FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT PAOLO MENGOZZI

föredraget den 13 mars 2008 [1]

I — Inledning

1. Genom beslut av den 16 juni 2006 har Audiencia Provincial de Madrid (Spanien) framställt en begäran om förhandsavgörande till domstolen avseende tolkningen av artikel 85.1 i fördraget (senare artikel 81.1 EG) och av kommissionens förordning (EEG) nr 1984/83 av den 22 juni 1983 om tillämpning av fördragets artikel 85.3 på vissa grupper av exklusiva inköpsavtal. [2]

2. Denna begäran har framställts inom ramen för en tvist mellan CEPSA, Estaciones de Servicio SA (nedan kallat CEPSA), sökande vid den nationella domstolen, och bensinstationsbolaget LV Tobar e Hijos, SL (nedan kallat Tobar), svarande i målet vid den nationella domstolen, om den konkurrensbegränsning som CEPSA anklagas för och som påstås följa av det exklusiva inköpsavtal som parterna har ingått.

1 — Originalspråk: franska.

2 — EGT L 173, s. 5, svensk specialutgåva, område 17, volym 1, s. 52, och rättelse EGT 1984, L 79, s. 38.

II — Tillämpliga bestämmelser

3. Enligt förordning nr 1984/83 är artikel 85.1 i fördraget inte tillämplig på vissa grupper av exklusiva inköpsavtal och samordnade förfaranden som vanligtvis uppfyller de villkor som uppställs i tredje stycket i samma artikel, med motiveringen att de i allmänhet medför en förbättring av distributionen av varor.

4. Enligt artikel 3 d i nämnda förordning gäller inte undantaget om avtalet är träffat för en obestämd tid eller en tid som är längre än fem år.

5. Förordning nr 1984/83 innehåller särskilda bestämmelser om bensinstationsavtal i artiklarna 10–13.

6. I artikel 10 i nämnda förordning föreskrivs följande:

”Enligt fördragets artikel 85.3 och på de villkor som föreskrivs i artik[larna] 11–13

i denna förordning förklaras att fördragets artikel 85.1 inte gäller avtal i vilka endast två företag är parter och den ena parten, återförsäljaren, avtalar med den andra, leverantören, att i utbyte mot särskilda kommersiella eller finansiella fördelar endast från denne, ett företag anknutet till denne eller ett annat företag åt vilket denne har överlåtit distributionen av sina varor, köpa vissa oljebaserade bränslen till motorfordon och andra bränslen som anges i avtalet för återförsäljning på en bensinstation som är angiven i avtalet."

7. Artikel 11 i nämnda förordning har följande lydelse:

"Bortsett från den skyldighet som avses i artikel 10 skall ingen annan konkurrensbegränsning åläggas återförsäljaren än skyldigheten

a) att inte på den bensinstation som anges i avtalet sälja bränsle till motorfordon och andra bränslen som levereras av andra företag,

b) att inte på den bensinstation som anges i avtalet använda smörjmedel eller andra liknande oljebaserade produkter som levereras av andra företag, om leverantören eller ett anknutet företag har ställt till återförsäljarens förfogande eller finansierat en smörjhall eller annan utrustning för smörjning av motorfordon,

c) att inom eller utanför den bensinstation som anges i avtalet göra reklam för varor som levereras av andra företag endast i förhållande till dessa varors andel av bensinstationens totala omsättning,

d) att låta leverantören eller ett företag som är utsett av denne underhålla utrustning som tillhör leverantören eller ett anknutet företag eller som har finansierats av leverantören eller ett anknutet företag."

8. I artikel 12 i förordning nr 1984/83 uppräknas de klausuler och de avtalsmässiga åtaganden som utgör hinder för tillämpningen av artikel 10 i förordningen, och däribland återfinns villkoret om att avtalet inte får träffas för en obestämd tid eller en tid som är längre än tio år.

9. Enligt artikel 13 i samma förordning skall artiklarna 2.1, 2.3, 3 a–b, 4 och 5 med nödvändiga ändringar tillämpas på bensinstationsavtal.

10. I skäl 13 i nämnda förordning föreskrivs följande:

”Kännetecknande för dessa avtal är i allmänhet å ena sidan att leverantören ger återförsäljaren särskilda kommersiella eller finansiella fördelar genom att bidra till hans finansiering, bevilja eller förmedla honom lån på fördelaktiga villkor, anskaffa en tomt eller lokaler för hans verksamhet, förse honom med utrustning eller inventarier eller göra andra investeringar för hans räkning och å andra sidan att återförsäljaren gör ett långsiktigt exklusivt inköpsåtagande, som i de flesta fall är förenat med ett förbud mot att sälja konkurrerande varor.”

11. Förordning nr 1984/83 upphävdes genom kommissionens förordning (EG) nr 2790/1999 av den 22 december 1999 om tillämpningen av artikel 81.3 i fördraget på grupper av vertikala avtal och samordnade förfaranden,[3] som trädde i kraft den 1 januari 2000.

12. Enligt artikel 4 a i förordning nr 2790/1999 skall undantaget från förbudet i artikel 81.1 EG inte tillämpas på vertikala avtal som direkt eller indirekt, ensamt eller i kombination med andra faktorer som parterna kontrollerar innebär ”begränsningar av köparens möjligheter att bestämma försäljningspriset, med undantag för leverantörens möjlighet att fastställa ett högsta försäljningspris eller ett rekommenderat försäljningspris, under förutsättning att dessa inte som en följd av påtryckningar eller incitament från någon av parterna får karaktären av ett fast eller lägsta försäljningspris”.

13. Enligt artikel 5 i nämnda förordning, skall undantaget i artikel 2 inte tillämpas avseende varje direkt eller indirekt konkurrensklausul vars varaktighet är obegränsad eller överstiger fem år. En konkurrensklausul vars giltighet underförstått förlängs med en period som överstiger fem år skall anses ha slutits på obegränsad tid.

14. Enligt artikel 12 i förordning nr 2790/1999 skall förbudet enligt artikel 81.1 EG inte tillämpas under perioden den 1 juni 2000–31 december 2001 i fråga om avtal som redan är i kraft den 31 maj 2000 och som inte uppfyller villkoren för undantag enligt denna förordning men som uppfyller villkoren för undantag som fastställs i exempelvis förordning nr 1984/83.

3 — EGT L 336, s. 21.

III — Målet vid den nationella domstolen och tolkningsfrågorna

15. Parterna i målet vid den nationella domstolen ingick den 7 februari 1996 ett ”avtal om rätt att i egenskap av innehavare-kommissionär till en bensinstation använda varumärke och bild, rätt till tekniskt och kommersiellt stöd samt rätt till bränsleinköp”.

16. Det framgår av beslutet om hänskjutande att avtalsförhållandet mellan CEPSA och Tobar i huvudsak kännetecknas av tre slags klausuler, nämligen för det första exklusiva inköpsklausuler som den hänskjutande domstolen också benämt ”konkurrensförbud sklausuler” [4], för det andra klausuler om kostnads- och riskfördelning samt för det tredje klausuler om betalning av drivmedel och bränsle.

17. Genom den exklusiva inköpsklausulen eller konkurrensförbudsklausulen har Tobar åtagit sig att endast förvärva bränsle, drivmedel inberäknat, liksom smörjmedel och andra liknande produkter för återförsäljning i sin bensinstation från CEPSA i enlighet med de konsumentpriser samt de försäljnings- och driftsmetoder som nämnda leverantör har fastställt. Åtagandet ingicks för en period på tio år med möjlighet till förlängning med perioder om fem år i taget genom uttrycklig och skriftlig överenskommelse, med sex månaders varsel. Tobar var också förhindrat att direkt eller indirekt tillåta eller delta i försäljnings- eller marknadsföringsåtgärder av produkter som konkurrerar med de ovannämnda, såväl på bensinstationens eget område som i dess närområde.

18. Vad gäller klausulerna om kostnads- och riskfördelning, hade Tobar förbundit sig att, för det första, påta sig risken för produkterna från den tidpunkt då leverantören levererat produkterna i förvaringscisterner samt att förvara produkterna under de förhållanden som krävs för att undvika att produkterna går förlorade eller skadas. För det andra hade Tobar gentemot leverantören och utomstående ansvar för all förlust, förorening eller uppblandning som produkterna kan utsättas för och för den skada detta kan medföra. [5] För det tredje, även om Tobar inte ansvarade för risken för utebliven betalning som uppkommit genom användning av kreditkortet CEPSA CARD, skulle bolaget gå i borgen och ansvara för de kunder som genom dess förmedling fått tillgång till kortet samt de kunder som bolaget direkt har beviljat kredit. Tobar stod också för en liten del av kostnaden för användningen av CEPSA:s lojalitetskort. I gengäld stod CEPSA för kostnaderna för produkttransporter och kostnader för att etablera och underhålla sin varumärkesimage på bensinstationen. Dessutom skulle CEPSA upplåta cisterner och bränslepumpar till

4 — Omständigheten att dessa två begrepp använts utan särskiljning av den hänskjutande domstolen kan förstås mot bakgrund av att inköp av bränsle på ett väsentligt sätt skiljer sig från exklusiva avtal om inköp av andra produkter, såsom öl, eftersom en viss bensinstation rent faktiskt endast säljer bränsle av ett enda märke (märkesmonopol). Se dom av den 7 december 2000 i mål C-214/99, Neste (REG 2000, s. I-11121), punkt 31.

5 — Det omfattar risker för förluster som uppkommer genom force majeure, sådana som uppkommer på grund av att det till följd av temperaturförändringar i drivmedlet uppstår en skillnad mellan den levererade volymen och den sålda volymen men även sådana som uppkommer av andra orsaker.

Tobar som bensinstationsbolaget endast fick använda för försäljning av de produkter som CEPSA levererat, och vilka skulle återlämnas när bensinstationsbolaget hade upphört med den tillåtna användningen. Bensinstationsbolaget skulle emellertid utställa en bankgaranti som är betalningsbar på första anmodan till förmån för CEPSA till ett belopp som motsvarar värdet av de tekniska anläggningarna.

19. Enligt klausulerna om betalning av drivmedel och bränsle skulle Tobar betala för drivmedlet eller bränslet inom nio dagar från det att det hade levererats till bensinstationen, och den dag då första leveransen görs också utställa samt överlämna en bankgaranti motsvarande värdet av femton dagars leveranser. Vid utebliven betalning kunde CEPSA kräva att bankgarantin skulle betalas, och detta innebar också att bensinstationsbolaget förpliktades att betala efterföljande leveranser i förskott. Den ersättning Tobar erhöll skulle motsvara den för varje bensinstation gällande marknadsmässiga kommissionen. I avtalet fastställdes ett utgångsbelopp och det föreskrevs också att den provision som utgår inte skall understiga den genomsnittliga provison som erbjuds bensinstationer för samma typ av produkter i samma geografiska område av andra aktörer med en betydande ställning på marknaden. För att beräkna det belopp som skulle erläggas till CEPSA drogs bensinstationsbolagets provision jämte mervärdesskatt av från det konsumentpris som CEPSA har fastställt, inklusive mervärdesskatt, och differensen multiplicerades med antalet levererade liter bränsle.

20. I november 2001 sände CEPSA en skrivelse till Tobar, enligt vilken bensinbolaget gav Tobar rätten att ”från den dagen”, sänka försäljningspriset utan att CEPSA:s inkomster för den delen skulle minska.

21. Efter att ha sänt flera skrivelser till CEPSA, upphörde bensinstationsbolaget år 2003 med att köpa bränsle från nämnda leverantör och dolde CEPSA:s logotyp på bensinstationens anläggningar.

22. År 2004 väckte Tobar talan mot CEPSA och yrkade att avtalet skulle ogiltigförklaras, eftersom det innebar ett åsidosättande av artikel 85 i fördraget, saknade föremål alternativt hade ett föremål som var olagligt, eftersom prissättningen helt bestämdes av CEPSA. Tobar yrkade också skadestånd.

23. CEPSA bestred talan och framställde ett genkäromål i vilket bolaget yrkade att avtalet skulle fullgöras eller att det skulle upphöra att gälla på grund av att det var omöjligt att fullgöra det och yrkade, i bägge fallen, skadestånd.

24. Den 29 juli 2005 ogiltigförklarade Juzgado de Primera Instancia de Madrid det omtvistade avtalet på grund av dess oförenlighet med artikel 85.1 i fördraget och förordningarna nr 1984/83 och nr 2790/1999.

CEPSA överklagade denna dom till den hänskjutande domstolen.

25. Efter att ha slagit fast att det för att pröva den ogiltighetstalan som har framställts avseende avtalet är nödvändigt att göra en tolkning av artikel 85 i fördraget samt av förordning nr 1984/83, beslutade Audiencia Provincial de Madrid att vilandeförklara målet och ställa följande tolkningsfrågor till domstolen:

”För det första,

a) Skall artikel 85.1 i fördraget tolkas så, att ett avtal om inköp av bränsle som ger rätt att använda leverantörens varumärke, och som ingicks år 1996 mellan en oljeleverantör och ett bensinstationsbolag enligt vilket den sistnämnde åtar sig att under en viss tid endast sälja leverantörens drivmedel och bränsle, och att inte sälja sådana produkter från andra leverantörer, anses omfattas av bestämmelsen i den mån nämnda åtagande utgör en konkurrensklausul, trots att avtalet, på grund av sin ekonomiska innebörd, skulle kunna betraktas som ett agentavtal?

b) Om avtalet faller inom tillämpningsområdet för nämnda bestämmelse, kan det då undantas från detta förbud om det uppfyller kraven i förordning nr 1984/83, särskilt de avseende avtalets varaktighet?

c) Om denna fråga besvaras jakande, innebär bestämmelsen i artiklarna 10 och 12 i den ovannämnda förordningen att konkurrensavtal tillåts ha en längre varaktighet än fem år för att uppväga för de kommersiella och finansiella fördelarna att dessa kommersiella och finansiella fördelar måste vara betydande, eller är det tillräckligt att de inte är obetydliga? Kan bestämmelserna tolkas så, att sådana fördelar skall anses ha beviljats i inköpsavtal som ger rätt att använda varumärket och där oljeleverantören står för kostnaderna för att etablera och underhålla sin egen varumärkesimage på bensinstationen och upplåter cisterner och bränslepumpar som bensinstationsbolaget inte utan skriftligt tillstånd från leverantören kan använda för produkter från andra leverantörer och som bolaget måste lämna tillbaka när de upphör att användas på sätt som är tillåtet, och vilkas värde täcks av en bankgaranti som bensinstationsbolaget har låtit utställa till leverantören och som är betalningsbar på första anmodan?

d) Om det undantag som avses ovan inte gäller, avser då den ogiltighet som föreskrivs i artikel 85.2 i fördraget hela avtalet?

För det andra,

a) Skall artikel 85.1 i fördraget tolkas så, att ett sådant inköpsavtal som ger rätt att använda varumärket som det är fråga om i målet vid den nationella domstolen, i den mån det innebär att det bolag som är innehavare av bensinstationen är skyldigt att endast sälja leverantörens drivmedel och bränsle till de konsumentpriser som leverantören har fastställt, i princip omfattas av konkurrensbegränsningsförbudet på grund av att det reglerar fastställelse av försäljningspriser, med beaktande av avtalets ekonomiska innebörd och i synnerhet de risker som bensinstationsbolaget påtagit sig och bolagets deltagande i de kostnader som hänför sig till leveransen av de varor som utgör avtalets föremål eller till marknadsföringen av dem, och mot bakgrund av följande relevanta omständigheter:

— Bensinstationsbolaget åtar sig att endast sälja smörjmedel och andra produkter avsedda för motorfordonsmotorer samt drivmedel och bränsle från leverantören i enlighet med de konsumentpriser och de försäljnings- och driftsmetoder som leverantören har fastställt för en period på tio år med möjlighet till förlängning med perioder om fem år i taget genom uttrycklig och skriftlig överenskommelse, med sex månaders varsel.

— Bensinstationsbolaget påtar sig risken för drivmedel och bränsle, inklusive risken för volymskillnader, från den tidpunkt då det från leverantören tar emot produkterna i förvaringscisterner på bensinstationen. Från det att produkterna tagits emot har nämnda bolag en skyldighet att förvara dem under de förhållanden som krävs för att undvika att produkterna går förlorade eller skadas, och har ansvar gentemot leverantören och utomstående för all förlust, förorening eller uppblandning som produkterna kan utsättas för samt för den skada som detta kan medföra.

— Bensinstationsbolaget skall betala leverantören för drivmedel och bränsle inom nio dagar från det att det levererats till bensinstationen. Den dag då första leveransen görs skall bolaget överlämna en bankgaranti motsvarande värdet av femton dagars leveranser. Om en leverans inte betalas inom utsatt

frist innebär detta inte endast att leverantören kan kräva betalning av bankgarantin, utan även att bensinstationsbolaget förpliktas att betala efterföljande leveranser i förskott. Det belopp som bensinstationsbolaget skall erlägga till leverantören fastställs genom att bensinstationsbolagets 'provision' jämte mervärdesskatt dras av från det av leverantören fastställda konsumentpriset, inklusive mervärdesskatt. En leveransvolym bränsle återförsäljs i genomsnitt på en avsevärt kortare tid än de nio dagar som föreskrivs för bensinstationsbolagets betalning till leverantören. [Leverantören] debiterar eller krediterar bensinstationsbolaget varje månad för variationerna i de priser som fastställts för levererat bränsle, beroende på om priset höjts eller sänkts. Leverantören står för transportkostnaderna.

— Bensinstationsbolaget går i borgen och ansvarar för de kunder som genom bolagets medverkan har tillgång till det kreditkort som skapats av den bolagskoncern som leverantören tillhör … erhåller betalning för den försäljning som gjorts med hjälp av detta kreditkort påföljande månad, står för en liten del av kostnaden för kundernas användning av oljeleverantörens lojalitetskort och står risken för utebliven betalning från kunder som direkt har beviljats kredit.

— Det bolag som levererar oljeprodukterna står för kostnaderna för att etablera och underhålla sin varumärkesimage på bensinstationen, och upplåter även cisterner och bränslepumpar som bensinstationsbolaget inte utan skriftligt tillstånd från leverantören får använda för försäljning av produkter från andra leverantörer och vilkas värde exakt motsvarar beloppet på den bankgaranti som bensinstationsbolaget har låtit utställa till förmån för leverantören.

b) Om denna fråga besvaras jakande, skall förordning nr 1984/83, och särskilt artiklarna 10–13 i förordningen, tolkas så, att bestämmelserna omfattar avtal av detta slag och förbudet i artikel 85.1 i fördraget följaktligen inte anses tillämpligt om avtalet uppfyller villkoren för undantag i dessa bestämmelser?

c) Skall artikel 11 i samma förordning i så fall tolkas så, att det i det avtal som är omtvistat i målet vid den nationella domstolen finns mer än en konkurrensbegränsning,

eftersom det, utöver att leverantören har exklusiv leveransrätt, innebär att denne fastställer försäljningspriserna? Medför det tillstånd [leverantören] i november 2001 gav till bensinstation[sbolaget] att sänka försäljningspriset utan att [nämnda leverantörs] inkomster skulle minska att avtalet kan betraktas som giltigt?"

IV — Förfarandet vid domstolen

26. CEPSA, Tobar och Europeiska gemenskapernas kommission har i enlighet med artikel 23 i EG-domstolens stadga inkommit med skriftliga inlagor. Parterna har också fått utveckla sin talan under den muntliga förhandling som ägde rum den 7 juni 2007.

V — Bedömning

27. Den hänskjutande domstolen har ställt två frågor som förefaller avse två helt skilda situationer. Den första frågan är indelad i fyra underordnade delar (a–d) och har ställts för det fall det avtalsförhållande som är omtvistat i målet vid den nationella domstolen skulle klassificeras som ett agentavtal mellan huvudmannen och dennes mellanhand. [6] Den andra frågan är indelad i tre underordnade delar (a–c) och har ställts för det fall avtalsförhållandet skulle betraktas som ett förhållande mellan två självständiga företag. Den andra frågan handlar i huvudsak om att fastställa hur artikel 85 i fördraget och förordning nr 1984/83 skall tolkas med avseende på omständigheterna i tvisten vid den nationella domstolen. [7]

28. De två frågor som ställts till domstolen och de tillhörande underordnande frågorna skulle kunna besvaras i turordning. Jag föreslår emellertid ett annat angreppssätt, som består i att frågorna undersöks utifrån de teman de berör. För det första handlar det således om att analysera frågan huruvida ett sådant avtal som är omtvistat i målet vid den nationella domstolen skall betraktas som ett "avtal mellan företag" i den mening som avses i artikel 85.1 i fördraget (frågorna 1 a och 2 a), och för det andra undersöka, enligt de två hypoteser som den hänskjutande domstolen åsyftar, om det gruppundantag som medges enligt förordning nr 1984/83 (och senare enligt förordning nr 2790/1999) kan anses tillämpligt (frågorna 1 b och c och 2 b och c) samt för det tredje att för det fall det gruppundantag som avses ovan inte är

6 — Se, förutom formuleringen av fråga 1 a, första meningen under punkten med rubriken "för det sjunde" i beslutet om hänskjutande (s. 13 i originalversionen).

7 — I detta hänseende noterar jag att även om det i de två frågor som den hänskjutande domstolen har ställt enbart hänvisas till bestämmelserna i förordning nr 1984/83, hänvisas det i motiven till beslutet om hänskjutande också hänvisas till bestämmelserna i förordning nr 2790/1999, som också framstår som relevant med avseende på omständigheterna i målet vid den nationella domstolen.

tillämpligt, undersöka följderna av avtalets eventuella ogiltighet (fråga 1 d).

A — *Huruvida ett sådant avtal som är föremål för tvist i målet vid den nationella domstolen kan betraktas som ett ”avtal mellan företag” i den mening som avses i artikel 85.1 i fördraget (frågorna 1 a och 2 a)*

29. Genom fråga 1 a söker den hänskjutande domstolen i huvudsak få klarhet i huruvida, för det fall det omtvistade avtalet skulle betraktas som ett *verkligt agentavtal*, avtalet på grund av den exklusiva inköpsklasul eller konkurrensbegränsningsklausul som det kännetecknas av skall omfattas av artikel 85.1 i fördraget. Den hänskjutande domstolen undrar genom fråga 2 a om ett sådant avtal som det är frågan om i målet vid den nationella domstolen faller inom tillämpningsområdet för artikel 85.1 i fördraget, särskilt med beaktande av den omständigheten att det är leverantören som fastställer försäljningspriset.

30. Som domstolen slog fast i målet Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio, omfattas vertikala avtal, av det slag som avtalen mellan CEPSA och bensinstationsbolagen, endast av artikel 85 i fördraget om bensinstationsbolaget anses utgöra en oberoende ekonomisk aktör och det följaktligen finns ett avtal mellan två företag. [8] Enligt fast rättspraxis omfattar begreppet företag i gemenskapens konkurrensrätt varje enhet som bedriver ekonomisk verksamhet, oavsett enhetens rättsliga form och oavsett hur den finansieras. Vidare avses med ekonomisk verksamhet all verksamhet som består i att erbjuda varor eller tjänster på en viss marknad. [9]

31. I detta avseende bör det, som den hänskjutande domstolen och kommissionen har påpekat, förtydligas att handelsagenter är verksamma på två skilda marknader. Det rör sig nämligen för det första om den marknad på vilken handelsagenten erbjuder eventuella huvudmän sina förmedlingstjänster och för det andra om den marknad på vilken handelsagenten erbjuder huvudmannens varor eller tjänster till eventuella kunder. [10]

32. På den första marknaden är handelsagenten i regel en oberoende ekonomisk aktör och därmed ett företag i den mening som avses i artikel 85.1 i fördraget. Klausuler i ett handelsagentavtal varigenom huvudmannen förbjuder handelsagenten att agera som återförsäljare för konkurrerande företags räkning

8 — Dom av den 14 december 2006 i mål C-217/05, Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio (REG 2006, s. I-11987), punkt 39.

9 — Se bland annat dom av den 11 juli 2006 i mål C-205/03 P, FENIN mot kommissionen (REG 2006, s. I-6295), punkt 25.

10 — Se, för ett liknande synsätt, även punkt 43 i generaladvokaten Kokotts förslag till avgörande i domen i det ovannämnda målet Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio.

(konkurrensförbudsklausuler) skall därför prövas enligt artikel 85.1 i fördraget. [11]

33. På den andra marknaden, det vill säga den marknad på vilken handelsagenten erbjuder huvudmannens varor eller tjänster till eventuella kunder, förlorar en handelsagent emellertid, även om han rättsligt sett är självständig, sin ställning som oberoende ekonomisk aktör om han inte bär någon finansiell eller kommersiell risk som sammanhänger med de aktuella affärstransaktionerna. Agentens agerande på marknaden kan i sådant fall inte bedömas på ett fristående sätt, eftersom denne är helt beroende av sin huvudman. Om det förhåller sig på det sättet kan det förbud som föreskrivs enligt artikel 85.1 i fördraget i princip inte tillämpas med avseende på förhållandet mellan agenten och dennes huvudman. [12] Agenten blir då ett hjälporgan till huvudmannen och är i den egenskapen integrerad i huvudmannens företag.

34. Det förefaller som om domstolen, i domen i det ovannämnda målet Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio med avseende på avtal som CEPSA hade ingått med bensinstationsbolagen och vilket äger viss relevans för föreliggande mål, bekräftar denna tudelning som bygger på att en agent är verksam på olika marknader. [13]

35. Efter att ha fastställt kriterierna för hur den faktiska fördelningen av finansiella och kommersiella risker mellan bensinstationsbolagen och leverantören av bränsle och drivmedel sådan som den var enligt de avtal som var föremål för tvist i nämnda mål skall bestämmas, preciserade domstolen som ett led i sin prövning av huruvida artikel 85 i fördraget var tillämplig – en fråga som jag kommer att undersöka närmare längre fram i detta förslag till avgörande – att artikel 85 i fördraget saknar tillämpning inte endast i de fall bensinstationsbolagen inte bär någon finansiell eller kommersiell risk utan också då de sistnämnda endast bär en obetydlig del av nämnda risk. [14]

36. Domstolen slog emellertid också fast att det i sådant fall är ”endast de skyldigheter som åligger … [bensinstationsbolaget] vad gäller *försäljningen av varor till tredje man för huvudmannens räkning* som inte omfattas av den artikeln. Ett agentavtal kan, som kommissionen har gjort gällande, innehålla bestämmelser som rör förhållandet mellan agenten och huvudmannen på vilka den nämnda artikeln är tillämplig, såsom

11 — Ibidem (punkt 44). Se också punkt 19 i kommissionens tillkännagivande med titeln ”Riktlinjer om vertikala begränsningar” (EGT C 291, 2000, s. 1) (nedan kallade riktlinjerna).

12 — Se, för ett liknande resonemang, domen i det ovannämnda målet Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio, punkterna 43 och 44.

13 — Ur saklig synpunkt kan jag notera att den hänskjutande domstolen preciserat att klausulerna i det omtvistade avtalet förefaller identiska med dem som ligger till grund för begäran om förhandsavgörande i det nämnda målet Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio, vilka enligt punkt 9 i domen i nämnda mål gällde 95 procent av de bensinstationer som ingår i CEPSA:s nätverk.

14 — Domen i det ovannämnda målet Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio, punkt 61.

exklusivitetsklausuler och konkurrensklausuler. Det skall i detta hänseende anses att agenter, *inom ramen för sådana förhållanden*, i princip utgör oberoende ekonomiska aktörer och att de nämnda klausulerna kan innebära en överträdelse av konkurrensreglerna i den mån de leder till en avskärmning av den *relevanta marknaden.*" [15]

37. Detta förtydligande får till följd att det, i ett fall där en handelsagent på marknaden för försäljning av varor till tredje man inte påtar sig en större finansiell och kommersiell risk än en obetydlig sådan, inte är avtalsförhållandet mellan agenten och dennes huvudman i sin helhet som inte omfattas av artikel 85.1 i fördraget, utan endast den del i förhållandet som har sin grund i de avtalsklausuler som gäller den aktuella marknaden.

38. Sådana klausuler omfattas endast av tillämpningsområdet för artikel 85 i fördraget om handelagenten påtar sig en i vart fall icke obetydlig del av de finansiella och kommersiella risker som hör samman med försäljning av varor (och/eller tjänster) till tredje man för sin huvudmans räkning.

39. Den konkurrensbegränsningsklausul som har upprättats mellan handelsagenten och dennes huvudman, och som *avser marknaden för förmedlingstjänster*, faller inom tillämpningsområdet för artikel 85.1 i fördraget, *oberoende* av eventuella finansiella och kommersiella risker som handelsagenten påtar sig på *marknaden för försäljning av varor till tredje man för huvudmannens räkning*. Ett sådant synsätt förefaller ha sin grund i att klausuler som inverkar på konkurrensen mellan varumärken inte ingår i agentavtal.

40. Agentavtalet i sin helhet omfattas av tillämpningsområdet för artikel 85 i fördraget om det, förutom en sådan konkurrensbegränsningsklausul som omnämnts i punkt 17 i förevarande förslag till avgörande, innehåller klausuler enligt vilka agenten påtar sig en i vart fall icke obetydlig andel av de finansiella och kommersiella risker som hör samman med försäljning av varor till tredje man för huvudmannens räkning. Under sådana omständigheter kan avtalsförhållandet inte längre anses utgöra ett verkligt handelsagentförhållande.

41. Genom fråga 2 a söker den hänskjutande domstolen få svar på om artikel 85.1 i fördraget, med beaktande av de kännetecken för avtalsförhållandet mellan CEPSA och Tobar som räknas upp i frågan, skall tolkas så, att bestämmelsen utgör hinder för avtal av sådant slag och, i synnerhet, av den anledningen att försäljningspriset fastställs av leverantören.

42. Även om CEPSA kraftigt har invänt mot hur den hänskjutande domstolen i fråga 2 a har framställt och kvalificerat det

15 — Punkt 62 (min kursivering).

avtalsförhållande som binder CEPSA till Tobar, framgår det av fast rättspraxis att förfarandet enligt artikel 234 EG grundar sig på en tydlig funktionsfördelning mellan de nationella domstolarna och EG-domstolen och att det i ett sådant förfarande är den nationella domstolen som skall bedöma omständigheterna i målet, och det är också den sistnämnda som har ansvaret för det rättsliga avgörandet. [16] Det faller också inom den nationella domstolens och inte EG-domstolens behörighet att på särskilda situationer tillämpa de gemenskapsrättsliga bestämmelser vars innebörd den tolkat. [17]

43. Domstolen skall däremot inom ramen för denna kompetensfördelning mellan gemenskapsdomstolen och nationella domstolar beakta den faktiska och rättsliga bakgrunden till tolkningsfrågorna, såsom denna har framställts i begäran om förhandsavgörande, [18] och för att ge ett användbart svar till den hänskjutande domstolen, precisera de kriterier som möjliggör en bedömning av den faktiska fördelningen av de ekonomiska och affärsmässiga riskerna mellan bensinstationsinnehavarna och leverantören av drivmedel, såsom denna fördelning har gjorts enligt de avtal som det är fråga om i målet vid den nationella domstolen. [19]

44. Domstolen slog fast sådana kriterier i den ovannämnda domen i målet Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio, och dessa bör det nu erinras om eftersom de äger relevans för föreliggande mål.

45. Enligt domen i detta mål bör den nationella domstolen beakta dels de risker som står i samband med försäljningen av varor, såsom finansiering av ett drivmedelslager, dels de risker som har samband med de investeringar som är typiska för denna marknad, nämligen de som är nödvändiga för att bensinstationsinnehavaren skall kunna förhandla och sluta avtal med tredje man. [20]

46. Vad gäller den första kategorin av risker framgår det också av den ovannämnda domen i målet Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio att det är troligt att bensinstationsinnehavaren helt eller delvis bär dessa risker då vederbörande övertar äganderätten till varorna sedan han mottagit dem från leverantören för senare försäljning till tredje man, då bensinstationsinnehavaren direkt eller indirekt står för kostnaderna för leveransen av dessa varor, särskilt transportkostnaderna, då bensinstationsinnehavaren håller lager på egen bekostnad och/eller är ansvarig för eventuella skador på varorna, såsom att de går förlorade eller försämras, och för skada orsakad av varor som sålts till tredje man, oberoende av om skadan beror på att agenten inte har iakttagit sina skyldigheter. [21] Fördelningen av den ekonomiska risken för varorna skall även bedömas, särskilt vad

16 — I detta avseende, se bland annat dom av den 18 december 2007 i mål C-341/05, Laval un Partneri (REG 2007, s. I-11767), punkt 45 och där angiven rättspraxis.

17 — Se bland annat den ovannämnda domen i målet Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio, punkt 49 och där angiven rättspraxis.

18 — Domen i det ovannämnda målet Laval un Partneri, punkt 47 och där angiven rättspraxis.

19 — Se, för ett liknande resonemang, domen i det ovannämnda målet Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio, punkt 50.

20 — Ibidem, punkt 51.

21 — Ibidem, punkterna 52–55.

gäller betalningen för drivmedel för det fall bensinstationsinnehavaren inte finner någon köpare eller på grund av uppskjuten betalning till följd av att kreditkort används, med hänsyn till de regler eller den praxis som rör betalning av drivmedel. [22]

47. Beträffande de risker som har samband med investeringar som är typiska för marknaden, så övergår, enligt domstolen, de nämnda riskerna på bensinstationsinnehavaren om vederbörande gör specifika investeringar som rör försäljningen av varor, såsom investeringar i lokaler eller utrustning såsom tankar för drivmedel, eller åtar sig att investera i säljfrämjande åtgärder. [23]

48. Som jag redan har anfört är det, för att artikel 85.1 i fördraget skall tillämpas, inte nödvändigt att bensinstationsinnehavaren står samtliga av de ovannämnda riskerna – förteckningen över dessa är för övrigt inte uttömmande – utan det räcker att han påtar sig en icke betydlig del av dessa. Det är endast när en bensinstationsinnehavare inte bär någon av de risker som följer av de avtal som han har förhandlat fram eller ingått för huvudmannens räkning eller när agenten, vilket var fallet i den ovannämnda domen i målet Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio, enbart bär en obetydlig del av dessa risker som avtalsförhållandet mellan agenten och dennes huvudman, vad gäller marknaden för försäljning av varor till tredje man, inte omfattas av begreppet ”avtal mellan företag” i den mening som avses i artikel 85.1 i fördraget. [24] I ekonomiskt hänseende innebär det nämligen ingen skillnad om en handelsagent inte alls eller endast i helt obetydlig omfattning bär de risker som sammanhänger med de affärstransaktioner han förmedlar. [25]

49. Vad gäller risker som hör samman med försäljning av varor har den hänskjutande domstolen i målet vid den nationella domstolen för det första preciserat att bensinstationsbolaget påtar sig ”risken” för produkterna från den tidpunkt då det från leverantören tar emot produkterna i förvaringscisterner på bensinstationen, för det andra för eventuella skador som produkterna kan utsättas för samt för den skada som detta kan medföra, för det tredje att bensinstationsbolaget skall betala CEPSA för det sålda bränslet inom nio dagar från att det levererats, oberoende av hur mycket av det som har sålts till tredje man, och om så inte sker blir bensinstationsbolaget förpliktat att betala efterföljande leveranser i förskott och leverantören har rätt att utlösa bankgarantin motsvarande värdet av femton dagars leveranser som bensinstationsbolaget har tecknat, för det fjärde står bensinstationsbolaget risken för volymskillnader som orsakas av temperaturskillnader i bränslet, så att bensinstationsbolaget blir skyldigt att betala för det antal liter som CEPSA levererat även om bolaget sålt mindre av det och för det femte att överlämnandet av bränsle utlöser uttag av mervärdesskatt mellan CEPSA och bensinstationsbolaget.

50. Dessa förtydliganden antyder att äganderätten till bränslet övergår från CEPSA till bensinstationsbolaget vid den tidpunkt då det sistnämnda bolagettar emot bränslet.

22 — Ibidem, punkt 56.

23 — Ibidem, punkt 59.

24 — Ibidem, punkterna 43 och 61.

25 — Se för ett liknande resonemang generaladvokaten Kokotts ovannämnda förslag till avgörande, punkt 64.

Av förtydligandena följer också att bensinstationsbolaget påtar sig de risker som är förknippade med övergången, vilket i förekommande fall också inkluderar risken för ansvar för skada som orsakats av produkterna.

51. För övrigt kan den risk för volymskillnader som bensinstationsinnehavaren påtar sig, såsom kommissionen med rätta har gjort gällande, liknas vid risken för lagerförluster. [26]

52. Vidare förefaller det, med ledning av de uppgifter som ges i beslutet om hänskjutande, som om bensinstationsbolaget går i borgen och ansvarar för utebliven betalning från kunder som genom bensinstationsbolagets förmedling har anslutits till det kreditkortssystem som inrättats och förvaltas av CEPSA – skulder som skulle kunna uppgå till icke obetydliga belopp. I beslutet om hänskjutande ges ett exempel på en skuld som uppgår till mer än 30 000 euro.

53. Oaktat den hänskjutande domstolens förtydligande om att CEPSA påtar sig risker förenade med varutransporter, är det min uppfattning att de nyss nämnda omständigheterna, även om de i praktiken endast kan prövas av den hänskjutande domstolen, visar att Tobar påtar sig icke obetydliga risker som står i samband med försäljning av de oljeprodukter som är föremål för det avtal som är omtvistat i målet vid den nationella domstolen.

54. När det gäller fördelning av risker som har samband med de investeringar som är typiska för marknaden, bör det noteras att den hänskjutande domstolen inte lämnat tillräckliga upplysningar i frågan. Den hänskjutande domstolen har förvisso preciserat att CEPSA står för kostnaderna för att etablera och underhålla sin varumärkesimage på bensinstationen och att leverantören upplåter cisterner och bränslepumpar till bensinstationsbolaget. Av beslutet om hänskjutande framgår också att Tobar är ägare till bensinstationen och att bensinstationsbolaget har en skyldighet att utställa en bankgaranti till ett belopp som motsvarar värdet av den utrustning som CEPSA har ställt till bolagets förfogande. Detta skulle, såsom kommissionen har gjort gällande, tyda på att bensinstationsbolaget står för icke obetydliga kostnader och att det fått vända sig till finansmarknaden på samma sätt som vid en självständig etablering. I beslutet om hänskjutande ges emellertid inte ens någon uppskattning av vilka kostnader och intäkter avtalsparterna har annat än vad gäller eventuell användning av utrustning och amorteringen av densammna vid avtalsförhållandets slut. Det ankommer på den hänskjutande domstolen att, med beaktande av samtliga dessa omständigheter, fastställa vad det är för investeringar parterna har gjort som hör samman med försäljningen av de ifrågavarande varorna.

55. Om den utredning som den nationella domstolen har att utföra visar att bensinstationsbolaget påtagit sig en icke obetydlig andel av de kommersiella och finansiella risker som hör samman med transaktioner som bolaget har utfört för leverantörens räkning, skall agenten betraktas som en oberoende ekonomisk aktör. Det exklusiva avtalsförhållande som binder agenten till leverantören omfattas i så fall av begreppet ”avtal mellan företag” i den mening som avses i artikel 85.1 i fördraget. Av detta följer

26 — I detta avseende, se även riktlinjerna, punkt 16.

att den klausul om bensinstationsbolagets skyldighet att sälja bränsle till ett pris som fastställs av leverantören, vilken åsyftas i den hänskjutande domstolens fråga 2 a *in fine*, om samtliga villkor som uppställs för tillämpning av artikel 85.1 i fördraget är uppfyllda inte heller kan undantas från tillämpningsområdet för bestämmelsen.[27] Om så är fallet omfattas en sådan klausul av förbudet enligt artikel 85.1 a i fördraget. Därutöver uppkommer en frågeställning som jag kommer att behandla längre fram i förevarande förslag till avgörande, nämligen frågan huruvida den skyldighet som bensinstationsbolaget har att sälja bränsle till ett fastställt pris kan omfattas av det gruppundantag som föreskrivs i artiklarna 10–13 i förordning nr 1984/83.[28]

56. Om den hänskjutande domstolen däremot skulle komma fram till att bensinstationsbolaget inte bär mer än en obetydlig andel av de risker som sammanhänger med transaktioner som bolaget utför för sin huvudmans räkning, kommer de skyldigheter som vederbörande har enligt avtalsförhållandet i fråga om marknaden för försäljning av varor till tredje man att falla utanför tillämpningsområdet för artikel 85.1 i fördraget. I sådant fall skall, såsom domstolen redan har preciserat, den skyldighet som ålagts bensinstationsbolaget att sälja drivmedel till ett av leverantören fastställt pris anses ingå i CEPSA:s behörighet att begränsa sina agenters verksamhetsområde och kommer också att undantas från artikel 85.1 i fördraget.[29]

57. Mot bakgrund av det ovan anförda föreslår jag att frågorna 1 a och 2 a, *vad gäller marknaden för försäljning av varor till tredje man* skall besvaras på följande sätt. Avtalsklausuler, och däribland också klausulen om fastställande av slutliga konsumentpriser, vilka binder en bränsleleverantör och en bensinstationsinnehavare, och enligt vilka den sistnämnde inte påtar sig mer än en obetydlig andel av de finansiella och kommersiella risker som hör samman med försäljning av nämnda varor, skall inte anses utgöra avtal mellan företag i den mening som avses i artikel 85.1 i fördraget, ens om avtalet dessutom innehåller en konkurrensbegränsnings- eller exklusivitetsklausul enligt vilken bensinstationsinnehavaren förbinder sig att uteslutande köpa från leverantören. Avtal mellan företag i den mening som avses i artikel 85.1 i fördraget skall däremot anses föreligga om den konkurrensbegränsnings- eller exklusivitetsklausul som ingår i ett sådant avtal och enligt vilken bensinstationsinnehavaren förbinder sig att uteslutande köpa från leverantören, avser *marknaden för förmedlingstjänster*. Ett avtal mellan företag i den mening som avses i artikel 85.1 i fördraget skall på samma sätt anses föreligga i fråga om ett distributionsavtal som slutits mellan en bränsleleverantör och en bensinstationsinnehavare då sistnämnde bär en icke obetydlig andel av riskerna eller flera finansiella eller kommersiella risker som har

27 — Det bör erinras om att man för att avgöra om en exklusiv inköpsöverenskommelse har till syfte eller resultat att på ett påtagligt sätt hindra konkurrensen på den inre marknaden och påverka handeln mellan medlemsstaterna måste beakta det ekonomiska och rättsliga sammanhang där avtalet förekommer och där det tillsammans med annat kan leda till en kumulativ verkan på konkurrensen. Därför skall man analysera vilka verkningar ett sådant avtal, i kombination med andra avtal av samma typ, kan få för möjligheterna för inhemska konkurrenter eller konkurrenter från andra medlemsstater att få tillträde till eller utöka sin andel av den relevanta marknaden. (Se bland annat dom av den 28 februari 1991 i mål C-234/89, Delimitis (REG 1991, s. I-935), punkterna 13–15, och domen i det ovannämnda målet Neste, punkt 25).

28 — Se, för ett liknande resonemang, domen i det ovannämnda målet Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio, punkt 63.

29 — Ibidem.

samband med försäljning av nämnda bränsle till tredje man. För att avgöra huruvida artikel 85.1 i fördraget är tillämplig i målet vid den nationella domstolen, ankommer det på den nationella domstolen att, med beaktande av klausulerna i det omtvistade avtalet, bedöma den faktiska fördelningen av finansiella och kommersiella risker mellan bensinstationsbolaget och leverantören med hänsyn till de risker som hör samman med försäljning av varor och sådana investeringar som är typiska för ifrågavarande marknad. I detta sammanhang och under förutsättning att villkoren för tillämpningen av artikel 85.1 i fördraget är uppfyllda, framstår den skyldighet som ålagts bensinstationsbolaget att sälja bränsle till ett av leverantören fastställt pris som oförenlig med artikel 85.1 a i fördraget.

B — *Huruvida gruppundantaget enligt förordning nr 1984/83 (och senare enligt förordning nr 2790/1999) är tillämpligt (frågorna 1 b och c och 2 b och c)*

58. Genom sina frågor 1 b och 2 b undrar den hänskjutande domstolen i huvudsak om det avtal som är föremål för tvist i målet vid den nationella domstolen omfattas av den möjlighet till gruppundantag som ges i förordning nr 1984/83 för exklusiva inköpsavtal som träffas för återförsäljning, om nämnda avtal uppfyller de villkor som uppställs i förordningen. Den nationella domstolen undrar i synnerhet om villkoren avseende den maximala varaktigheten för exklusivitetsklausulen (eller konkurrensbegränsningsklausulen) och omfattningen av de kommersiella och finansiella fördelar som leverantören måste erbjuda för att en sådan klausul skall kunna gälla för en period som är längre än fem år (frågorna 1 b *in fine* och 1 c). Den nationella domstolen söker dessutom få klarhet i vilken inverkan avtalsklausulen om leverantörens fastställande av försäljningspriset har avseende gruppundantagets tillämpning (fråga 2 c).

59. Det bör erinras om att artikel 85.3 i fördraget enligt förordning nr 1984/83 tillämpas i synnerhet vad gäller exklusiva inköpsavtal, som träffas för försäljning av oljeprodukter på bensinstationer. Reglerna skiljer sig från de allmänna bestämmelserna för exklusiva inköpsavtal och återfinns i artiklarna 10–13 i förordning nr 1984/83. Enligt artikel 10 i nämnda förordning omfattas ett åtagande om inköpsexklusivitet som leverantören av oljeproduktbaserade drivmedel och bränslen har ålagt återförsäljaren inte av förbudet i artikel 85.1 i fördraget under förutsättning att åtagandet sker ”i utbyte mot särskilda kommersiella eller finansiella fördelar”. I artikel 11 i förordning nr 1984/83 uppräknas andra konkurrensbegränsningar än den skyldighet som avses i nämnda artikel 10, som kan åläggas återförsäljaren, däribland förpliktelsen ”att inte på den bensinstation som anges i avtalet sälja bränsle till motorfordon och andra bränslen som levereras av andra företag”. I artikel 12.1 c i förordning nr 1984/83 föreskrivs att artikel 10 i samma förordning inte gäller då avtalet träffats för en obestämd tid eller en period som är längre än tio år.

60. Enligt min mening är svaret på de frågor som jag har redogjort för i punkt 58 i förevarande förslag till avgörande avhängigt av huruvida det avtal som är föremål för tvist i målet vid den nationella domstolen klassificeras som ett verkligt agentavtal som har

verkan mellan parterna i målet vid den nationella domstolen eller ett avtalsförhållande mellan två oberoende företag (distributionsavtal). Jag kommer nedan att ta i betraktande vart och ett av dessa två antaganden.

1. Antagandet om att ett verkligt agentavtal föreligger

61. Även om förordning nr 1984/83 formellt tillämpas på vertikala avtal om distribution och återförsäljning som träffas mellan två oberoende företag har domstolen slagit fast att det gruppundantag som medges enligt artiklarna 10–13 i förordning nr 1984/83 också kan tillämpas inom ramen för ett agentavtal mellan en leverantör av drivmedel och bränsle å ena sidan och bensinstationsinnehavare å andra sidan. [30]

62. Det framstår emellertid som klart att bestämmelserna i förordningen inte tillämpas på avtalsåtaganden som handelsagenten åläggs avseende marknaden för försäljning av varor till tredje man om agenten på ifrågavarande marknad, enligt de avtalsklausuler som binder honom till vederbörandes huvudman, inte tar några finansiella eller kommersiella risker eller endast påtar sig en obetydlig andel av nämnda risker som sammanhänger med verksamheten, eftersom åtagandena i ett sådant fall inte omfattas av begreppet ”avtal mellan företag” enligt artikel 85 i fördraget. [31]

63. Under sådana omständigheter är det, såsom CEPSA och Tobar har påpekat, endast den exklusivitetsklausul eller konkurrensbegränsningsklausul som binder agenten gentemot dennes huvudman, och vilken i sig betraktas som ett avtal mellan företag i den mening som avses i artikel 85.1 i fördraget, som kan omfattas av de ovannämnda bestämmelserna i artiklarna 10–13 i förordning nr 1984/83. En sådan klausul måste uppfylla de villkor som uppställs i de ovannämnda bestämmelserna i förordningen, särskilt bestämmelsen i artikel 12.1 c i den förordning som gäller avtalets tillåtna varaktighet.

64. I detta avseende undrar den hänskjutande domstolen i huvudsak (fråga 1c) om en sådan exklusivitet som gäller upp till tio år och som avses i artikel 12.1 c i förordning nr 1984/83 skall anses villkorad av att bränsleleverantören erbjuder betydande kommersiella och finansiella fördelar eller om det, då omfattningen av nämnda fördelar inte preciseras i artikel 10 i samma förordning, är tillräckligt att dessa ”inte är obetydliga”. [32]

30 — Domen i det ovannämnda målet Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio, punkt 63. Se också punkterna 45 och 74 i generaladvokaten Kokotts ovannämnda förslag till avgörande.

31 — Se punkterna 33–37 i förevarande förslag till avgörande.

32 — Det bör noteras att återförsäljaren, enligt artikel 12.2 i förordning nr 1984/83, om avtalet avser en bensinstation som leverantören hyr ut till återförsäljaren (bensinstationsinnehavaren) eller låter återförsäljaren disponera på någon annan rättslig eller faktisk grund, kan åläggas de exklusiva inköpsskyldigheter eller de förbud mot att sälja konkurrerande varor som anges i avdelning III i förordningen (och vilka gäller bensinstationsavtal) för hela den tid som han faktiskt driver bensinstationen. Denna fråga ingår inte i den tolkningsbegäran som den hänskjutande domstolen har framställt, vilket tyder på att bensinstationsbolaget i målet vid den nationella domstolen också är ägare till bensinstationen.

65. Med undantag för den spanska versionen av denna artikel, i vilken de ifrågavarande fördelarna inte bestäms, är det riktigt att artikel 10 i förordning nr 1984/83 i de andra språkversionerna av denna bestämmelse, där det endast föreskrivs att de kommersiella och finansiella fördelar som leverantören beviljar i utbyte mot en förlängd exklusivitet skall vara speciella (particuliers), på denna punkt, framstår som ganska vag. Artikeln skulle antingen kunna, och detta framgår av de språkversioner av bestämmelsen i vilka termen särskilda (spéciaux) har använts, [33] åsyfta fördelar som bara ges till bensinstationsinnehavaren personligen, det vill säga sådana som är specifika för det ifrågavarande avtalsförhållandet, eller fördelar utöver det vanliga, vilken är en av de innebörder som adjektivet speciell har.

66. Med ledning av dessa två betydelser av termen speciell kan man förvisso utesluta att det skulle räcka med att de fördelar som avses i artikel 10 i förordning nr 1984/83 är obetydliga. Följaktligen, även om man med stöd av en analys av ordalydelsen skulle kunna hävda att de fördelar som leverantören beviljar skall vara i vart fall ”icke obetydliga”, kan analysen däremot inte användas till stöd för att ifrågavarande fördelar skall vara betydande.

67. Ändå förefaller det, enligt min mening, som om det mot bakgrund av den ifrågavarande lagstiftningens syften skulle krävas att de kommersiella och finansiella fördelar som avses i artikel 10 i förordning nr 1984/83 har en tillräcklig omfattning för att ett exklusivt inköpsavtal skall kunna förlängas till att gälla i upptill tio år.

68. Enligt skäl 15 i förordning nr 1984/83 är tanken bakom leverantörens beviljande av nämnda fördelar att dessa ”gör det *väsentligt* lättare att inrätta, modernisera, underhålla och driva … bensinstationer”. [34] Med andra ord handlar det, som kommissionen har hävdat, om att underlätta tillträdet till detaljdistributionsmarknaden och om en snabb utvidgning av distributionsnätet genom att leverantören bär större delen av de kostnader och investeringar som är specifika för avtalsförhållandet. [35] Enligt artikel 85.1 i fördraget – förordning nr 1984/83 utgör endast en särskild tillämpning av nämnda artikel — kan den konkurrensbegränsning som en förlängd varaktighet av inköpsexklusiviteten innebär endast godtas som nödvändig om det är högst osannolikt att bensinstationsinnehavaren, utan de kommersiella och finansiella fördelar som leverantören beviljar, kan få tillträde till marknaden, som i förevarande fall, om man antar att bensinstationsinnehavaren är en handelsagent, rör förmedlingstjänster avseende bränsleförsäljning. Eftersom den förlängda varaktigheten av den inköpsexklusivitet som bensinstationsinnehavaren har underkastat sig är den avgörande faktorn för den utestängningsverkan som råder på marknaden, [36] kan ifrågavarande begränsning endast anses ha uppvägts om de fördelar som leverantören erbjuder i vart fall är betydande. [37]

33 — Detta gäller följande språkversioner: tyska, engelska, nederländska, finska och svenska.

34 — Min kursivering.

35 — Se, för ett liknande resonemang, också riktlinjerna, punkterna 116.4 och 155.

36 — Se, för ett liknande resonemang, domen i det ovannämnda målet Neste, punkterna 32 och 33.

37 — Det bör noteras att domstolen i domen i det ovannämnda målet Neste (ovan punkt 34), betonar vikten av de investeringar som leverantören har gjort.

69. Detta är anledningen, vilket framgår av skäl 12 och skäl 13 i förordning nr 1984/83, till att särskilda undantagsregler till förmån för bensinstationsavtal kan godtas om avtalen i allmänhet kännetecknas av att leverantören ger återförsäljaren särskilt betydande[*] kommersiella och finansiella fördelar, mot att återförsäljaren bland annat gör ett långsiktigt exklusivt inköpsåtagande [i den svenska versionen av förordningen används endast termen ”särskilda”, Övers.anm.].

70. Visserligen förhåller det sig så att det endast är vissa av textens språkversioner [38] som återspeglar den precision med vilken det i skäl 13 i förordning nr 1984/83 föreskrivs att fördelar som erbjuds skall vara särskilt betydande, medan man i de övriga versionerna använt det adjektiv som förekommer i artikel 10 i förordningen. [39] Emellertid framstår denna omständighet inte som avgörande med hänsyn till dels de ovan beskrivna syften som ligger till grund för de ifrågavarande bestämmelserna, dels den omständigheten att de exempel på investeringar som räknas upp i skäl 13 till förordning nr 1984/83, enligt samtliga språkversioner av nämnda text, skall ha en viss ekonomisk eller finansiell betydelse. Exemplen visar för övrigt dels att det är leverantören som ”beviljar” de ifrågavarande fördelarna, det vill säga de tilldelas på ett asymmetriskt vis, eftersom denne investerar mer än bensinstationsinnehavaren, dels att fördelarna erbjuds på lång sikt då investeringskostnaden inte genererar snabb avkastning. [40]

71. Av detta följer att den hänskjutande domstolen, vid prövning av målet vid den nationella domstolen, har att ta ställning till om de kommersiella och finansiella fördelar som CEPSA har beviljat kan anses vara så betydande att de motiverar att den inköpsexklusivitet som Tobar har åtagit sig skall gälla i upp till tio år.

72. Det ankommer inte på domstolen att bedöma sakomständigheterna i målet vid den nationella domstolen. Den är dessutom illa rustad att besvara den underordnade frågan, som den hänskjutande domstolen har ställt, huruvida CEPSA har gjort särskilt betydande investeringar inom ramen för det omtvistade avtalet, eftersom det saknas tillräckliga uppgifter om främst det sammanlagda värdet av investeringarna som leverantören har gjort, huruvida dessa är av asymetrisk art och vilken amorteringsperiod som gäller för dem.

73. Om den hänskjutande domstolen, med ledning av ovanstående överväganden, kommer fram till att de fördelar som CEPSA har beviljat motiverar en exklusiv inköpsklausul som gäller upp till tio år, anser jag att nämnda domstol vid sin bedömning också bör beakta en ytterligare omständighet, nämligen de ändringar som har gjorts i gemenskapslagstiftningen.

38 — Detta gäller de spanska, franska och portugisiska språkversionerna. I den italienska språkversionen används termen ”cospicui”, vilket tyder på att de ifrågavarande fördelarna måste vara i vart fall väsentliga, eller rent av betydande. Således kan också den italienska versionen anses höra till de tidigare nämnda.

39 — I detta avseende, se de tyska, engelska, nederländska, finska och svenska språkversionerna.

40 — För ett liknande synsätt, se även riktlinjerna, punkt 116.4.

74. Eftersom den exklusivitetsklausul som avses i målet vid den nationella domstolen infördes i februari 1996 för en (inledande) period på tio år (eller fram till och med februari 2006), bör det erinras om att förordning nr 1984/83 upphävdes genom förordning nr 2790/1999, som började gälla den 1 juni 2000. Enligt artikel 12.1 i sistnämnda förordning föreskrivs emellertid en övergångsperiod som löper ut den 31 december 2001 för de avtal som var i kraft redan den 31 maj 2000 och vilka uppfyllde villkoren för undantag enligt förordning nr 1984/83, men inte dem i förordning nr 2790/1999. Från och med den 1 januari 2002 krävdes således att de avtal som ingåtts före den 31 maj 2000 och vilka uppfyllde villkoren i förordning nr 1984/83, för att omfattas av det gruppundantag som gäller enligt förordning nr 2790/1999, skulle uppfylla villkoren i sistnämnda förordning.

75. Om dessa avtal däremot inte uppfyllde de villkor för gruppundantag som uppställs i förordning nr 1984/83, skulle avtalen, för att medges gruppundantag enligt förordning nr 2790/1999, uppfylla villkoren i nämnda förordning från och med den 1 juni 2000.

76. Oberoende av vilket datum som utgör relevant tidpunkt för avtalens godkännande enligt förordning nr 2790/1999 föreskrivs i nämnda förordning särskilt att gruppundantaget, enligt artikel 5, inte gäller för en direkt eller indirekt konkurrensklausul vars varaktighet är obegränsad eller överstiger fem år (en konkurrensklausul vars giltighet underförstått förlängs med en period som överstiger fem år skall anses ha slutits på obegränsad tid) och enligt artikel 3 i förordningen heller inte om leverantörens marknadsandel överstiger 30 procent av den relevanta marknad på vilken denne säljer varor eller tjänster som omfattas av avtalet.

77. Även om den problematik som är hänförlig till exklusivitetsklausulens varaktighet inte skulle ha aktualiserats i målet vid den nationella domstolen om CEPSA:s andel av marknaden hade varit större än 30 procent, eftersom tillämpning av gruppundantaget i förordning nr 2790/1999 i sådant fall omedelbart är utesluten, bör man, eftersom den hänskjutande domstolen inte lämnat några uppgifter om detta sakförhållande, utgå från att, och detta förefaller för övrigt inte osannolikt, CEPSA inte har en marknadsandel av sådan omfattning. [41]

78. Vad beträffar exklusivitetsklausulens varaktighet i målet vid den nationella domstolen gäller således att om klausulen inte omfattades av gruppundantaget enligt förordning nr 1984/83 skulle den inte på grundval av förordning nr 2790/1999 kunna godtas i enlighet med vad som föreskrivs i sistnämnda förordnings artikel 5 längre än fram till den 1 juni 2005 annat än om avtalet, vilket redogörs för i punkt 80 i detta förslag till avgörande, anses ha ingåtts på obestämd tid och därmed inte omfattas av den ordning som gäller för gruppundantag enligt förordning nr 2790/1999.

41 — Det bör noteras att kommissionen i sitt skriftliga yttrande har anfört att CEPSA:s marknadsandel är lägre än den tröskel som avses i artikel 3 i förordning nr 2790/1999. Det ankommer självfallet på den hänskjutande domstolen att pröva detta påstående och *in fine* bestämma vilken marknadsandel CEPSA har.

79. Om klausulen däremot kunde bli föremål för gruppundantag enligt förordning nr 1984/83 utan att uppfylla villkoren i förordning nr 2790/1999, skulle de villkor som uppställs i sistnämnda förordning börja gälla senast från och med den 1 januari 2002. Den ifrågavarande avtalsklausulen skulle då fram till dess att ursprungsavtalet löper ut kunna omfattas av de undantagsregler som gäller enligt förordning nr 2790/1999 såvida avtalet inte, enligt artikel 5 i förordningen, ansågs ha slutits för en obestämd period.

80. I detta hänseende noterar jag med intresse att det av beslutet om hänskjutande framgår att det inledande avtalet som träffats för en period på tio år kan förlängas med fem år i taget, genom uttrycklig och skriftlig överenskommelse, med ett minsta varsel på sex månader. Även om det självfallet ankommer på den hänskjutande domstolen att, i enlighet med relevant nationell lagstiftning, fastställa innebörden av denna formulering, framstår bruket av ett varsel som ganska besynnerligt, och detta särskilt mot bakgrund av att det av beslutet om hänskjutande och förhandlingarna vid domstolen inte klart framgår om varslet åsyftar avsikten att inte förlänga avtalet (vilket med nödvändighet skulle innebära att avtalet vid avsaknad av sådant varsel blev föremål för en obligatorisk förlängning och således en underförstådd förnyelse) eller avsikten att förlänga det (vilket skulle innebära att motparten, om varsel sker i god ordning, inte förefaller kunna motsätta sig att avtalet förlängs). Under alla omständigheter kan, om den hänskjutande domstolen, efter sin undersökning av nämnda klausul, skulle komma fram till att det rör sig om en underförstådd förlängning, exklusivitetsklausulen varken medges gruppundantag enligt förordning nr 1984/83 eller det undantag som föreskrivs i förordning nr 2790/1999, eftersom klausulen då skulle betraktas som om den hade ingåtts för en obestämd tid, i den mening som avses i artikel 12.1 c i förordning nr 1984/83 [42] respektive artikel 5 i förordning nr 2790/1999. [43]

81. Mot bakgrund av det ovan anförda föreslår jag att frågorna 1 b och c, som har ställts av den hänskjutande domstolen, skall besvaras på följande sätt. Om det föreligger ett verkligt agentavtal mellan en bränsleleverantör och ett bensinstationsbolag, kan den exklusiva inköpsklausulen omfattas av det gruppundantag som föreskrivs i förordning nr 1984/83 under förutsättning att klausulen uppfyller de vilkor som uppställs i denna förordning, särskilt villkoret om tillåten varaktighet för en sådan klausul. I detta sammanhang kan nämnda klausuls varaktighet på upp till tio år, som avses i artikel 12.1 c i förordning nr 1984/83, vara motiverad om de finansiella och kommersiella fördelar som leverantören beviljar är av sådan betydelse att det är högst osannolikt att bensinbolaget utan dessa kan få tillträde till marknaden för förmedlingstjänster avseende försäljning av bränsle. Det ankommer på den hänskjutande domstolen att pröva om så varit fallet i målet vid den nationella domstolen. Denna domstol skall därvid ta särskild hänsyn till hur länge den exklusiva inköpsklausul som parterna kom överens om i det omtvistade avtalet faktiskt tillämpades, hur stora investeringar leverantören respektive bensinstationsbolaget gjorde samt hur dessa skulle amorteras.

42 — Se analogt, vad gäller tolkningen av artikel 3 d i förordning nr 1984/83, förstainstansrättens dom av den 8 juni 1995 i mål T-7/93, Langnese-Iglo mot kommissionen (REG 1995, s. II-1533), punkt 138.

43 — Om rätten i målet vid den nationella domstolen kommer fram till att exklusivitetsklausulen, enligt nationell rätt, skall anses ha ingåtts för en period som överstiger tio år, kan en undersökning av omfattningen av de ekonomiska och finansiella fördelar som CEPSA har beviljat i slutändan visa sig onödig.

2. Antagandet om att det föreligger ett avtalsförhållande mellan två oberoende företag (distributionsavtal)

82. Ett avtalsförhållande av typen ”distributionsavtal mellan två ekonomiskt oberoende företag” omfattas i princip av gruppundantaget i förordning nr 1984/83. Enligt min uppfattning är frågan om undantagets tillämpning, i synnerhet om tillämpningen av villkoret om avtalets varaktighet, såsom kommissionen har hävdat, beroende av huruvida klausulen om bensinstationsbolagets åtagande att sälja drivmedel till ett av leverantören fastställt pris kan anses förenlig med artikel 85 i fördraget.

83. Enligt ovanstående antagande utgör den klausul enligt vilken leverantören fastställer de slutliga försäljningspriserna för bränsle en konkurrensbegränsning som faller inom tillämpningsområdet för artikel 85.1 i fördraget. Begränsningen återfinns inte bland de skyldigheter som förutom exklusivitetsklausulen i artikel 10 i förordning nr 1984/83 kan åläggas bensinstationsbolaget med stöd av artikel 11 i samma förordning. Följaktligen faller ett avtal enligt vilket bensinstationsbolaget har en skyldighet att respektera de slutliga konsumentpriser som fastställts av leverantören inte inom tillämpningsområdet för artiklarna 10–13 i nämnda förordning. [44] Mot denna bakgrund finns det ingen anledning att under sådana omständigheter uttala sig om den tillåtna varaktigheten för ett exklusivt avtal enligt förordning nr 1984/83.

84. Genom sin fråga 2 c *in fine* förefaller den hänskjutande domstolen dessutom ta i betraktande möjligheten att avtalet, trots att det inte kan omfattas av gruppundantaget enligt förordning nr 1984/83 med avseende på bensinstationsbolagets skyldighet att respektera det slutliga konsumentpris som fastställts av leverantören, skulle kunna vinna ”giltighet” på den grunden att leverantören i november 2001 gett bensinstationsbolaget tillåtelse att sänka försäljningspriset utan att den förstnämndes inkomster påverkats.

85. I detta hänseende bör det för det första erinras om att det inte ankommer på domstolen att fastställa räckvidden av leverantörens beslut beträffande avtalsklausulen avseende det slutliga försäljningspriset för bränsle som denne har fastställt. Denna fråga faller utanför domstolens behörighet inom ramen för en begäran om förhandsavgörande och jag anser, i likhet med vad kommissionen har anfört i sina skriftliga yttranden, att den skall besvaras enligt nationell rätt.

86. Om man antar att ett sådant beslut från bränsleleverantörens sida skall betraktas som en ”ensidig ändring” av prisklausulen i avtalet [45] och att en sådan ändring är möjlig enligt nationell spansk rätt, måste man bestämma dels om ändringen verkligen leder till ett undanröjande av den konkurrensbegränsning som består i att leverantören fastställer det slutliga försäljningspriset för bränsle, dels också, för det fall föregående

44 — Domen i det ovannämnda målet Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio, punkt 64 och punkt 2 i domslutet.

45 — Det bör noteras att parterna i målet vid den nationella domstolen invänder mot att den tillåtelse CEPSA har gett skall rubriceras på detta sätt.

fråga besvaras jakande, huruvida den ifrågavarande ändringen har en retroaktiv eller enbart omedelbar verkan.

87. Även om man antar att omständigheten att en klausul, enligt vilken en återförsäljare är skyldig att sälja en vara vars pris fastställts av leverantören, ensidigt har bringats i överensstämmelse med artikel 81 EG skulle, vilket jag emellertid betvivlar, [46] kunna få till följd att en sådan klausul får giltighet med retroaktiv verkan, medför detta inte att en undersökning av huruvida den exklusiva inköpsklausulen är förenlig med artikel 85 i fördraget blir överflödig, och detta gäller i synnerhet beträffande nämnda exklusivitets varaktighet. Oberoende av huruvida avtalsförhållandet i målet vid den nationella domstolen är ett verkligt agentavtal eller inte, uppkommer under alla omständigheter frågan om den exklusiva inköpsklausulens förenlighet med artikel 85 i fördraget, och den formuleras på i stort sett samma sätt som i punkterna 65–80 i förevarande förslag till avgörande. Den ensidiga ändringen av den kompletterande begränsning som avser leverantörens fastställande av slutliga försäljningspriser kan, i kraft av själva sakförhållandet, inte medföra att ursprungsavtalet blir giltigt.

88. Mot denna bakgrund, och för det fall varaktigheten för en inköpsexklusivitet som inte överstiger tio år anses motiverad i målet vid den nationella domstolen, skall den hänskjutande domstolen, med ledning av de faktiska och rättsliga omständigheterna i tvisten vid den nationella domstolen, besvara de frågor som jag har redogjort för i punkt 86 i förevarande förslag till avgörande.

89. Jag finner det lämpligt att i detta avseende formulera några grundläggande anmärkningar.

90. När det gäller frågan huruvida den ensidiga ändring som CEPSA påstås ha gjort i fråga om prisklausulen i avtalet har lett till att nämnda klausul har bringats i överensstämmelse med artikel 85 i fördraget, förefaller det enligt innehållet i CEPSA:s beslut från november 2001, såsom det framställts av den hänskjutande domstolen, som om bensinstationsbolaget fått mer frihet. Bolaget tycks nämligen inte längre vara förpliktat att tillämpa det slutliga försäljningspris som leverantören har fastställt och kan således bevilja sina kunder rabatter och därigenom uppmuntra till märkeskonkurrens återförsäljare emellan.

91. Detta förändrar däremot inte, i motsats till vad CEPSA har hävdat, den omständigheten att ett högsta försäljningspris eller ett rekommenderat pris som leverantören fastställer för sin återförsäljare, om detta till följd av CEPSA:s ovannämnda beslut nu är fallet i den situation som är föremål för tvist i målet vid den nationella domstolen, inte med automatik omfattas av förbudsundantaget i artikel 85.1 i fördraget. Som framgår av ordalydelsen av artikel 4 a i förordning nr 2790/1999 kan gruppundantaget som enligt förordningen gäller för vertikala avtal visserligen äga tillämpning på en situation där en leverantör fastställer ett högsta pris eller ett rekommenderat försäljningspris,

46 — Mot bakgrund av att den princip i artikel 85.2 i fördraget, enligt vilken avtal som är förbjudna enligt artikel 85 i fördraget helt saknar rättslig verkan. Beträffande denna frågeställning, se punkterna 94–98 i förevarande förslag till avgörande.

men detta ”under förutsättning att dessa inte som en följd av påtryckningar eller incitament från någon av parterna får karaktären av ett fast eller lägsta försäljningspris”. Villkoret förefaller emellertid inte vara uppfyllt då återförsäljarens marginal, trots att ett högsta pris eller ett rekommenderat pris har angivits, fastställs av leverantören, [47] så att återförsäljaren i praktiken inte kan bevilja sin kundkrets rabatter inom ramen för denna marginal och vidare eftersom återförsäljaren dessutom samtidigt skall säkerställa stadiga intäkter för leverantören. Under sådana omständigheter har återförsäljaren i själva verket på ett indirekt sätt påtvingats ett fast eller lägsta försäljningspris. För övrigt kan det inte uteslutas att ett högsta eller rekommenderat pris som fastställts av leverantören, med beaktande av dennes marknadsställning och/eller de incitament eller straffåtgärder som leverantören förfogar över för det fall ett sådant pris inte respekteras, kan leda till att bensinstationsbolagen enhetligt tillämpar detta pris och att det blir svårt, för att inte säga omöjligt, att i praktiken avvika från detta pris. [48]

92. Om den hänskjutande domstolen skulle finna att det avtalsförhållande som är föremål för tvist i målet vid den nationella domstolen skall betraktas som ett distributionsavtal mellan två oberoende företag, ankommer det på denna domstol att med ledning av samtliga omständigheter i målet vid den nationella domstolen avgöra huruvida CEPSA genom sitt beslut i november 2001, i vart fall indirekt, har tvingat Tobar att respektera ett fast eller lägsta försäljningspris.

93. Om det visar sig att så varit fallet – och jag kommer nu till den andra frågan som avses i punkt 86 i förevarande förslag till avgörande – kan prisklausulen i sin ändrade lydelse och avtalet i sin helhet inte omfattas av det gruppundantag som medges enligt förordning nr 2790/1999. Då individuellt undantag inte kan medges och andra skäl som skulle möjliggöra tillämpning av undantagsvillkoren i artikel 85.3 i fördraget [49] saknas, eftersom skälen är mindre relevanta i förevarande fall, [50] skall avtalet således med stöd av artikel 85.2 i fördraget anses sakna verkan.

94. Om den ensidiga ändringen däremot innebar att prisklausulen i avtalet bringats i överensstämmelse med artikel 85 i fördraget och den hänskjutande domstolen dessutom skulle finna att inköpsexklusivitetens varaktighet kan bli föremål för undantag enligt förordning nr 2790/1999, kan avtalet, enligt min uppfattning, med hänvisning till ändringen inte ges retroaktiv verkan med avseende på gruppundantaget i förordning nr 1984/83. En motsatt tolkning skulle nämligen innebära att man inte tog hänsyn till att den ogiltighet som avses i artikel 85.2 i fördraget och som gäller alla avtal som är förbjudna enligt artikel 85 i fördraget är av tvingande karaktär. [51] Som jag redan har

47 — Se, för ett liknande resonemang, riktlinjerna, punkt 47. Det bör noteras att Tobar i sitt skriftliga yttrande har uppgett att CEPSA skulle ha fastställt handelsmarginalen för bensinstationsbolagen.

48 — Se, för ett liknande resonemang, riktlinjerna, punkterna 47 och 227.

49 — Parterna i ett sådant avtal kan i själva verket också (i förevarande fall endast en teoretisk möjlighet) begära att kommissionen beslutar om ett individuellt undantag från artikel 85.1 i fördraget eller göra gällande att villkoren i en annan undantagsförordning för andra grupper av avtal är uppfyllda eller också visa att avtalet av andra skäl inte är oförenligt med artikel 85.1 i fördaget. Se dom av den 18 december 1986 i mål 10/86, VAG France (REG 1986, s. 4071), punkterna 12 och 13, samt domen i det ovannämnda målet Delimitis, punkt 41.

50 — De hypoteser som avhandlats i föregående not har varken beaktats av den hänskjutande domstolen eller åberopats av parterna i målet vid den nationella domstolen.

51 — Se dom av den 13 juli 2006 i de förenade målen C-295/04–C-298/04, Manfredi m.fl (REG 2006, s. I-6619), punkt 57 och där angiven praxis.

anfört i punkt 83 i förevarande förslag tilll avgörande, leder den omständigheten att leverantören fastställer det slutliga försäljningspriset för bränsle emellertid inte till att det exklusivitetsavtal som ingåtts mellan leverantören och bensinstationsbolaget omfattas av tillämpliga bestämmelser i förordning nr 1984/83. Avtalet skall således, om det inte finns andra skäl för att tillämpa villkoren för undantag enligt artikel 85.3 i fördraget, anses sakna verkan och kan inte plötsligt vinna ”giltighet” av den anledningen att det påstås ha skett en ensidig ändring av klausulen om fastställande av nämnda pris.

95. I ljuset av dessa överväganden föreslår jag att frågorna 2 b och c besvaras så, att ett villkor i ett distributionsavtal som ingåtts mellan en bränsleleverantör och ett bensinstationsbolag, enligt vilket den sistnämnde åtar sig att endast köpa de bränslen som är föremål för nämnda avtal, kan omfattas av gruppundantaget enligt förordning nr 1984/83. Artiklarna 10–13 i förordning nr 1984/83 skall tolkas så, att ett sådant avtal inte omfattas av denna förordning om det innehåller en skyldighet för nämnda bensinstationsbolag att respektera det slutliga konsumentpris som leverantören har fastställt. Den omständigheten att en avtalsklausul om att det är leverantören som fastställer det slutliga konsumentpriset har bringats i överensstämmelse med artikel 85 i fördraget får inte till följd att ogiltigheten av de avtalsbestämmelser som var oförenliga med artikeln fram till dess att överensstämmelse bringades med retroaktiv verkan kan hävas. Att nämnda överensstämmelse bringas medför heller inte att ett avtal av nämnda slag, för att omfattas av gruppundantag enligt bestämmelserna i förordning nr 1984/83 och senare enligt dem i förordning nr 2790/1999, inte behöver uppfylla de villkor som uppställs i nämnda förordningar, särskilt inte villkoret om tillåten varaktighet för inköpsexklusiviteten.

C — *Följderna av avtalets eventuella ogiltighet (fråga 1 d)*

96. Om ett verkligt handelsagentförhållande föreligger och den exklusiva inköpsklausulen inte omfattas av det gruppundantag som medges enligt förordning nr 1984/83, undrar den hänskjutande domstolen om den ogiltighet som föreskrivs enligt artikel 85.2 i fördraget endast avser den ifrågavarande klausulen eller avtalet i dess helhet.

97. Inledningsvis bör erinras om att var och en kan åberopa den ogiltighet som föreskrivs i artikel 85.2 i fördraget, och den är tvingande för rätten så fort tillämpningsvillkoren för artikel 85.1 i fördraget är uppfyllda och avtalet i fråga inte kan beviljas undantag enligt artikel 85.3 i fördraget. Eftersom ogiltigheten är av tvingande karaktär har ett avtal som är ogiltigt enligt denna bestämmelse ingen verkan mellan avtalsparterna och kan inte göras gällande gentemot tredje man. Ogiltigheten kan dessutom beröra alla verkningar av avtalet eller beslutet, såväl bakåt som framåt i tiden. [52]

52 — Ibidem.

98. Den ogiltighet som avses i artikel 85.2 i fördraget träffar inte *med automatik* det berörda avtalet i dess helhet. Ogiltigheten drabbar i själva verket endast de delar i avtalet som omfattas av förbudet i artikel 85.1 i fördraget eller avtalet i dess helhet om dessa delar inte kan skiljas ut från själva avtalet. [53]

99. Om de avtalsklausuler som är oförenliga med artikel 85.1 i fördraget kan skiljas ut från själva avtalet, regleras följderna av att dessa klausuler är ogiltiga med avseende på övriga delar av avtalet eller på andra förpliktelser som följer av detta inte i gemenskapsrätten, utan skall bedömas enligt nationell rätt. [54] Det ankommer således på den hänskjutande domstolen att, i enlighet med nationell rätt, bedöma räckvidden och följderna av ett eventuellt förbud av vissa avtalsklausuler enligt artikel 85 i fördraget för samtliga avtalsförhållanden som är föremål för tvist i målet vid den nationella domstolen. [55]

100. Mot denna bakgrund föreslår jag att fråga 1 d besvaras så, att den ogiltighet som avses i artikel 85.2 i fördraget avser de avtalsklausuler som strider mot förbudet i artikel 85.1 i fördraget, avseende vilka undantag enligt artikel 85.3 i fördraget inte kan beviljas, utom i de fall då de förbjudna delarna inte kan skiljas ut från nämnda avtal och ogiltigheten då påverkar avtalet i dess helhet. Om de förbjudna delarna kan skiljas ut från övriga delar i avtalet, regleras följderna av att de förbjudna klausulerna är ogiltiga med avseende på övriga delar av nämnda avtal inte i gemenskapsrätten.

53 — Dom av den 30 juni 1966 i mål 56/65, LTM (REG 1966, s. 337; svensk specialutgåva, volym 1, s. 251), och domen i det ovannämnda målet Delimitis, punkt 40.

54 — Se bland annat domen i det ovannämnda målet VAG France, punkt 14, samt dom av den 30 april 1998 i mål C-230/96, Cabour (REG 1998, s. I-2055), punkt 51, och av den 30 november 2006 i de förenade målen C-376/05 och C-377/05, Brünsteiner och Hilgert (REG 2006, s. I-11383), punkt 48.

55 — Ibidem.

VI — Förslag till avgörande

101. Mot bakgrund av det ovan anförda föreslår jag att domstolen besvarar de tolkningsfrågor som ställts av Audiencia Provincial de Madrid på följande sätt:

1) Vad gäller marknaden för försäljning av varor till tredje man skall klausulerna i ett agentavtal, och däribland också klausulen om fastställande av slutliga

konsumentpriser, vilka binder en bränsleleverantör och en bensinstationsinnehavare och enligt vilka den sistnämnde inte påtar sig mer än en obetydlig andel av de ekonomiska och affärsmässiga risker som hör samman med försäljning av nämnda varor, inte anses utgöra avtal mellan företag i den mening som avses i artikel 85.1 i EG-fördraget (senare artikel 81.1 EG), ens om avtalet dessutom innehåller en konkurrensbegränsnings- eller exklusivitetsklausul enligt vilken bensinstationsinnehavaren förbinder sig att uteslutande köpa från leverantören.

Avtal mellan företag i den mening som avses i artikel 85.1 i fördraget skall anses föreligga om den konkurrensbegränsnings- eller exklusivitetsklausul som ingår i ett sådant avtal och enligt vilken bensinstationsinnehavaren förbinder sig att uteslutande köpa från leverantören avser marknaden för förmedlingstjänster.

Ett avtal mellan företag i den mening som avses i artikel 85.1 i fördraget skall på samma sätt anses föreligga i fråga om ett distributionsavtal som slutits mellan en bränsleleverantör och en bensinstationsinnehavare, då den sistnämnde bär en icke obetydlig andel av riskerna eller flera finansiella eller kommersiella risker som har samband med försäljning av nämnda bränsle till tredje man.

För att avgöra huruvida artikel 85.1 i fördraget är tillämplig i målet vid den nationella domstolen, ankommer det på sistnämnda domstol att, med ledning av klausulerna i det omtvistade avtalet, bestämma den faktiska fördelningen av de ekonomiska och affärsmässiga riskerna mellan bensinstationsinnehavarna och leverantören med beaktande av de risker som har samband med försäljning av dessa varor och de som har samband med investeringar som är typiska för en marknad. I detta sammanhang och under förutsättning att villkoren för tillämpningen av artikel 85.1 i fördraget är uppfyllda, framstår den skyldighet som ålagts bensinstationsbolaget att sälja bränsle till ett av leverantören fastställt pris som oförenlig med artikel 85.1 a i fördraget.

2) Om det föreligger ett verkligt agentavtal mellan en bränsleleverantör och ett bensinstationsbolag, kan den klausul enligt vilken den sistnämnde åtar sig att endast göra sina inköp hos leverantören omfattas av det gruppundantag som föreskrivs i kommissionens förordning (EEG) nr 1984/83 av den 22 juni 1983 om tillämpning av fördragets artikel 85.3 i fördraget på vissa grupper av exklusiva inköpsavtal, under förutsättning att klausulen uppfyller de villkor som uppställs i denna förordning, särskilt villkoret om tillåten varaktighet för en sådan klausul.

I detta sammanhang kan nämnda klausuls varaktighet på upp till tio år, som avses i artikel 12.1 c i förordning nr 1984/83, vara motiverad om de finansiella och affärsmässiga fördelar som leverantören beviljar är av sådan betydelse att det är högst osannolikt att bensinbolaget utan dessa kan få tillträde till marknaden för förmedlingstjänster avseende försäljning av bränsle. Det ankommer på den hänskjutande domstolen att avgöra om så är fallet i målet vid den nationella domstolen. Denna domstol skall därvid ta särskild hänsyn till hur länge den exklusiva inköpsklausul som parterna kom överens om i det omtvistade avtalet faktiskt tillämpades, hur stora investeringar som leverantören respektive bensinstationsbolaget gjorde och hur dessa skulle amorteras.

3) Villkoren i ett distributionsavtal som ingåtts mellan en bränsleleverantör och ett bensinstationsbolag, enligt vilket den sistnämnde åtar sig att endast köpa bränslen från nämnda leverantör, kan omfattas av gruppundantaget enligt förordning nr 1984/83. Artiklarna 10–13 i förordning nr 1984/83 skall tolkas så, att ett sådant avtal inte omfattas av denna förordning om det innehåller en skyldighet för nämnda bensinstationsbolag att respektera det slutliga konsumentpris som leverantören har fastställt. Den omständigheten att en avtalsklausul om att det är leverantören som fastställer det slutliga konsumentspriset har bringats i överensstämmelse med artikel 85 i fördraget får inte till följd att ogiltigheten för de avtalsbestämmelser som var oförenliga med artikeln fram till dess att överensstämmelse bringades med retroaktiv verkan kan hävas. Att

nämnda överensstämmelse bringas medför heller inte att ett avtal av nämnda slag, för att omfattas av gruppundantag enligt bestämmelserna i förordning nr 1984/83 och senare enligt dem i kommissionens förordning nr 2790/1999 av den 22 december 1999 om tillämpningen av artikel 85.3 i fördraget på grupper av vertikala avtal och samordnade förfaranden, inte behöver uppfylla de villkor som uppställs i nämnda förordningar, särskilt inte villkoret om tillåten varaktighet för inköpsexklusiviteten.

4) Följderna av den ogiltighet som avses i artikel 85.2 i fördraget avser de avtalsklausuler som strider mot förbudet i artikel 85.1 i fördraget, avseende vilka undantag enligt artikel 85.3 i fördraget inte kan beviljas, utom i de fall då de förbjudna delarna inte kan skiljas ut från nämnda avtal och ogiltigheten då påverkar avtalet i dess helhet. Om de förbjudna delarna kan skiljas ut från övriga beståndsdelar i avtalet, regleras följderna av att de förbjudna klausulerna är ogiltiga med avseende på övriga delar av nämnda avtal inte i gemenskapsrätten.