OPINIA RZECZNIKA GENERALNEGO
PAOLA MENGOZZIEGO
przedstawiona w dniu 13 marca 2008 r. [1]

I — Wprowadzenie

1. W postanowieniu z dnia 16 czerwca 2006 r. Audiencia Provincial de Madrid (Hiszpania) skierowała do Trybunału wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym w sprawie wykładni art. 85 ust. 1 traktatu (obecnie art. 81 ust. 1 WE) i rozporządzenia Komisji (EWG) nr 1984/83 z dnia 22 czerwca 1983 r. w sprawie stosowania art. 85 ust. 3 traktatu do kategorii porozumień dotyczących wyłącznych zakupów [2].

2. Wniosek ten został przedstawiony w ramach sporu między CEPSA, Estaciones de Servicio SA (zwaną dalej „CEPSA"), stroną skarżącą w postępowaniu przed sądem krajowym i prowadzącą stację paliw LV Tobar e Hijos, SL (zwaną dalej „Tobar"), stroną pozwaną w postępowaniu przed sądem krajowym, w sprawie zarzucanego CEPSA ograniczenia konkurencji, które miało wynikać z umowy w sprawie wyłącznego zakupu zawartej przez strony.

II — Ramy prawne

3. Rozporządzenie nr 1984/83 wyłącza z zakresu stosowania art. 85 ust. 1 traktatu niektóre kategorie umów w sprawie wyłącznego zakupu oraz uzgodnione praktyki, które normalnie spełniają przesłanki przewidziane w ust. 3 tego artykułu, ponieważ są one na ogół związane z polepszeniem dystrybucji produktów.

4. Zgodnie z art. 3 lit. d) tego rozporządzenia wyłączenie to nie ma zastosowania w przypadku zawarcia porozumienia na czas nieokreślony lub na okres dłuższy niż 5 lat.

5. Rozporządzenie to zawiera w art. 10–13 przepisy szczególne dla porozumień dotyczących stacji paliw.

6. Zgodnie z art. 10 tego rozporządzenia:

„Zgodnie z art. 85 ust. 3 traktatu i warunkami wymienionymi w art. 11–13 tego

1 — Język oryginału: francuski.
2 — Dz.U. L 173, s. 5 i sprostowanie w Dz.U. L 79, s. 38.

rozporządzenia art. 85 ust. 1 tego traktatu nie stosuje się do porozumień, w których uczestniczą jedynie dwa przedsiębiorstwa i w których jedno z nich, będące odsprzedawcą, zobowiązuje się względem drugiego, będącego dostawcą, w zamian za przyznanie szczególnych korzyści gospodarczych lub finansowych do nabywania wyłącznie od tego dostawcy, od przedsiębiorstwa powiązanego z nim lub od innego przedsiębiorstwa, któremu dostawca powierzył dystrybucję swoich produktów, pewnych paliw dla pojazdów silnikowych na bazie ropy naftowej lub pewnych paliw dla pojazdów silnikowych i innych paliw na bazie ropy naftowej, które zostały wyszczególnione w porozumieniu, w celu ich odsprzedaży w stacji paliw określonej w porozumieniu" [tłumaczenie nieoficjalne, podobnie jak wszystkie cytaty z tego rozporządzenia poniżej].

7. Artykuł 11 tego rozporządzenia stanowi:

„Poza zobowiązaniem wymienionym w art. 10 nie można nakładać na odsprzedawcę żadnego innego ograniczenia konkurencji niż:

a) zobowiązanie do niedokonywania na stacji paliw określonej w porozumieniu odsprzedaży paliw dla pojazdów silnikowych lub innych paliw dostarczonych przez przedsiębiorstwa trzecie;

b) zobowiązanie do niestosowania w określonej w porozumieniu stacji paliw smarów lub produktów ropopochodnych, dostarczanych przez przedsiębiorstwa trzecie, w przypadku gdy dostawca lub powiązane z nim przedsiębiorstwo udostępniło odsprzedawcy lub sfinansowało urządzenia do spuszczania olejów lub inne urządzenia do smarowania pojazdów silnikowych;

c) zobowiązanie do reklamowania na terenie stacji paliw lub poza nim produktów dostarczanych przez przedsiębiorstwa trzecie tylko w stosunku proporcjonalnym do udziału tych towarów w całkowitym obrocie zrealizowanym przez stację paliw;

d) zobowiązanie do umożliwienia nadzoru nad urządzeniami do magazynowania lub dystrybucji produktów naftowych jedynie dostawcy lub przedsiębiorstwu przez niego wyznaczonemu, które są własnością lub które zostały sfinansowane przez tego dostawcę lub powiązane z nim przedsiębiorstwo".

8. Artykuł 12 rozporządzenia nr 1984/83 wymienia klauzule i zobowiązania umowne stanowiące przeszkodę w stosowaniu art. 10 tego rozporządzenia, a pośród nich warunek, zgodnie z którym umowa nie może zostać zawarta na czas nieokreślony lub na okres dłuższy niż 10 lat.

9. Artykuł 13 tego rozporządzenia przewiduje, że art. 2 ust. 1 i 3, art. 3 lit. a) i b), art. 4 i 5 stosuje się odpowiednio do porozumień dotyczących stacji paliw.

10. Motyw 13 tego rozporządzenia przewiduje:

„[…] co do zasady w porozumieniach tych dostawca z jednej strony przyznaje odsprzedawcy szczególnie istotne korzyści gospodarcze i finansowe, pomagając mu finansowo, przyznając mu lub pozyskując na jego rzecz pożyczki na korzystnych warunkach, oddając mu grunt lub pomieszczenia w celu prowadzenia […] stacji paliw, udostępniając mu instalacje techniczne lub inne wyposażenie lub też dokonując innych inwestycji na rzecz odsprzedawcy, a odsprzedawca w zamian przyjmuje na siebie zobowiązanie względem dostawcy do długoterminowych zakupów wyłącznych, czemu zazwyczaj towarzyszy zakaz konkurencji".

11. Rozporządzenie nr 1984/83 zostało uchylone przez rozporządzenie Komisji (WE) nr 2790/1999 z dnia 22 grudnia 1999 r. w sprawie stosowania art. 81 ust. 3 traktatu do kategorii porozumień wertykalnych i praktyk uzgodnionych [3], które weszło w życie w dniu 1 stycznia 2000 r.

12. Artykuł 4 lit. a) rozporządzenia nr 2790/1999 przewiduje, że wyłączenie zakazu zawartego w art. 81 ust. 1 WE nie ma zastosowania do porozumień wertykalnych, które bezpośrednio lub pośrednio, oddzielnie lub w połączeniu z innymi czynnikami pod kontrolą stron, mają na celu „ograniczenie uprawnienia kupującego do ustalania jego cen sprzedaży, nie naruszając możliwości narzucania przez dostawcę maksymalnej ceny sprzedaży lub zalecanej ceny sprzedaży, pod warunkiem że nie są one równe ze stałą lub minimalną ceną sprzedaży wynikającą z nacisku lub bodźców stwarzanych przez strony".

13. Zgodnie z art. 5 tego rozporządzenia wyłączenie przewidziane w art. 2 nie ma zastosowania do jakiegokolwiek bezpośredniego lub pośredniego zobowiązania niekonkurowania, którego czas trwania jest nieokreślony lub przekracza 5 lat. Zobowiązanie niekonkurowania, które jest w sposób milczący odnawiane po upływie 5 lat, jest uważane za zawarte na czas nieokreślony.

14. Zgodnie z art. 12 rozporządzenia nr 2790/1999 zakaz ustanowiony w art. 81 ust. 1 WE nie ma zastosowania w okresie od dnia 1 czerwca 2000 r. do dnia 31 grudnia 2001 r. w odniesieniu do porozumień, które obowiązywały w dniu 31 maja 2000 r. i które nie spełniają warunków wyłączenia przewidzianych w tym rozporządzeniu, ale spełniają warunki wyłączenia przewidziane między innymi w rozporządzeniu nr 1984/83.

3 — Dz.U. L 336, s. 21.

III — Postępowanie przed sądem krajowym i pytania prejudycjalne

15. W dniu 7 lutego 1996 r. strony w postępowaniu przed sądem krajowym zawarły „umowę w sprawie oflagowania, korzystania z logo, pomocy technicznej i handlowej, a także zaopatrzenia, na warunkach umowy z komisantem prowadzącym stację paliw".

16. Jak wynika z postanowienia odsyłającego, stosunek umowny między CEPSA i Tobar zasadniczo charakteryzuje się trzema rodzajami klauzul, to znaczy, po pierwsze, klauzulą w sprawie wyłącznego zakupu, określaną również przez sąd krajowy „klauzulą o zakazie konkurencji"[4], po drugie, klauzulami w sprawie podziału kosztów i ryzyka, jak również, po trzecie, klauzulami w sprawie zapłaty za paliwa silnikowe i oleje napędowe.

17. Co się tyczy klauzuli w sprawie wyłącznego zakupu lub zakazu konkurencji, Tobar zobowiązała się do zakupu paliw silnikowych wyłącznie od CEPSA, włącznie z olejami napędowymi, a także smarów i innych produktów pochodnych, w celu ich odsprzedaży na stacji paliw po cenie stałej przy sprzedaży detalicznej oraz zgodnie z warunkami i technikami sprzedaży i prowadzenia stacji określonymi przez tego dostawcę. Zobowiązanie to zostało ustanowione na okres 10 lat, z możliwością przedłużenia o kolejne okresy pięcioletnie na podstawie wyraźnego i pisemnego porozumienia zawartego co najmniej z sześciomiesięcznym wyprzedzeniem. Zakazuje się również Tobarowi podejmowania sprzedaży lub promocji produktów konkurencyjnych lub brania udziału w takich działaniach, zarówno w obrębie samej stacji paliw, jak i w jej okolicach.

18. W odniesieniu do klauzul dotyczących podziału kosztów i ryzyka Tobar, po pierwsze, musi wziąć na siebie ryzyko za produkty z chwilą ich dostawy przez dostawcę do zbiorników magazynowych i odpowiada za ich przechowywanie w warunkach niezbędnych do uniknięcia ich utraty lub pogorszenia. Po drugie, Tobar jest odpowiedzialna zarówno wobec dostawcy, jak i wobec osób trzecich za każdą utratę, zanieczyszczenie lub pomieszanie tych produktów oraz za mogące powstać w związku z tym szkody[5]. Po trzecie, chociaż Tobar nie ponosi ryzyka związanego z niezapłaconymi należnościami, które wynikają z korzystania z karty kredytowej CEPSA CARD, to jednak poręcza ona i odpowiada za klientów, którzy przystąpili do programu korzystania z takiej karty za jej pośrednictwem lub którym bezpośrednio udzieliła kredytu. Tobar uczestniczy również w finansowaniu niewielkiej części kosztów związanych z używaniem karty stałego klienta CEPSA. W zamian CEPSA bierze na siebie koszty transportu produktów i koszty instalacji i utrzymania na stacji paliw logo swojej marki. Ponadto CEPSA oddaje

4 — Zdaje się, że zamienne stosowanie tych dwóch wyrażeń przez sąd krajowy można wytłumaczyć tym, że umowa w sprawie wyłącznego zakupu paliw silnikowych i olejów napędowych inaczej niż umowy w sprawie wyłącznego zakupu innych produktów, jak na przykład piwa, charakteryzuje się, z punktu widzenia czysto materialnego, sprzedażą na danej stacji paliw tylko jednej określonej marki (monomarkowość): zob. w tym zakresie wyrok z dnia 7 grudnia 2000 r. w sprawie C-214/99 Neste, Rec. s. I-11121, pkt 31.

5 — Włączywszy w to ryzyko utraty produktów zarówno w wyniku siły wyższej, jak i różnic w objętości produktu dostarczonego i sprzedanego, spowodowanych przez zmiany temperatury paliwa lub z innych względów.

do dyspozycji Tobar zbiorniki i dystrybutory paliw, których prowadzący stację paliw może używać wyłącznie do sprzedaży produktów dostarczonych przez CEPSA i które musi jej zwrócić w momencie, gdy zaprzestanie ich używania, do którego był uprawniony. Stacja paliw musi ustanowić na rzecz CEPSA gwarancję bankową na pierwsze żądanie w wysokości równej wartości urządzeń technicznych.

19. W odniesieniu do klauzul dotyczących zapłaty za paliwa silnikowe i oleje napędowe Tobar musi zapłacić za nie w ciągu dziewięciu dni od daty ich dostawy na stację paliw, jak również ustanowić i przedstawić w dniu pierwszej dostawy gwarancję bankową w wysokości równej wartości dostawy na 15 dni. W przypadku braku zapłaty CEPSA może zrealizować gwarancję bankową, co w konsekwencji oznacza, że prowadzący stację paliw zostanie zobowiązany do zapłaty za dostarczane produkty przed ich dostarczeniem. Tobar pobiera tytułem wynagrodzenia prowizję rynkową obowiązującą dla każdej stacji paliw. Kwota początkowa określona jest w umowie, która przewiduje, że przysługująca prowizja nie będzie niższa od średniej prowizji, jaką inni znaczący uczestnicy rynku stosują wobec stacji paliw w stosunku do tych samych produktów na tym samym obszarze geograficznym. Płatności na rzecz CEPSA, określone na podstawie liczby litrów dostarczonych na stację paliw, dokonywane są po odliczeniu od ceny sprzedaży detalicznej ustalonej przez CEPSA zawierającej podatek od wartości dodanej (zwany dalej „podatkiem VAT") kwoty prowizji dla prowadzącego stację paliw wraz z podatkiem VAT.

20. W listopadzie 2001 r. CEPSA skierowała do Tobar pismo, w którym wyraziła zgodę, aby „począwszy od tego dnia", obniżyć cenę sprzedaży bez zmniejszania jednak przychodów CEPSA.

21. W 2003 r., po wysłaniu do CEPSA szeregu pism, prowadzący stację paliw przestał zaopatrywać się u tego dostawcy i zakrył jego logo na urządzeniach stacji paliw.

22. W 2004 r. Tobar wytoczyła powództwo przeciwko CEPSA o stwierdzenie nieważności umowy, podnosząc, że jest ona niezgodna z art. 85 traktatu i brak jej przedmiotu lub że jest on niezgodny z prawem, ponieważ ustalenie ceny pozostawione jest wyłącznemu uznaniu CEPSA,. Tobar zażądała również odszkodowania.

23. CEPSA z kolei sprzeciwiła się żądaniu pozwu i wystąpiła z roszczeniem wzajemnym, w którym zażądała wykonania umowy lub jej rozwiązania z powodu niemożliwości jej wykonania, jak również zażądała w obydwu przypadkach odszkodowania.

24. W dniu 29 lipca 2005 r. Juzgado de Primera Instancia de Madrid (sąd pierwszej instancji w Madrycie) stwierdził nieważność spornej umowy ze względu na jej niezgodność z art. 85 ust. 1 traktatu, a także z rozporządzeniami nr 1984/83 i nr 2790/1999. CEPSA odwołała się od tego wyroku do sądu krajo-

wego, który wystąpił z wnioskiem o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym.

25. Stwierdziwszy, że wykładnia art. 85 traktatu i rozporządzenia nr 1984/83 jest konieczna, aby móc orzec w przedmiocie żądania stwierdzenia nieważności umowy, sąd krajowy postanowił zawiesić postępowanie i zwrócić się do Trybunału z następującymi pytaniami prejudycjalnymi:

„1. Po pierwsze:

a) Czy art. [85] ust. 1 [traktatu] należy interpretować w ten sposób, że umowa o oflagowanie stacji paliw (contrato de abanderamiento) zawarta w 1996 r. pomiędzy dystrybutorem produktów z ropy naftowej a spółką posiadającą stację paliw, na podstawie której zobowiązuje się ona do sprzedaży przez określony czas paliw silnikowych i olejów napędowych pochodzących wyłącznie od dostawcy, zobowiązując się jednocześnie do niesprzedawania takich produktów dostarczanych przez innych dystrybutorów, wchodzi w zakres jego stosowania, jako że takie zobowiązanie wiąże się z porozumieniem o zakazie konkurencji, aczkolwiek umowa ta, ze względu na swoje znaczenie gospodarcze, mogłaby zostać uznana za umowę agencji?

b) W przypadku gdy umowa wchodzi w zakres stosowania art. [85] ust. 1 [traktatu], to czy może ona zostać objęta wyłączeniem spod zakazu, jeżeli spełnia ona wymogi rozporządzenia nr 1984/1983, zwłaszcza te, które dotyczą okresu obowiązywania umowy?

c) Jeżeli tak, to czy przepisy art. 10 i 12 przywołanego rozporządzenia, które zezwalają na to, aby okres obowiązywania porozumienia o zakazie konkurencji przekraczał 5 lat, jako świadczenie wzajemne za korzyści gospodarcze lub finansowe przyznane przez dostawcę posiadaczowi stacji paliw, wymagają, aby takie korzyści gospodarcze lub finansowe były istotne, lub też czy wystarczy, iż nie będą one nieznaczące? Czy przepisy te można interpretować w ten sposób, że takie korzyści gospodarcze lub finansowe zostały przyznane w umowach o oflagowanie stacji paliw, gdy dostawca produktów z ropy naftowej ponosi koszty zainstalowania i utrzymywania na stacji paliw logo własnej marki lub oddaje do dyspozycji zbiorniki i dystrybutory paliw, których posiadacz stacji paliw nie może używać bez pisemnej zgody wyłącznego dostawcy do niedostarczonych przez niego produktów i które powinien on zwrócić, w momencie gdy zaprzestanie ich używania, do którego był uprawniony, a których wartość jest zabezpieczona gwarancją bankową na pierwsze żądanie, którą posiadacz stacji paliw ustanowił na rzecz dostawcy?

d) Jeżeli takie wyłączenie nie ma zastosowania, to czy nieważność z mocy prawa przewidziana w art. [85] ust. 2 [traktatu] dotyczy całej umowy?

2. Po drugie:

a) Czy art. [85] ust. 1 [traktatu] należy interpretować w ten sposób, że taka umowa o oflagowanie stacji paliw, która przewiduje, iż spółka posiadająca stację paliw powinna sprzedawać paliwa silnikowe i oleje napędowe pochodzące od wyłącznego dostawcy po ustalonych przez niego cenach sprzedaży detalicznej, zasadniczo podlega zakazowi ograniczania konkurencji, jako że ustala ona ceny sprzedaży, mając na uwadze jej znaczenie gospodarcze i w szczególności ryzyko ponoszone przez posiadacza stacji paliw oraz jego udział w kosztach dostawy produktów będących przedmiotem umowy lub promocji ich sprzedaży, przy czym należy uwzględnić następujące kwestie:

— posiadacz stacji paliw zobowiązuje się do sprzedaży na zasadzie wyłączności smarów, produktów pomocniczych do samochodów, paliw silnikowych i olejów napędowych pochodzących od dostawcy zgodnie z ustalonymi przez niego cenami sprzedaży detalicznej, warunkami i technikami sprzedaży i prowadzenia stacji przez okres 10 lat, który może być przedłużany na kolejne pięcioletnie okresy na podstawie wyraźnego i pisemnego porozumienia zawartego co najmniej z sześciomiesięcznym wyprzedzeniem;

— posiadacz stacji paliw przyjmuje na siebie ryzyko związane z paliwami silnikowymi i olejami napędowymi z chwilą ich otrzymania od dostawcy w zbiornikach magazynowych, włączywszy w to ryzyko związane z różnicą w objętości paliwa. Od otrzymania produktów posiadacz stacji paliw ma obowiązek przechowywania ich w warunkach niezbędnych do uniknięcia ich utraty lub pogorszenia i gdy zajdzie taka potrzeba, to on jest odpowiedzialny wobec dostawcy oraz wobec osób trzecich za ich utratę, zanieczyszczenie lub pomieszanie oraz za wynikłe w związku z tym szkody;

— posiadacz stacji paliw powinien zapłacić dostawcy wartość paliw silnikowych lub oleju napędowego w terminie 9 dni od daty ich dostarczenia na stację paliw, po przedstawieniu w dacie pierwszej dostawy gwarancji bankowej na całkowitą wartość dostawy za 15 dni. W przypadku braku zapłaty — poza możliwością przystąpienia przez dostawcę do realizacji gwarancji ustanowionej przez

posiadacza stacji paliw — posiadacz ten będzie zobowiązany do zapłaty za produkty przed ich dostarczeniem na stację paliw. Kwota, którą ma zapłacić posiadacz stacji paliw na rzecz dystrybutora, obliczana jest poprzez odjęcie od ceny sprzedaży detalicznej ustalonej przez dystrybutora zawierającej VAT kwoty »prowizji« przysługującej posiadaczowi stacji paliw oraz odpowiedniej kwoty podatku VAT. Dostarczone paliwo sprzedawane jest przeciętnie w terminie krótszym niż 9 dni przewidzianych na dokonanie zapłaty przez powódkę na rzecz pozwanej. Dystrybutor dokonuje miesięcznie obciążenia lub uznania rachunku stacji paliw, w zależności od tego, czy ustalone ceny dostarczonych paliw uległy podwyższeniu lub obniżeniu. Koszt transportu jest ponoszony przez dostawcę;

— posiadacz stacji paliw poręcza i odpowiada za klientów, których pozyskał jako użytkowników karty kredytowej stworzonej i zarządzanej przez grupę spółek, do której należy dostawca, pobiera zapłatę za zakupy dokonane za pomocą tej karty kredytowej w miesiąc po dokonaniu tych zakupów, ponosi niewielką część kosztów związanych z używaniem przez klientów karty stałego klienta danego dystrybutora produktów z ropy naftowej i ponosi ryzyko braku zapłaty przez klientów, którym bezpośrednio udzielił kredytu;

— dostawca produktów z ropy naftowej ponosi koszty instalacji i utrzymywania na stacji paliw logo własnej marki, a także oddaje do dyspozycji zbiorniki i dystrybutory paliw, których posiadacz stacji paliw nie może używać bez pisemnej zgody dostawcy do niedostarczanych przez niego produktów, a których wartość jest równa dokładnie kwocie, na którą posiadacz stacji paliw ustanowił gwarancję na rzecz dostawcy.

b) Jeżeli tak, to czy rozporządzenie Komisji (EWG) nr 1984/83 z dnia 22 czerwca 1983 r., a w szczególności jego art. 10–13, należy interpretować w ten sposób, że obejmują one swoim zakresem stosowania umowę mającą taki charakter, tak iż zakaz zawarty w art. [85] ust. 1 [traktatu] nie ma zastosowania, gdy umowa spełnia przesłanki wyłączenia zawarte w tych przepisach rozporządzenia?

c) W takim przypadku, czy art. 11 tego rozporządzenia należy interpretować w ten sposób, że jeżeli w umowie przewidziano więcej niż jedno ograniczenie konkurencji, ponieważ poza ustanowieniem

zakazu konkurencji polegającego na tym, że wyłączna dostawa jest dokonywana przez jednego dostawcę, ceny sprzedaży są ustalane przez dostawcę, umowa może jednak zostać uznana za ważną, jako że w listopadzie 2001 r. dystrybutor pozwolił stacji paliw na obniżenie ceny sprzedaży, pod warunkiem że przychody dystrybutora nie ulegną zmianie?".

IV — Postępowanie przed Trybunałem

26. CEPSA, Tobar i Komisja Wspólnot Europejskich przedstawiły uwagi na piśmie zgodnie z art. 23 statutu Trybunału Sprawiedliwości. Zostały one również wysłuchane podczas rozprawy w dniu 7 czerwca 2007 r.

V — Analiza

27. Sąd krajowy zadaje dwa pytania, które zdają się przyjmować za punkt wyjścia przeciwstawne sytuacje. Pytanie pierwsze, które dzieli się na cztery podpunkty [lit. a)–d)], opiera się na założeniu, że stosunek umowny będący przedmiotem sprawy przed sądem krajowym może zostać uznany za umowę agencyjną między dającym zlecenie a jego agentem [6]. Pytanie drugie, które dzieli się na trzy podpunkty [lit. a)–c)], opiera się na założeniu, że ten stosunek umowny należy rozumieć jako stosunek dwóch niezależnych przedsiębiorstw i zasadniczo zmierza ono do ustalenia wykładni art. 85 traktatu i rozporządzenia nr 1984/83 w odniesieniu do stanu faktycznego sprawy przed sądem krajowym [7].

28. Jakkolwiek można przyjąć metodę kolejnego odpowiadania na siedem pytań zadanych Trybunałowi, proponuję obrać inną metodę, która polega na zbadaniu tych pytań według problemów, które są w nich podnoszone. Chodzi więc, po pierwsze, o zbadanie problemu kwalifikacji prawnej umowy, takiej jak umowa w postępowaniu przed sądem krajowym, jako „porozumienia między przedsiębiorstwami" w rozumieniu art. 85 ust. 1 traktatu [pytanie pierwsze lit. a) i pytanie drugie lit. a)], a po drugie, o rozważenie, na podstawie dwóch przykładów przedstawionych przez sąd krajowy, czy zastosowane może zostać wyłączenie grupowe przewidziane w rozporządzeniu nr 1984/83 (a następnie w rozporządzeniu nr 2790/1999) [pytanie pierwsze lit. b) i c) i pytanie drugie lit. b) i c)], i po trzecie, o zbadanie, w razie niemożności zastosowania wskazanego powyżej wyłączenia grupowego, skutków

6 — Zobacz oprócz pytania pierwszego lit. a) zdanie pierwsze punktu zatytułowanego „po siódme" postanowienia odsyłającego (pkt 13 wersji oryginalnej).

7 — W tym względzie zwracam uwagę, że chociaż pytania postawione przez sąd krajowy odnoszą się wyłącznie do przepisów rozporządzenia nr 1984/83, uzasadnienie postanowienia odsyłającego wspomina także przepisy rozporządzenia nr 2790/1999, które okazuje się również istotne z uwagi na okoliczności faktyczne sprawy przed sądem krajowym.

ewentualnej nieważności umowy [pytanie pierwsze lit. d)].

A — *W przedmiocie kwalifikacji prawnej umowy takiej jak umowa w postępowaniu przed sądem krajowym jako „porozumienia między przedsiębiorstwami" w rozumieniu art. 85 ust. 1 traktatu [pytanie pierwsze lit. a) i pytanie drugie lit. a)]*

29. W skrócie, sąd krajowy poprzez swoje pytanie pierwsze lit. a) zastanawia się, czy przy założeniu, że sporna umowa stanowi *prawdziwą umowę agencji*, jest ona objęta zakresem zastosowania art. 85 ust. 1 traktatu ze względu na charakteryzującą ją klauzulę w sprawie wyłącznej dostawy lub zakazu konkurencji. W pytaniu drugim lit. a) chciałby się on dowiedzieć, czy umowa, taka jak w postępowaniu przed sądem krajowym, objęta jest zakresem zastosowania art. 85 ust. 1 traktatu, w szczególności ze względu na to, że cena sprzedaży ustalona jest przez dostawcę.

30. Zgodnie z wcześniejszym wyrokiem Trybunału w sprawie Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio takie umowy wertykalne, jak umowy między CEPSA i prowadzącymi stacje paliw, są objęte zakresem art. 85 traktatu jedynie wtedy, gdy prowadzący stację paliw zostanie uznany za niezależny podmiot gospodarczy oraz gdy w konsekwencji oba przedsiębiorstwa są związane umową [8]. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem pojęcie przedsiębiorstwa w rozumieniu wspólnotowego prawa konkurencji obejmuje każdą jednostkę wykonującą działalność gospodarczą niezależnie od jej formy prawnej i sposobu finansowania. Ponadto działalność gospodarczą stanowi każda działalność polegająca na oferowaniu dóbr lub usług na danym rynku [9].

31. W tym zakresie należy dodać, że — jak zauważyli sąd krajowy i Komisja — agenci działają co do zasady na dwóch różnych rynkach: z jednej strony jest to rynek na poziomie upstream (stanowiący poprzednie ogniwo w procesie dystrybucji), na którym agent oferuje swoje usługi pośrednictwa potencjalnym zleceniodawcom, z drugiej zaś rynek na poziomie downstream (stanowiący następne ogniwo w procesie dystrybucji), na którym agent ten oferuje towary lub usługi zleceniodawcy potencjalnym klientom [10].

32. Na pierwszym rynku agenci występują zazwyczaj jako niezależne podmioty gospodarcze, a tym samym przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 85 ust. 1 traktatu. Zatem klauzule zawarte w umowie agencji, w których dający zlecenie zabrania agentowi prowadzenia działalności na rzecz konkurencyjnych przedsiębiorstw (klauzule o zakazie

8 — Wyrok z dnia 14 grudnia 2006 r. w sprawie C-217/05, Zb.Orz. s. I-11987, pkt 39.

9 — Zobacz w szczególności wyrok z dnia 11 lipca 2006 r. w sprawie C-205/03 P FENIN przeciwko Komisji, Zb.Orz. s. I-6295, pkt 25.

10 — Zobacz również podobnie pkt 43 opinii rzecznika generalnego J. Kokott przedstawionej w ww. sprawie Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio.

konkurencji), należy oceniać w świetle art. 85 traktatu [11].

33. Natomiast na drugim rynku, to znaczy na rynku sprzedaży potencjalnym klientom dóbr lub usług dającego zlecenie, agent — pomimo osobowości prawnej odrębnej od swojego zleceniodawcy — traci status niezależnego podmiotu gospodarczego, w przypadku gdy nie ponosi żadnego ryzyka finansowego lub handlowego w związku z tą działalnością gospodarczą, co uniemożliwia mu określanie w niezależny sposób swojego zachowania na rynku, ponieważ jest on całkowicie uzależniony od swojego zleceniodawcy. W takim przypadku zakaz ustanowiony w art. 85 ust. 1 traktatu nie ma co do zasady zastosowania do stosunków między agentem a dającym zlecenie [12]. Taki agent jest wówczas postrzegany jako organ pomocniczy włączony do przedsiębiorstwa dającego zlecenie.

34. Jak się zdaje, w ww. wyroku w sprawie Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio Trybunał potwierdził tę dychotomię opartą na różnych rynkach, na których działa agent, w odniesieniu do umów zawartych przez CEPSA i prowadzących stacje paliw, co ma pewne znaczenie dla niniejszej sprawy [13].

35. Określiwszy kryteria umożliwiające ocenę rzeczywistego podziału ryzyka finansowego i handlowego pomiędzy prowadzących stacje paliw a dostawcę paliw, tak jak miało to miejsce w spornych umowach będących przedmiotem sporu w tej sprawie, w celu ustalenia, czy w ich przypadku art. 85 traktatu ma zastosowanie — kwestia, którą w tej opinii dokładniej zbadam później — Trybunał podkreślił, że art. 85 traktatu nie ma zastosowania nie tylko wówczas, gdy prowadzący stację paliw nie ponosi żadnego ryzyka finansowego i gospodarczego, lecz również wtedy gdy ponosi on jedynie niewielką część takiego ryzyka [14].

36. Trybunał dodał jednak, że w takim przypadku „jedynie zobowiązania nałożone na [prowadzącego stację paliw] w ramach *sprzedaży towarów osobom trzecim na rachunek zleceniodawcy* nie są objęte zakresem tego przepisu. W istocie, jak podnosi Komisja, umowa agencyjna może zawierać postanowienia dotyczące stosunków między agentem a zleceniodawcą, do których ten przepis ma zastosowanie, takie jak *klauzule wyłączności i klauzule zakazu konkurencji*. W tym względzie należy uznać, że w *ramach takich stosunków* agenci są w zasadzie niezależnymi podmiotami gospodarczymi oraz że

11 — Ibidem, pkt 44. Zobacz również komunikat Komisji „Wytyczne w sprawie ograniczeń wertykalnych", Dz.U. 2000, C 291, s. 1, pkt 19 (zwane dalej „wytycznymi").

12 — Zobacz podobnie ww. wyrok w sprawie Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio, pkt 43 i 44.

13 — Biorąc pod uwagę okoliczności faktyczne, chciałbym zauważyć, że sąd krajowy precyzuje, że klauzule spornej umowy wydają się takie same jak klauzule umów, które były przedmiotem wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym w ww. wyroku w sprawie Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio, a które zgodnie z pkt 9 wyroku w tej sprawie dotyczyły 95% stacji paliw sieci CEPSA.

14 — Wyżej wymieniony wyrok w sprawie Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio, pkt 61.

omawiane klauzule mogą naruszyć reguły konkurencji, w zakresie w jakim powodują *zamknięcie omawianego [właściwego] rynku*" [15].

37. Stwierdzenie to niesie za sobą taki skutek, że w sytuacji gdy na rynku sprzedaży towarów osobom trzecim agent ponosi niewielkie ryzyko finansowe i handlowe, spod zakresu zastosowania art. 85 ust. 1 traktatu wyjęta jest nie całość stosunku umownego między tym agentem i dającym zlecenie, lecz tylko ta jego część, która opiera się na klauzulach umownych odnoszących się do tego rynku.

38. Klauzule takie mogą zostać objęte zakresem zastosowania art. 85 traktatu jedynie wówczas, gdy agent przyjmie na siebie przynajmniej nie nieznaczącą część ryzyka finansowego i handlowego związanego ze sprzedażą towarów (lub usług) osobom trzecim na rachunek dającego zlecenie.

39. Natomiast klauzula o zakazie konkurencji uzgodniona między agentem i dającym zlecenie, *która dotyczy rynku usług pośrednictwa*, w dalszym ciągu wchodzi w zakres zastosowania art. 85 ust. 1 traktatu, *niezależnie* od ewentualnego ryzyka finansowego i handlowego ponoszonego przez agenta na *rynku sprzedaży towarów osobom trzecim na rachunek dającego zlecenie*. Podejście takie wydaje się uzasadnione tym, że klauzula tego rodzaju, która wpływa na konkurencję między znakami handlowymi, nie jest typowa dla umowy agencji.

40. Całość umowy agencji podlega art. 85 traktatu, jeśli zawiera ona — poza klauzulą o zakazie konkurencji jak ta wskazana w pkt 17 niniejszej opinii — klauzule, na podstawie których agent ponosi przynajmniej nie nieznaczącą część ryzyka finansowego i handlowego związanego ze sprzedażą towarów osobom trzecim na rachunek dającego zlecenie. W takim przypadku stosunek umowny nie będzie już jednak prawdziwym stosunkiem agencji.

41. W tym względzie sąd krajowy poprzez swoje pytanie drugie lit. a) chce się dowiedzieć, czy biorąc pod uwagę cechy stosunku umownego między CEPSA i Tobar wymienione w tym pytaniu, art. 85 ust. 1 traktatu należy interpretować w ten sposób, że sprzeciwia się on umowom tego rodzaju, w szczególności ze względu na to, że cena sprzedaży ustalona jest przez dostawcę.

42. Chociaż CEPSA stanowczo kwestionuje przedstawienie i ocenę stosunku umownego wiążącego ją z Tobar w sposób, jaki

15 — Punkt 62 (wyróżnienie pochodzi ode mnie).

czyni to sąd krajowy w pytaniu drugim lit. a), to zgodnie z utrwalonym orzecznictwem w ramach postępowania, o którym mowa w art. 234 WE, opierającego się na całkowitym rozdziale zadań sądów krajowych i Trybunału, wszelka ocena stanu faktycznego sprawy należy do sądu krajowego, który pozostaje odpowiedzialny za przyszły wyrok [16]. Tak samo do kompetencji sądu krajowego, a nie Trybunału, należy obowiązek stosowania do konkretnych sytuacji norm wspólnotowych, których wykładni dokonuje Trybunał [17].

43. W ramach podziału kompetencji pomiędzy sądy wspólnotowe i krajowe Trybunał powinien jednak — z uwzględnieniem kontekstu faktycznego i prawnego, w który wpisują się pytania prejudycjalne i który został określony w postanowieniu odsyłającym [18] oraz w celu udzielenia sądowi krajowemu użytecznej odpowiedzi — określić kryteria umożliwiające ocenę rzeczywistego podziału ryzyka finansowego i handlowego pomiędzy prowadzącym stację paliw a dostawcą paliw, tak jak miało to miejsce w spornej umowie w postępowaniu przed sądem krajowym [19].

44. To powiedziawszy, Trybunał wyodrębnił takie kryteria w ww. wyroku w sprawie Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio, które należy tutaj przypomnieć ze względu na ich znaczenie dla niniejszej sprawy.

45. W myśl tego wyroku sąd krajowy musi uwzględnić z jednej strony ryzyko towarzyszące sprzedaży towarów, takie jak finansowanie zapasów paliw, a z drugiej strony ryzyko towarzyszące inwestycjom specyficznym dla rynku, a mianowicie inwestycjom, które są niezbędne do tego, aby prowadzący stację paliw miał możliwość negocjowania lub zawierania umów z osobami trzecimi [20].

46. Jeśli chodzi o pierwszą kategorię ryzyka, z ww. wyroku w sprawie Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio wynika również, że prawdopodobnie ryzyko to w całości lub w części przejmuje prowadzący stację paliw, w momencie gdy staje się właścicielem towarów otrzymanych od dostawcy przed ich późniejszą sprzedażą osobom trzecim, gdy ponosi bezpośrednio lub pośrednio koszty związane z dystrybucją towarów, w szczególności koszty transportu, gdy ponosi koszty utrzymania magazynów lub gdy ponosi odpowiedzialność za ewentualne szkody powstałe w towarach, takie jak utrata czy pogorszenie, jak również za szkodę spowodowaną przez towary sprzedane osobom trzecim niezależnie od odpowiedzialności agenta z tytułu jego winy [21]. W zależności od uregulowań dotyczących zapłaty za paliwa należy również ocenić ryzyko finansowe związane z towarami, w szczególności jeśli chodzi o zapłatę za paliwa, w przypadku gdy prowadzący stację

16 — Zobacz podobnie w szczególności wyrok z dnia 18 grudnia 2007 r. w sprawie C-341/05 Laval un Partneri, Zb.Orz. s. I-11767, pkt 45 i przytoczone tam orzecznictwo.

17 — Zobacz podobnie ww. wyrok w sprawie Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio, pkt 49 i przytoczone tam orzecznictwo.

18 — Wyżej wymieniony wyrok w sprawie Laval un Partneri, pkt 47 i przytoczone tam orzecznictwo.

19 — Zobacz podobnie ww. wyrok w sprawie Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio, pkt 50.

20 — Ibidem, pkt 51.

21 — Ibidem, pkt 52–55.

paliw nie znajdzie nabywcy lub w przypadku późniejszej zapłaty wskutek użycia karty kredytowej [22].

47. Jeśli chodzi o ryzyko towarzyszące inwestycjom specyficznym dla rynku, według Trybunału zostaje ono przeniesione na prowadzącego stację paliw, w przypadku gdy dokonuje on specyficznych inwestycji związanych ze sprzedażą towarów, takich jak inwestycje w lokal lub w wyposażenie, jak zbiornik na paliwo, lub w przypadku gdy zobowiązuje się do zainwestowania w akcje promocyjne [23].

48. Jak już wspomniałem, aby móc zastosować art. 85 ust. 1 traktatu, nie jest konieczne, by prowadzący stację paliw ponosił wszystkie rodzaje ryzyka wymienione powyżej — zresztą w sposób niewyczerpujący — o ile ponosi on nie nieznaczącą część tego ryzyka. Tylko w przypadku gdy z jednej strony prowadzący stację paliw nie ponosi żadnego ryzyka wynikającego z wynegocjowanych lub z zawartych przez niego umów na rachunek dostawcy lub z drugiej strony — jak jasno wskazuje ww. wyrok w sprawie Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio — ponosi on tylko niewielką część tego ryzyka, stosunek umowny między tym agentem i dającym zlecenie dotyczący rynku sprzedaży towarów osobom trzecim może zostać uznany za nieobjęty pojęciem porozumień między przedsiębiorstwami w rozumieniu art. 85 ust. 1 traktatu [24]. Z punktu widzenia gospodarczego nie ma bowiem żadnej różnicy między sytuacją agenta, który nie ponosi żadnego ryzyka związanego z transakcjami zrealizowanymi za jego pośrednictwem, a sytuacją agenta, który ponosi je tylko w nieznacznym stopniu [25].

49. W postępowaniu przed sądem krajowym w odniesieniu do ryzyka związanego ze sprzedażą towarów sąd ten zaznacza, po pierwsze, że prowadzący stację paliw ponosi „ryzyko" związane z produktami, począwszy od ich dostarczenia przez dostawcę do zbiorników magazynowych znajdujących się na stacji paliw, po drugie, że ponosi on odpowiedzialność za ewentualne szkody powstałe w produktach, jak również za wszelkie szkody spowodowane przez te produkty, po trzecie, że prowadzący stację paliw zobowiązany jest zapłacić CEPSA za sprzedane paliwo w ciągu dziewięciu dni od jego dostawy, niezależnie od tego, czy zostało ono sprzedane osobom trzecim, przy czym w przypadku niewywiązania się z tego prowadzący stację paliw musi zapłacić cenę, zanim dostawa zostanie dokonana, a dostawca może uruchomić gwarancję bankową w wysokości równej 15 dniom dostaw, która została ustanowiona wcześniej przez prowadzącego stację paliw, po czwarte, że ponosi on ryzyko związane z różnicą w objętości paliwa (lub ryzyko różnic wolumenu) spowodowane zmianami temperatury paliw, co oznacza, że jest on zobowiązany zapłacić za ilość litrów dostarczoną przez CEPSA, nawet jeśli sprzedał ich mniej, i po piąte, że przekazanie paliw niesie za sobą naliczenie podatku VAT między CEPSA i prowadzącym stację paliw.

50. Informacje te sugerują, że przeniesienie własności paliw między CEPSA i prowadzącym stację paliw następuje w momencie ich otrzymania przez prowadzącego stację

22 — Ibidem, pkt 56.

23 — Ibidem, pkt 59.

24 — Ibidem, pkt 43 i 61.

25 — Zobacz podobnie ww. opinia rzecznika generalnego J. Kokott, pkt 64.

i że prowadzący stację paliw ponosi ryzyko związane z jego przeniesieniem, włączywszy w to stosownie do przypadku ryzyko związane z odpowiedzialnością za produkty.

51. Poza tym ryzyko związane z różnicą w objętości paliwa ponoszone przez prowadzącego stację paliw może zostać powiązane, jak słusznie podnosiła Komisja, z ryzykiem utraty zapasów [26].

52. Ponadto zgodnie z wyjaśnieniami zawartymi w postanowieniu odsyłającym prowadzący stację paliw wydaje się gwarantować i ponosić odpowiedzialność za niezapłacone długi klientów, którzy przystąpili za jego pośrednictwem do systemu kart kredytowych stworzonego i prowadzonego przez CEPSA, które mogą opiewać na znaczne kwoty; w postanowieniu odsyłającym został wymieniony przykład zaległości wynoszących ponad 30 000 EUR.

53. Jakkolwiek sąd krajowy zauważa, że ryzyko związane z transportem towarów ponosi CEPSA, według mnie z wymienionych powyżej informacji wynika, nawet jeśli muszą one zostać dokładnie ocenione przez sąd krajowy, że Tobar ponosi nie nieznaczące ryzyko związane ze sprzedażą produktów paliwowych będących przedmiotem spornej umowy.

54. W odniesieniu do podziału ryzyka dotyczącego inwestycji specyficznych dla rynku należy zauważyć, że sąd krajowy nie przedstawił w tym zakresie wystarczających informacji. Wskazuje on, że CEPSA ponosi koszty związane z instalacją i utrzymaniem na stacjach paliw logo swojej marki i że oddaje także do dyspozycji prowadzącego stację zbiorniki i dystrybutory paliw. Z postanowienia odsyłającego wynika również, że Tobar jest właścicielem stacji paliw i że jako prowadzący stację paliw zobowiązany jest ustanowić gwarancję bankową w wysokości równej wartości wyposażenia przekazanego przez CEPSA, co pozwala przyjąć — i co podniosła Komisja — że prowadzący stację paliw ponosi nie nieznaczące koszty i jest zmuszony korzystać z rynku finansowego, zupełnie jakby musiał urządzać się samodzielnie. Jednakże postanowienie odsyłające w żaden sposób nie dostarcza informacji, choćby w przybliżeniu, na temat kosztów, jakie strony umowy ponoszą i uzyskiwanych przez nie przychodów. Postanowienie to nie zawiera również informacji na temat ewentualnego korzystania z wyposażenia ani jego amortyzacji po zakończeniu stosunku umownego. Do sądu krajowego należy dokonanie w świetle tych wszystkich okoliczności oceny charakteru inwestycji zrealizowanych przez strony w związku ze sprzedażą towarów, o których mowa.

55. Gdyby na podstawie analizy, którą musi przeprowadzić sąd krajowy, okazało się, że prowadzący stację paliw ponosi nie nieznaczącą część ryzyka handlowego i finansowego związanego z transakcjami zrealizowanymi za jego pośrednictwem, agent ten będzie uważany za niezależny podmiot gospodarczy. Stosunek umowny o charakterze wyłącznym wiążący go z dostawcą będzie wówczas objęty pojęciem porozumienia między przedsiębiorstwami w rozumieniu art. 85 ust. 1 traktatu. Wynika stąd, że klauzula dotycząca spoczywającego na prowadzącym stację

26 — Zobacz także w tym względzie ww. wytyczne, pkt 16.

zobowiązania do sprzedaży paliw po cenie ustalonej przez dostawcę, o której mowa w pytaniu drugim lit. a) postawionym przez sąd krajowy, również nie będzie wyjęta spod zastosowania tego postanowienia, o ile spełnione są wszystkie przesłanki zastosowania art. 85 ust. 1 traktatu [27]. Jeśli ma to miejsce, klauzula tego rodzaju będzie podlegać zakazowi przewidzianemu w art. 85 ust. 1 lit a) traktatu. To zaś prowadzi do kolejnej kwestii, czy zobowiązanie do sprzedaży paliw po ustalonej cenie nałożone na prowadzącego stację paliw może zostać objęte wyłączeniem grupowym przewidzianym w art. 10–13 rozporządzenia nr 1984/83 [28]; kwestia ta zostanie omówiona później w niniejszej opinii.

56. Natomiast gdyby sąd krajowy doszedł do wniosku, że prowadzący stację paliw ponosi tylko nieznaczącą część ryzyka związanego z transakcjami realizowanymi na rachunek dającego zlecenie, to zobowiązania pośrednika wynikające ze stosunku umownego dotyczącego rynku towarów sprzedawanych osobom trzecim nie zostaną objęte zakresem zastosowania art. 85 ust. 1 traktatu. Tym samym — jak już to wcześniej stwierdził Trybunał — zobowiązanie do sprzedaży paliwa po cenie ustalonej przez dostawcę nałożone na prowadzącego stację paliw będzie stanowiło nierozerwalną część uprawnienia CEPSA do określania obszaru działalności jej agentów i również nie zostanie objęte art. 85 ust. 1 traktatu [29].

57. Biorąc pod uwagę powyższe rozważania, proponuję, aby na pytanie pierwsze lit. a) i pytanie drugie lit. a) odpowiedzieć w ten sposób, że *jeśli chodzi o rynek sprzedaży towarów osobom trzecim,* klauzule umowy, w tym klauzula dotycząca ustalania ceny sprzedaży detalicznej, które wiążą dostawcę paliw i prowadzącego stację paliw i na podstawie których ten ostatni ponosi co najwyżej nieznaczącą część ryzyka finansowego i handlowego związanego ze sprzedażą tych towarów, nie stanowią porozumień między przedsiębiorstwami w rozumieniu art. 85 ust. 1 traktatu, nawet jeśli umowa ta zawiera również klauzulę o zakazie konkurencji lub wyłączności, w której prowadzący stację paliw zobowiązuje się do zaopatrywania się u dostawcy na zasadzie wyłączności. Porozumienie między przedsiębiorstwami w rozumieniu art. 85 ust. 1 traktatu stanowi zawarta w takiej umowie klauzula o zakazie konkurencji lub wyłączności, w której prowadzący stację paliw zobowiązuje się do zaopatrywania się u dostawcy na zasadzie wyłączności i która odnosi się do *rynku usług pośrednictwa*. Podobnie porozumienie między przedsiębiorstwami w rozumieniu art. 85 ust. 1 traktatu stanowi umowa dystrybucyjna zawarta między dostawcą i prowadzącym stację paliw, jeśli prowadzący stację ponosi w nie nieznaczącym zakresie ryzyko lub różne rodzaje ryzyka finansowego i handlowego związanego ze sprzedażą tych paliw osobom trzecim. Aby ustalić, czy art. 85 ust. 1 traktatu ma zastosowanie

27 — W tym zakresie należy przypomnieć, że przy dokonywaniu oceny, czy celem bądź skutkiem porozumienia w sprawie wyłącznego zakupu jest ograniczenie w istotny sposób konkurencji na rynku wewnętrznym oraz czy może ono wpłynąć na wymianę handlową między państwami członkowskimi, należy uwzględnić kontekst gospodarczy i prawny, w jaki ono się wpisuje, i w którym wraz z innymi porozumieniami może mieć kumulatywny wpływ na konkurencję. Z tego względu należy zbadać skutki, jakie wywołuje dana umowa wraz z innymi umowami tego rodzaju dla możliwości wejścia na właściwy rynek przez konkurentów krajowych lub pochodzących z innych państw członkowskich lub zwiększenia ich udziału w tym rynku (zob. w szczególności wyrok z dnia 28 lutego 1991 r. w sprawie C-234/89 Delimitis, Rec. s. I-935, pkt 13–15 i ww. wyrok w sprawie Neste, pkt 25).

28 — Zobacz podobnie ww. wyrok w sprawie Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio, pkt 63.

29 — Ibidem.

w sprawie przed sądem krajowym, sąd ten musi dokonać — przy uwzględnieniu klauzul zawartych w spornej umowie — oceny rzeczywistego podziału ryzyka finansowego i handlowego między prowadzącym stację paliw i dostawcą, biorąc pod uwagę ryzyko związane ze sprzedażą towarów i ryzyko związane z inwestycjami specyficznymi dla rynku. W tym kontekście i z zastrzeżeniem, że są spełnione przesłanki zastosowania art. 85 ust 1 traktatu, zobowiązanie nałożone na prowadzącego stację paliw do sprzedaży paliw po cenie ustalonej przez dostawcę jest niezgodne z art. 85 ust. 1 lit. a) traktatu.

B — *W przedmiocie zastosowania wyłączenia grupowego przewidzianego w rozporządzeniu nr 1984/83 (a następnie w rozporządzeniu nr 2790/1999) (pytanie pierwsze lit. b) i c), pytanie drugie lit. b) i c))*

58. W pytaniu pierwszym lit. b) i w pytaniu drugim lit. b) sąd krajowy zmierza zasadniczo do ustalenia, czy umowa badana w sprawie przed sądem krajowym może skorzystać z reżimu wyłączeń grupowych ustanowionego przez rozporządzenie nr 1984/83, który ma zastosowanie do umów w sprawie wyłącznego zakupu w celu odsprzedaży, jeśli umowa ta spełnia warunki przewidziane przez to rozporządzenie. Sąd krajowy odnosi się przede wszystkim do warunków dotyczących maksymalnego okresu obowiązywania klauzuli wyłączności (lub klauzuli o zakazie konkurencji) i kwestii zakresu korzyści gospodarczych i finansowych, które muszą zostać przyznane przez dostawcę, aby taka klauzula mogła zostać zawarta na okres dłuższy niż 5 lat [pytanie pierwsze lit. b) in fine i lit. c)]. Ponadto sąd ten chciałby się dowiedzieć, jaki wpływ ma klauzula umowna dotycząca ustalania ceny sprzedaży przez dostawcę na możliwość zastosowania reżimu wyłączenia grupowego [pytanie drugie lit. c)].

59. Należy przypomnieć, że rozporządzenie nr 1984/83 przewiduje między innymi, że do umów zakupu wyłącznego zawartych w celu odsprzedaży produktów paliwowych na stacjach paliw stosuje się art. 85 ust. 3 traktatu. Przepisy te, które są odmienne od przepisów ogólnych mających zastosowanie do umów zakupu wyłącznego, znajdują się w art. 10–13 rozporządzenia nr 1984/83. Artykuł 10 tego rozporządzenia wyłącza spod zakazu przewidzianego w art. 85 ust. 1 traktatu zobowiązanie nałożone przez dostawcę na odsprzedawcę do wyłącznego zakupu paliw silnikowych i olejów napędowych na bazie ropy naftowej „w zamian za przyznanie szczególnych korzyści gospodarczych lub finansowych”. Artykuł 11 rozporządzenia nr 1984/83 wymienia inne ograniczenia konkurencji, które mogą być nakładane na odsprzedawcę poza zobowiązaniem przewidzianym w art. 10, a pośród nich „zobowiązanie do niedokonywania na stacji paliw określonej w porozumieniu odsprzedaży paliw dla pojazdów silnikowych lub innych paliw dostarczonych przez przedsiębiorstwa trzecie”. Artykuł 12 ust. 1 lit. c) tego samego rozporządzenia wskazuje, że art. 10 nie znajduje zastosowania, jeśli umowa została zawarta na czas nieokreślony lub dłuższy niż 10 lat.

60. Moim zdaniem odpowiedź na pytania przedstawione w pkt 58 niniejszej opinii uzależniona jest od sposobu zakwalifikowania spornej umowy w sprawie przed sądem krajowym, które doprowadzi do stwierdzenia, czy między stronami przed sądem krajowym występuje prawdziwy stosunek

agencyjny czy też stosunek umowny między dwoma niezależnymi przedsiębiorstwami (umowa dystrybucyjna). Obie te hipotezy należy dalej dokładnie zbadać.

1. Hipoteza dotycząca istnienia prawdziwego stosunku agencyjnego

61. Chociaż rozporządzenie nr 1984/83 stosuje się, formalnie rzecz biorąc, do porozumień wertykalnych w sprawie dystrybucji i odsprzedaży zawartych między dwoma niezależnymi przedsiębiorstwami, Trybunał uznał, że wyłączenie grupowe przewidziane w art. 10–13 rozporządzenia nr 1984/83 również może zostać zastosowane do stosunku agencyjnego między dostawcą paliw silnikowych i olejów napędowych i prowadzącymi stacje paliw [30].

62. Oczywiste jest jednak, że przepisy tego rozporządzenia nie mogą być stosowane do zobowiązań umownych nałożonych na agenta działającego na rynku sprzedaży towarów osobom trzecim, jeśli agent ten zgodnie z klauzulami umownymi wiążącymi go z dającym zlecenie nie ponosi na tym rynku żadnego ryzyka finansowego i handlowego związanego z tą działalnością lub też ponosi jedynie nieznaczącą część tego ryzyka, ponieważ w takim przypadku zobowiązania te nie wchodzą w zakres pojęcia porozumienia między przedsiębiorstwami w rozumieniu art. 85 traktatu [31].

63. W takim przypadku — tak jak przedstawiły to CEPSA i Tobar — jedynie klauzula wyłączności lub klauzula o zakazie konkurencji wiążąca agenta z dającym zlecenie rozpatrywana samodzielnie jako porozumienie między przedsiębiorstwami w rozumieniu art. 85 ust. 1 traktatu może skorzystać z zastosowania art. 10–13 rozporządzenia nr 1984/83. Klauzula taka musi jednak spełniać warunki przewidziane w przepisach rozporządzenia, a w szczególności warunek wskazany w art. 12 ust. 1 lit. c) dotyczący dozwolonego okresu obowiązywania porozumienia.

64. W tym zakresie sąd krajowy chciałby zasadniczo ustalić [pytanie pierwsze lit. c)], czy wyłączność na okres nieprzekraczający 10 lat, o którym mowa w art. 12 ust. 1 lit. c) rozporządzenia nr 1984/83, musi być uzależniona od przyznania przez dostawcę paliw znaczących korzyści gospodarczych lub finansowych, czy też korzyści tego rodzaju mogą po prostu być „nie nieznaczące" ze względu na brak doprecyzowania co do rozmiaru tych korzyści w treści art. 10 tego rozporządzenia [32].

30 — Wyżej wymieniony wyrok w sprawie Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio, pkt 63. Zobacz także pkt 45 i 74 ww. opinii rzecznika generalnego J. Kokott.

31 — Zobacz poniżej pkt 33–37 niniejszej opinii.

32 — Należy zauważyć, że zgodnie z art. 12 ust. 2 rozporządzenia nr 1984/83, w sytuacji gdy porozumienie dotyczy stacji paliw, którą dostawca wynajął odsprzedawcy (prowadzącemu stację) lub oddał do użytkowania na podstawie czynności prawnej lub faktycznej, obowiązki zakupu wyłącznego i zakaz konkurencji, o których mowa w tytule III rozporządzenia (mające zastosowanie do porozumień dotyczących stacji paliw), mogą zostać nałożone na odsprzedawcę na cały okres, w którym rzeczywiście eksploatuje on stację paliw. Kwestia ta nie jest przedmiotem wykładni wnioskowanej przez sąd krajowy, jako że sąd ten między innymi podnosi, że w zawisłej przed nim sprawie prowadzący stację paliw jest jej właścicielem.

65. Abstrahując od hiszpańskiej wersji tego artykułu, który nie posługuje się żadnym określnikiem w stosunku do spornych korzyści, okazuje się, że również w innych wersjach językowych art. 10 rozporządzenia nr 1984/83, ograniczając się do wskazania, że korzyści gospodarcze i finansowe przyznane przez dostawcę w zamian za przedłużony okres wyłączności muszą być „szczególne", jest raczej w tym zakresie nieprecyzyjny, ponieważ — jak sugerują niektóre wersje językowe tego przepisu posługujące się terminem „specjalne" [33] — może się ono odnosić bądź do korzyści przeznaczonych wyłącznie dla prowadzącego stację paliw, to jest korzyści charakterystycznych dla danego stosunku umownego, bądź też do korzyści nadzwyczajnych, jak sugeruje to jedno ze znaczeń przymiotnika „szczególny".

66. Te dwa znaczenia terminu „szczególny" mogą prowadzić do wykluczenia możliwości, by korzyści, o których mowa w art. 10 rozporządzenia nr 1984/83, mogły być po prostu nieznaczące. W związku z tym, nawet jeśli wykładnia językowa pozwala twierdzić, że korzyści przyznane przez dostawcę muszą być co najmniej „nie nieznaczące", to nie upoważnia ona jednak do stwierdzenia, że korzyści te muszą być istotne.

67. Poza tym, jak mi się wydaje, z celu, jaki przyświeca spornemu rozporządzeniu, wynika, że korzyści gospodarcze i finansowe, o których mowa w art. 10 rozporządzenia nr 1984/83, muszą być na tyle istotne, aby uzasadniały przedłużenie wyłączności dostaw na okres wynoszący maksymalnie 10 lat.

68. Jak sugeruje motyw 15 rozporządzenia nr 1984/83, główną ideą przyznania przez dostawcę korzyści, o których mowa, jest to, aby „*odczuwalnie* ułatwić założenie lub modernizację […] stacji paliw, a także ich utrzymanie i prowadzenie" [34]. Innymi słowy, chodzi o ułatwienie — jak utrzymywała to Komisja — dostępu do rynku dystrybucji detalicznej i szybkiego rozprzestrzenienia się sieci dystrybucyjnej poprzez obciążenie w przeważającej części dostawcy kosztami i inwestycjami szczególnie związanymi ze stosunkiem umownym [35]. Zgodnie z art. 85 ust. 3 traktatu, który poprzez rozporządzenie nr 1984/83 znajduje jedynie szczegółowe zastosowanie, przedłużona wyłączność dostaw, która immanentnie ogranicza konkurencję, może zostać wytłumaczona wyłącznie tym, że bez przyznania przez dostawcę korzyści gospodarczych i finansowych wejście prowadzącego stację na rynek sprzedaży detalicznej paliw byłoby wysoce nieprawdopodobne. Innymi słowy, jako że przedłużenie okresu wyłączności dostaw uzgodnione przez prowadzącego stację stanowi czynnik determinujący skutek w postaci zamknięcia rynku [36], ograniczenie to może zostać skutecznie skompensowane tylko wówczas, gdy korzyści przyznane przez dostawcę są co najmniej istotne [37].

33 — Tak jak jest w niemieckiej, angielskiej, fińskiej, niderlandzkiej i szwedzkiej wersji językowej.

34 — Wyróżnienie pochodzi ode mnie.

35 — Zobacz także podobnie ww. wytyczne, pkt 116 ppkt 4 i pkt 155.

36 — Zobacz podobnie ww. wyrok w sprawie Neste, pkt 32 i 33.

37 — Zauważmy, że w ww. wyroku w sprawie Neste, pkt 34, kładzie się nacisk na istotny charakter inwestycji poczynionych przez dostawcę.

69. Z tego względu, jak zasadniczo pokazują motywy 12 i 13 rozporządzenia nr 1984/83, wydanie szczegółowych przepisów w sprawie wyłączenia w odniesieniu do porozumień dotyczących stacji paliw jest uzasadnione jest tym, że porozumienia te charakteryzują się zazwyczaj „szczególnie istotnymi" korzyściami gospodarczymi i finansowymi przyznawanymi przez dostawców, w zamian za które odsprzedawca zobowiązuje się między innymi do wyłącznego zakupu przez dłuższy czas.

70. Wprawdzie uściślenie dokonane w motywie 13 rozporządzenia nr 1984/83, w myśl którego przyznane korzyści są szczególnie istotne, występuje tylko w niektórych wersjach językowych tego tekstu [38], podczas gdy inne powtarzają przymiotnik użyty w art. 10 tego rozporządzenia [39], jednak okoliczność ta nie wydaje się decydująca, po pierwsze, ze względu na opisany powyżej cel, do którego dąży to rozporządzenie, a po drugie, ze względu na fakt, że przykładowe inwestycje wymienione w motywie 13 rozporządzenia nr 1984/83, we wszystkich wersjach językowych tego tekstu, mają pewne znaczenie gospodarcze lub finansowe. Przykłady te zasadniczo również pokazują, że sporne korzyści są, po pierwsze, „udzielane" przez dostawcę, to znaczy, że są one przyznawane w sposób asymetryczny, jako że dostawca inwestuje więcej niż prowadzący stację, a po drugie, że są one udzielane na długi okres, przy czym koszty inwestycji nie mogą zostać szybko odzyskane [40].

71. Wynika stąd, że w sprawie przed sądem krajowym sąd ten będzie musiał ocenić, czy korzyści gospodarcze lub finansowe udzielone przez CEPSA są na tyle istotne, że uzasadniają one zobowiązanie Tobar do wyłączności dostaw przez okres wynoszący maksymalnie 10 lat.

72. W tym względzie, abstrahując od tego, że ocena okoliczności faktycznych w postępowaniu przed sądem krajowym nie należy do Trybunału, bardzo ciężko jest odpowiedzieć na pytanie zadane przez sąd krajowy, czy w ramach spornej umowy CEPSA dokonała szczególnie istotnych inwestycji, wobec braku wystarczających informacji w szczególności na temat wartości całości inwestycji poczynionych przez dostawcę, ich asymetrycznego charakteru i okresu ich amortyzacji.

73. Jeśli w świetle powyższych rozważań sąd krajowy uzna, że korzyści przyznane przez CEPSA mogą uzasadnić przyjęcie klauzuli o wyłączności dostaw przez okres wynoszący maksymalnie 10 lat, moim zdaniem będzie on musiał również uwzględnić w swojej analizie dodatkowy element, który wiąże się ze zmianą uregulowania wspólnotowego.

38 — Tak jest w przypadku wersji hiszpańskiej, francuskiej i portugalskiej. Wersja w języku włoskim używa terminu „cospicui", który sugeruje, że sporne korzyści mają być co najmniej istotne, a nawet znaczące, co pozwala na powiązanie tej wersji językowej z wersjami wymienionymi powyżej.

39 — Zobacz wersje w języku niemieckim, angielskim, fińskim, niderlandzkim i szwedzkim.

40 — Zobacz także podobnie ww. wytyczne, pkt 116 ppkt 4.

74. Jako że klauzula wyłączności w sprawie przed sądem krajowym została zawarta w lutym 1996 r. na (początkowy) okres 10 lat (czyli do lutego 2006 r.), należy przypomnieć, że rozporządzenie nr 1984/83 zostało uchylone rozporządzeniem nr 2790/1999 ze skutkiem od dnia 1 czerwca 2000 r. Tymczasem zgodnie z art. 12 ust. 1 tego rozporządzenia okres przejściowy kończący się w dniu 31 grudnia 2001 r. przewidziany był dla porozumień obowiązujących w dniu 31 maja 2000 r., które spełniały wprawdzie warunki wyłączenia ustalone w rozporządzeniu nr 1984/83, ale nie spełniały warunków wyłączenia ustalonych w rozporządzeniu nr 2790/1999. Począwszy więc od dnia 1 stycznia 2002 r., porozumienia zawarte przed dniem 31 maja 2000 r., które spełniały kryteria ustalone w rozporządzeniu nr 1984/83, aby skorzystać z wyłączenia grupowego przewidzianego w rozporządzeniu nr 2790/1999, musiały spełniać warunki w nim wymienione.

75. Jeśli natomiast porozumienia te nie spełniały warunków wyłączenia grupowego przewidzianych w rozporządzeniu nr 1984/83, aby skorzystać ze zwolnienia grupowego na podstawie rozporządzenia nr 2790/1999 musiały one spełniać warunki wymienione w tym rozporządzeniu, począwszy od dnia 1 czerwca 2000 r.

76. Niezależnie od mającej zastosowanie daty, od której porozumienia mogą być dopuszczalne na podstawie rozporządzenia nr 2790/1999, rozporządzenie to przewiduje w szczególności, że zgodnie z jego art. 5 wyłączenie grupowe nie ma zastosowania do bezpośredniego lub pośredniego zobowiązania niekonkurowania, którego czas trwania jest nieokreślony lub przekracza 5 lat (zobowiązanie niekonkurowania, które jest w sposób milczący odnawiane po upływie 5 lat, jest uważane za zawarte na czas nieokreślony), zaś zgodnie z jego art. 3, jeśli udział dostawcy we właściwym rynku, na którym sprzedaje on towary lub usługi kontraktowe, przekracza 30%.

77. Jako że problematyka związana z okresem obowiązywania klauzuli wyłączności nie pojawiłaby się, gdyby w postępowaniu przed sądem krajowym okazało się, że udział CEPSA w rynku przekracza 30%, gdyż automatycznie wyklucza to zastosowanie reżimu wyłączeń grupowych przewidzianego w rozporządzeniu nr 2790/1999, wobec braku informacji w tym zakresie ze strony sądu krajowego należy wyjść z założenia, które nie jest zresztą nieprawdopodobne, że CEPSA nie ma w rynku udziału o takich rozmiarach [41].

78. Jeśli chodzi o okres obowiązywania klauzuli wyłączności w postępowaniu przed sądem krajowym, gdyby nie korzystała ona z wyłączenia grupowego na podstawie rozporządzenia nr 1984/83, mogłaby być ona dopuszczalna na podstawie rozporządzenia nr 2790/1999 jedynie do dnia 1 czerwca 2005 r., zgodnie z art. 5 tego ostatniego rozporządzenia, chyba że — jak wskazano w pkt 80 niniejszej opinii — umowa zostanie uznana za zawartą na czas nieokreślony, a w takim przypadku nie może ona skorzystać z wyłączenia grupowego przewidzianego w rozporządzeniu nr 2790/1999.

41 — Należy podnieść, że w uwagach na piśmie Komisja wskazuje, że udział CEPSA w rynku jest mniejszy niż próg określony w art. 3 rozporządzenia nr 2790/1999. Oczywiście sąd krajowy musi sprawdzić to stwierdzenie i ostatecznie ustalić wielkość udziału CEPSA w rynku.

79. Gdyby natomiast klauzula korzystała z wyłączenia grupowego na podstawie rozporządzenia nr 1984/83, nie spełniając warunków rozporządzenia nr 2790/1999, tak że warunki przewidziane przez to drugie rozporządzenie miały zastosowanie najpóźniej od dnia 1 stycznia 2002 r., to ta klauzula umowna mogłaby skorzystać z reżimu wyłączeń przewidzianego w rozporządzeniu nr 2790/1999 do czasu wygaśnięcia umowy początkowej, chyba że umowa ta zostanie uznana w świetle art. 5 tego rozporządzenia za umowę zawartą na czas nieokreślony.

80. W tej kwestii stwierdzam z zainteresowaniem, że z postanowienia odsyłającego wynika, iż umowa początkowa zawarta na 10 lat może być przedłużana na kolejne okresy pięcioletnie na podstawie wyraźnego i pisemnego porozumienia zawartego co najmniej z sześciomiesięcznym wyprzedzeniem. O ile określenie znaczenia tego postanowienia umowy zgodnie z właściwym prawem krajowym należy z pewnością do sądu krajowego, to wykorzystanie wcześniejszego zawiadomienia okazuje się raczej zaskakujące, między innymi z tego powodu, że ani z postanowienia odsyłającego, ani z rozprawy przed Trybunałem nie wynika jasno, czy to wcześniejsze zawiadomienie dotyczy zamiaru nieprzedłużania umowy (co niechybnie oznacza, że w przypadku braku takiego wcześniejszego zawiadomienia umowa jest obowiązkowo przedłużana i tym samym milcząco odnawialna), czy też zamiaru jej przedłużenia (co oznacza, że jeśli wcześniejsze zawiadomienie zostaje złożone należycie, druga strona nie może odmówić przedłużenia umowy). W każdym razie gdyby po zbadaniu tej klauzuli sąd krajowy uznał, że chodzi o formę milczącego przedłużenia, klauzula wyłączności nie mogłaby zostać objęta ani wyłączeniem grupowym przewidzianym w rozporządzeniu nr 1984/83, ani wyłączeniem przewidzianym w rozporządzeniu nr 2790/1999, ponieważ należałoby ją uznać za zawartą na czas nieokreślony w rozumieniu, odpowiednio, art. 12 ust 1 lit. c) rozporządzenia nr 1984/83 [42] i art. 5 rozporządzenia nr 2790/1999 [43].

81. Z uwagi na powyższe rozważania proponuję, aby na pytanie pierwsze lit. b) i c) postawione przez sąd krajowy odpowiedzieć w ten sposób, że w przypadku istnienia prawdziwej umowy agencji między dostawcą paliw i prowadzącym stację paliw klauzula w sprawie wyłącznego zakupu może skorzystać z wyłączenia grupowego przewidzianego w rozporządzeniu nr 1984/83, o ile spełnia ona warunki przewidziane w tym rozporządzeniu, a w szczególności ten, który dotyczy okresu obowiązywania takiej klauzuli. W tym kontekście okres obowiązywania tej klauzuli wynoszący maksymalnie 10 lat, o którym mowa w art. 12 ust. 1 lit. c) rozporządzenia nr 1984/83, jest uzasadniony, jeżeli korzyści finansowe i handlowe przyznane przez dostawcę są na tyle istotne, że w razie ich braku jest wysoce nieprawdopodobne, by prowadzący stację mógł wejść na rynek usług pośrednictwa polegającego na sprzedaży paliw. Sąd krajowy musi ocenić, czy taka sytuacja ma miejsce w zawisłej przed nim sprawie, biorąc pod uwagę między innymi rzeczywisty okres obowiązywania klauzuli w sprawie wyłącznego zakupu uzgodnionej przez strony spornej umowy, wysokość inwestycji poczynionych przez dostawcę i prowadzącego stację oraz ich amortyzację.

42 — Zobacz analogicznie w odniesieniu do wykładni art. 3 lit. d) rozporządzenia nr 1984/83 wyrok Sądu z dnia 8 czerwca 1995 r. w sprawie T-7/93 Langnese-Iglo przeciwko Komisji, Rec. s. II-1533, pkt 138.

43 — Jeśli w postępowaniu przed sądem krajowym sąd ten będzie musiał uznać, że w świetle prawa krajowego klauzula o wyłączności została zawarta na okres przekraczający 10 lat, zbadanie zakresu korzyści gospodarczych lub finansowych przyznanych przez CEPSA może ostatecznie okazać się zbędne.

2. Hipoteza dotycząca istnienia stosunku umownego między dwoma niezależnymi przedsiębiorstwami (umowa dystrybucyjna)

82. Przy założeniu istnienia stosunku umownego typu „umowa dystrybucyjna między dwoma niezależnymi gospodarczo przedsiębiorstwami", który zasadniczo może skorzystać z zastosowania wyłączenia grupowego przewidzianego w rozporządzeniu nr 1984/83, wydaje mi się — podobnie jak utrzymywała Komisja — że możliwość zastosowania tego rozporządzenia, a w szczególności warunku dotyczącego okresu obowiązywania porozumienia, zależy od zgodności z art. 85 traktatu klauzuli dotyczącej zobowiązania spoczywającego na prowadzącym stację paliw do sprzedaży paliw po cenie ustalonej przez dostawcę.

83. W tym przypadku klauzula dotycząca ustalania przez dostawcę ceny sprzedaży detalicznej paliw stanowi bowiem ograniczenie konkurencji objęte zakresem zastosowania art. 85 ust. 1 traktatu, które nie figuruje wśród zobowiązań, które obok klauzuli wyłączności przewidzianej w art. 10 rozporządzenia nr 1984/83 mogą być nakładane na prowadzącego stację na podstawie art. 11 tego rozporządzenia, tak iż porozumienie przewidujące zobowiązanie prowadzącego stację do przestrzegania ceny sprzedaży detalicznej ustalonej przez dostawcę nie podlega art. 10–13 tego rozporządzenia [44]. Wynika stąd, że w takim przypadku wcale nie trzeba wypowiadać się w przedmiocie dopuszczalnego okresu obowiązywania porozumienia o wyłączności przewidzianego w rozporządzeniu nr 1984/83.

84. W pytaniu drugim lit. c) in fine sąd krajowy zdaje się ponadto rozważać możliwość, w której porozumienie — mimo to, że nie może ono skorzystać z wyłączenia grupowego przewidzianego w rozporządzeniu nr 1984/83 ze względu na zobowiązanie prowadzącego stację do przestrzegania ceny sprzedaży detalicznej ustalonej przez dostawcę — może odzyskać swoją „ważność" z tego powodu, że w listopadzie 2001 r. dostawca upoważnił prowadzącego stację do zmniejszenia ceny sprzedaży bez szkody dla przychodów tego pierwszego.

85. W tej kwestii należy najpierw przypomnieć, że do zadań Trybunału nie należy ustalanie znaczenia decyzji dostawcy, która wywiera wpływ na klauzulę umowną dotyczącą ustalania przez niego ceny sprzedaży detalicznej paliw. Kwestia ta nie należy do kompetencji Trybunału w ramach postępowania w sprawie wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym i — tak jak Komisja wskazała w swoich uwagach na piśmie — uważam, że podlega ona prawu krajowemu.

86. Zakładając więc, że taka decyzja ze strony dostawcy paliw zostanie uznana za „jednostronną zmianę" klauzuli umownej dotyczącej ceny [45] i że taka zmiana jest dopuszczalna w świetle prawa hiszpańskiego, należy ustalić, po pierwsze, czy taka zmiana rzeczywiście prowadzi do zniesienia ograniczenia konkurencji polegającego na ustalaniu przez dostawcę ceny sprzedaży detalicznej paliw, a po drugie, czy w przypadku odpowiedzi

44 — Wyżej wymieniony wyrok w sprawie Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio, pkt 64 i pkt 2 sentencji.

45 — Należy zauważyć, że strony postępowania przed sądem krajowym sprzeciwiają się temu, by zezwolenie udzielone przez CEPSA zostało zakwalifikowane w taki sposób.

twierdzącej na poprzednie pytanie, czy taka zmiana ma skutek wsteczny, czy też wiąże jedynie na przyszłość.

87. Jednakże gdyby nawet przyjąć, że jednostronne dostosowanie do art. 85 traktatu klauzuli zobowiązującej dystrybutora do odsprzedaży produktu, którego cena została ustalona przez dostawcę, powoduje, że klauzula tego rodzaju staje się ważna ze skutkiem wstecznym, w co jednak wątpię [46], nie oznacza to wcale, że badanie zgodności klauzuli dotyczącej wyłączności dostaw z art. 85 traktatu staje się zbyteczne, w szczególności jeśli chodzi o okres obowiązywania takiej wyłączności. Niezależnie bowiem od tego, czy stosunek umowny będący przedmiotem sporu przed sądem krajowym stanowi prawdziwy stosunek agencyjny czy też nie, kwestia zgodności klauzuli o wyłączności dostaw z art. 85 traktatu pojawiłaby się w każdym razie i to w sposób przynajmniej analogiczny do tego, który został przedstawiony w pkt 65–80 niniejszej opinii, tak że w konsekwencji jednostronna zmiana dodatkowego ograniczenia dotyczącego ustalania ceny sprzedaży detalicznej przez dostawcę nie może doprowadzić ipso facto do ważności początkowej umowy.

88. Wówczas przy założeniu, że czas obowiązywania wyłączności dostaw, nieprzekraczający 10 lat, musi zostać uznany za uzasadniony w postępowaniu przed sądem krajowym, sąd ten powinien w świetle stanu faktycznego i prawnego zawisłego przed nim sporu udzielić odpowiedzi na pytania wskazane w pkt 86 niniejszej opinii.

89. Uznaję za potrzebne sformułowanie kilku uwag co do istoty sprawy w tym zakresie.

90. W odniesieniu do kwestii, czy rzekoma jednostronna zmiana przez CEPSA klauzuli umownej dotyczącej ceny prowadzi do dostosowania tej klauzuli do art. 85 traktatu, treść decyzji CEPSA z listopada 2001 r. — tak jak została ona przedstawiona przez sąd krajowy — zdaje się przyznawać prowadzącemu stację paliw większą swobodę, ponieważ nie jest on już dłużej zmuszony do przestrzegania ustalonej przez dostawcę ceny sprzedaży detalicznej i tym samym może przyznawać swoim klientom rabaty, wspierając w ten sposób konkurencję między dystrybutorami w obrębie marki.

91. Niemniej — wbrew temu, co twierdziła CEPSA — maksymalna lub zalecana dystrybutorowi przez dostawcę cena sprzedaży, o ile ma to miejsce w sprawie przed sądem krajowym na skutek przywołanej powyżej decyzji CEPSA, nie korzysta automatycznie z wyjątku od zakazu wyrażonego w art. 85 ust. 1 traktatu. Jak wynika bowiem z brzmienia art. 4 lit. a) rozporządzenia nr 2790/1999, wyłączenie grupowe mające zastosowanie do porozumień wertykalnych, których ono dotyczy, może wprawdzie znaleźć zastosowanie w sytuacji, gdy dostawca narzuca maksymalne lub zalecane

46 — Ze względu na zasadę wyrażoną w art. 85 ust. 2 traktatu, zgodnie z którą porozumienia zakazane w art. 85 traktatu są nieważne z mocy prawa. Zobacz w tej kwestii pkt 94–98 niniejszej opinii.

ceny sprzedaży, ale „pod warunkiem że nie są one równe ze stałą lub minimalną ceną sprzedaży wynikającą z nacisku lub bodźców stwarzanych przez strony". Warunek taki nie wydaje się spełniony, jeśli pomimo wskazania ceny maksymalnej lub zalecanej marża dystrybutora jest ustalana przez dostawcę [47] w taki sposób, że w praktyce dystrybutor nie może udzielać swoim klientom rabatów przy pomocy tej marży, a ponadto jeśli ten dystrybutor musi jednocześnie zapewnić dostawcy stałe przychody. W takim przypadku na dystrybutora nałożona byłaby w sposób pośredni stała lub minimalna cena sprzedaży. Ponadto nie można wykluczyć, że cena maksymalna lub zalecana przez dostawcę może — ze względu na pozycję zajmowaną przez niego na rynku lub środki zachęcające bądź kary, jakimi dysponuje dostawca, w przypadku gdy taka cena nie jest przestrzegana — spowodować, że prowadzący stacje paliw dostosują się do tej ceny w jednolity sposób, tak że odejście od takiej ceny będzie trudne, o ile nie będzie to wręcz niemożliwe [48].

92. Zatem przy założeniu, że sąd krajowy ustali, że stosunek umowny w postępowaniu przed sądem krajowym należy uznać za stosunek dystrybucji między dwoma niezależnymi przedsiębiorstwami, będzie on musiał zbadać całość okoliczności sprawy przed sądem krajowym, aby móc ustalić, czy na skutek decyzji CEPSA z listopada 2001 r. przedsiębiorstwo to nałożyło na Tobar, co najmniej w sposób pośredni, zobowiązanie do przestrzegania stałej lub minimalnej ceny sprzedaży.

93. Jeśli ma to miejsce — i tym samym przechodzę do pytania drugiego przedstawionego w pkt 86 niniejszej opinii — klauzula dotycząca ceny w zmienionej wersji, jak również całość porozumienia nie mogą skorzystać z wyłączenia grupowego przewidzianego w rozporządzeniu nr 2790/1999. W braku wyłączenia indywidualnego lub innych powodów umożliwiających zastosowanie przesłanek wyłączenia na podstawie art. 85 ust. 3 traktatu [49], które są mało istotne w niniejszej sprawie [50], porozumienie to jest nieważne zgodnie z art. 85 ust. 2 traktatu.

94. Jeśli natomiast jednostronna zmiana powoduje dostosowanie klauzuli umownej dotyczącej ceny do art. 85 traktatu i sąd krajowy uzna również, że okres wyłączności dostaw korzysta z wyłączenia przewidzianego w rozporządzeniu nr 2790/1999, zmiana ta nie może — moim zdaniem — doprowadzić do retroaktywnej ważności porozumienia w świetle wyłączenia grupowego przewidzianego w rozporządzeniu nr 1984/83. Odwrotna wykładnia prowadziłaby bowiem do podważenia bezwzględnego charakteru przewidzianej w art. 85 ust. 2 traktatu nieważności z mocy prawa wszystkich porozumień zakazanych przez art. 85 traktatu [51]. Jak już wcześniej wskazałem w pkt 83

47 — Zobacz podobnie ww. wytyczne, pkt 47. Należy zauważyć, że w swoich uwagach na piśmie Tobar wskazuje, że CEPSA ustala marżę handlową prowadzących stacje paliw.

48 — Zobacz podobnie ww. wytyczne, pkt 47 i 227.

49 — Strony takiego porozumienia miałyby bowiem także możliwość (w niniejszym przypadku teoretyczną) zwrócenia się do Komisji z prośbą o wydanie decyzji indywidualnej w sprawie niemożności zastosowania art. 85 ust. 1 traktatu lub twierdzenia, że są spełnione warunki przewidziane w innym rozporządzeniu w sprawie wyłączeń odnoszących się do innych kategorii porozumień lub też wykazania, że porozumienie nie jest niezgodne z art. 85 ust. 1 traktatu z innych względów: zobacz w tym zakresie wyrok z dnia 18 grudnia 1986 r. w sprawie 10/86 VAG France, Rec. s. 4071, pkt 12 i 13 i ww. wyrok w sprawie Delimitis, pkt 41.

50 — Przypadki przywołane w poprzednim przypisie ani nie zostały wzięte pod uwagę przez sąd krajowy, ani nie zostały przywołane przez strony postępowania przed sądem krajowym.

51 — Zobacz w tym zakresie wyrok z dnia 13 lipca 2006 r. w sprawach połączonych od C-295/04 do C-298/04 Manfredi i in., Zb.Orz. s. I-6619, pkt 57 i przytoczone tam orzecznictwo.

niniejszej opinii, ustalanie przez dostawcę ceny sprzedaży detalicznej paliw nie pozwala, aby porozumienie o wyłączności zawarte między dostawcą i prowadzącym stację paliw mogło skorzystać z zastosowania właściwych przepisów rozporządzenia nr 1984/83, wobec czego — w przypadku gdy nie istnieją inne względy umożliwiające zastosowanie przesłanek wyłączenia na podstawie art. 85 ust. 3 traktatu — należy uznać, iż porozumienie to jest nieważne i nie może odzyskać nagle „ważności" z powodu ewentualnej jednostronnej zmiany klauzuli regulującej ustalanie tej ceny.

95. W świetle powyższych rozważań proponuję odpowiedzieć na pytanie drugie lit. b) i c) w ten sposób, że postanowienia umowy dystrybucyjnej zawartej między dostawcą paliw i prowadzącym stację paliw, na podstawie której prowadzący stację zobowiązuje się do zakupu paliw będących przedmiotem tej umowy na zasadzie wyłączności, mogą skorzystać z wyłączenia grupowego przewidzianego w rozporządzeniu nr 1984/83. Artykuły 10–13 rozporządzenia nr 1984/83 należy interpretować w ten sposób, że taka umowa nie jest objęta tym rozporządzeniem, w zakresie w jakim przewiduje ona zobowiązanie prowadzącego stację paliw do przestrzegania ceny sprzedaży detalicznej ustalonej przez dostawcę. Dostosowanie do art. 85 traktatu klauzuli umownej dotyczącej ustalania przez dostawcę ceny sprzedaży detalicznej nie prowadzi do usunięcia ze skutkiem wstecznym nieważności postanowień umowy, które były sprzeczne z tym artykułem przed datą tego dostosowania. Wspomniane powyżej dostosowanie nie zwalnia również takiej umowy, jeśli ma ona zostać objęta wyłączeniem grupowym przewidzianym w przepisach rozporządzenia nr 1984/83 lub następnie w przepisach rozporządzenia nr 2790/1999, z obowiązku spełnienia warunków przewidzianych w tych rozporządzeniach, a w szczególności warunku dotyczącego dopuszczalnego okresu obowiązywania wyłączności dostaw.

C — W przedmiocie skutków ewentualnej nieważności umowy (pytanie pierwsze lit. d))

96. Sąd krajowy chciałby ustalić, czy w przypadku prawdziwego stosunku agencji i przy założeniu, że klauzula o wyłączności dostaw nie może skorzystać z wyłączenia grupowego przewidzianego w rozporządzeniu nr 1984/83, nieważność z mocy prawa, o której mowa w art. 85 ust. 2 traktatu dotyczy tylko tej klauzuli czy całej umowy.

97. Tytułem wstępu należy przypomnieć, że na nieważność przewidzianą w art. 85 ust. 2 traktatu mogą powołać się wszyscy i że wiąże ona sąd, skoro tylko spełnione są przesłanki stosowania art. 85 ust. 1 traktatu i dane porozumienie nie uzasadnia przyznania zwolnienia na podstawie art. 85 ust. 3 traktatu. Jako że ta nieważność jest bezwzględna, porozumienie nieważne na podstawie tego postanowienia nie wywołuje skutków w stosunkach między stronami porozumienia i nie można się na nie powoływać wobec osób trzecich. Ponadto nieważność ta może mieć wpływ na wszystkie przeszłe i przyszłe skutki danego porozumienia lub decyzji [52].

52 — Ibidem.

98. Niemniej jednak nieważność z mocy prawa przewidziana w art. 85 ust. 2 traktatu nie wywiera *automatycznie* wpływu na całość danego porozumienia. Nieważność ta ma bowiem zastosowanie jedynie do tych elementów porozumienia, które są objęte zakazem wyrażonym w art. 85 ust. 1 traktatu lub do całego porozumienia, jeśli tych elementów nie da się oddzielić od samego porozumienia [53].

99. Jeśli klauzule umowne niezgodne z art. 85 ust. 1 traktatu da się oddzielić od samego porozumienia, konsekwencje nieważności takich klauzul dla pozostałych elementów porozumienia lub innych wynikających z niego zobowiązań nie podlegają prawu wspólnotowemu, lecz muszą zostać ocenione w świetle prawa krajowego [54]. Do sądu krajowego należy więc ocena — zgodnie z prawem krajowym — zasięgu i konsekwencji ewentualnego zakazu pewnych klauzul na podstawie art. 85 traktatu dla całości stosunków umownych rozpatrywanych w sprawie przed sądem krajowym [55].

100. Wobec tego proponuję, aby na pytanie pierwsze lit. d) odpowiedzieć w ten sposób, że nieważność z mocy prawa przewidziana w art. 85 ust. 2 traktatu dotyczy klauzul porozumienia, które naruszają zakaz zawarty w art. 85 ust. 1 traktatu, o ile nie znajduje zastosowania wyłączenie na podstawie art. 85 ust. 3 traktatu, chyba że nie da się oddzielić zakazanych elementów od tego porozumienia, w którym to przypadku nieważność dotyczy całego porozumienia. W sytuacji gdy zakazane elementy da się oddzielić od pozostałych elementów porozumienia, prawo wspólnotowe nie reguluje skutków nieważności zakazanych klauzul dla pozostałych elementów tego porozumienia.

53 — Wyrok z dnia 30 czerwca 1966 r. w sprawie 56/65 LTM, Rec. s. 337 i ww. wyrok w sprawie Delimitis, pkt 40.

54 — Zobacz w szczególności ww. wyrok w sprawie VAG France, pkt 14 i wyroki: z dnia 30 kwietnia 1998 r. w sprawie C-230/96 Cabour, Rec. s. I-2055, pkt 51, z dnia 30 listopada 2006 r. w sprawach połączonych C-376/05 i C-377/05 Brünsteiner i Hilgert, Zb.Orz. s. I-11383, pkt 48.

55 — Ibidem.

VI — Wnioski

101. W świetle powyższych rozważań proponuję, aby Trybunał odpowiedział w następujący sposób na pytania prejudycjalne zadane przez Audiencia Provincial de Madrid:

1) Jeśli chodzi o rynek sprzedaży towarów osobom trzecim, klauzule umowy agencji, w tym klauzula dotycząca ustalania ceny sprzedaży detalicznej, które wiążą

dostawcę paliw i prowadzącego stację paliw i na podstawie których ten ostatni ponosi co najwyżej nieznaczącą część ryzyka finansowego i handlowego związanego ze sprzedażą tych towarów, nie stanowią porozumień między przedsiębiorstwami w rozumieniu art. 85 ust. 1 traktatu WE (obecnie art. 81 ust. 1 WE), nawet jeśli umowa ta zawiera również klauzulę o zakazie konkurencji lub wyłączności, w której prowadzący stację paliw zobowiązuje się do zaopatrywania się u dostawcy na zasadzie wyłączności.

Porozumienie między przedsiębiorstwami w rozumieniu art. 85 ust. 1 traktatu stanowi zawarta w takiej umowie klauzula o zakazie konkurencji lub wyłączności, w której prowadzący stację paliw zobowiązuje się do zaopatrywania się u dostawcy na zasadzie wyłączności i która odnosi się do rynku usług pośrednictwa.

Podobnie porozumienie między przedsiębiorstwami w rozumieniu art. 85 ust. 1 traktatu stanowi umowa dystrybucyjna zawarta między dostawcą i prowadzącym stację paliw, jeśli prowadzący stację ponosi w nie nieznaczącym zakresie ryzyko lub różne rodzaje ryzyka finansowego i handlowego związanego ze sprzedażą tych paliw osobom trzecim.

Aby ustalić, czy art. 85 ust. 1 traktatu ma zastosowanie w sprawie przed sądem krajowym, sąd ten musi dokonać — przy uwzględnieniu klauzul zawartych w spornej umowie — oceny rzeczywistego podziału ryzyka finansowego i handlowego między prowadzącym stację paliw i dostawcą, biorąc pod uwagę ryzyko związane ze sprzedażą towarów i ryzyko związane z inwestycjami specyficznymi dla rynku. W tym kontekście i z zastrzeżeniem, że spełnione są przesłanki zastosowania art. 85 ust. 1 traktatu, zobowiązanie nałożone na prowadzącego stację paliw do sprzedaży paliw po cenie ustalonej przez dostawcę jest niezgodne z art. 85 ust. 1 lit. a) traktatu.

2) W przypadku istnienia prawdziwej umowy agencji między dostawcą paliw i prowadzącym stację paliw klauzula, w której ten ostatni zobowiązuje się do zaopatrywania się u dostawcy na zasadzie wyłączności, może skorzystać z wyłączenia grupowego przewidzianego w rozporządzeniu Komisji (EWG) nr 1984/83 z dnia 22 czerwca 1983 r. w sprawie stosowania art. 85 ust. 3 traktatu do kategorii porozumień dotyczących zakupów wyłącznych, o ile spełnia ona warunki przewidziane w tym rozporządzeniu, a w szczególności ten, który dotyczy dopuszczalnego okresu obowiązywania takiej klauzuli.

W tym kontekście okres obowiązywania tej klauzuli wynoszący maksymalnie 10 lat, o którym mowa w art. 12 ust. 1 lit. c) rozporządzenia nr 1984/83, jest uzasadniony, jeżeli korzyści finansowe i handlowe przyznane przez dostawcę są na tyle istotne, że w razie ich braku jest wysoce nieprawdopodobne, by prowadzący stację mógł wejść na rynek sprzedaży detalicznej paliw. Sąd krajowy musi ocenić, czy taka sytuacja ma miejsce w zawisłej przed nim sprawie, biorąc pod uwagę między innymi rzeczywisty okres obowiązywania klauzuli w sprawie wyłącznego zakupu uzgodnionej przez strony spornej umowy, wysokość inwestycji poczynionych przez dostawcę i prowadzącego stację oraz ich amortyzację.

3) Postanowienia umowy dystrybucyjnej zawartej między dostawcą paliw i prowadzącym stację paliw, na podstawie której ten ostatni zobowiązuje się do zaopatrywania się u danego dostawcy na zasadzie wyłączności, mogą skorzystać z wyłączenia grupowego przewidzianego w rozporządzeniu nr 1984/83. Artykuły 10–13 rozporządzenia nr 1984/83 należy interpretować w ten sposób, że taka umowa nie jest objęta tym rozporządzeniem, w zakresie w jakim przewiduje ona zobowiązanie prowadzącego stację paliw do przestrzegania ceny sprzedaży detalicznej ustalonej przez dostawcę. Dostosowanie do art. 85 traktatu klauzuli umownej dotyczącej ustalania przez dostawcę ceny sprzedaży detalicznej nie prowadzi do usunięcia ze skutkiem wstecznym nieważności postanowień umowy, które były sprzeczne z tym artykułem przed datą tego dostosowania. Wspomniane dosto-

sowanie nie zwalnia również takiej umowy, jeśli ma ona zostać objęta wyłączeniem grupowym przewidzianym w przepisach rozporządzenia nr 1984/83 lub następnie w przepisach rozporządzenia Komisji (WE) nr 2790/1999 z dnia 22 grudnia 1999 r. w sprawie stosowania art. 85 ust. 3 traktatu do kategorii porozumień wertykalnych i praktyk uzgodnionych, z obowiązku spełnienia warunków przewidzianych w tych rozporządzeniach, a w szczególności warunku dotyczącego dopuszczalnego okresu obowiązywania wyłączności dostaw.

4) Skutki nieważności z mocy prawa przewidzianej w art. 85 ust. 2 traktatu dotyczą klauzul porozumienia, które naruszają zakaz zawarty w art. 85 ust. 1 traktatu, o ile nie znajduje zastosowania wyłączenie na podstawie art. 85 ust. 3 traktatu, chyba że nie da się oddzielić zakazanych elementów od tego porozumienia, w którym to przypadku nieważność dotyczy całego porozumienia. W sytuacji gdy zakazane elementy da się oddzielić od pozostałych elementów porozumienia, prawo wspólnotowe nie reguluje skutków nieważności zakazanych klauzul dla pozostałych elementów tego porozumienia.