprijs aan te raden mits deze prijzen niet ten gevolge van door een van de partijen uitgeoefende druk of gegeven prikkels hetzelfde effect hebben als een vaste prijs of minimumprijs".

13. Volgens artikel 5 van deze verordening is de in artikel 2 voorziene vrijstelling niet van toepassing op elk direct of indirect niet-concurrentiebeding, wanneer het van onbepaalde duur is of de duur ervan vijf jaar overschrijdt. Wanneer een niet-concurrentiebeding langer dan vijf jaar stilzwijgend verlengbaar is, wordt de verplichting verondersteld te zijn overeengekomen voor onbepaalde duur.

14. Volgens artikel 12 van verordening nr. 2790/1999 is het verbod van artikel 81, lid 1, EG gedurende de periode van 1 juni 2000 tot en met 31 december 2001 niet van toepassing op overeenkomsten die op 31 mei 2000 reeds van kracht waren en die niet aan de in deze verordening, maar aan de onder meer in verordening nr. 1984/83 vastgestelde vrijstellingsvoorwaarden voldoen.

3 — PB L 336, blz. 21.

III — Hoofdgeding en prejudiciële vragen

15. Partijen in het hoofdgeding hebben op 7 februari 1996 een „commissionairsovereenkomst voor tankstations inzake het logo en het imago, voor technische en commerciële bijstand en voor leveranties" gesloten.

16. Uit de verwijzingsbeschikking blijkt dat de contractuele verhouding tussen CEPSA en Tobar in wezen wordt gekenmerkt door drie soorten clausules, te weten ten eerste een exclusieveafnamebeding, dat door de verwijzende rechter ook wordt aangeduid als een „niet-concurrentiebeding" [4], ten tweede bedingen inzake de kosten- en risicoverdeling, en ten derde bedingen betreffende de betaling van de brandstoffen voor motorvoertuigen en andere brandstoffen.

17. Wat het exclusieveafname- dan wel niet-concurrentiebeding betreft, heeft Tobar zich ertoe verbonden om uitsluitend van CEPSA brandstoffen, daaronder begrepen brandstoffen voor motorvoertuigen, alsook smeermiddelen en aanverwante producten af te nemen, met het oog op de wederverkoop ervan in haar tankstation tegen vastgestelde detailhandelsprijzen, volgens de door CEPSA vastgestelde voorwaarden, verkoop- en exploitatietechnieken. Deze verplichting is aangegaan voor de duur van tien jaar en kan, mits kennisgeving ten minste zes maanden tevoren en uitdrukkelijke schriftelijke instemming, met opeenvolgende termijnen van vijf jaar worden verlengd. Het is Tobar ook verboden om in en rond het tankstation activiteiten inzake de verkoop van of de reclame voor concurrerende producten te ondernemen of zelf daaraan deel te nemen.

18. Wat de bedingen inzake de kosten- en risicoverdeling betreft, is Tobar in de eerste plaats gehouden om het risico voor de producten te dragen vanaf het tijdstip dat zij deze van de leverancier in de opslagtanks ontvangt en om deze producten zodanig te bewaren dat verlies en kwaliteitsvermindering daarvan wordt voorkomen. In de tweede plaats is Tobar zowel jegens de leverancier als jegens derden aansprakelijk voor verlies, verontreiniging of vermenging van deze producten en voor de schade die daardoor kan ontstaan. [5] In de derde plaats draagt Tobar weliswaar niet het risico van onbetaalde schulden door het gebruik van de CEPSA CARD, een kredietkaart, maar staat zij wel borg en is zij aansprakelijk voor de klanten die van deze kaart gebruikmaken dan wel aan wie zij rechtstreeks krediet heeft verleend. Ook financiert Tobar een klein gedeelte van de kosten die aan het gebruik van de klantenkaart van CEPSA zijn verbonden. CEPSA draagt daarentegen de kosten van het transport van de producten en de kosten van de installatie en het onderhoud in het tankstation van zijn beeldmerk. Voorts

4 — Het door elkaar gebruiken van deze twee uitdrukkingen door de verwijzende rechter lijkt begrijpelijk in het licht van de omstandigheid dat, anders dan exclusieve-afnameovereenkomsten voor andere producten, zoals bier, een exclusieveafnameovereenkomst voor brandstoffen voor motorvoertuigen en andere brandstoffen, strikt inhoudelijk bezien, wordt gekenmerkt doordat in een tankstation louter één merk wordt verkocht (merkexclusiviteit). Zie op dit punt arrest van 7 december 2000, Neste (C-214/99, Jurispr. blz. I-11121, punt 31).

5 — Daaronder begrepen zowel het risico van aan overmacht te wijten verlies als het risico van verlies dat ontstaat door volumeverschillen tussen het geleverde en het verkochte product als gevolg van temperatuurschommelingen van de motorbrandstoffen of om andere redenen.

levert CEPSA Tobar ook de brandstoftanks en -pompen die de tankstationhouder uitsluitend mag gebruiken voor de verkoop van de door CEPSA geleverde producten en die hij moet teruggeven wanneer hij ze niet langer zoals overeengekomen gebruikt. Niettemin moet de tankstationhouder op eerste verzoek een bankgarantie stellen ten gunste van CEPSA voor het bedrag van de waarde van de technische installaties.

19. Wat de bedingen inzake de betaling van de brandstoffen voor motorvoertuigen en andere brandstoffen betreft, moet Tobar het hiervoor verschuldigde bedrag voldoen binnen negen dagen na de levering ervan aan het tankstation, alsook een bankgarantie stellen op de datum van de eerste levering voor het totaalbedrag van een levering voor vijftien dagen. Bij niet-betaling kan CEPSA de garantie omzetten waardoor de tankstationhouder de leveringen vooraf zal moeten betalen. Tobar ontvangt als vergoeding de voor tankstations op de markt geldende commissie. Hiervoor wordt het uitgangsbedrag in de overeenkomst vastgesteld, waarbij wordt bedongen dat de commissie niet minder zal bedragen dan de gemiddelde commissie die door belangrijke derde leveranciers van dezelfde producten in hetzelfde geografische gebied aan tankstations wordt toegekend. Het bedrag dat aan CEPSA moet worden betaald wordt berekend door van de door CEPSA vastgestelde detailhandelsprijs, inclusief belasting over de toegevoegde waarde (hierna: „btw"), de commissie van de tankstationhouder, plus btw, af te trekken, en het aldus verkregen bedrag met het aantal aan het tankstation geleverde liters te vermenigvuldigen.

20. In de loop van november 2001 heeft CEPSA Tobar een brief gestuurd waarin zij deze toestond om „vanaf die datum" de verkoopprijs te verlagen zonder dat CEPSA daardoor echter inkomsten mocht derven.

21. In 2003 is de tankstationhouder, na CEPSA verschillende brieven te hebben gestuurd, opgehouden met zich bij deze leverancier te bevoorraden en heeft zij diens logo op de installaties van het tankstation onzichtbaar gemaakt.

22. In 2004 heeft Tobar een vordering tegen CEPSA ingesteld tot nietigverklaring van de overeenkomst, waarbij zij aanvoerde dat deze onverenigbaar met artikel 85 van het Verdrag en zonder voorwerp dan wel onrechtmatig was, aangezien het vaststellen van de prijs alleen aan de beoordeling van CEPSA was overgelaten. Tobar heeft ook schadevergoeding gevorderd.

23. CEPSA heeft harerzijds de vordering betwist en in reconventie de nakoming dan wel, mocht nakoming onmogelijk blijken, de ontbinding van de overeenkomst gevorderd en in beide gevallen schadevergoeding geëist.

24. Op 29 juli 2005 heeft de Juzgado de Primera Instancia de Madrid de litigieuze overeenkomst nietig verklaard, omdat deze onverenigbaar was met artikel 85, lid 1, van het Verdrag, alsook met de verordeningen

nrs. 1984/83 en 2790/1999. CEPSA heeft tegen dit vonnis hoger beroep ingesteld bij de verwijzende rechter.

25. Na te hebben vastgesteld dat een uitlegging van artikel 85 van het Verdrag en verordening nr. 1984/83 nodig was om over deze vordering tot nietigverklaring van de overeenkomst een beslissing te kunnen nemen, heeft de Audiencia Provincial de Madrid besloten de behandeling van de zaak te schorsen en het Hof de volgende prejudiciële vragen te stellen:

„1) a) Dient artikel [85], lid 1, [van het Verdrag] aldus te worden uitgelegd dat een overeenkomst inzake het aanbrengen en het gebruik van het logo, die in 1996 is gesloten tussen een distributeur van aardolieproducten en een tankstationhouder, waarbij laatstgenoemde zich ertoe verbindt om gedurende een bepaalde periode uitsluitend brandstoffen voor motorvoertuigen en andere brandstoffen van de leverancier en geen door andere distributeurs geleverde soortgelijke producten te verkopen, onder deze bepaling valt, voor zover deze verbintenis een niet-concurrentiebeding behelst, zelfs indien deze overeenkomst, wegens de economische betekenis ervan, als een agentuurovereenkomst zou kunnen worden beschouwd?

b) Indien de overeenkomst onder deze bepaling valt, kan zij dan van het verbod worden vrijgesteld indien zij aan de voorwaarden van verordening nr. 1984/83 voldoet, meer in het bijzonder aan die inzake de geldigheidsduur?

c) Zo ja, verlangen de artikelen 10 en 12 van deze verordening dan, voor zover op grond daarvan de geldigheidsduur van het niet-concurrentiebeding, als een tegenprestatie voor de toekenning door de leverancier aan de tankstationhouder van economische of financiële voordelen, meer dan vijf jaar kan bedragen, dat het om substantiële economische of financiële voordelen gaat, of volstaat het dat zij niet onaanzienlijk zijn? Kunnen deze bepalingen aldus worden uitgelegd dat dergelijke economische en financiële voordelen zijn toegekend in overeenkomsten inzake het aanbrengen en het gebruik van het logo, waarbij de leverancier van de aardolieproducten de kosten van de installatie en het onderhoud van zijn beeldmerk in het tankstation draagt, dan wel de brandstoftanks en -pompen ter beschikking stelt die de tankstationhouder zonder de schriftelijke toestemming van de exclusieve leverancier niet voor niet door deze geleverde producten mag gebruiken en moet teruggeven wanneer hij ze niet langer zoals overeengekomen gebruikt, en waarvan de waarde is gedekt door de garantie op eerste verzoek die de tankstationhouder ten gunste van de leverancier heeft gesteld?

d) Indien deze vrijstelling niet van toepassing is, treft de nietigheid van rechtswege van artikel [85], lid 2, [van het Verdrag] de overeenkomst dan in haar geheel?

2) a) Dient artikel [85], lid 1, [van het Verdrag] aldus te worden uitgelegd dat een dergelijke overeenkomst inzake het aanbrengen en het gebruik van het logo, voor zover daarin wordt bepaald dat de tankstationhouder de brandstoffen voor motorvoertuigen en andere brandstoffen van de exclusieve leverancier tegen de door laatstgenoemde vastgestelde detailhandelsprijzen moet verkopen, gelet op de economische betekenis ervan, en in het bijzonder op de door de tankstationhouder gedragen risico's en zijn bijdrage in de kosten van de levering van de contractproducten of van reclame voor de verkoop van deze producten, in beginsel onder het verbod van concurrentiebeperking valt, omdat daarin verkoopprijzen worden vastgesteld, wanneer er sprake is van de volgende relevante omstandigheden:

— de tankstationhouder verbindt zich ertoe om uitsluitend smeermiddelen en producten voor het onderhoud van motorvoertuigen, motor- en andere brandstoffen van de leverancier te verkopen tegen de door deze vastgestelde detailhandelsprijzen, volgens zijn voorwaarden, verkoop- en exploitatietechnieken, en wel voor een periode van tien jaar die, mits kennisgeving minstens zes maanden tevoren en uitdrukkelijke schriftelijke instemming, met opeenvolgende perioden van vijf jaar kan worden verlengd;

— de tankstationhouder draagt het risico van de motor- en andere brandstoffen, met inbegrip van het risico van volumeverschillen, vanaf het tijdstip waarop hij deze van de leverancier in de opslagtanks van het tankstation ontvangt. Vanaf het ogenblik van de ontvangst van de producten dient de tankstationhouder de producten te bewaren onder omstandigheden die noodzakelijk zijn om verlies of kwaliteitsvermindering daarvan te voorkomen, en is hij in voorkomend geval zowel jegens de leverancier als jegens derden aansprakelijk voor verlies, verontreiniging of vermenging van deze producten en voor de schade die daardoor kan ontstaan;

— de tankstationhouder dient de leverancier het voor de motor- en andere brandstoffen verschuldigde bedrag negen dagen na de levering in het tankstation daarvan te betalen en moet bovendien op de datum van de eerste levering een bankgarantie stellen voor het totaalbedrag [van een levering] voor vijftien dagen. Bij niet-betaling

kan de leverancier niet alleen de door de tankstationhouder gestelde garantie omzetten, maar zal laatstgenoemde ook de leveringen vooraf moeten betalen. Het bedrag dat de tankstationhouder aan de distributeur moet betalen wordt berekend door van de door de distributeur vastgestelde detailhandelsprijs, inclusief btw, de ‚commissie' van de tankstationhouder, plus de overeenkomstige btw, af te trekken. Gemiddeld wordt de motorbrandstof vanaf de levering ervan verkocht in een veel korter tijdsbestek dan de periode van negen dagen waarin de tankstationhouder de distributeur moet betalen. De [leverancier] debiteert of crediteert de tankstationhouder maandelijks naargelang de voor de geleverde motorbrandstoffen vastgestelde prijzen stijgen of dalen. De transportkosten worden door de leverancier gedragen;

— de tankstationhouder staat borg en is aansprakelijk voor de klanten die gebruikmaken van de kredietkaart die wordt uitgegeven en beheerd door de groep van ondernemingen waartoe de leverancier behoort, debiteert in de maand volgend op die van de transacties de rekening van deze klanten voor de bedragen van de met deze kaart gedane aankopen, financiert een klein gedeelte van de kosten die aan het gebruik door de klanten van de klantenkaart van de brandstofdistributeur zijn verbonden, en draagt het risico bij niet-betaling van klanten aan wie hij rechtstreeks krediet heeft verleend;

— de leverancier van de aardolieproducten draagt de kosten van de installatie en het onderhoud, in het tankstation, van zijn beeldmerk en levert ook de brandstoftanks en -pompen, die de tankstationhouder zonder de schriftelijke toestemming van de leverancier niet mag gebruiken om producten van andere leveranciers te verkopen en waarvan de geraamde waarde precies overeenkomt met het bedrag van de bankgarantie die de tankstationhouder ten gunste van de leverancier heeft gesteld.

b) Zo ja, moeten verordening nr. 1984/83 en meer in het bijzonder de artikelen 10 tot en met 13 daarvan dan aldus worden uitgelegd dat zij ook gelden voor een overeenkomst van dien aard, zodat het verbod van artikel [85], lid 1, [van het Verdrag] niet van toepassing is, indien de overeenkomst voldoet aan de in deze artikelen van de verordening neergelegde vrijstellingsvoorwaarden?

c) Dient artikel 11 van deze verordening in dat geval aldus te worden uitgelegd dat wanneer in de overeenkomst meer dan één concurrentiebeperking wordt opgelegd,

en bovendien een niet-concurrentiebeding wordt opgenomen waarbij aan één enkele onderneming een exclusief leveringsrecht wordt toegekend, de verkoopprijzen door de leverancier worden vastgesteld? Kan de overeenkomst op grond van de toestemming die de [leverancier] in november 2001 aan de tankstation[houder] heeft verleend om de verkoopprijs te verlagen zonder evenwel aan de inkomsten [van de leverancier] te raken, als rechtsgeldig worden beschouwd?"

IV — Procesverloop voor het Hof

26. CEPSA, Tobar en ook de Commissie van de Europese Gemeenschappen hebben overeenkomstig artikel 23 van het Statuut van het Hof van Justitie schriftelijke opmerkingen ingediend. Zij zijn tevens in hun pleidooien gehoord ter terechtzitting op 7 juni 2007.

V — Analyse

27. De verwijzende rechter stelt twee vragen die van tegenovergestelde situaties lijken uit te gaan. De eerste vraag, die uiteenvalt in vier onderdelen (sub a tot en met d), wordt opgeworpen voor het geval dat de in het hoofdgeding aan de orde zijnde contractuele relatie als een agentuurrelatie tussen de principaal en zijn tussenpersoon kan worden aangemerkt. [6] De tweede vraag, die uiteenvalt in drie onderdelen (sub a tot en met c), wordt gesteld voor het geval dat deze contractuele relatie als een verhouding tussen twee zelfstandige ondernemingen moet worden beschouwd en is in wezen gericht op de uitlegging van artikel 85 van het Verdrag en verordening nr. 1984/83 in het licht van de feiten van het hoofdgeding. [7]

28. Hoewel kan worden overwogen om de twee vragen en de respectieve onderdelen daarvan successievelijk te beantwoorden, stel ik toch voor een andere aanpak te volgen, waarbij deze volgens de daarin opgeworpen thema's worden onderzocht. Derhalve moet in de eerste plaats worden geanalyseerd of een overeenkomst zoals die in het hoofdgeding als een „overeenkomst tussen ondernemingen" in de zin van artikel 85, lid 1, van het Verdrag (eerste vraag, sub a, en tweede vraag, sub a) kan worden aangemerkt, in de tweede plaats worden beoordeeld of in de twee door de verwijzende rechter in aanmerking genomen gevallen de in verordening nr. 1984/83 (en later in verordening nr. 2790/1999) neergelegde groepsvrijstelling van toepassing kan zijn (eerste vraag, sub b en c, en tweede vraag, sub b en c), en in de derde plaats, voor het geval dat voornoemde

6 — Zie behalve de formulering van de eerste vraag, sub a, de eerste volzin van het punt van de verwijzingsbeschikking met de titel „in de zevende plaats" (blz. 13 van de oorspronkelijke versie).

7 — Op dit punt merk ik op dat de twee door de verwijzende rechter gestelde vragen weliswaar uitsluitend betrekking hebben op de bepalingen van verordening nr. 1984/83, doch de motivering van de verwijzingsbeschikking ook de bepalingen van verordening nr. 2790/1999 noemt, die gelet op de feiten van het hoofdgeding ook relevant blijkt.

groepsvrijstelling niet van toepassing is, de gevolgen van een eventuele nietigheid van de overeenkomst worden onderzocht (eerste vraag, sub d).

De kwalificatie van een overeenkomst zoals die in het hoofdgeding als een „overeenkomst tussen ondernemingen" in de zin van artikel 85, lid 1, van het Verdrag (eerste vraag, sub a, en tweede vraag, sub a)

29. Met zijn eerste vraag, sub a, wil de verwijzende rechter in wezen weten of de litigieuze overeenkomst, voor het geval dat deze moet worden beschouwd als een *echte agentuurovereenkomst*, onder artikel 85, lid 1, van het Verdrag valt wegens het voor deze overeenkomst kenmerkende exclusievebevoorradings- of niet-concurrentiebeding. Zijn tweede vraag, sub a, houdt in of een overeenkomst zoals die in het hoofdgeding onder artikel 85, lid 1, van het Verdrag valt, met name doordat de verkoopprijs door de leverancier wordt vastgesteld.

30. Zoals het Hof reeds in de zaak Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio heeft geoordeeld, vallen verticale overeenkomsten zoals die tussen CEPSA en de tankstationhouders alleen onder artikel 85 van het Verdrag wanneer de tankstationhouder als een onafhankelijke marktdeelnemer wordt aangemerkt en er bijgevolg een overeenkomst tussen twee ondernemingen bestaat. [8] Volgens vaste rechtspraak omvat het begrip „onderneming" in de zin van het communautaire mededingingsrecht elke eenheid die een economische activiteit uitoefent, ongeacht de rechtsvorm ervan en de wijze waarop zij wordt gefinancierd. Overigens moet onder economische activiteit het aanbieden van goederen of diensten op een bepaalde markt worden begrepen. [9]

31. Zoals de verwijzende rechter en de Commissie opmerken, moet op dit punt worden gepreciseerd dat handelsagenten in beginsel op twee verschillende markten opereren, te weten enerzijds de stroomopwaartse markt waarop de handelsagent zijn bemiddelingsdiensten aan mogelijke principalen aanbiedt en anderzijds de stroomafwaartse markt waarop deze agent de goederen of diensten van de principaal aan mogelijke klanten aanbiedt. [10]

32. Op de eerste markt is de handelsagent in het algemeen een onafhankelijk marktdeelnemer en dus een onderneming in de zin van artikel 85, lid 1, van het Verdrag. Zo moeten de bepalingen in een agentuurovereenkomst waarmee een principaal een agent verbiedt voor concurrerende ondernemingen op te

8 — Arrest van 14 december 2006 (C-217/05, Jurispr. blz. I-11987, punt 38).

9 — Zie met name arrest van 11 juli 2006, FENIN/Commissie (C-205/03 P, Jurispr. blz. I-6295, punt 25).

10 — Zie in deze zin ook punt 43 van de conclusie van advocaat-generaal Kokott in de zaak waarin voornoemd arrest Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio is gewezen.

treden (niet-concurrentiebedingen), aan artikel 85 van het Verdrag worden getoetst. [11]

33. Op de tweede markt daarentegen, te weten de markt van de verkoop van de goederen of diensten van de principaal aan mogelijke klanten, verliest de handelsagent, ondanks zijn van die van de principaal te onderscheiden rechtspersoonlijkheid, zijn hoedanigheid van onafhankelijk marktdeelnemer, wanneer hij wat deze economische activiteit betreft geen financiële of commerciële risico's draagt, waardoor hij zijn marktgedrag niet zelfstandig kan bepalen omdat hij volledig afhankelijk is van zijn principaal. In dat geval is het verbod van artikel 85, lid 1, van het Verdrag in beginsel niet van toepassing op de verhoudingen tussen de agent en zijn principaal. [12] Deze agent zal dan als een in de onderneming van de principaal opgenomen medewerker worden beschouwd.

34. In het reeds aangehaalde arrest Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio, betreffende tussen CEPSA en de tankstationhouders gesloten overeenkomsten, dat voor de onderhavige zaak stellig van belang is, lijkt het Hof in te stemmen met deze tweedeling, die gebaseerd is op de verschillende markten waarop de agent opereert. [13]

35. Het Hof heeft, om vast te stellen of artikel 85 van het Verdrag van toepassing is — een vraag die ik later in deze conclusie nader zal onderzoeken — eerst de criteria vastgesteld aan de hand waarvan kan worden beoordeeld hoe de financiële en commerciële risico's tussen de tankstationhouders en de leverancier van brandstoffen voor motorvoertuigen en andere brandstoffen in de in die zaak aan de orde zijnde overeenkomsten daadwerkelijk waren verdeeld, en daarna gepreciseerd dat artikel 85 van het Verdrag niet alleen niet van toepassing is wanneer de tankstationhouder geen financieel en commercieel risico draagt, maar ook wanneer hij slechts een verwaarloosbaar deel van dat risico draagt. [14]

36. Het Hof heeft daarbij evenwel overwogen dat in dat geval „alleen de verplichtingen die aan de [tankstationhouder] zijn opgelegd in het kader *van de verkoop van waar aan derden voor rekening van de principaal,* niet onder artikel 85 van het Verdrag vallen. Zoals de Commissie betoogt, kan een agentuurovereenkomst immers bepalingen met betrekking tot de verhouding tussen de agent en de principaal bevatten, waarop dit artikel van toepassing is, zoals *exclusiviteits- en niet-concurrentiebedingen*. Dienaangaande moet

11 — Ibidem (punt 44). Zie ook punt 19 van de bekendmaking van de Commissie „Richtsnoeren inzake verticale beperkingen" (PB 2000, C 291, blz. 1; hierna: „richtsnoeren").

12 — Zie in deze zin reeds aangehaald arrest Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio (punten 43 en 44).

13 — Wat de feiten betreft, merk ik op dat de verwijzende rechter specificeert dat de bepalingen van de litigieuze overeenkomst identiek lijken te zijn aan die van de overeenkomsten die ten grondslag liggen aan de prejudiciële verwijzing in de reeds aangehaalde zaak Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio en die, volgens punt 9 van het arrest in die zaak, betrekking hebben op 95 % van de tankstations van het CEPSA-netwerk.

14 — Reeds aangehaald arrest Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio (punt 61).

worden aangenomen dat *in het kader van dergelijke verhoudingen* agenten in beginsel onafhankelijke marktdeelnemers zijn en dat die bedingen van dien aard zijn dat zij inbreuk kunnen maken op de mededingingsregels voor zover zij *de betrokken markt* compartimenteren." [15]

37. Deze precisering brengt mee dat wanneer de handelsagent op de markt van de verkoop van waren aan derden hooguit een financieel en commercieel verwaarloosbaar risico draagt, niet de gehele contractuele verhouding tussen deze agent en zijn principaal buiten de werkingssfeer van artikel 85, lid 1, van het Verdrag valt, maar alleen het deel daarvan dat berust op de contractuele bepalingen die op die markt betrekking hebben.

38. Dergelijke bepalingen zullen alleen onder artikel 85 van het Verdrag kunnen vallen, indien de handelsagent ten minste een niet-verwaarloosbaar deel van de financiële en commerciële risico's draagt die op de verkoop van waren (en/of diensten) aan derden voor rekening van de principaal betrekking hebben.

39. Het tussen de handelsagent en zijn principaal overeengekomen niet-concurrentiebeding, *dat betrekking heeft op de markt van diensten van de tussenpersoon*, blijft daarentegen onder artikel 85, lid 1, van het Verdrag vallen, *ongeacht* de eventuele financiële en commerciële risico's die de handelsagent draagt op de *markt van de verkoop van waren aan derden voor rekening van de principaal*. Deze benadering lijkt gerechtvaardigd te zijn omdat een dergelijk beding, dat van invloed is op de concurrentie tussen merken, niet inherent is aan de agentuurovereenkomst.

40. Een agentuurovereenkomst zal in haar geheel onder artikel 85 van het Verdrag vallen, indien deze overeenkomst, behalve een niet-concurrentiebeding zoals het in punt 17 van deze conclusie genoemde, bepalingen bevat waardoor de agent ten minste een niet-verwaarloosbaar deel van de financiële en commerciële risico's draagt die zijn verbonden aan de verkoop van goederen aan derden voor rekening van de principaal. In die omstandigheden zal de contractuele verhouding niet langer een echte handelsagentuurverhouding zijn.

41. Op dit punt wil de verwijzende rechter met zijn tweede vraag, sub a, weten of, gelet op de in deze vraag opgesomde kenmerken van de contractuele verhouding tussen CEPSA en Tobar, artikel 85, lid 1, van het Verdrag aldus moet worden uitgelegd dat het aan een zodanige overeenkomst in de weg staat, in het bijzonder omdat de verkoopprijs door de leverancier wordt vastgesteld.

42. Hoewel CEPSA in hoge mate aanvecht hoe de verwijzende rechter in de tweede vraag, sub a, de contractuele verhouding

15 — Punt 62 (cursivering van mij).

tussen haar en Tobar voorstelt en beoordeelt, is het vaste rechtspraak dat in het kader van de procedure van artikel 234 EG, dat op een duidelijke afbakening van de taken van de nationale rechterlijke instanties en van het Hof berust, elke waardering van de feiten tot de bevoegdheid van de nationale rechter behoort, die verantwoordelijk blijft voor de te geven rechterlijke beslissing. [16] Evenzo behoort ook de zorg voor het toepassen van de door het Hof uitgelegde gemeenschapsregels op bijzondere situaties tot de bevoegdheid van de nationale rechter, met uitsluiting van die van het Hof. [17]

43. In het kader van de bevoegdheidsverdeling tussen de communautaire en de nationale rechterlijke instanties is het niettemin de taak van het Hof om, rekening houdend met de in de verwijzingsbeschikking omschreven feitelijke en juridische context waarin de prejudiciële vraag moet worden geplaatst [18] en teneinde de verwijzende rechter een zinvol antwoord te geven, de criteria te preciseren aan de hand waarvan kan worden beoordeeld hoe de financiële en commerciële risico's tussen de tankstationhouder en de leverancier van brandstoffen voor motorvoertuigen in de in het hoofdgeding aan de orde zijnde overeenkomst daadwerkelijk zijn verdeeld. [19]

44. Het Hof heeft dergelijke criteria ontwikkeld in het reeds aangehaalde arrest Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio en die moeten, gelet op het belang ervan voor de onderhavige zaak, in herinnering worden gebracht.

45. Volgens dit arrest is het aan de nationale rechter om enerzijds rekening te houden met de aan de verkoop van de waren verbonden risico's, zoals de financiering van de voorraad brandstoffen voor motorvoertuigen, en anderzijds met de marktspecifieke investeringsrisico's, te weten die welke nodig zijn opdat de tankstationhouder overeenkomsten met derden kan uitonderhandelen en sluiten. [20]

46. Wat de eerste soort risico's betreft, blijkt ook uit het reeds aangehaalde arrest Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio dat de tankstationhouder deze risico's waarschijnlijk geheel of gedeeltelijk draagt, wanneer hij eigenaar is van de waren die hij van de leverancier heeft verkregen, vóór de latere verkoop aan derden, wanneer hij rechtstreeks of indirect de aan de distributie van deze waren verbonden kosten draagt, met name de transportkosten, wanneer hij op eigen kosten voorraden aanhoudt en/of wanneer hij instaat voor eventuele schade aan de waren, zoals het verlies of bederf ervan, en voor schade die door de verkochte waren aan derden is veroorzaakt, los van de aansprakelijkheid van de agent wegens onrechtmatige daad. [21] Ook moet het aan de waren verbonden financiële risico worden beoordeeld, met name ter zake

16 — Zie met name in die zin arrest van 18 december 2007, Laval un Partneri (C-341/05, Jurispr. blz. I-11767, punt 45 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

17 — Zie in die zin reeds aangehaald arrest Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio (punt 49 en aangehaalde rechtspraak).

18 — Reeds aangehaald arrest Laval un Partneri (punt 47 en aangehaalde rechtspraak).

19 — Zie in deze zin reeds aangehaald arrest Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio (punt 50).

20 — Ibidem (punt 51).

21 — Ibidem (punten 52-55).

van de betaling van de brandstof voor motorvoertuigen ingeval de tankstationhouder geen koper vindt of in geval van uitgestelde betaling door het gebruik van een kredietkaart, aan de hand van de toepasselijke regels inzake de betaling van brandstoffen voor motorvoertuigen. [22]

47. Wat de aan de marktspecifieke investeringen verbonden risico's betreft, geldt dat die, volgens het Hof, op de tankstationhouder overgaan indien hij specifieke, aan de verkoop van de waren verbonden investeringen doet, zoals investeringen voor bedrijfsruimte of uitrusting zoals een brandstoftank, of indien hij zich ertoe verbindt reclameacties te voeren. [23]

48. Zoals ik al heb uiteengezet, is het voor de eventuele toepassing van artikel 85, lid 1, van het Verdrag niet nodig dat de tankstationhouder alle bovengenoemde, overigens niet uitputtende, risico's draagt, mits hij daarvan maar een niet-verwaarloosbaar deel draagt. Slechts in het geval dat de tankstationhouder geen van de risico's draagt die uit de voor rekening van de leverancier uitonderhandelde of gesloten overeenkomsten voortvloeien dan wel, zoals in het reeds aangehaalde arrest Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio uitdrukkelijk is geformuleerd, hiervan enkel een verwaarloosbaar deel draagt, kan de contractuele verhouding tussen deze agent en de principaal, waar het gaat om de markt van de verkoop van waren aan derden, wellicht worden geacht niet te vallen onder het begrip „overeenkomsten tussen ondernemingen" in de zin van artikel 85, lid 1, van het Verdrag. [24] In economisch opzicht is er namelijk geen verschil tussen de situatie waarin een handelsagent geen van de risico's draagt die voortvloeien uit de door zijn tussenpersoon verrichte transacties en die waarin hij deze slechts voor een verwaarloosbaar deel draagt. [25]

49. Wat de aan de verkoop van de waren verbonden risico's betreft, preciseert de verwijzende rechter in het hoofdgeding ten eerste dat de tankstationhouder „het risico" van de waren draagt vanaf het tijdstip dat hij deze van de leverancier in de opslagtank in het tankstation ontvangt, ten tweede dat hij aansprakelijk is voor de eventuele schade aan deze producten en voor de schade die daardoor kan ontstaan, ten derde dat de tankstationhouder het voor de brandstoffen verschuldigde bedrag negen dagen na de levering daarvan aan CEPSA moet betalen, ongeacht of deze aan derden zijn verkocht, en hij bij niet-betaling de leveringen van de waren vooraf moet gaan betalen en de leverancier de tevoren gestelde bankgarantie voor een levering van vijftien dagen mag inroepen, ten vierde dat hij het volumerisico (ofwel dat van de volumeverschillen), dat wordt veroorzaakt door de temperatuurschommelingen, draagt, zodat hij de door CEPSA geleverde liters moet betalen, ook al heeft hij minder hiervan verkocht, en ten vijfde dat voor de levering van de brandstoffen van CEPSA aan de tankstationhouder btw in rekening wordt gebracht.

50. Deze factoren doen veronderstellen dat de eigendom van de brandstoffen van CEPSA overgaat op de tankstationhouder vanaf het tijdstip dat laatstgenoemde de brandstoffen

22 — Ibidem (punt 56).

23 — Ibidem (punt 59).

24 — Ibidem (punten 43 en 61).

25 — Zie in die zin reeds aangehaalde conclusie van advocaat-generaal Kokott (punt 64).

ontvangt en dat de tankstationhouder de aan deze eigendomsovergang verbonden risico's draagt, waaronder, in voorkomend geval, het risico van productaansprakelijkheid.

51. Zoals de Commissie terecht heeft opgemerkt, kan het door de tankstationhouder gedragen volumerisico overigens veel weg hebben van het risico van verlies van voorraad. [26]

52. Bovendien lijkt, volgens de door de verwijzende rechter verstrekte toelichting, de tankstationhouder borg te staan en aansprakelijk te zijn voor de niet betaalde schulden van klanten die door zijn tussenkomst gebruikmaken van het door CEPSA ingevoerde en beheerde kredietkaartsysteem, welke schulden niet te verwaarlozen bedragen kunnen uitmaken, aangezien de verwijzende rechter als voorbeeld hiervan een bedrag van meer dan 30 000 EUR noemt.

53. Ook al preciseert de verwijzende rechter dat CEPSA de risico's draagt van het transport van de waren, de hierboven genoemde factoren, al moeten deze in concreto door de verwijzende rechter worden beoordeeld, doen volgens mij vermoeden dat Tobar niet te verwaarlozen risico's draagt in verband met de verkoop van de aardolieproducten die het voorwerp zijn van de in het hoofdgeding aan de orde zijnde overeenkomst.

54. Wat de verdeling van de aan de marktspecifieke investeringen verbonden risico's betreft, moet worden opgemerkt dat de verwijzende rechter hierover niet voldoende gegevens heeft verstrekt. Weliswaar specificeert hij dat CEPSA de kosten van de installatie en het onderhoud van haar beeldmerk in het tankstation draagt en zij de brandstoftanks en -pompen aan de tankstationhouder levert. Ook blijkt uit de verwijzingsbeschikking dat Tobar eigenaar is van het tankstation en zij een bankgarantie moet stellen voor een bedrag dat gelijk is aan de waarde van het door CEPSA geleverde materieel, hetgeen doet veronderstellen dat, zoals de Commissie heeft gesteld, de tankstationhouder niet te verwaarlozen kosten voor zijn rekening neemt en hij een beroep moet doen op de kapitaalmarkt, alsof hijzelf zich had moeten vestigen. De verwijzingsbeschikking geeft evenwel geen enkele informatie, ook niet bij benadering, over de door contractpartijen gedragen kosten en verworven inkomsten, noch over het eventuele gebruik en de afschrijving van het materieel, wanneer aan de contractuele verhouding een einde komt. Het is aan de verwijzende rechter om, gelet op al deze factoren, de aard van de investeringen die partijen voor de verkoop van de betrokken waren hebben gedaan, te beoordelen.

55. Mocht uit het door de verwijzende rechter te verrichten onderzoek naar voren komen dat de tankstationhouder een niet-verwaarloosbaar deel draagt van de commerciële en financiële risico's die zijn verbonden aan de activiteiten die hij voor de leverancier verricht, dan zal deze agent als een onafhankelijk marktdeelnemer worden beschouwd. De exclusieve contractuele verhouding die hem aan de leverancier bindt, zal dan vallen onder het begrip „overeenkomsten tussen ondernemingen" in de zin van artikel 85, lid 1, van het Verdrag. Bijgevolg zal de in de

26 — Zie hierover ook de richtsnoeren (punt 16).

tweede vraag, sub a, in fine, bedoelde clausule inzake de verplichting voor de tankstationhouder om de brandstoffen tegen een door de leverancier vastgestelde prijs te verkopen, evenmin aan de toepassing van deze bepaling ontkomen, mits aan alle toepassingsvoorwaarden van artikel 85, lid 1, van het Verdrag is voldaan.[27] In dat geval zal een dergelijk beding onder het verbod van artikel 85, lid 1, sub a, van het Verdrag vallen, hetgeen dan de volgende vraag doet rijzen, namelijk of de aan de tankstationhouder opgelegde verplichting om de brandstoffen tegen een vastgestelde prijs te verkopen onder de groepsvrijstelling van de artikelen 10 tot en met 13 van verordening nr. 1984/83 zou kunnen vallen.[28] Die vraag wordt later in deze conclusie behandeld.

56. Mocht de verwijzende rechter daarentegen vaststellen dat de tankstationhouder slechts een verwaarloosbaar deel draagt van de risico's die aan de voor rekening van de principaal verrichte activiteiten zijn verbonden, dan zullen de verplichtingen van de tussenpersoon die voortvloeien uit de contractuele verhouding waar het gaat om de markt van de aan derden verkochte waren, niet onder artikel 85, lid 1, van het Verdrag vallen. Derhalve zal, zoals het Hof reeds heeft gepreciseerd, de aan de tankstationhouder opgelegde verplichting om de brandstof voor motorvoertuigen tegen een door de leverancier bepaalde prijs te verkopen, inherent zijn aan de bevoegdheid van CEPSA om de activiteiten van haar agenten af te bakenen en zal ook deze worden onttrokken aan de toepassing van artikel 85, lid 1, van het Verdrag.[29]

57. Gelet op al deze overwegingen, stel ik voor de eerste vraag, sub a, en de tweede vraag, sub a, aldus te beantwoorden dat, *wat de markt van de verkoop van waren aan derden betreft*, de bepalingen van een overeenkomst, daaronder begrepen die betreffende de vaststelling van de detailhandelsprijs, tussen een leverancier van brandstoffen en een tankstationhouder, op grond waarvan laatstgenoemde hoogstens slechts een verwaarloosbaar deel van de aan de verkoop van deze waren verbonden commerciële en financiële risico's draagt, geen overeenkomsten tussen ondernemingen in de zin van artikel 85, lid 1, van het Verdrag zijn, ook al bevat deze overeenkomst tevens een niet-concurrentie- of exclusiviteitsbeding waarmee de tankstationhouder zich ertoe verbindt om uitsluitend van de leverancier af te nemen. Het in een dergelijke overeenkomst vervatte niet-concurrentie- of exclusiviteitsbeding waarmee de tankstationhouder zich ertoe verbindt om uitsluitend van de leverancier af te nemen en dat betrekking heeft op *de markt van diensten van tussenpersonen,* is een overeenkomst tussen ondernemingen in de zin van artikel 85, lid 1, van het Verdrag. Evenzo is een tussen een leverancier van brandstoffen en een tankstationhouder gesloten distributieovereenkomst een overeenkomst tussen ondernemingen in

27 — Voor de beoordeling of een exclusieveafnameovereenkomst ertoe strekt of ten gevolge heeft dat de mededinging op de interne markt aanzienlijk wordt beperkt en de handel tussen de lidstaten ongunstig kan beïnvloeden, is het immers van belang rekening te houden met de economische en juridische context waarbinnen deze overeenkomst geldt en samen met andere overeenkomsten een cumulatief effect op de mededinging kan hebben. Daarom moet worden nagegaan in hoeverre een dergelijke overeenkomst samen met andere, soortgelijke overeenkomsten van invloed is op de mogelijkheden van binnenlandse concurrenten of concurrenten uit andere lidstaten om vaste voet te krijgen op de relevante markt of er hun marktaandeel te vergroten [zie met name arrest van 28 februari 1991, Delimitis (C-234/89, Jurispr. blz. I-935, punten 13-15), en reeds aangehaald arrest Neste (punt 25)].

28 — Zie in deze zin reeds aangehaald arrest Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio (punt 63).

29 — Idem.

de zin van artikel 85, lid 1, van het Verdrag, wanneer deze tankstationhouder voor een niet-verwaarloosbaar deel een of meer financiële en commerciële risico's draagt die aan de verkoop van deze brandstoffen aan derden zijn verbonden. Om te bepalen of artikel 85, lid 1, van het Verdrag in het hoofdgeding van toepassing is, staat het aan de nationale rechter om, gelet op de bepalingen van de betrokken overeenkomst en met inachtneming van de risico's die zijn verbonden aan de verkoop van de waren en van de marktspecifieke investeringsrisico's, te beoordelen hoe de financiële en commerciële risico's daadwerkelijk tussen de tankstationhouder en de leverancier zijn verdeeld. In die context en mits aan de voorwaarden voor toepassing van artikel 85, lid 1, van het Verdrag is voldaan, is de aan de tankstationhouder opgelegde verplichting om de brandstoffen te verkopen tegen een door de leverancier vastgestelde prijs, onverenigbaar met artikel 85, lid 1, sub a, van het Verdrag.

De toepasselijkheid van de groepsvrijstelling van verordening nr. 1984/83 (en later van verordening nr. 2790/1999) (eerste vraag, sub b en c, en tweede vraag, sub b en c)

58. Met zijn eerste vraag, sub b, en zijn tweede vraag, sub b, wil de verwijzende rechter in wezen weten of voor de in de zaak in het hoofdgeding aan de orde zijnde overeenkomst de regeling van de groepsvrijstelling kan gelden die bij verordening nr. 1984/83 is ingevoerd en van toepassing is op exclusieve-afnameovereenkomsten met het oog op de wederverkoop, indien deze overeenkomst voldoet aan de in deze verordening vervatte voorwaarden. De nationale rechter richt zich in het bijzonder op de voorwaarden inzake de maximale geldigheidsduur van het exclusiviteitsbeding (ofwel het niet-concurrentiebeding) en op de vraag naar de omvang van de economische en financiële voordelen die door de leverancier moeten worden verstrekt, wil een dergelijke beding voor meer dan vijf jaar kunnen worden afgesloten (eerste vraag, sub b, in fine, en sub c). Bovendien wil hij weten wat de invloed is van de contractuele clausule betreffende de vaststelling van de verkoopprijs door de leverancier op de toepasselijkheid van de regeling van de groepsvrijstelling (tweede vraag, sub c).

59. Er dient aan te worden herinnerd dat verordening nr. 1984/83 met name voorziet in de toepassing van artikel 85, lid 3, van het Verdrag op exclusieve-afnameovereenkomsten die met het oog op de wederverkoop van aardolieproducten in tankstations zijn gesloten. Deze regels, die afwijken van de voor exclusieve-afnameovereenkomsten geldende algemene bepalingen, zijn vervat in de artikelen 10 tot en met 13 van verordening nr. 1984/83. Op grond van artikel 10 van deze verordening wordt de exclusieve-afnameverplichting die door de leverancier van uit aardolie verkregen brandstoffen voor motorvoertuigen of andere brandstoffen aan de wederverkoper wordt opgelegd, van het verbod van artikel 85, lid 1, van het Verdrag vrijgesteld „als tegenprestatie voor de toekenning van bijzondere economische of financiële voordelen". Artikel 11 van verordening nr. 1984/83 noemt de andere concurrentiebeperkingen die, behalve die van artikel 10, aan de wederverkoper mogen worden opgelegd, waaronder de verplichting om „door derde ondernemingen aangeboden brandstoffen voor motorvoertuigen en andere brandstoffen in het in de overeenkomst aangeduide tankstation niet te verhandelen". Volgens artikel 12, lid 1, sub c, van verordening nr. 1984/83 is artikel 10 daarvan niet van toepassing indien de overeenkomst voor onbepaalde tijd of voor een periode van meer dan tien jaar wordt gesloten.

60. Volgens mij is voor het antwoord op de in punt 58 van deze conclusie uiteengezette vragen van belang of de in het hoofdgeding

aan de orde zijnde overeenkomst aldus wordt gekwalificeerd dat moet worden aangenomen dat er tussen partijen in het hoofdgeding een echte agentuurverhouding bestaat dan wel dat er sprake is van een contractuele verhouding tussen twee zelfstandige ondernemingen (distributieovereenkomst), welke hypotheses hierna successievelijk moeten worden onderzocht.

1. Hypothese van een echte agentuurverhouding

61. Terwijl verordening nr. 1984/83 formeel van toepassing is op de verticale distributie- en wederverkoopovereenkomsten tussen twee onafhankelijke ondernemingen, heeft het Hof overwogen dat de groepsvrijstelling van de artikelen 10 tot en met 13 van verordening nr. 1984/83 ook van toepassing kon zijn in het kader van een agentuurverhouding tussen een leverancier van brandstoffen voor motorvoertuigen en andere brandstoffen en tankstationhouders. [30]

62. Toch zouden de bepalingen van deze verordening duidelijk niet van toepassing kunnen zijn op de contractuele verplichtingen die de handelsagent op de markt van de verkoop van waren aan derden zijn opgelegd, indien hij volgens het contract met zijn principaal geen dan wel slechts voor een verwaarloosbaar deel financiële en commerciële risico's draagt, aangezien deze verplichtingen in dat geval niet onder het begrip „overeenkomst tussen ondernemingen" in de zin van artikel 85 van het Verdrag vallen. [31]

63. In dat geval kunnen, zoals CEPSA en Tobar hebben uiteengezet, de bepalingen van de artikelen 10 tot en met 13 van verordening nr. 1984/83 enkel van toepassing zijn op het exclusiviteits- dan wel het niet-concurrentiebeding tussen de agent en zijn principaal, dat op zich als een overeenkomst tussen ondernemingen in de zin van artikel 85, lid 1, van het Verdrag wordt beschouwd. Een dergelijk beding moet aan de in voormelde bepalingen van de verordening neergelegde voorwaarden voldoen, met name aan die van artikel 12, lid 1, sub c, daarvan, inzake de toegestane duur van de overeenkomst.

64. Op dit punt vraagt de verwijzende rechter zich in wezen af (eerste vraag, sub c) of voor een exclusiviteitsbeding korter dan tien jaar, waarop artikel 12, lid 1, sub c, van verordening nr. 1984/83 doelt, de voorwaarde moet gelden dat de brandstofleverancier substantiële economische of financiële voordelen verstrekt dan wel of dergelijke voordelen enkel „niet onaanzienlijk" moeten zijn, nu de formulering van artikel 10 van diezelfde verordening de omvang van die voordelen niet specificeert. [32]

30 — Reeds aangehaald arrest Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio (punt 63). Zie ook punten 45 en 74 van de reeds aangehaalde conclusie van advocaat-generaal Kokott.

31 — Zie de punten 33-37 van de onderhavige conclusie.

32 — Krachtens artikel 12, lid 2, van verordening nr. 1984/83 geldt namelijk dat, wanneer de overeenkomst betrekking heeft op een tankstation dat de leverancier aan de wederverkoper (tankstationhouder) heeft overgedragen op grond van een huur- of pachtovereenkomst of in het kader van een andere juridische of feitelijke gebruiksrelatie, aan de wederverkoper de in [op tankstationcontracten toepasselijke] titel III van de verordening aangegeven exclusieveafnameverplichtingen en concurrentieverboden mogen worden opgelegd voor de gehele periode gedurende welke hij het tankstation feitelijk exploiteert. Over deze vraag wordt door de verwijzende rechter geen uitlegging gevraagd, aangezien het hierbij overigens ervan afhangt of in het hoofdgeding de tankstationhouder eigenaar van het tankstation is.

65. Afgezien van de Spaanse versie van dit artikel, waarin geen enkel adjectief met betrekking tot de betrokken voordelen wordt gebruikt, is artikel 10 van verordening nr. 1984/83, door alleen in de andere taalversies van deze bepaling aan te geven dat de economische en financiële voordelen die door de leverancier als tegenprestatie voor het lange exclusiviteitsbeding worden verstrekt, „bijzonder" moeten zijn, inderdaad op dit punt nogal vaag, omdat het zou kunnen gaan, zoals verschillende taalversies van deze bepaling die de term „bijzonder" [33] gebruiken, om voordelen alleen voor de tankstationhouder, dat wil zeggen specifiek voor de betrokken contractuele verhouding, dan wel ongewone voordelen zoals een van de betekenissen van het adjectief „bijzonder" doet veronderstellen.

66. Deze twee betekenissen van de term „bijzonder" maken dat stellig kan worden uitgesloten dat de voordelen waarop artikel 10 van verordening nr. 1984/83 doelt, eenvoudigweg onaanzienlijk kunnen zijn. Integendeel, indien op grond van de letterlijke analyse kan worden gesteld dat de door de leverancier verstrekte voordelen ten minste „niet onaanzienlijk" moeten zijn, kan op grond daarvan niet worden aangevoerd dat deze voordelen substantieel moeten zijn.

67. Het komt mij evenwel voor dat uit het doel van de betrokken verordening voortvloeit dat de economische en financiële voordelen, waarop artikel 10 van verordening nr. 1984/83 zich richt, voldoende omvangrijk moeten zijn om een exclusieve lange afname van een duur van hooguit tien jaar te rechtvaardigen.

68. Zoals de vijftiende overweging van de considerans van verordening nr. 1984/83 suggereert, is de gedachte die aan de toekenning van die voordelen door de leverancier ten grondslag ligt dat „de inrichting, de modernisering, het onderhoud en de bedrijfsvoering van […] tankstations *aanzienlijk* worden vergemakkelijkt" [34]. Met andere woorden, het gaat erom, zoals de Commissie heeft gesteld, de toegang tot de distributiemarkt in de detailhandel en een snelle groei van het distributienetwerk te vergemakkelijken door de leverancier het merendeel van de kosten en de investeringen te laten dragen die specifiek te maken hebben met de contractuele verhouding. [35] Overeenkomstig artikel 85, lid 3, van het Verdrag, waarvan verordening nr. 1984/83 slechts een specifieke toepassing is, laat de noodzaak van de mededingingsbeperking bestaande uit de lange periode van de exclusieve afname, zich blijkbaar alleen verklaren, indien het zonder de door de leverancier toegekende economische en financiële voordelen hoogst onwaarschijnlijk is dat de tankstationhouder toegang verkrijgt tot de markt, in casu, in het geval van een handelsagent, tot de markt van de diensten van een tussenpersoon die is belast met de afzet van brandstoffen. Met andere woorden, aangezien de door de tankstationhouder aangegane lange duur van de exclusieve afname van doorslaggevende betekenis is voor de marktafschermende werking [36], kan deze beperking alleen rechtsgeldig worden gecompenseerd indien de door de leverancier toegekende voordelen ten minste belangrijk zijn. [37]

33 — Zoals de versies in de Duitse, de Engelse, de Nederlandse, de Finse en de Zweedse taal.

34 — Cursivering van mij.

35 — Zie ook in deze zin de richtsnoeren (punten 116, sub 4, en 155).

36 — Zie in deze zin, reeds aangehaald arrest Neste (punten 32 en 33).

37 — Ik wijs erop dat in het reeds aangehaalde arrest Neste (punt 34) de nadruk wordt gelegd op het belang van de door de leverancier gedane investeringen.

69. Daarom is, zoals in wezen de twaalfde en de dertiende overweging van de considerans van verordening nr. 1984/83 uiteenzetten, de vaststelling van bijzondere vrijstellingsregels voor tankstationcontracten gerechtvaardigd, aangezien deze contracten in het algemeen worden gekenmerkt doordat de leverancier „bijzondere" economische of financiële voordelen toekent en de wederverkoper als tegenprestatie met name een exclusieve, langdurige afnamebinding aangaat.

70. De in de dertiende overweging van verordening nr. 1984/83 aangebrachte precisering dat de toegekende voordelen bijzonder belangrijk moeten zijn, komt ontegenzeggelijk slechts in bepaalde taalversies van deze tekst voor [38], daar de andere taalversies het in artikel 10 van deze verordening gebruikte bijvoeglijk naamwoord overnemen. [39] Deze omstandigheid lijkt evenwel niet beslissend, gelet op enerzijds het hierboven omschreven, door de richtlijn nagestreefde doel en anderzijds het feit dat de in de dertiende overweging van de considerans van verordening nr. 1984/83 genoemde voorbeelden van investeringen in alle taalversies ervan stellig een economisch en financieel belang vertegenwoordigen. Deze voorbeelden tonen overigens in wezen aan dat de betrokken voordelen enerzijds wel degelijk door de leverancier worden „toegekend", dat wil zeggen dat zij asymmetrisch worden verstrekt, daar de leverancier meer investeert dan de tankstationhouder, en anderzijds voor de lange termijn worden toegekend zonder dat de investeringskosten snel terugverdiend kunnen worden. [40]

71. Bijgevolg zal de verwijzende rechter in het hoofdgeding moeten beoordelen of de door CEPSA toegekende economische en financiële voordelen zo belangrijk zijn dat zij rechtvaardigen dat de door Tobar aangegane exclusieveafnameverplichting voor hooguit tien jaar geldt.

72. Op dit punt is het, afgezien van het feit dat het niet de taak van het Hof is om over de feiten van het hoofdgeding te oordelen, niet gemakkelijk de secundaire vraag van de verwijzende rechter, namelijk of er door CEPSA bijzondere investeringen zijn toegekend in het kader van de litigieuze overeenkomst, te beantwoorden bij ontbreken van voldoende gegevens, in het bijzonder waar het gaat om het totale bedrag van de door de leverancier gedane investeringen, de eenzijdigheid van deze investeringen en de duur van de afschrijving ervan.

73. Indien de verwijzende rechter in het licht van het voorafgaande van oordeel is dat de door CEPSA toegekende voordelen een exclusieveafnamebeding voor een duur van hooguit tien jaar kunnen rechtvaardigen, zal hij, volgens mij, bij zijn onderzoek ook nog rekening moeten houden met een extra factor die te maken heeft met de wijziging van de gemeenschapsregeling.

38 — Dat is het geval met de Spaanse, de Franse en de Portugese taalversie. De versie in het Italiaans gebruikt de term „cospicui", die suggereert dat het hierbij om belangrijke, en zelfs substantiële, voordelen gaat, waardoor deze versie kan aanknopen bij de hierbovengenoemde versies.

39 — Zie ook de versies in de Duitse, de Engelse, de Nederlandse, de Finse en de Zweedse taal.

40 — Zie ook in deze zin de richtsnoeren (punt 116, sub 4).

74. Voor het exclusiviteitsbeding dat in het hoofdgeding in februari 1996 voor (aanvankelijk) een periode van tien jaar (dus tot februari 2006) is overeengekomen, is het namelijk van belang dat verordening nr. 1984/83 bij verordening nr. 2790/1999 is ingetrokken met ingang van 1 juni 2000. Artikel 12, lid 1, van laatstbedoelde verordening voorziet evenwel in een overgangsperiode die op 31 december 2001 afloopt, voor de overeenkomsten die al van kracht waren op 31 mei 2000 en die aan de vrijstellingsvoorwaarden van verordening nr. 1984/83, maar niet aan die van verordening nr. 2790/1999 voldeden. Derhalve moesten de overeenkomsten die vóór 31 mei 2000 waren gesloten en die aan de criteria van verordening nr. 1984/83 voldeden, vanaf 1 januari 2002 aan de in verordening nr. 2790/1999 gestelde voorwaarden voldoen om in aanmerking te komen voor de groepsvrijstelling van die laatste verordening.

75. Indien deze overeenkomsten daarentegen niet aan de voorwaarden voor de groepsvrijstelling van verordening nr. 1984/83 voldeden, moesten zij, om in aanmerking te komen voor de groepsvrijstelling van verordening nr. 2790/1999, vanaf 1 juni 2000 aan de in die laatste verordening gestelde voorwaarden voldoen.

76. Ongeacht de relevante datum met ingang waarvan de overeenkomsten volgens de bewoordingen van verordening nr. 2790/1999 kunnen zijn toegestaan, bepaalt deze laatste verordening in het bijzonder dat de groepsvrijstelling niet van toepassing is op een direct of indirect niet-concurrentiebeding dat van onbepaalde duur is of waarvan de duur langer dan vijf jaar is — een niet-concurrentiebeding dat stilzwijgend verlengbaar is voor langer dan vijf jaar, wordt geacht te zijn overeengekomen voor onbepaalde duur — (artikel 5), en indien het marktaandeel van de leverancier op de relevante markt waar hij de contractgoederen of -diensten verkoopt, niet meer dan 30 % bedraagt (artikel 3).

77. Hoewel de vraag inzake de duur van het exclusiviteitsbeding niet zou rijzen indien in de zaak in het hoofdgeding het marktaandeel van CEPSA groter was dan 30 %, aangezien de toepassing van de groepsvrijstellingsregeling van verordening nr. 2790/1999 dan zonder meer zou zijn uitgesloten, dient, bij ontbreken van door de verwijzende rechter ter zake meegedeelde gegevens, te worden uitgegaan van de — op het eerste gezicht niet onwaarschijnlijke — hypothese dat het marktaandeel van CEPSA beneden deze drempel blijft. [41]

78. Wat dus in het hoofdgeding de duur van het exclusiviteitsbeding betreft, indien dit beding niet in aanmerking zou komen voor de groepsvrijstelling van verordening nr. 1984/83, kon het krachtens verordening nr. 2790/1999 slechts zijn toegestaan tot 1 juni 2005, ingevolge artikel 5 ervan, tenzij de overeenkomst, zoals in punt 80 van deze conclusie is aangegeven, wordt geacht te zijn overeengekomen voor onbepaalde duur, in welk geval het niet in aanmerking kan komen voor de groepsvrijstellingsregeling van verordening nr. 2790/1999.

41 — In haar schriftelijke opmerkingen stelt de Commissie dat het marktaandeel van CEPSA beneden de drempel van artikel 3 van verordening nr. 2790/1999 blijft. Het staat vanzelfsprekend aan de verwijzende rechter om de juistheid daarvan te onderzoeken en het marktaandeel van CEPSA vast te stellen.

79. Indien het beding daarentegen wel in aanmerking zou komen voor de groepsvrijstelling van verordening nr. 1984/83 zonder dat het aan de voorwaarden van verordening nr. 2790/1999 voldeed en de in deze laatste verordening vervatte voorwaarden dan uiterlijk vanaf 1 januari 2002 van toepassing waren, kon dit contractuele beding in aanmerking komen voor de vrijstellingsregeling van verordening nr. 2790/1999 totdat de oorspronkelijke overeenkomst eindigt, tenzij de overeenkomst wordt geacht, ingevolge artikel 5 van die verordening, te zijn gesloten voor onbepaalde duur.

80. Op dit punt is het opmerkelijk dat blijkens de verwijzingsbeschikking de oorspronkelijke overeenkomst die is gesloten voor een duur van tien jaar, mits kennisgeving ten minste zes maanden tevoren en uitdrukkelijke schriftelijke instemming, met opeenvolgende termijnen van vijf jaar kan worden verlengd. Hoewel het zeker aan de verwijzende rechter staat om de reikwijdte van dit beding overeenkomstig het relevante nationale recht te bepalen, is het gebruik van een voorafgaande kennisgeving nogal merkwaardig, met name omdat uit de verwijzingsbeschikking en de discussie voor het Hof niet duidelijk blijkt of deze voorafgaande kennisgeving betrekking heeft op de wil om de overeenkomst niet te verlengen (hetgeen noodzakelijkerwijs impliceert dat de overeenkomst automatisch verlengd wordt indien er geen voorafgaande kennisgeving is, en dus stilzwijgend kan worden verlengd) dan wel om deze wél te verlengen (hetgeen impliceert dat, indien de voorafgaande kennisgeving regelmatig plaats vindt, de andere partij de verlenging van de overeenkomst niet lijkt te kunnen weigeren). Mocht de verwijzende rechter na zijn onderzoek van deze clausule concluderen dat het gaat om een vorm van stilzwijgende verlenging, dan zou het exclusiviteitsbeding in elk geval niet onder de groepsvrijstelling vallen van verordening nr. 1984/83 en ook niet onder die van verordening nr. 2790/1999, omdat het moet worden geacht te zijn overeengekomen voor onbepaalde duur in de zin van respectievelijk artikel 12, lid 1, sub c, van verordening nr. 1984/83 [42] en artikel 5 van verordening nr. 2790/1999. [43]

81. Gelet op voorgaande overwegingen, stel ik voor om de door de verwijzende rechter gestelde eerste vraag, sub b en c, aldus te beantwoorden dat in geval van een echte agentuurovereenkomst tussen een leverancier van brandstoffen en een tankstationhouder, het exclusieveafnamebeding in aanmerking kan komen voor de groepsvrijstelling van verordening nr. 1984/83 voor zover dit beding aan de voorwaarden van deze verordening voldoet, in het bijzonder aan die betreffende de duur van dat beding. In die context is de duur van hooguit tien jaar als bedoeld in artikel 12, lid 1, sub c, van verordening nr. 1984/83 gerechtvaardigd, indien de door de leverancier toegekende financiële en economische voordelen zo belangrijk zijn dat, bij ontbreken daarvan, de tankstationhouder hoogst waarschijnlijk geen toegang had kunnen verkrijgen tot de markt van de diensten van een tussenpersoon die is belast met de afzet van brandstoffen. Het is aan de verwijzende rechter om te beoordelen of dit het geval is in het hoofdgeding, met name gelet op de daadwerkelijke duur van het door partijen in de litigieuze overeenkomst overeengekomen exclusieveafnamebeding, het bedrag van de door de leverancier en de tankstationhouder gedane investeringen en de afschrijving hiervan.

42 — Zie naar analogie arrest Gerecht van 8 juni 1995, Langnese-Iglo/Commissie (T-7/93, Jurispr. blz. II-1533, punt 138), waarbij het om de uitlegging van artikel 3, sub d, van verordening nr. 1984/83 ging.

43 — Mocht de verwijzende rechter in het hoofdgeding gelet op het nationale recht concluderen dat het exclusieveafnamebeding voor de duur van meer dan tien jaar is overeengekomen, zou het onderzoek naar de omvang van de door CEPSA toegekende financiële en economische voordelen uiteindelijk onnodig blijken.

2. Hypothese van de contractuele verhouding tussen twee zelfstandige ondernemingen (distributieovereenkomst)

82. In geval van een contractuele verhouding van het soort „distributieovereenkomst tussen twee economisch zelfstandige ondernemingen", die in beginsel in aanmerking kan komen voor de toepassing van de groepsvrijstelling van verordening nr. 1984/83, komt het mij voor dat, overeenkomstig hetgeen de Commissie heeft betoogd, de toepasselijkheid van deze laatste verordening, en met name die van de voorwaarde van de duur van de overeenkomst, afhangt van het feit of de clausule inzake de verplichting voor de tankstationhouder om de brandstoffen tegen een door de leverancier vastgestelde prijs te verkopen, verenigbaar is met artikel 85 van het Verdrag.

83. In dat geval is het beding dat de leverancier de detailhandelsprijs van brandstoffen oplegt, immers een mededingingsbeperking die onder de werkingssfeer van artikel 85, lid 1, van het Verdrag valt en niet een van de verplichtingen die, naast het exclusiviteitsbeding van artikel 10 van verordening nr. 1984/83, aan de tankstationhouder krachtens artikel 11 van deze verordening kunnen worden opgelegd, zodat een overeenkomst met de verplichting voor de tankstationhouder om de door de leverancier vastgestelde detailhandelsprijs na te leven niet onder de artikelen 10 en 13 van deze verordening valt.[44] Bijgevolg is het in een dergelijk geval helemaal niet nodig om een uitspraak te doen over de toelaatbaarheid van de duur van de exclusieveafnameovereenkomst krachtens verordening nr. 1984/83.

84. In zijn tweede vraag, sub c, in fine, lijkt de verwijzende rechter bovendien de mogelijkheid in overweging te nemen dat de overeenkomst, niettegenstaande het feit dat daarvoor de groepsvrijstelling van verordening nr. 1984/83 niet kan gelden in verband met de verplichting voor de tankstationhouder tot naleving van de door de leverancier vastgestelde detailhandelsprijs, haar „rechtsgeldigheid" zou kunnen herwinnen, omdat de leverancier aan de tankstationhouder in november 2001 zou hebben toegestaan de verkoopprijs te verlagen zonder dat de leverancier inkomsten zou derven.

85. Op dit punt is het allereerst van belang eraan te herinneren dat het niet aan het Hof staat om te bepalen wat de reikwijdte is van de beslissing van de leverancier die de contractuele clausule inzake de vaststelling van de uiteindelijke verkoopprijs van de brandstoffen door de leverancier betreft. Deze vraag valt niet onder de bevoegdheid van het Hof in het kader van de prejudiciële verwijzing en lijkt mij, zoals de Commissie in haar schriftelijke opmerkingen heeft vermeld, tot het nationale recht te behoren.

86. Indien derhalve ervan uit wordt gegaan dat deze beslissing van de leverancier van brandstoffen als een „eenzijdige wijziging" van het contractuele prijsbeding is te beschouwen[45] en een dergelijke wijziging naar Spaans nationaal recht mogelijk is, zou moeten worden vastgesteld of door deze wijziging de mededingingsbeperking die in de vaststelling van de detailhandelsprijs van brandstoffen door de leverancier bestaat, daadwerkelijk is weggenomen en zo ja, of,

44 — Reeds aangehaald arrest Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio (punt 64 en punt 2 van het dictum).

45 — Opgemerkt zij dat de partijen in het hoofdgeding van mening verschillen of aan de door CEPSA gegeven toestemming die kwalificatie moet worden gegeven.

die wijziging terugwerkende kracht of enkel werking ex nunc heeft.

87. Ook al zou worden aangenomen dat een beding dat een afnemer verplicht tot wederverkoop van een product tegen een door de leverancier vastgestelde prijs, met terugwerkende kracht rechtsgeldig kan worden door een eenzijdige aanpassing aan artikel 85 van het Verdrag, hetgeen ik evenwel betwijfel [46], dan zou daardoor toch niet het onderzoek naar de verenigbaarheid van het exclusieve-afnamebeding met artikel 85 van het Verdrag, waarbij het in het bijzonder gaat om de duur van dit exclusiviteitsbeding, overbodig worden. Immers, ongeacht of de betrokken contractuele verhouding in het hoofdgeding al dan niet een echte agentuurverhouding is, zou de vraag naar de verenigbaarheid van het exclusieve-afnamebeding met artikel 85 van het Verdrag in elk geval rijzen en in althans analoge bewoordingen aan die van de punten 65 tot en met 80 van deze conclusie, zonder dat dus de eenzijdige wijziging van de extra beperking inzake de vaststelling van de uiteindelijke verkoopprijs door de leverancier, ipso facto de geldigheid van de oorspronkelijke overeenkomst kan meebrengen.

88. In die omstandigheden, en ervan uitgaande dat de duur van de exclusieve afname in het hoofdgeding — niet langer dan tien jaar — gerechtvaardigd moet worden geacht, zou de verwijzende rechter de hierboven in punt 86 uiteengezette vragen in het licht van de gegevens, feitelijk en rechtens, van het hoofdgeding moeten beantwoorden.

89. Ik acht het zinvol om op dit punt enige inhoudelijke opmerkingen te maken.

90. Wat het probleem betreft of als gevolg van de vermeende eenzijdige wijziging door CEPSA van het contractuele prijsbeding, dit beding in overeenstemming is met artikel 85 van het Verdrag, lijkt de inhoud van de beslissing van CEPSA van november 2001, zoals de verwijzende rechter uiteenzet, de tankstationhouder een grotere vrijheid te geven, omdat deze niet meer verplicht is de door de leverancier vastgestelde detailhandelsprijs toe te passen en derhalve zijn klanten kortingen kan geven waardoor aldus de mededinging tussen de distributeuren van het merk wordt bevorderd.

91. Dat neemt niet weg dat, anders dan CEPSA heeft beweerd, een maximumverkoopprijs of een door de leverancier aan zijn distributeur aangeraden verkoopprijs, voor zover dat na de betrokken beslissing van CEPSA het geval is in de betrokken situatie in het hoofdgeding, niet automatisch in aanmerking komt voor de afwijking van het verbod van artikel 85, lid 1, van het Verdrag. Zoals de bewoordingen van artikel 4, sub a, van verordening nr. 2790/1999 impliceren, kan de op verticale overeenkomsten van toepassing zijnde groepsvrijstelling immers zeker gelden in een situatie waarin de leverancier een maximumverkoopprijs oplegt dan wel een verkoopprijs aanraadt, doch „mits deze prijzen niet ten gevolge van door

46 — Gelet op het beginsel van artikel 85, lid 2, van het Verdrag, op grond waarvan de door artikel 85 van het Verdrag verboden overeenkomsten van rechtswege nietig zijn. Zie over deze vraag de punten 94-98 van de onderhavige conclusie.

een van de partijen uitgeoefende druk of gegeven prikkels hetzelfde effect hebben als een vaste prijs of een minimumprijs". Aan een dergelijke voorwaarde lijkt echter niet te zijn voldaan, wanneer, ondanks het feit dat een maximumprijs of adviesprijs wordt aangegeven, de marge van de distributeur door de leverancier wordt vastgesteld [47], zodat de distributeur in de praktijk zijn klanten geen kortingen via deze marge kan geven, te meer omdat deze distributeur tegelijkertijd moet zorgen voor gelijkblijvende inkomsten van de leverancier. In dat geval zou in wezen een vaste of minimumverkoopprijs indirect aan de distributeur worden opgelegd. Daarbij zou niet uitgesloten kunnen worden dat een maximum- of adviesprijs van de kant van de leverancier, gelet op zijn marktpositie en/of de prikkels of de sancties waarover deze leverancier beschikt ingeval die prijs niet wordt aangehouden, de tankstationhouders ertoe kan brengen zich op uniforme wijze aan deze prijs te conformeren, zodat het in de praktijk moeilijk, zo niet onmogelijk, zou zijn om hiervan af te wijken. [48]

92. Ingeval de verwijzende rechter aanneemt dat de betrokken contractuele verhouding in het hoofdgeding moet worden aangemerkt als een distributieverhouding tussen twee zelfstandige ondernemingen, zal hij derhalve alle omstandigheden van de zaak in het hoofdgeding moeten onderzoeken om te bepalen of CEPSA, na haar beslissing van november 2001, Tobar, althans indirect, verplicht tot naleving van een vaste of een minimumverkoopprijs.

93. In dat geval — en ik kom nu bij de tweede vraag van punt 86 van deze conclusie — zullen het prijsbeding, in aangepaste versie, en ook de gehele overeenkomst niet in aanmerking komen voor de groepsvrijstelling van verordening nr. 2790/1999. Bij ontbreken van individuele vrijstelling of andere redenen aan de hand waarvan de vrijstellingsvoorwaarden krachtens artikel 85, lid 3, van het Verdrag kunnen worden toegepast [49], hetgeen in casu nauwelijks aan de orde is [50], zal deze overeenkomst dus ingevolge artikel 85, lid 2, van het Verdrag nietig zijn.

94. Indien daarentegen door de eenzijdige wijziging het contractuele prijsbeding in overeenstemming is met artikel 85 van het Verdrag en de verwijzende rechter ook meent dat de duur van de exclusieve afname in aanmerking komt voor de vrijstelling van verordening nr. 2790/1999, kan dit volgens mij niet meebrengen dat de overeenkomst uit het oogpunt van de groepsvrijstelling van verordening nr. 1984/83 met terugwerkende kracht rechtsgeldig is. Een tegenovergestelde uitlegging zou namelijk het dwingend karakter van de in artikel 85, lid 2, van het Verdrag neergelegde nietigheid van rechtswege van de krachtens dit artikel verboden overeenkomsten miskennen. [51] Zoals ik reeds in punt 83 van deze conclusie heb aangegeven, laat de vaststelling van de detailhandelsprijs van brandstoffen door de leverancier

47 — Zie in deze zin de richtsnoeren (punt 47). Opgemerkt zij dat Tobar in haar schriftelijke opmerkingen vermeldt dat CEPSA de handelsmarge van de tankstationhouders zou vaststellen.

48 — Zie in deze zin de richtsnoeren (punten 47 en 227).

49 — De contracterende partijen van een dergelijke overeenkomst zouden namelijk ook de Commissie kunnen verzoeken (in casu theoretisch) om een individuele beschikking houdende buitentoepassingverklaring van artikel 85, lid 1, van het Verdrag ofwel een beroep kunnen doen op de omstandigheid dat voldaan is aan de voorwaarden van een andere vrijstellingverordening voor andere groepen overeenkomsten ofwel het bewijs leveren dat de overeenkomst niet op andere gronden onverenigbaar is met artikel 85, lid 1, van het Verdrag. Zie hierover arrest van 18 december 1986, VAG France (10/86, Jurispr. blz. 4071, punten 12 en 13) en reeds aangehaald arrest Delimitis (punt 41).

50 — De in de vorige noot aangehaalde hypotheses zijn door de verwijzende rechter niet in overweging genomen en evenmin door partijen in het hoofdgeding aangevoerd.

51 — Zie op dit punt arrest van 13 juli 2006, Manfredi e.a. (C-295/04-C-298/04, Jurispr. blz. I-6619, punt 57 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

niet toe dat op de tussen de leverancier en de tankstationhouder gesloten exclusieve-afnameovereenkomst de relevante bepalingen van verordening nr. 1984/83 van toepassing zijn, zodat, behoudens andere redenen die het mogelijk maken om aan de voorwaarden voor een vrijstelling krachtens artikel 85, lid 3, van het Verdrag te voldoen, deze overeenkomst moet worden geacht nietig te zijn en niet ineens weer „rechtsgeldig" kan worden door een eventuele eenzijdige wijziging van het beding inzake de vaststelling van deze prijs.

95. In het licht van deze overwegingen stel ik voor op de tweede vraag, sub b en c, te antwoorden dat de bedingen van een tussen een leverancier van brandstoffen en een tankstationhouder gesloten distributieovereenkomst waarbij de laatste zich verbindt tot een exclusieve afname van de daarin overeengekomen brandstoffen, in aanmerking kunnen komen voor de groepsvrijstelling van verordening nr. 1984/83. De artikelen 10 tot en met 13 van verordening nr. 1984/83 moeten aldus worden uitgelegd dat een dergelijke overeenkomst niet onder deze verordening valt, voor zover daarin wordt bepaald dat deze tankstationhouder de door de leverancier vastgestelde detailhandelsprijs moet naleven. Door het contractueel beding inzake de vaststelling door de leverancier van de detailhandelsprijs aan artikel 85 van het Verdrag aan te passen wordt de nietigheid van de contractuele bepalingen die daarvoor hiermee in strijd waren, niet met terugwerkende kracht teniet gedaan. Ook wordt een dergelijke overeenkomst hierdoor niet vrijgesteld van de verplichtingen tot naleving van de voorwaarden van verordening nr. 1984/83 of vervolgens die van verordening nr. 2790/1999, in het bijzonder die inzake de toelaatbare duur van de exclusieve afname, wil deze overeenkomst voor de in deze verordeningen neergelegde groepsvrijstelling in aanmerking komen.

De gevolgen van een eventuele nietigheid van de overeenkomst (eerste vraag, sub d)

96. In geval van een echte handelsagentuurverhouding en ervan uitgaande dat het exclusieveafnamebeding niet in aanmerking kan komen voor de groepsvrijstelling van verordening nr. 1984/83, vraagt de verwijzende rechter of de nietigheid van rechtswege van artikel 85, lid 2, van het Verdrag alleen dit beding treft dan wel de overeenkomst in haar geheel.

97. Om te beginnen kan de nietigheid als bedoeld in artikel 85, lid 2, van het Verdrag door eenieder worden ingeroepen en is deze voor de rechter bindend, wanneer de voorwaarden voor toepassing van artikel 85, lid 1, van het Verdrag zijn vervuld en de betrokken overeenkomst een vrijstelling krachtens artikel 85, lid 3, van het Verdrag niet kan rechtvaardigen. Aangezien deze nietigheid absoluut is, heeft een krachtens deze bepaling nietige overeenkomst geen gevolgen voor de betrekkingen tussen de overeenkomstsluitende partijen en kan zij niet aan derden worden tegengeworpen. Deze nietigheid kan bovendien alle gevolgen, voor het verleden en voor de toekomst, van de betrokken overeenkomst of het betrokken besluit treffen. [52]

52 — Idem.

98. De nietigheid van rechtswege als bedoeld in artikel 85, lid 2, van het Verdrag treft echter niet *automatisch* de betrokken overeenkomst in haar geheel. Deze nietigheid strekt zich namelijk alleen uit tot de onderdelen van de overeenkomst, die ingevolge artikel 85, lid 1, van het Verdrag verboden zijn dan wel tot de gehele overeenkomst, wanneer die onderdelen niet van de overeenkomst zelf kunnen worden losgemaakt. [53]

99. Indien de met artikel 85, lid 1, van het Verdrag onverenigbare contractuele bedingen van de overeenkomst zelf losgemaakt kunnen worden, hangen de gevolgen van deze nietigheid voor de andere onderdelen van de overeenkomst of voor andere eruit voortvloeiende verplichtingen niet van het gemeenschapsrecht af, maar moeten zij aan de hand van het gemeenschapsrecht worden beoordeeld. [54] De verwijzende rechter dient dus naar nationaal recht te beoordelen, wat de draagwijdte en de gevolgen zijn voor het geheel van de contractuele betrekkingen die in het hoofdgeding aan de orde zijn, indien sommige bepalingen van de overeenkomst op grond van artikel 85 van het Verdrag nietig zouden zijn. [55]

100. Derhalve geef ik in overweging de eerste vraag, sub d, aldus te beantwoorden dat de nietigheid van rechtswege als bedoeld in artikel 85, lid 2, van het Verdrag de bedingen van een met het verbod van artikel 85, lid 1, van het Verdrag strijdige overeenkomst raakt, zonder dat er een vrijstelling krachtens artikel 85, lid 3, van het Verdrag van toepassing is, tenzij de verboden bestanddelen niet van de overeenkomst losgemaakt kunnen worden, in welk geval de nietigheid de overeenkomst in haar geheel treft. Ingeval de onverenigbare bestanddelen van de andere bestanddelen van de overeenkomst losgemaakt kunnen worden, worden de gevolgen van de nietigheid van de verboden bedingen ten opzichte van de andere bestanddelen van de overeenkomst niet door het gemeenschapsrecht beheerst.

53 — Arrest van 30 juni 1966, LTM (56/65, Jurispr. blz. 337), en reeds aangehaald arrest Delimitis (punt 40).

54 — Zie met name reeds aangehaald arrest VAG France (punt 14), en arresten van 30 april 1998, Cabour (C-230/96, Jurispr. blz. I-2055, punt 51), en 30 november 2006, Brünsteiner en Hilgert (C-376/05 en C-377/05, Jurispr. blz. I-11383, punt 48).

55 — Idem.

VI — Conclusie

101. Gelet op voorgaande overwegingen, stel ik het Hof voor de vragen van de Audiencia Provincial de Madrid als volgt te beantwoorden:

„1) Wat de markt van de verkoop van waren aan derden betreft, zijn de bepalingen van een overeenkomst, daaronder begrepen die betreffende de vaststelling van

de detailhandelsprijs, tussen een leverancier van brandstoffen en een tankstationhouder, op grond waarvan laatstgenoemde hoogstens slechts een verwaarloosbaar deel van de aan de verkoop van deze waren verbonden commerciële en financiële risico's draagt, geen overeenkomsten tussen ondernemingen in de zin van artikel 85, lid 1, EG-Verdrag (thans artikel 81, lid 1, EG), ook al bevat deze overeenkomst tevens een niet-concurrentie- dan wel exclusiviteitsbeding waarmee de tankstationhouder zich ertoe verbindt om uitsluitend van de leverancier af te nemen.

Het in een dergelijke overeenkomst vervatte niet-concurrentie- dan wel exclusiviteitsbeding waarmee de tankstationhouder zich ertoe verbindt om uitsluitend van de leverancier af te nemen en dat betrekking heeft op de markt van diensten van tussenpersonen, is een overeenkomst tussen ondernemingen in de zin van artikel 85, lid 1, van het Verdrag.

Evenzo is een tussen een leverancier van brandstoffen en een tankstationhouder gesloten distributieovereenkomst een overeenkomst tussen ondernemingen in de zin van artikel 85, lid 1, van het Verdrag, wanneer deze tankstationhouder voor een niet verwaarloosbaar deel een of meer financiële en commerciële risico's draagt die aan de verkoop van deze brandstoffen aan derden zijn verbonden.

Om te bepalen of artikel 85, lid 1, van het Verdrag in het hoofdgeding van toepassing is, staat het aan de nationale rechter om, gelet op de bepalingen van de betrokken overeenkomst en met inachtneming van de risico's die zijn verbonden aan de verkoop van de waren en van de marktspecifieke investeringsrisico's, te beoordelen hoe de financiële en commerciële risico's daadwerkelijk zijn verdeeld tussen de tankstationhouder en de leverancier. In die context en mits aan de voorwaarden voor toepassing van artikel 85, lid 1, van het Verdrag is voldaan, is de aan de tankstationhouder opgelegde verplichting om de brandstoffen te verkopen tegen een door de leverancier vastgestelde prijs, onverenigbaar met artikel 85, lid 1, sub a, van het Verdrag.

2) In geval van een echte handelsagentuurovereenkomst tussen een leverancier van brandstoffen en een tankstationhouder, kan het beding waarbij deze laatste zich ertoe verbindt om alleen bij deze leverancier af te nemen, in aanmerking komen voor de groepsvrijstelling van verordening (EEG) nr. 1984/83 van de Commissie van 22 juni 1983 betreffende de toepassing van artikel 85, lid 3, van het Verdrag op groepen exclusieveafnameovereenkomsten, voor zover dit beding aan de voorwaarden van deze verordening voldoet, in het bijzonder aan die betreffende de toelaatbare duur van dat beding.

In die context is de duur van hooguit tien jaar als bedoeld in artikel 12, lid 1, sub c, van verordening nr. 1984/83 gerechtvaardigd, indien de door de leverancier toegekende financiële en economische voordelen zo belangrijk zijn dat, bij ontbreken daarvan, de tankstationhouder hoogst waarschijnlijk geen toegang had kunnen verkrijgen tot de markt van de diensten van een tussenpersoon die is belast met de afzet van brandstoffen. Het is aan de verwijzende rechter om te beoordelen of dit het geval is in het hoofdgeding, met name gelet op de daadwerkelijke duur van het door partijen in de betrokken overeenkomst overeengekomen exclusieveafnamebeding, het bedrag van de door de leverancier en de tankstationhouder gedane investeringen en de afschrijving hiervan.

3) De bedingen van een tussen een leverancier van brandstoffen en een tankstationhouder gesloten distributieovereenkomst waarbij de laatste zich verbindt tot een exclusieve afname bij deze leverancier, kunnen in aanmerking komen voor de groepsvrijstelling van verordening nr. 1984/83. De artikelen 10 tot en met 13 van verordening nr. 1984/83 moeten aldus worden uitgelegd dat een dergelijke overeenkomst niet onder deze verordening valt, voor zover daarin wordt bepaald dat deze tankstationhouder de door de leverancier vastgestelde detailhandelsprijs moet naleven. Door het contractueel beding inzake de vaststelling door de leverancier van de detailhandelsprijs aan artikel 85 van het Verdrag aan te passen wordt de nietigheid van de contractuele bepalingen die daarvoor hiermee in strijd waren, niet met terugwerkende kracht teniet gedaan. Ook wordt een dergelijke

overeenkomst door deze aanpassing niet vrijgesteld van de verplichtingen tot naleving van de voorwaarden van verordening nr. 1984/83 of vervolgens die van verordening (EG) nr. 2790/1999 van de Commissie van 22 december 1999 betreffende de toepassing van artikel 85, lid 3, van het Verdrag op groepen verticale overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen, in het bijzonder die inzake de toelaatbare duur van de exclusieve afname, wil deze overeenkomst voor de in deze verordeningen neergelegde groepsvrijstelling in aanmerking komen.

4) De nietigheid van rechtswege als bedoeld in artikel 85, lid 2, van het Verdrag raakt de bedingen van een met het verbod van artikel 85, lid 1, van het Verdrag strijdige overeenkomst, zonder dat er een vrijstelling krachtens artikel 85, lid 3, van het Verdrag van toepassing is, tenzij de verboden bestanddelen niet van de overeenkomst losgemaakt kunnen worden, in welk geval de nietigheid de overeenkomst in haar geheel treft. Ingeval de onverenigbare bestanddelen van de andere bestanddelen van de overeenkomst losgemaakt kunnen worden, worden de gevolgen van de nietigheid van de verboden bedingen ten opzichte van de andere bestanddelen van de overeenkomst niet door het gemeenschapsrecht beheerst."