SKLEPNI PREDLOGI GENERALNEGA PRAVOBRANILCA PAOLA MENGOZZIJA,

predstavljeni 13. marca 2008 [1]

I – Uvod

1. Audiencia Provincial de Madrid (Španija) je z odločbo z dne 16. junija 2006 Sodišču postavilo vprašanji za predhodno odločanje o razlagi člena 85(1) Pogodbe (postal člen 81(1) ES) in Uredbe Komisije (EGS) št. 1984/83 z dne 22. junija 1983 o uporabi člena 85(3) Pogodbe za skupine sporazumov o izključni nabavi [2].

2. Predlog je bil vložen v okviru spora med družbo CEPSA, Estaciones de Servicio SA (v nadaljevanju: CEPSA), predlagateljico v glavni stvari, in imetnikom bencinske postaje, LV Tobar e Hijos, SL (v nadaljevanju: Tobar), toženo stranka v glavni stvari, zaradi omejevanja konkurence, ki se očita CEPSI in ki naj bi izhajalo iz pogodbe o izključni nabavi, sklenjeni med strankama.

1 – Jezik izvirnika: francoščina.

2 – UL L 173, str. 5, in popravek v UL 1984, L 79, str. 38.

II – Pravni okvir

3. Uredba št. 1984/83 s področja uporabe člena 85(1) Pogodbe izključuje določene skupine sporazumov o izključni nabavi in usklajena ravnanja, ki praviloma izpolnjujejo pogoje, določene v odstavku 3 tega člena, ker na splošno izboljšujejo distribucijo proizvodov.

4. V skladu s členom 3(d) navedene uredbe se ta izjema ne uporablja, če je sporazum sklenjen za nedoločen čas oziroma za več kot pet let.

5. V Uredbi št. 1984/83 so v členih od 10 do 13 posebne določbe za sporazume o bencinskih postajah.

6. Člen 10 navedene uredbe določa:

„V skladu s členom 85(3) Pogodbe in s pogoji iz členov od 11 do 13 te uredbe, člen 85(1)

navedene pogodbe ne velja za sporazume, v katerih sta udeleženi le dve podjetji in v katerih se eno, preprodajalec, nasproti drugemu, dobavitelju, v zameno za dodelitev posebnih gospodarskih ali finančnih prednosti zaveže, da bo nabavljal samo pri njem, pri podjetju, ki je z njim povezano, ali pri tretjem podjetju, ki ga je zadolžilo za distribucijo njegovih proizvodov, z namenom nadaljnje prodaje na bencinski postaji, določeni v sporazumu, nekaterih goriv za motorna vozila in drugih goriv na osnovi naftnih proizvodov, ki so natančno določeni v sporazumu."

7. Člen 11 navedene uredbe določa:

„Razen obveznosti iz člena 10 preprodajalcu ni mogoče naložiti nobene druge omejitve konkurence kot:

a) obveznost, da na bencinski postaji, določeni v sporazumu, ne preprodaja goriv za motorna vozila ali drugih goriv, ki jih dobavljajo tretja podjetja;

b) obveznost, da na bencinski postaji, določeni v sporazumu, ne uporablja maziv ali povezanih naftnih proizvodov, ki jih ponujajo tretja podjetja, če je dobavitelj ali z njim povezano podjetje dalo preprodajalcu na voljo ali financiralo opremo za spuščanje olj ali druge naprave za oljenje motornih vozil;

c) obveznost, da proizvode, ki jih dobavljajo tretja podjetja, oglašuje znotraj in izven bencinske postaje samo sorazmerno z deležem, ki ga ti proizvodi pomenijo v skupnem prometu bencinske postaje;

d) obveznost, da skladiščne naprave ali naprave za distribucijo naftnih proizvodov, ki so njegova last ali jih financira dobavitelj ali z njim povezano podjetje, nadzira le dobavitelj ali podjetje, ki ga ta določi."

8. Člen 12 Uredbe št. 1984/83 našteva klavzule in pogodbene zaveze, ki preprečujejo uporabo člena 10, med njimi pogoj, da pogodba ne sme biti sklenjena za nedoločen čas oziroma za več kot deset let.

9. Člen 13 te uredbe predvideva uporabo členov 2(1) in (3), 3(a) in (b), 4 in 5 te uredbe za sporazume o bencinskih postajah po analogiji.

10. V trinajsti uvodni izjavi te uredbe je navedeno:

„[…] za te sporazume je na splošno značilno, da, dobavitelj preprodajalcu nakloni še posebej pomembne gospodarske in finančne ugodnosti, s tem da mu izplača denarne zneske za izgubljena sredstva, mu nudi oziroma ga oskrbuje s posojili pod ugodnimi pogoji, mu da na voljo zemljišče oziroma prostore za obratovanje […] bencinske postaje, s tem da lahko preprodajalec uporablja tehnične naprave oziroma drugo opremo oziroma jamči za druge naložbe v korist preprodajalca, in da, preprodajalec sprejme dolgoročno zavezo o izključni nabavi od dobavitelja, na splošno skupaj s prepovedjo konkurence."

11. Uredba št. 1984/83 je bila razveljavljena z Uredbo Komisije (ES) št. 2790/1999 z dne 22. decembra 1999 o uporabi člena 81(3) ES za skupine vertikalnih sporazumov in usklajenih ravnanj [3], ki je začela veljati 1. januarja 2000.

12. Člen 4(a) Uredbe št. 2790/1999 določa, da izjema, predvidena v členu 81(1) ES, ne velja za vertikalne sporazume, katerih namen je, neposredno ali posredno, samostojno ali v kombinaciji z drugimi dejavniki pod nadzorom pogodbenih strank „omejitev možnosti kupca, da določi svojo prodajno ceno, brez poseganja v možnost dobavitelja, da določi maksimalno prodajno ceno ali priporoči prodajno ceno, pod pogojem, da to ne vodi k fiksnim ali minimalnim prodajnim cenam zaradi pritiska ali spodbud katere koli pogodbene stranke".

13. V skladu s členom 5 te uredbe izjema, predvidena v členu 2, ne velja za nobeno obveznost o neposredni ali posredni prepovedi konkurence, katere trajanje je nedoločeno ali daljše od petih let. Šteje se, da je bila prepoved konkurence, ki se molče podaljša po preteku petih let, dogovorjena za nedoločen čas.

14. Na podlagi člena 12 Uredbe št. 2790/1999 se prepoved, določena v členu 81(1) ES, od 1. junija 2000 do 31. decembra 2001 ne uporablja za sporazume, ki so že veljali 31. maja 2000 in ne izpolnjujejo pogojev za izjeme, predvidene v tej uredbi, vendar izpolnjujejo pogoje za izjeme, predvidene med drugim v Uredbi št. 1984/83.

3 – UL L 336, str. 21.

III – Spor o glavni stvari in vprašanji za predhodno odločanje

15. Stranki v glavni stvari sta 7. februarja 1996 sklenili „pogodbo o pravici do uporabe blagovne znamke, tehnični in trgovinski podpori ter oskrbi po sistemu imetnik komisionar bencinske postaje“.

16. Iz predložitvene odločbe izhaja, da pogodbeni odnos med CEPSO in Tobarjem po vsebini določajo tri vrste pogodbenih klavzul, in sicer, prvič, določilo o izključni nabavi, ki ga predložitveno sodišče opredeljuje tudi kot „klavzulo o prepovedi konkurence“ [4], drugič, klavzule o delitvi stroškov in tveganja ter, tretjič, klavzule o plačilu motornega goriva in goriva.

17. Glede klavzule o izključni nabavi oziroma prepovedi konkurence se je Tobar zavezal, da bo pri CEPSI izključno nabavljal gorivo, vključno z gorivom za motorna vozila, ter maziva in druge povezane proizvode z namenom njihove prodaje na bencinski postaji po točno določeni maloprodajni ceni in ob spoštovanju pogojev in tehnik prodaje in uporabe, ki jih je uvedel navedeni dobavitelj. Ta obveznost je bila dogovorjena za deset let, z možnostjo podaljšanja za zaporedna obdobja petih let z izrecnim pisnim soglasjem s predhodnim obvestilom najmanj šestih mesecev. Tobarju so bili prepovedani tudi prodaja in oglaševanje konkurenčnih proizvodov in sodelovanje pri teh dejavnostih, na bencinski postaji in v njeni okolici.

18. Glede določil o delitvi tveganja je bil Tobar dolžan prevzeti tveganja za proizvode do vključno dobave dobavitelja v rezervoarje za skladiščenje in jih hraniti v zahtevanih pogojih, da se izključita vsaka izguba oziroma njihovo poslabšanje. Drugič, Tobar je bil tako nasproti dobavitelju kot tretjim osebam odgovoren za vsako izgubo, onesnaženje in pomešanje, ki bi lahko vplivali na navedene proizvode, ter za vsako morebitno škodo, ki bi jo lahko ti proizvodi povzročili [5]. Tretjič, tudi če Tobar ni prevzel tveganja za neplačane dolgove, ki so izhajali iz uporabe kreditne kartice CEPSA CARD, je zagotavljal in odgovarjal za stranke, ki so z njegovim posredovanjem pristopile k uporabi te kartice oziroma ki jim je neposredno odobril posojilo. Tobar je sodeloval tudi pri financiranju majhnega dela stroškov, povezanih z uporabo kartice zvestobe CEPSA. V zameno je CEPSA prevzela stroške prevoza proizvodov in stroške namestitve in vzdrževanja bencinske postaje, povezane s podobo svoje znamke. Poleg tega je CEPSA na Tobarja prenesla rezervoarje in črpalke za gorivo, ki jih je moral imetnik bencinske postaje uporabljati samo za prodajo proizvodov, ki jih je dobavila

4 – Uporabo teh izrazov predložitvenega sodišča brez razlikovanja je mogoče razumeti v smislu okoliščine, da v nasprotju s pogodbami o izključni nabavi drugih proizvodov, na primer piva, pogodbo o izključni nabavi goriv in goriv za motorna vozila izključno iz vsebinskega zornega kota opredeljuje prodaja le ene znamke na določeni bencinski postaji (zahteva po izključnem poslovanju). Glej v tem smislu sodbo z dne 7. decembra 2000 v zadevi Neste (C-214/99, Recueil, str. I-11121, točka 31).

5 – Vključno s tveganjem za izgube, ki jih povzročijo višja sila ali razlika med količino dobavljenih in prodanih proizvodov zaradi temperaturnih razlik goriva za motorna vozila oziroma drugi dejavniki.

CEPSA, in jih je moral vrniti, če je prenehal odobreno dejavnost. Kljub temu je morala bencinska postaja skleniti garancijo na prvi poziv v korist CEPSE za znesek vrednosti tehničnih naprav.

19. Glede določb o plačilu goriva za motorna vozila in drugega goriva, Tobar je moral plačati gorivo za motorna vozila oziroma drugo gorivo v devetih dneh od vključno dneva njihove dobave na bencinsko postajo ter na dan prve dobave skleniti in predložiti tudi bančno garancijo za skupni znesek, enak znesku za petnajstdnevno dobavo. Ob morebitnem neplačilu je lahko CEPSA unovčila garancijo, kar je povzročilo, da je bil imetnik bencinske postaje prisiljen plačati dobave vnaprej. Tobar je kot plačilo pobiral tržno provizijo, ki je veljala za vsako bencinsko postajo. Začetni znesek je bil naveden v pogodbi, ki je določala, da provizije niso nižje od povprečnega zneska provizij, ki jih drugi gospodarski subjekti z znatnim deležem na trgu plačujejo bencinskim postajam za iste proizvode na istem geografskem območju. Plačilo CEPSI, določeno glede na število litrov, dobavljenih bencinski postaji, je bilo opravljeno tako, da se je od maloprodajne cene, ki jo je določila CEPSA, vključno z davkom na dodano vrednost (v nadaljevanju: DDV), odštel znesek provizije imetnika bencinske postaje, vključno z DDV.

20. Novembra 2001 je CEPSA na Tobarja naslovila dopis, v katerem mu je odobrila, da „od vključno tega dne“ zniža prodajne cene, ne da bi znižal prihodke CEPSE.

21. Leta 2003 je imetnik bencinske postaje, potem ko je na CEPSO naslovil več dopisov, prenehal nabavljati pri tem dobavitelju in zakril njegov znak na napravah na bencinski postaji.

22. Leta 2004 je Tobar proti CEPSI vložil tožbo za razveljavitev pogodbe, v kateri je zatrjeval, da ta ni bila v skladu s členom 85 Pogodbe in da je bil njen predmet neobstoječ oziroma nezakonit zato, ker je bila določitev cene prepuščena le presoji CEPSE. Tobar je zahteval tudi odškodnino.

23. CEPSA je tožbo izpodbijala in vložila nasprotno tožbo, s katero je zahtevala izvršitev pogodbe oziroma njeno razvezo, če bi se izvršitev izkazala za nemogočo, in v obeh primerih zahtevala povračilo.

24. Juzgado de Primera Instancia de Madrid je 29. julija 2005 razveljavilo sporno pogodbo, ker ni bila skladna s členom 85(1) Pogodbe in z uredbama št. 1984/83 in št. 2790/1999.

CEPSA je proti tej sodbi vložila pritožbo pred predložitvenim sodiščem.

25. Ker je Audiencia Provincial de Madrid ugotovilo, da je za odločitev o tožbi za razveljavitev pogodbe potrebna razlaga člena 85 Pogodbe in Uredbe št. 1984/83, je prekinilo odločanje in Sodišču v predhodno odločanje predložilo ti vprašanji:

„1. Prvič

a) Ali je treba člen [85](1) [Pogodbe] razlagati tako, da ta velja za pogodbo o izključni nabavi pod blagovno znamko dobavitelja, sklenjeno leta 1996 med distributerjem naftnih proizvodov in podjetjem, imetnikom bencinske postaje, s katero se ta zaveže, da bo za določen čas prodajal izključno dobaviteljevo gorivo za motorna vozila in drugo gorivo, in da ne bo prodajal proizvodov drugih dobaviteljev, glede na to, da navedena obveznost vsebuje sporazum o prepovedi konkurence, čeprav je navedeno pogodbo v gospodarskem smislu mogoče šteti za pogodbo o trgovskem zastopanju?

b) Če bi se zanjo dejansko uporabljala ta določba, ali bi lahko veljala tudi izjema od prepovedi, če izpolnjuje zahteve iz Uredbe št. 1984/83, zlasti glede trajanja?

c) Če je tako, ali člena 10 in 12 navedene uredbe, ki dopuščata klavzulo o prepovedi konkurence, sklenjeno za več kot pet let, če gre za nasprotno dajatev v obliki gospodarskih in finančnih prednosti, zahtevata, da morajo biti navedene gospodarske in finančne prednosti znatne, ali zadostuje, da niso nepomembne? Ali je mogoče ti določbi razlagati tako, da so bile te gospodarske in finančne prednosti podeljene s pogodbami o izključni nabavi pod blagovno znamko, v katerih dobavitelj naftnih proizvodov nosi stroške namestitve in vzdrževanja podobe svoje blagovne znamke na bencinski postaji, oziroma da na voljo rezervoarje in črpalke za gorivo, ki jih imetnik bencinske postaje brez pisnega dovoljenja izključnega dobavitelja ne sme uporabljati za prodajo proizvodov, ki mu jih ni dobavil navedeni dobavitelj, in katere mora vrniti, ko jih preneha uporabljati v skladu z dovoljeno uporabo, in katerih vrednost je zavarovana z bančno garancijo na prvi poziv, ki jo je moral imetnik bencinske postaje skleniti v korist dobavitelja?

d) Če navedena izjema ne velja, ali samodejna ničnost, ki jo določa člen [85](2) [Pogodbe], vpliva na celotno pogodbo?

2. Drugič

a) Ali je treba člen 85(1) [Pogodbe] razlagati tako, da gre pri pogodbi o izključni nabavi pod blagovno znamko, kot je ta v zadevi v glavni stvari, če določa, da mora podjetje, ki je lastnik bencinske postaje, prodajati izključno dobaviteljevo gorivo za motorna vozila in drugo gorivo po maloprodajnih cenah, ki mu jih ta določi, načeloma za prepovedano omejevanje konkurence zaradi pogodbenega določanja prodajnih cen, ob upoštevanju njenega gospodarskega pomena in še posebej tveganj, ki jih je prevzel imetnik bencinske postaje, ter njegov prispevek k stroškom, povezanih z dobavo blaga, ki je predmet pogodbe, ali spodbujanjem njihove prodaje, ob upoštevanju naslednjih elementov:

— imetnik bencinske postaje se zaveže, da bo prodajal izključno dobaviteljeva maziva, druge proizvode za motorna vozila ter gorivo za motorna vozila in drugo gorivo po maloprodajnih cenah in v skladu s prodajnimi pogoji in načini prodaje in uporabe, ki jih določi dobavitelj, in sicer za obdobje desetih let, z možnostjo podaljšanja za nadaljnja zaporedna obdobja petih let na podlagi izrecnega pisnega dogovora z najmanj šestmesečnim predhodnim obvestilom;

— imetnik bencinske postaje prevzame tveganje, povezano z gorivom za motorna vozila in drugim gorivom od trenutka, ko jih prejme od dobavitelja v rezervoarje za skladiščenje na bencinski postaji, vključno s tveganjem, povezanim s prostornino. Potem ko ta imetnik sprejme proizvode, prevzame obveznost, da jih bo hranil v razmerah, potrebnih za preprečitev izgub ali poslabšanja in v tem primeru nasproti dobavitelju in tretjim odgovarja za vsako izgubo, onesnaženje ali pomešanje, ki lahko nastane na proizvodih, in za škodo, ki jo lahko ti proizvodi povzročijo;

— imetnik bencinske postaje mora dobavitelju plačati znesek za gorivo za motorna vozila in drugo gorivo v devetih dneh od vključno dneva dobave na bencinsko postajo, pred prvo dobavo pa mora skleniti bančno garancijo [v] višini celotnega zneska dobave […],

ki ustreza petnajstdnevni [dobavi], in jo predložiti na dan prve dobave. Ob morebitnem neplačilu je poleg možnosti, da dobavitelj unovči bančno garancijo, ki jo je sklenil imenik bencinske postaje, ta lahko dolžan plačati proizvode še pred njihovo dejansko dobavo na bencinsko postajo. Imetnik bencinske postaje distributerju plačilo izvrši tako, da od maloprodajne cene, ki jo določi družba za distribucijo, vključno z DDV, odšteje znesek ‚provizije', do katere je upravičen, skupaj z pripadajočim zneskom DDV. Dobavljeno gorivo se običajno proda veliko prej kot v devetih dneh po dobavi, to je v roku, v katerem ga mora tožeča stranka plačati toženi stranki. [Dobavitelj] je mesečno dolžnik ali upnik imetnika bencinske postaje, odvisno od razlik v cenah, določenih za dobavljeno gorivo, navzgor ali navzdol. Stroške prevoza proizvodov nosi dobavitelj;

— imetnik bencinske postaje jamči in odgovarja za stranke, ki so z njegovim posredovanjem začele uporabljati kreditno kartico, ki jo je ustvarila in z njo upravlja skupina družb, v kateri je tudi dobavitelj […], prihodek od nakupov, opravljenih z navedeno kreditno kartico, obračuna naslednji mesec po opravljeni prodaji, […] nosi majhen delež stroškov za uporabo družbine kartice zvestobe za naftne proizvode in […] tveganje neplačila tistih strank, ki jim neposredno odobri posojilo;

— podjetje, dobavitelj naftnih proizvodov, nosi stroške namestitve in vzdrževanja podobe svoje blagovne znamke na bencinski postaji, […] in imetniku da na voljo rezervoarje in črpalke za gorivo, ki jih ta brez pisnega dovoljenja dobavitelja ne sme uporabljati za prodajo proizvodov, ki mu jih ni dobavil zadnji, ter opremo, ki je ocenjena ravno na vrednost, za katero je imetnik bencinske postaje sklenil garancijo na prvo poziv v korist dobavitelja.

b) Če je tako, ali je treba Uredbo št. 1984/83 z dne 22. junija 1983, zlasti člene od 10 do 13, razlagati tako, da veljajo tudi za tako pogodbo, in sicer da prepoved, vsebovana v členu [85] (1) [Pogodbe], ne velja, če pogodba izpolnjuje pogoje za izjemo, vsebovane v navedenih členih uredbe?

c) Ali je treba v takem primeru člen 11 te uredbe razlagati tako, da je v obravnavani pogodbi v glavni stvari določena več kot ena omejitev konkurence, če ob

klavzuli o izključni nabavi, ki izloča konkurenco, druga pogodbena klavzula določa, da prodajno ceno določi dobavitelj? Ali dovoljenje [dobavitelja], dano [imetniku] bencinske postaje novembra 2001, da lahko [ta imetnik] zniža maloprodajne cene, kar pa ne sme vplivati na dohodke [zadevnega dobavitelja], pomeni, da je mogoče pogodbo šteti za veljavno?“

IV – Postopek pred Sodiščem

26. CEPSA, Tobar in Komisija Evropskih skupnosti so predložili pisna stališča v sladu s členom 23 Statuta Sodišča. Stališča so predstavili tudi na obravnavi 7. junija 2007.

V – Analiza

27. Predložitveno sodišče postavlja dve vrsti vprašanj, za kateri se zdi, da izhajata iz domnev o dveh nasprotnih položajih. Prva vrsta vprašanj, ki se deli na štiri dele (od a) do d)), je postavljena za primer, da je mogoče zadevni pogodbeni odnos v zadevi v glavni stvari opredeliti kot pogodbo o zastopanju med naročiteljem in posrednikom [6]. Druga vrsta vprašanj, ki se deli na tri dele (od a) do c)), je postavljena za primer, da je treba ta pogodbeni odnos obravnavati kot odnos med dvema samostojnima podjetjema in v katerem gre v bistvu za razlago člena 85 Pogodbe in Uredbe št. 1984/83 glede na dejansko stanje v zadevi v glavni stvari [7].

28. Čeprav bi bilo mogoče na vprašanji in njunih sedem podvprašanj odgovoriti po vrsti, predlagam drug način, ki nanje odgovarja glede na njihovo tematiko. Prvič, gre torej za analizo problema opredelitve pogodbe, kakršna je ta v glavni stvari, kot „sporazuma med podjetji“ v smislu člena 85(1) Pogodbe (prvo vprašanje pod a) in drugo vprašanje pod a)), drugič, za presojo v obeh primerih, ki ju je opisalo predložitveno sodišče, ali je mogoče uporabiti skupinsko izjemo, določeno v Uredbi št. 1984/83 (in nato v Uredbi št. 2790/1999) (prvo vprašanje pod b) in c) in drugo vprašanje pod b) in c)), in, tretjič, če zgornje skupinske izjeme ni mogoče uporabiti, presoditi posledice

6 – Razen besedila prvega vprašanja pod a) glej tudi predložitveno odločbo, prvi stavek točke, naslovljene „sedmič“ (str. 13 izvirne različice).

7 – V zvezi s tem navajam, da so v obrazložitvi predložitvene odločbe ne glede na to, da se vprašanja, ki jih je postavilo predložitveno sodišče, sklicujejo le na določbe Uredbe št. 1984/83, navedene določbe Uredbe št. 2790/1999, ki je upoštevna tudi v zadevi v glavni stvari.

morebitne ničnosti pogodbe (prvo vprašanje pod d)).

A – *Opredelitev pogodbe, kakršna je ta v zadevi v glavni stvari, kot sporazuma med podjetji v smislu člena 85(1) Pogodbe (prvo vprašanje pod a) in drugo vprašanje pod a))*

29. Predložitveno sodišče s prvim vprašanjem pod a) sprašuje, ali bi se, če bi bilo treba šteti, da je sporna pogodbe *pristna pogodba o zastopanju*, zanjo uporabljal člen 85(1) Pogodbe glede na določbi o izključni nabavi in prepovedi konkurence, ki jo opredeljujeta. Z drugim vprašanjem pod a) sprašuje, ali se za pogodbo, kakršna je ta v zadevi v glavni stvari, uporablja člen 85(1) Pogodbe, upoštevaje predvsem dejstvo, da prodajno ceno določi dobavitelj.

30. Kot je Sodišče že presodilo v zadevi Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio, vertikalni sporazumi, kot so pogodbe med CEPSO in imetniki bencinskih postaj, sodijo pod člen 85 Pogodbe le, če se imetnika šteje kot samostojnega gospodarskega subjekta in če, posledično, obstaja sporazum med dvema podjetjema [8]. V skladu z ustaljeno sodno prakso pojem podjetja v smislu konkurenčnega prava Skupnosti zajema vse subjekte, ki opravljajo gospodarsko dejavnost, ne glede na njihovo pravno obliko in njihov način financiranja. Poleg tega je gospodarska dejavnost vsaka dejavnost, ki na določenem trgu ponuja blago ali storitve [9].

31. Glede tega je treba pojasniti, na kar sta opozorila predložitveno sodišče in Komisija, da trgovski zastopniki načeloma opravljajo dejavnost na dveh različnih trgih, in sicer na nabavnem trgu, na katerem trgovski zastopnik ponuja lastne storitve posrednika morebitnim naročiteljem, ter na prodajnem trgu, na katerem ta zastopnik morebitnim strankam ponuja naročiteljevo blago oziroma storitve [10].

32. Na prvem trgu so trgovski zastopniki po splošnem pravilu neodvisni gospodarski subjekti, zato so podjetja v smislu člena 85(1) Pogodbe. Tako je treba določila pogodbe o trgovskem zastopanju, s katerimi naročitelj zastopniku prepoveduje delovanje za konku-

8 – Sodba z dne 14. decembra 2006 v zadevi Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio (C-217/05, ZOdl., str. I-11987, točka 39).

9 – Glej zlasti sodbo z dne 11. julija 2006 v zadevi FENIN proti Komisiji (C-205/03 P, ZOdl., str. I-6295, točka 25).

10 – V tem smislu glej tudi točko 43 sklepnih predlogov generalne pravobranilke J. Kokott, predstavljenih v zgoraj navedeni zadevi Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio.

renčna podjetja (določba o prepovedi konkurence), presojati v smislu člena 85 Pogodbe [11].

33. Nasprotno na drugem trgu, to je na trgu prodaje naročiteljevega blaga in storitev morebitnim strankam, na katerem posrednik, čeprav ima ločeno pravno osebnost, ne določi samostojno svojega ravnanja na trgu, ker je od svojega naročitelja popolnoma odvisen na podlagi dejstva, da nosi finančna in poslovna tveganja glede zadevne gospodarske dejavnosti. Če je tako, prepoved iz člena 85(1) Pogodbe za razmerja med tem posrednikom in naročiteljem načeloma ne velja [12]. Tega zastopnika je treba zato šteti za pomožni organ, ki je vključen v naročiteljevo podjetje.

34. Zdi se, da je Sodišče v zgoraj navedeni zadevi Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio glede sporazumov, sklenjenih med CEPSO in imetniki bencinskih postaj, sprejelo to delitev, ki temelji na različnih trgih, na katerih posluje zastopnik, in je delno upoštevna tudi v tej zadevi [13].

35. Potem ko je Sodišče opredelilo upoštevna merila, na podlagi katerih je mogoče presoditi dejansko porazdelitev finančnih in poslovnih tveganj med imetniki bencinskih postaj in dobavitelji goriva, kakršna je ta, ki izhaja iz pogodb v glavni stvari, da bi ugotovili, ali zanje velja člen 85 Pogodbe – vprašanje, ki ga bom podrobneje obravnaval v nadaljevanju sklepnih predlogov –, je pojasnilo, da se člen 85 Pogodbe ne uporablja niti v primerih, ko imetnik ne nosi nobenega finančnega in poslovnega tveganja, niti takrat, ko nosi le zanemarljiv del tega tveganja [14].

36. Sodišče je kljub temu dodalo, da „v takem primeru pod ta člen ne sodijo le obveznosti, ki so [posredniku] naložene v okviru *prodaje blaga tretjim osebam za račun naročitelja*. Kot trdi Komisija, lahko pogodba o trgovskem zastopanju vsebuje določbe, ki se nanašajo na razmerja med zastopnikom in naročiteljem, za katere velja navedeni člen, kot so *klavzule o ekskluzivnosti in konkurenčne klavzule*. Glede tega je treba izhajati iz dejstva, da so, *v zvezi s takimi razmerji*, zastopniki načeloma neodvisni gospodarski subjekti in da lahko

11 – *Ibidem*, točka 44. Glej tudi točko 19 sporočila Komisije, naslovljenega „Smernice o vertikalnih omejitvah“ (UL 2000, C 291, str. 1, v nadaljevanju: Smernice).

12 – V tem smislu glej navedeno sodbo Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio (točki 43 in 44).

13 – Glede dejstev opozarjam na pojasnilo predložitvenega sodišča, da se zdijo določbe sporne pogodbe enake določbam pogodb, ki so bile podlaga za predlog za sprejetje predhodne odločbe v zgoraj navedeni zadevi Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio, ki glede na točko 9 v tej zadevi zadevajo 95 % bencinskih postaj omrežja CEPSE.

14 – Zgoraj navedena sodba Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio (točka 61).

navedene klavzule kršijo pravila konkurence, ker povzročajo zaporo *zadevnega trga*“ [15].

37. Posledica tega pojasnila je, da se, če zastopnik na prodajnem trgu blaga tretjim nosi le zanemarljivo finančno in poslovno tveganje, uporabi člena 85(1) Pogodbe ne izogne celotno pogodbeno razmerje med zastopnikom in njegovim naročiteljem, ampak le del tega razmerja, ki temelji na pogodbenih določilih, vezanih na ta trg.

38. Člen 85 Pogodbe se lahko uporabi le, če trgovski zastopnik prevzame najmanj del finančnega in poslovnega tveganja, povezanega s prodajo blaga (in/oziroma storitev) tretjim za naročiteljev račun, ki ni zanemarljiv.

39. Nasprotno se za konkurenčno klavzulo, dogovorjeno med trgovskim zastopnikom in njegovim naročiteljem, *ki se nanaša na trg posrednikovih storitev*, še naprej uporablja člen 85(1) Pogodbe, *neodvisno* od finančnega in poslovnega tveganja, ki ga nosi trgovski zastopnik na *prodajnem trgu blaga tretjim za naročiteljev račun*. Zdi se, da ta pristop upravičuje dejstvo, da določila, ki vpliva na konkurenco med blagovnimi znamkami, ni v pogodbi o zastopanju.

40. Člen 85 Pogodbe se bo uporabljal za celotno pogodbo o zastopanju, če so v njej konkurenčna klavzula, kakršna je omenjena v točki 17 teh sklepnih predlogov, in določbe, na podlagi katerih zastopnik nosi najmanj nezanemarljiv del finančnega in poslovnega tveganja, povezanega s prodajo blaga tretjim za naročiteljev račun. V teh okoliščinah pogodbeno razmerje ne bo več pristno razmerje trgovskega zastopanja.

41. V zvezi s tem predložitveno sodišče z drugim vprašanjem pod točko a) sprašuje, ali je treba glede na značilnosti pogodbenega razmerja med CEPSO in Tobarjem, naštetimi v tem vprašanju, člen 85(1) Pogodbe razlagati tako, da nasprotuje tej vrsti pogodb predvsem zato, ker dobavitelj določi prodajno ceno.

42. Čeprav CEPSA ostro nasprotuje predstavitvi in presoji pogodbenega razmerja s Tobarjem, kot ju je predložilo predložitveno sodišče v drugem vprašanju pod a),

15 – Točka 62 (ležeči tisk je moj poudarek).

je ustaljena sodna praksa, da je v okviru postopka iz člena 234 ES, ki temelji na jasni delitvi vlog med nacionalnimi sodišči in Sodiščem, presoja zadevnih dejstev v celoti v pristojnosti nacionalnega sodišča, ki je odgovorno za izdano sodno odločbo [16]. Enako nacionalno sodišče in ne Sodišče v posebnih primerih uporabi pravila Skupnosti, katerih razlago je podalo Sodišče [17].

43. Sodišče mora pri delitvi pristojnosti med sodišči Skupnosti in nacionalnimi sodišči, upoštevaje dejanski in pravni okvir, v katerega se umeščajo vprašanja za predhodno odločanje, kot so opredeljena v predložitveni odločbi [18], in da bi predložitvenemu sodišču vendarle dalo koristen odgovor, natančno določiti merila, na podlagi katerih je mogoče presoditi dejansko porazdelitev finančnih in poslovnih tveganj med imetniki bencinskih postaj in dobavitelji goriva, kakršna je ta, ki izhaja iz pogodb v glavni stvari [19].

44. Glede na povedano je ta merila izdelalo v zgoraj navedeni zadevi Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio, na katero je treba v nadaljevanju opozoriti glede pomena, ki ga ima za obravnavano zadevo.

45. V skladu s to sodbo bi moralo nacionalno sodišče upoštevati tveganja, povezana s prodajo blaga, kot je financiranje zalog goriva, in tveganja, povezana s posebnimi tržnimi naložbami, in sicer tistimi, ki so potrebne, da lahko imetnik bencinske postaje s pogajanji doseže ali sklene pogodbe s tretjimi osebami [20].

46. Glede prve skupine tveganj, iz zgoraj navedene sodbe Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servici izhaja tudi, da jih navedeni imetnik verjetno deloma ali v celoti prevzame, ko postane lastnik blaga, ki ga je prejel od dobavitelja, to je pred nadaljnjo prodajo tretjim osebam, ko neposredno ali posredno prevzame stroške, povezane z distribucijo tega blaga, zlasti stroške prevoza, ko vzdržuje zaloge na lastne stroške oziroma ko prevzame odgovornost za morebitno škodo, povzročeno blagu, kot je njegova izguba ali poslabšanje, in za škodo, ki jo prodano blago povzroči tretjim osebam, ne glede na zastopnikovo krivdo [21]. Prav tako je treba presoditi finančno tveganje, povezano z blagom, zlasti glede plačila goriva v primeru, da imetnik ne najde kupca ali da bi bilo blago zaradi uporabe kreditne kartice v sistemu,

16 – V tem smislu glej zlasti sodbo z dne 18. decembra 2007 v zadevi Laval un Partneri (C-341/05, ZOdl., str. I-11767, točka 45 in navedena sodna praksa).

17 – Glej v tem smislu zgoraj navedeno sodbo Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio (točka 49 in navedena sodna praksa).

18 – Zgoraj navedena sodba Laval un Partneri (točka 47 in navedena sodna praksa).

19 – Glej v tem smislu zgoraj navedeno sodbo Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio (točka 50).

20 – *Ibidem* (točka 51).

21 – *Ibidem* (točke od 52 do 55).

ki se uporablja za plačilo goriva, plačano z zamudo [22].

47. Tveganja, povezana s posebnimi tržnimi naložbami, se po mnenju Sodišča prenesejo na imetnika, če je opravil posebne naložbe, povezane s prodajo blaga, kot so prostori ali oprema, na primer rezervoar za gorivo, ali če se odloči za naložbo v reklamne akcije [23].

48. Kot sem že navedel, ni treba, da bi moral imetnik, da bi bilo mogoče uporabiti člen 85(1) Pogodbe, nositi vsa zgoraj navedena tveganja, ki niso izčrpno našteta, dokler prevzema del, ki ni zanemarljiv. Samo če imetnik ne nosi nobenega tveganja, ki izhaja iz pogodb, doseženih s pogajanji ali sklenjenih za račun naročitelja, in če, kot izrecno izhaja iz zgoraj navedene sodbe Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servici, prevzame le zanemarljiv del navedenega tveganja, se za pogodbeno razmerje med tem zastopnikom in naročiteljem, ki se nanaša na prodajni trg blaga tretjim, lahko šteje, da se zanj ne uporablja pojem „sporazum med podjetji“ v smislu člena 85(1) Pogodbe [24]. Z gospodarskega vidika pravzaprav ni razlike med položajem, v katerem je trgovski zastopnik, ki ne nosi tveganja za izvršene posle svojega posredovanja, in položajem zastopnika, ki nosi le njegov zanemarljiv del [25].

49. Predložitveno sodišče v zadevi v glavni stvari in glede tveganj, povezanih s prodajo blaga, pojasnjuje, prvič, da imetnik bencinske postaje prevzame „tveganje“ za proizvode, ko jih dobavitelj dobavi v rezervoarje za skladiščenje na bencinski postaji, drugič, da odgovarja za morebitno škodo na proizvodih in za vsako škodo, ki jo ti proizvodi povzročijo, tretjič, da mora imetnik CEPSI plačati gorivo v devetih dneh od dobave, ne glede na to, ali ga je prodal tretjim, in da je imetnik ob morebitnem neplačilu dolžan dobavo proizvodov plačati vnaprej, dobavitelj pa je pooblaščen, da unovči bančno garancijo v višini petnajstdnevne dobave, ki jo je pred tem ustanovil imetnik, četrtič, da prevzema tveganja, povezana s prostornino (oziroma za razlike v prostornini), ki so jih povzročile temperaturne spremembe goriva, in sicer je dolžan plačati litre, ki jih je dobavila CEPSA, tudi če je prodal manjšo količino, in, petič, da prenos goriva zajema zaračunavanje DDV med CEPSO in imetnikom.

50. Te navedbe kažejo na to, da je gorivo predmet prenosa lastnine med CEPSO in imetnikom od takrat, ko ga ta prejme, in da imetnik nosi tveganje, povezano s prevozom,

22 – *Ibidem* (točka 56).

23 – *Ibidem* (točka 59).

24 – *Ibidem* (točki 43 in 61).

25 – Glej v tem smislu zgoraj navedene sklepne predloge generalne pravobranilke J. Kokott (točka 64).

ki v okoliščinah posameznega primera vključuje odgovornost za proizvode z napako.

51. Poleg tega je tveganje za prostornino, ki ga nosi imetnik, podobno tveganju za izgubo zaloge, kar je upravičeno poudarila Komisija [26].

52. Poleg tega v skladu s pojasnili v predložitveni odločbi imetnik domnevno jamči in prevzema odgovornost za neplačane dolgove strank, ki so z njegovim posredovanjem pristopile k sistemu kreditne kartice, ki jo je ustanovila in z njo upravlja CEPSA, in lahko dosežejo nezanemarljive vsote, v predložitveni odločbi je na primer omenjen neplačan znesek več kot 30.000 EUR.

53. Čeprav predložitveno sodišče pojasnjuje, da CEPSA prevzame tveganje za prevoz blaga, menim, da pravkar našteti elementi, čeprav jih mora konkretno presoditi predložitveno sodišče, kažejo na to, da prevzema Tobar nezanemarljivo tveganje za prodajo naftnih proizvodov, ki so predmet sporne pogodbe.

54. Glede porazdelitve tveganja med določene tržne naložbe je treba navesti, da predložitveno sodišče v zvezi s tem vprašanjem ne podaja dovolj navedb. Nedvomno pojasnjuje, da CEPSA nosi stroške namestitve in vzdrževanja na bencinski postaji, ki so povezani s podobo njene blagovne znamke, in da imetniku na voljo rezervoarje in črpalke za gorivo. Iz predložitvene odločbe izhaja tudi, da je Tobar lastnik bencinske postaje in je kot lastnik dolžan skleniti bančno garancijo za znesek vrednosti opreme, ki jo je dala na voljo CEPSA, kar kaže na to, da nosi imetnik nezanemarljive stroške in je prisiljen delovati na finančnem trgu, kot če bi jo moral sam namestiti, kot je poudarila Komisija. Kljub temu predložitvena odločba ne daje niti približnih informacij o stroških, ki jih nosita pogodbeni stranki, prihodkih, ki jih imata, niti o morebitni uporabi in amortizaciji opreme po prenehanju pogodbenega razmerja. Predložitveno sodišče mora, upoštevaje vse te elemente, presoditi naravo izvedenih naložb strank, povezanih s prodajo zadevnega blaga.

55. Če bi iz presoje, ki jo mora opraviti nacionalno sodišče, sledilo, da imetnik bencinske postaje nosi nezanemarljivo poslovno in finančno tveganje za poslovanje, ki ga opravlja za svojega dobavitelja, bo treba tega zastopnika šteti za neodvisni gospodarski subjekt. Za izključno pogodbeno razmerje z dobaviteljem se bo tako uporabljal pojem „sporazum med podjetji“ v smislu člena 85(1) Pogodbe. Iz tega bo sledilo, da se določilo o obveznosti imetnika, da prodaja gorivo po ceni, ki jo določi dobavitelj, postavljeno na koncu drugega vprašanja predložitvenega sodišča pod a), ne more izogniti presoji te

26 – V tem smislu glej zlasti zgoraj navedene smernice (točka 16).

določbe, dokler so izpolnjeni vsi pogoji za uporabo člena 85(1) Pogodbe [27]. V takem primeru bi tako določilo spadalo med prepovedi, določene v členu 85(1)(a) Pogodbe. Zato se postavlja naslednje vprašanje, ki bo obravnavano v nadaljevanju sklepnih predlogov, ali se lahko za obveznost, naloženo imetniku, da prodaja gorivo po določeni ceni, uporablja skupinska izjema iz členov od 10 do 13 Uredbe št. 1984/83 [28].

56. Nasprotno se, če bi predložitveno sodišče ugotovilo, da imetnik bencinske postaje nosi le zanemarljivo tveganje za poslovanje za naročiteljev račun, člen 85(1) Pogodbe za posrednikove obveznosti, ki izhajajo iz pogodbenega razmerja na trgu proizvodov, prodanih tretjim, ne bo uporabljal. Kot je Sodišče že pojasnilo, bo zato imetnikova obveznost, da prodaja gorivo po ceni, ki jo določi dobavitelj, v pristojnosti CEPSE, da omeji področje dejavnosti dvojih zastopnikov, in se zanjo člen 85(1) Pogodbe prav tako ne bo uporabljal [29].

57. Iz vseh navedenih razlogov predlagam odgovor na prvo vprašanje pod a) in na drugo vprašanje pod a), da, *glede trga prodaje blaga tretjim*, pogodbena določila, vključno z določanjem maloprodajne cene, ki vežejo dobavitelja goriva in imetnika bencinske postaje, na podlagi katerih zadnjenavedeni prevzema največ zanemarljivo finančno in poslovno tveganje za prodajo navedenega blaga, ne pomenijo sporazuma med podjetji v smislu člena 85(1) Pogodbe, tudi če je v tej pogodbi klavzula o prepovedi konkurence oziroma o izključnosti, s katero se imetnik zaveže, da bo nabavljal izključno pri dobavitelju. Sporazum med podjetji v smislu člena 85(1) Pogodbe pa pomeni klavzula o prepovedi konkurence oziroma o izključnosti, določena v taki pogodbi, s katero se imetnik zaveže izključno nabavljati pri dobavitelju, in se nanaša na *trg posrednikovih storitev*. Prav tako pomeni sporazum med podjetji v smislu člena 85(1) Pogodbe distribucijska pogodba, sklenjena med dobaviteljem goriva in imetnikom bencinske postaje, če ta imenik prevzame nezanemarljiv del enega ali več finančnih in poslovnih tveganj, povezanih s prodajo tega goriva tretjim. Da bi bilo mogoče določiti uporabo člena 85(1) Pogodbe v zadevi v glavni stvari, mora nacionalno sodišče, upoštevaje določbe sporne pogodbe, presoditi dejansko porazdelitev finančnega in poslovnega tveganja med imetnikom bencinske postaje in dobaviteljem, upoštevaje tveganje, povezano s prodajo blaga tretjim, in tveganje, povezano z določenimi tržnimi

27 – V zvezi s tem naj opozorim, da je treba, da bi presodili, ali je namen oziroma učinek določenega sporazuma o izključni nabavi znatna omejitev konkurence na notranjem trgu in ali lahko ta vpliva na trgovino med državami članicami, upoštevati gospodarske in pravne okoliščine, v katerih ima ali bi lahko skupaj z drugimi imel zbirni učinek na konkurenco. Zato je treba presoditi učinke, ki jih ima taka pogodba, v povezavi z drugimi istovrstnimi pogodbami, na možnosti konkurentov iz iste države članice ali iz drugih držav članic, da vstopijo na upoštevni trg oziroma pridobijo svoj delež (glej zlasti sodbo z dne 28. februarja 1991 v zadevi Delimitis (C-234/89, Recueil, str. I-935, točke od 13 do 15) in zgoraj navedeno sodbo Neste (točka 25).

28 – Glej v tem smislu zgoraj navedeno sodbo Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio (točka 63).

29 – *Ibidem.*

naložbami. V tem okviru in s pridržkom, da so izpolnjeni pogoji za uporabo člena 85(1) Pogodbe, obveznost prodaje goriva po ceni, ki jo določi dobavitelj, naložena imetniku, ni skladna s členom 85(1)(a) Pogodbe.

B – *Uporaba skupinske izjeme, določene v Uredbi št. 1984/83 (in pozneje v Uredbi št. 2790/1999) (prvo vprašanje pod b) in c) in drugo vprašanje pod b) in c))*

58. Predložitveno sodišče s prvim vprašanjem pod b) in z drugim vprašanjem pod b) v bistvu sprašuje, ali bi lahko bila pogodba v zadevi v glavni stvari upravičena do uporabe ureditve skupinskih izjem, vzpostavljeni z Uredbo št. 1984/83, ki se uporablja za sporazume o izključni nabavi za preprodajo, če navedena pogodba izpolnjuje pogoje iz te uredbe. Predložitveno sodišče našteva predvsem pogoje, ki se nanašajo na čas najdaljšega možnega trajanja klavzule o izključnosti (oziroma prepovedi konkurence) in na vprašanje obsega gospodarskih in finančnih ugodnosti, ki jih mora nakloniti dobavitelj, da bi bilo mogoče tako klavzulo dogovoriti za obdobje, daljše od petih let (prvo vprašanje pod b) na koncu in pod c)). Poleg tega sprašuje o vplivu pogodbenega določila o določitvi prodajne cene dobavitelja na ureditev skupinskih izjem (drugo vprašanje pod c)).

59. Opozoriti je treba, da Uredba št. 1984/83 med drugim določa uporabo člena 85(3) Pogodbe tudi za sporazume o izključni nabavi, sklenjene zaradi preprodaje naftnih proizvodov na bencinskih postajah. Ta pravila, s katerimi se odloži uporaba splošnih določb, ki veljajo za sporazume o izključni nabavi, so zajeta v členih od 10 do 13 Uredbe št. 1984/83. Člen 10 navedene uredbe iz prepovedi, določene v členu 85(1) Pogodbe, izvzema obveznost izključne nabave, ki jo preprodajalcu naloži dobavitelj goriva za motorna vozila in drugega goriva na osnovi naftnih proizvodov „v zameno za dodelitev posebnih gospodarskih ali finančnih prednosti“. Člen 11 Uredbe št. 1984/83 določa druge prepovedi konkurence, ki so lahko naložene preprodajalcu poleg tistih, ki so določene v členu 10, med njimi „obveznost, da na bencinski postaji, določeni v sporazumu, ne preprodaja goriva za motorna vozila ali drugega goriva, ki ga dobavljajo tretja podjetja“. Člen 12(1)(c) te uredbe navaja, da se člen 10 ne uporablja, če je pogodba sklenjena za nedoločen čas oziroma za več kot deset let.

60. Menim, da je odgovor na vprašanja iz točke 58 zgoraj teh sklepnih predlogov odvisen od opredelitve sporne pogodbe v zadevi v glavni stvari, in sicer od tega, ali gre za pristen odnos zastopanja med strankama v zadevi v glavni stvari ali za pogodbeni odnos

med dvema neodvisnima podjetjema (distribucijska pogodba), to je za primera, ki bosta po vrsti obravnavana v nadaljevanju.

1. Predpostavka pristnega odnosa zastopanja

61. Medtem ko se Uredba št. 1984/83 brezpogojno uporablja za vertikalne sporazume o distribuciji in preprodaji, sklenjene med neodvisnima podjetjema, je Sodišče štelo, da je mogoče skupinsko izjemo, določeno v členih od 10 do 13 Uredbe št. 1984/83, uporabiti tudi v okviru pogodbe o zastopanju med dobaviteljem goriva za motorna vozila in drugega goriva ter imeniki bencinskih postaj [30].

62. V vsakem primeru je očitno, da se določbe te uredbe ne morejo uporabljati za pogodbene obveznosti trgovskega zastopnika na trgu prodaje blaga tretjim, ker na tem trgu zastopnik na podlagi pogodbenih določil, ki ga vežejo nasproti naročitelju, ne prevzema nikakršnega finančnega in poslovnega tveganja oziroma nosi le zanemarljiv del tega tveganja, povezanega s to dejavnostjo, saj se v takem primeru za te obveznosti ne uporablja pojem „sporazum med podjetji“ v smislu člena 85 Pogodbe [31].

63. V tem primeru, kot sta navedla CEPSA in Tobar, je lahko le določilo o izključnosti oziroma prepovedi konkurence, dogovorjeno med zastopnikom in njegovim naročiteljem, ki samo po sebi šteje kot sporazum med podjetji v smislu člena 85(1) Pogodbe, upravičeno do uporabe določb členov od 10 do 13 Uredbe št. 1984/83. Tako določilo mora izpolnjevati pogoje, določene v zgoraj navedenih določbah, med njimi pogoj iz člena 12(c) o dovoljenem trajanju sporazuma.

64. Predložitveno sodišče v zvezi s tem v bistvu sprašuje (prvo vprašanje pod c)), ali mora biti izključnost, dogovorjena do desetih let, kot določa člen 12(1)(c) Uredbe št. 1984/83, pogojena z dodelitvijo znatnih gospodarskih in finančnih prednosti dobavitelja goriv oziroma ali morajo biti prednosti preprosto take, da „niso nepomembne“, glede na to, da besedilo člena 10 te uredbe obsega navedenih prednosti ne določa natančneje [32].

30 – Zgoraj navedena sodba Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio (točka 63). Glej tudi točki 45 in 74 zgoraj navedenih sklepnih predlogov generalne pravobranilke J. Kokott.

31 – Glej točke od 33 do 37 teh sklepnih predlogov.

32 – Opozoriti je treba, da je mogoče v skladu s členom 12(2) Uredbe št. 1984/83, če se sporazum nanaša na bencinsko postajo, za katero je preprodajalcu (imetniku) dal na voljo prostore dobavitelj oziroma mu je podelil dejanske ali pravne ugodnosti, preprodajalcu naložiti obveznosti izključne nabave in prepovedi konkurence, določene v Naslovu III Uredbe (ki se uporablja za pogodbe o bencinskih postajah) za celotno obdobje, v katerem dejansko posluje z bencinsko postajo. To vprašanje ni predmet razlage, za katero je zaprosilo predložitveno sodišče, glede na to, da je to med drugim navedlo, da je v zadevi v glavni stvari imetnik bencinske postaje njen lastnik.

65. Če zanemarimo špansko različico te določbe, v kateri ni nobene označbe v zvezi z zadevnimi prednostmi, je res, da je, ker v drugih jezikovnih različicah omenja le, da morajo biti gospodarske in finančne prednosti, ki jih dobavitelj dodeli v zameno za podaljšano izključnost, „posebne“, člen 10 Uredbe št. 1984/83 v tej točki nenatančen, saj bi se lahko nanašal, kot sledi iz več jezikovnih različic te določbe, v katerih se pojavlja beseda „izrednih“ [33], bodisi na prednosti, ki so bile dodeljene samo imetniku bencinske postaje, to je na prednosti, ki opredeljujejo zadevni pogodbeni odnos, bodisi na izjemne prednosti, kot je mogoče razumeti enega od sprejetih pomenov pridevnika „poseben“.

66. Ta pomena besede „poseben“ gotovo izključita možnost, da so lahko prednosti, določene v členu 10 Uredbe št. 1984/83, preprosto nepomembne. Zato čeprav dobesedna razlaga dopušča ugotovitev, da prednosti, ki jih dodeli dobavitelj, najmanj „niso nepomembne“, nasprotno ne dopušča ugotovitve, da morajo biti znatne.

67. Zato menim, da iz namena zadevne uredbe izhaja, da mora biti obseg gospodarskih in finančnih prednosti, določenih v členu 10 Uredbe št. 1984/83, dovolj pomemben, da lahko upraviči izključnost podaljšane nabave do deset let.

68. Kot izhaja iz petnajste uvodne izjave Uredbe št. 1984/83, je zamisel, ki prevladuje pri dobaviteljevem dodeljevanju zadevnih prednosti, da se „*občutno* olajša namestitev oziroma posodobljenje […] bencinskih postaj, njihovo vzdrževanje in poslovanje“ [34]. Z drugimi besedami gre, kot je poudarila Komisija, za olajševanje dostopa do trga distribucije na drobno in hitrega širjenja distribucijske mreže, pri čemer dobavitelj nosi znatni del stroškov in posebnih naložb, povezanih s pogodbenim razmerjem [35]. V skladu s členom 85(3) Pogodbe, glede katerega pomeni Uredba št. 1984/83 le njegovo posebno uporabo, je nujno merilo omejevanja konkurence podaljšano trajanje izključne nabave, ki ga ni mogoče razložiti drugače kot z zelo majhno verjetnostjo, da bi brez gospodarskih in finančnih prednosti, ki jih je dodelil dobavitelj, imetnik, v tem primeru trgovski zastopnik, vstopil na trg storitev posrednika za trženje goriva. Z drugimi besedami, te omejitve, ker je podaljšano trajanje izključne nabave, ki jo je sprejel imetnik, odločilno merilo za določanje učinka zapore trga [36], ni mogoče veljavno nadomestiti, razen če so prednosti, ki jih podeli dobavitelj, vsaj pomembne [37].

33 – Kot je v nemški, angleški, finski, nizozemski in švedski jezikovni različici.

34 – Moj poudarek (ležeči tisk).

35 – V tem smislu glej zlasti zgoraj navedene smernice (točki 116(4) in 155).

36 – Glej v tem smislu zgoraj navedeno sodbo Neste (točki 32 in 33).

37 – Opozarjam, da zgoraj navedena sodba Neste (točka 34) vztraja pri velikosti naložb dobavitelja.

69. Zato je, kot je v bistvu navedeno v dvanajsti in trinajsti uvodni izjavi Uredbe št. 1984/83, sprejetje posebnih pravil za izjeme v korist sporazumov o bencinskih postajah upravičeno, če so za te sporazume na splošno značilne še „posebej pomembne“ gospodarske in finančne prednosti, ki jih dodeli dobavitelj, in v zameno za katere posrednik sprejme med drugim obveznost dolgoročne izključne nabave.

70. Gotovo pojasnilo iz trinajste uvodne izjave Uredbe št. 1984/83, v skladu s katero morajo biti dodeljene prednosti še posebej pomembne, vsebujejo le določene jezikovne različice tega besedila [38], medtem ko druge povzemajo pridevnik, ki ga uporablja člen 10 navedene uredbe [39]. Kljub temu se zdi, da ta okoliščina ni odločilna, upoštevaje namen, opisan zgoraj, ki ga zasleduje zadevna ureditev, in dejstvo, da imajo primeri naložb, našteti v trinajsti uvodni izjavi Uredbe št. 1984/83, v vseh jezikovnih različicah tega besedila določen gospodarski in finančni pomen. Ti primeri poleg tega v bistvu ponazarjajo, da zadevne prednosti „podeli“ dobavitelj, to pomeni, da so podeljene nesorazmerno in ta vloži več kot imetnik ter da so dane dolgoročno, ne da bi bilo mogoče izdatke za naložbe hitro povrniti [40].

71. Iz tega sledi, da mora predložitveno sodišče v zadevi v glavni stvari presoditi, ali so gospodarske in finančne prednosti, ki jih je podelila CEPSA, tako pomembne, da upravičujejo Tobarjevo sklenitev izključne nabave za največ deset let.

72. Poleg tega, da Sodišče ne presoja dejanskega stanja v sporu v glavni stvari, je v zvezi s tem težko odgovoriti na podredno vprašanje predložitvenega sodišča, ali je CEPSA podelila posebej pomembne naložbe v okviru sporne pogodbe, zaradi nezadostnosti informacij, zlasti o znesku vseh naložb dobavitelja, njihovi nesorazmernosti in obdobju amortizacije.

73. Če bi moralo v smislu zgornjih ugotovitev predložitveno sodišče šteti, da prednosti, ki jih je podelila CEPSA, lahko upravičijo pogodbeno določilo o izključni nabavi za največ deset let, menim, da bi moralo pri presoji upoštevati tudi dodatni element, povezan s spremembo skupnostne ureditve.

38 – Tako je v španski, francoski in portugalski jezikovni različici. V italijanski jezikovni različici je uporabljena beseda „cospicui“, ki kaže na vsaj pomembne, to je znatne, prednosti, kar dopušča, da to različico dodamo k pravkar navedenim.

39 – Glej tudi nemško, angleško, finsko, nizozemsko in švedsko jezikovno različico.

40 – V tem smislu glej zlasti zgoraj navedene smernice (točka 116(4)).

74. Pravzaprav je, glede na to, da je bilo določilo o izključnosti v zadevi v glavni stvari dogovorjeno februarja 1996 za (začetno) obdobje desetih let (to je do februarja 2006), pomembno opozoriti, da je bila Uredba št. 1984/83 razveljavljena z Uredbo št. 2790/1999, z učinkom od 1. junija 2000. V skladu s členom 12(1) te uredbe je bilo za sporazume, ki so veljali 31. maja 2000 in so izpolnjevali pogoje za izjemo na podlagi Uredbe št. 1984/83, ne pa pogojev iz Uredbe št. 2790/1999, predvideno prehodno obdobje, ki se je izteklo 31. decembra 2001. Posledično so morali od vključno 1. januarja 2002 sporazumi, sklenjeni pred 31. majem 2000, ki so izpolnjevali merila iz Uredbe št. 1984/83, da bi bili upravičeni do skupinske izjeme iz Uredbe št. 2790/1999, izpolnjevati pogoje, določene v zadnji uredbi.

75. Nasprotno bi morali ti sporazumi, če niso izpolnjevali pogojev za skupinske izjeme iz Uredbe št. 1984/83, da bi bili upravičeni do skupinske izjeme na podlagi Uredbe št. 2790/1999, izpolnjevati v njej določene pogoje od vključno 1. junija 2000.

76. Ne glede na upoštevni datum, do katerega je mogoče dovoliti sporazume na podlagi Uredbe št. 2790/1999, ta določa predvsem, da se skupinska izjema v skladu s členom 5 te uredbe ne uporablja za vsako neposredno ali posredno prepoved konkurence, katere trajanje je nedoločeno ali daljše od petih let (šteje se, da je bila prepoved konkurence, ki se molče podaljšuje, po preteku petih let dogovorjena za nedoločen čas), in na podlagi člena 3, če tržni delež, ki ga ima dobavitelj, presega 30 % upoštevnega trga, na katerem prodaja pogodbeno blago ali storitve.

77. Glede na to, da se vprašanje določbe o izključnosti v zadevi v glavni stvari ne bi postavljalo, če bi bil tržni delež CEPSE večji od 30 %, saj bi bila v tem primeru takoj izključena uporaba ureditve skupinskih izjem, ki jo določa Uredba št. 2790/1999, je treba ob nepredložitvi informacij predložitvenega sodišča izhajati iz predpostavke, ki ostaja verjetna, da CEPSA nima tako velikega tržnega deleža [41].

78. Ker gre v zadevi v glavni stvari torej za trajanje določbe o izključnosti, ki ne bi bila upravičena do skupinske izjeme na podlagi Uredbe št. 1984/83, bi bila lahko ta v skladu s členom 5 Uredbe št. 2790/1999 dovoljena le do 1. junija 2005, razen če bi bilo mogoče šteti, da je bila pogodba, kot je navedeno v točki 80 teh sklepnih predlogov, sklenjena za nedoločen čas, in v tem primeru ne bi mogla biti upravičena do skupinske izjeme, določene v Uredbi št. 2790/1999.

41 – Navesti je treba, da je Komisija v pisnih stališčih navedla, da je bil tržni delež CEPSE manjši od praga iz člena 3 Uredbe št. 2790/1999. Seveda je predložitveno sodišče tisto, ki mora preveriti to trditev, in nato določiti tržni delež CEPSE.

79. Če bi bila, nasprotno, določba upravičena do skupinske izjeme na podlagi Uredbe št. 1984/83, ne da bi izpolnjevala pogoje iz Uredbe št. 2790/1999, in bi se lahko tako pogoji, ki jih ta določa, uporabljali najpozneje od vključno 1. januarja 2002, bi se lahko za to pogodbeno določilo uporabljala ureditev za izjeme, določena v Uredbi št. 2790/1999, do izteka prvotne pogodbe, razen če bi bilo mogoče na podlagi člena 5 te uredbe šteti, da je bila pogodba sklenjena za nedoločen čas.

80. V zvezi s tem z zanimanjem ugotavljam, da iz predložitvene odločbe izhaja, da je mogoče začetno desetletno pogodbo podaljšati za zaporedna obdobja petih let, vsakokrat z izrecnim pisnim soglasjem z vnaprejšnjim šestmesečnim obvestilom. Čeprav je gotovo, da mora predložitveno sodišče določiti pomen tega določila v skladu z upoštevnim nacionalnim pravom, se uporaba vnaprejšnjega obvestila izkaže za zelo vprašljivo, predvsem zaradi dejstva, ker iz predložitvene odločbe in iz razprav pred Sodiščem jasno ne izhaja, ali se to obvestilo nanaša na namen, da se pogodba ne podaljša (kar nujno pomeni, da je treba pogodbo brez takega obvestila obvezno podaljšati in je tako podaljšana molče) oziroma na namen, da se podaljša (kar pomeni, da druga stranka pri pravilno danem obvestilu ne more zavrniti podaljšanja pogodbe). Če bi predložitveno sodišče po presoji zadevne določbe zaključilo, da gre za obliko molčečega podaljšanja, za določbo o izključnosti v nobenem primeru ne bi mogla veljati niti skupinska izjema, določena v Uredbi št. 1984/83, niti izjema, določena v Uredbi št. 2790/1999, ker bi bilo treba šteti, da je sklenjena za nedoločen čas, v smislu člena 12(1)(c) Uredbe št. 1984/83 [42] in člena 5 Uredbe št. 2790/1999 [43].

81. Upoštevaje zgornje ugotovitve, predlagam odgovor na prvo vprašanje pod b) in c), ki ga je postavilo predložitveno sodišče, da je lahko, če gre za pristno pogodbo o zastopanju med dobaviteljem goriva in zastopnikom bencinske postaje, določba o izključni nabavi upravičena do skupinske izjeme, določene v Uredbi št. 1984/83, dokler izpolnjuje pogoje iz te uredbe, predvsem pogoj trajanja take določbe. V tem okviru je obdobje največ desetih let, določeno v členu 12(c) Uredbe št. 1984/83 za tako določbo, upravičeno s finančnimi in tržnimi prednostmi, ki jih je podelil dobavitelj in so takega pomena, da bi bilo brez njih malo verjetno, da bi lahko imetnik vstopil na trg storitev posrednika za trženje goriva. Predložitveno sodišče mora presoditi, ali je v zadevi v glavni stvari tako, upoštevaje med drugim dejansko trajanje določbe o izključni nabavi, dogovorjeni med strankama sporne pogodbe, znesek naložb, ki sta jih opravila dobavitelj in imetnik, in njihovo amortizacijo.

42 – Glej po analogiji in glede razlage člena 3(d) Uredbe št. 1984/83 sodbo Sodišča prve stopnje z dne 8. junija 1995 v zadevi Langnese-Iglo proti Komisiji (T-7/93, Recueil, str. II-1533, točka 138).

43 – Če bi v zadevi v glavni stvari nacionalno sodišče glede na nacionalno pravo ugotovilo, da je bila določba o izključnosti dogovorjena za več kot deset let, bi se presoja obsega gospodarskih in finančnih prednosti, ki jih je podelila CEPSA, lahko izkazala za nepotrebno.

2. Predpostavka pogodbenega odnosa med neodvisnima podjetjema (distribucijska pogodba)

82. Ob predpostavki pogodbenega odnosa v obliki „distribucijske pogodbe med dvema gospodarsko neodvisnima podjetjema“, ki je načeloma upravičen do uporabe skupinske izjeme, določene v Uredbi št. 1984/83, menim, da je uporaba te uredbe, predvsem pogoja glede trajanja sporazuma, kot je poudarila Komisija, odvisna od skladnosti določila o obveznosti imetnika bencinske postaje, da prodaja gorivo po ceni, ki jo je določil dobavitelj, s členom 85 Pogodbe.

83. Pravzaprav klavzula o določitvi končne maloprodajne cene goriva v tem primeru pomeni omejitev konkurence, za katero se uporablja člen 85(1) Pogodbe in ni med obveznostmi, ki lahko ob določbi o izključnosti iz člena 10 Uredbe št. 1984/83 zavezujejo imetnika na podlagi člena 11 te uredbe, kar pomeni, da sporazum, ki določa, da mora ta spoštovati končno maloprodajno ceno, ki jo določi dobavitelj, ni zajet s členi od 10 do 13 zadevne uredbe [44]. Iz tega sledi, da se v takem primeru ni treba izreči o dovoljenem trajanju sporazuma o izključnosti na podlagi Uredbe št. 1984/83.

84. Z drugim vprašanjem pod c) na koncu se zdi, da predložitveno sodišče poleg tega zajame možnost, v skladu s katero bi lahko sporazum, čeprav glede na imetnikovo obveznosti, da mora spoštovati končno maloprodajno ceno, ki jo je določil dobavitelj, ne bi mogel biti upravičen do skupinske izjeme, določene v Uredbi št. 1984/83, ponovno pridobil „veljavnost“ zato, ker naj bi dobavitelj imetniku novembra 2001 dovolil, da zniža prodajno ceno, ne da bi to vplivalo na prihodke prvega.

85. V zvezi s tem je treba najprej opozoriti, da Sodišče ne odloča o obsegu dobaviteljeve odločitve, ki vpliva na pogodbeno klavzulo, s katero ta določi končno prodajno ceno goriva. To vprašanje ne sodi v pristojnost Sodišča v okviru vprašanja za predhodno odločanje, za katero menim, da se, kot je navedla Komisija v pisnih stališčih, uporablja nacionalno pravo.

86. Ob predpostavki, da bi bilo mogoče tako odločitev dobavitelja goriva šteti za „enostransko spremembo“ pogodbenega določila o ceni [45] in da bi bila taka sprememba možna v notranjem španskem pravu, bi šlo za odločitev o tem, ali je dejanski učinek te spremembe prenehanje omejitve konkurence, ki jo pomeni dobaviteljeva določitev končne maloprodajne cene goriva, in o tem, ali ima ob pritrdilnem odgovoru na prejšnje vpra-

44 – Zgoraj navedena sodba Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio (točka 64 in točka 2 izreka).

45 – Navesti je treba, da sta stranki v glavni stvari nasprotovali taki opredelitvi dovoljenja, ki ga je odobrila CEPSA.

šanje navedena sprememba učinek za nazaj ali le takojšnji (*ex nunc*) učinek.

87. Ne glede na to, tudi če bi bilo treba šteti, da bi bil lahko učinek enostranske uskladitve določila, s katerim je distributer zavezan prodajati proizvod po ceni, ki jo je določil dobavitelj, s členom 85 Pogodbe, ponovna veljavnost takega določila za nazaj, o čemer v vsakem primeru dvomim [46], presoja skladnosti določbe o izključni nabavi s členom 85 Pogodbe, predvsem glede trajanja take izključnosti, ne bi bila odveč. Pravzaprav bi se neodvisno od vprašanja, ali je pogodbeni odnos v zadevi v glavni stvari pristni odnos zastopanja ali ne, v vsakem primeru postavilo vprašanje skladnosti določbe o izključnosti nabave, v najmanj enaki obliki kot pri presoji iz točk od 65 do 80 teh sklepnih predlogov, ne da bi posledično enostranska sprememba dodatne omejitve, ki se nanaša na določitev končne prodajne cene dobavitelja, *ipso facto* povzročila veljavnost izvorne pogodbe.

88. Če bi bilo treba v zadevi v glavni stvari trajanje izključne nabave, ki ni daljše od desetih let, šteti za upravičeno, bi moralo predložitveno sodišče ob upoštevanju dejstev in prava v sporu v glavni stvari odgovoriti na vprašanja, postavljena v točki 86 teh sklepnih predlogov.

89. Menim, da je v zvezi s tem koristno podati nekaj temeljnih pripomb.

90. Glede vprašanja, ali je bilo z domnevno enostransko spremembo pogodbenega določila o ceni CEPSE to usklajeno s členom 85 Pogodbe, se zdi, da vsebina odločitve CEPSE iz novembra 2001, kot jo je obrazložilo predložitveno sodišče, daje več svobode imetniku, saj ta tako ne bi bil več prisiljen uporabljati končne prodajne cene, ki jo je določil dobavitelj, in bi lahko strankam odobril popuste, kar bi spodbudilo konkurenco znotraj znamke med distributerji.

91. V nasprotju s tem, kar je zatrjevala CEPSA, iz tega ne sledi, da bi bila najvišja ali priporočena cena dobavitelja imetniku, če bi bilo v zadevi v glavni stvari po zgoraj navedeni odločitvi CEPSE tako, samodejno upravičena do izjeme od prepovedi iz člena 85(1) Pogodbe. Pravzaprav je mogoče skupinsko izjemo, kot določa besedilo člena 4(a) Uredbe št. 2790/1999, nedvomno uporabiti za vertikalne sporazume, ki jih ureja, če dobavitelj določi maksimalno prodajno ceno ali priporoči prodajno ceno, „pod pogojem, da to ne vodi k fiksnim ali minimalnim prodajnim cenam zaradi pritiska ali spodbud katere koli pogodbene stranke“. Zdi se, da ta pogoj ni izpolnjen, ker distributer kljub maksimalni oziroma priporočeni ceni določi distribu-

46 – Glede na načelo člena 85(2) Pogodbe, v skladu s katerim so prepovedani sporazumi iz člena 85 Pogodbe ničnі po samem pravu. Glej v smislu tega vprašanja točke od 93 do 97 teh sklepnih predlogov.

terjevo maržo [47], in sicer tako, da distributer s to maržo v praksi ne more ponuditi popustov svojim strankam, in ker mora ta distributer dobavitelju poleg tega istočasno zagotoviti ustaljene prihodke. V tem primeru bi bila distributerju dejansko posredno vsiljena fiksna oziroma minimalna prodajna cena. Poleg tega ne bi bilo mogoče izključiti, da bi lahko maksimalna oziroma priporočena cena dobavitelja, upoštevaje njegov tržni položaj oziroma sredstva vzpodbud oziroma sankcij, ki jih ima na voljo ta dobavitelj, če ta cena ni spoštovana, povzročila, da bi imetniki enotno uskladili to ceno, od katere bi bilo v praksi težko, če ne nemogoče, odstopiti [48].

92. Če bi predložitveno sodišče ugotovilo, da je treba pogodbeni odnos v zadevi v glavni stvari opredeliti kot odnos med neodvisnima podjetjema, bo moralo presoditi vse okoliščine v zadevi v glavni stvari, da bi določilo, ali je po odločitvi CEPSE novembra 2001 to podjetje Tobarju najmanj posredno naložilo spoštovanje določene oziroma najnižje prodajne cene.

93. Če bi bilo tako – in s tem prehajam na drugo vprašanje, navedeno v točki 85 teh sklepnih predlogov –, določba o ceni, kot je bila spremenjena, in celotni sporazum ne bi mogla biti upravičena do skupinske izjeme, določene v Uredbi št. 2790/1999. Brez posamezne izjeme oziroma drugih razlogov, ki bi dopuščali uporabo pogojev za izjeme na podlagi člena 85(3) Pogodbe [49], ki v tem primeru niso upoštevni [50], bo ta sporazum zato ničen v skladu s členom 85(2) Pogodbe.

94. Če bi, nasprotno, enostranska spremememba pogodbeno določilo o ceni uskladila s členom 85 Pogodbe in bi predložitveno sodišče hkrati štelo, da za trajanje izključne nabave velja izjema iz Uredbe št. 2790/1999, ta po mojem mnenju za sporazum ne bi mogla veljati za nazaj, upoštevaje skupinsko izjemo, določeno v Uredbi št. 1984/83. Pravzaprav bi nasprotna razlaga pripeljala do nespoštovanja prisilne narave ničnosti iz člena 85(2) Pogodbe vseh sporazumov, ki so prepovedani s členom 85 Pogodbe [51]. Sicer pa, kot sem že navedel v točki 83 teh sklepnih predlogov, določanje končne maloprodajne cene goriva dobavitelja ne dopušča, da bi bil sporazum o izključnosti, sklenjen med dobaviteljem in imetnikom, ob uporabi upoštevnih določb Uredbe št. 1984/83, upravičen do izjeme, tako da bi bilo treba tak

47 – Glej v tem smislu zgoraj navedene smernice (točka 47). Dodati je treba, da je Tobar v pisnih stališčih navedel, da je CEPSA določala tržno maržo imetnikov bencinskih postaj.

48 – Glej v tem smislu zgoraj navedene smernice (točki 47 in 227).

49 – Pravzaprav bi imeli pogodbeni stranki takega sporazuma (v obravnavanem primeru teoretično) možnost Komisijo zaprositi za posamezno odločbo o neuporabi člena 85(1) Pogodbe oziroma bi lahko zatrjevali, da so izpolnjeni pogoji za uporabo druge ureditve drugih vrst sporazumov, ali dokazali, da sporazum iz drugih razlogov ni bil v nasprotju s členom 85(1) Pogodbe. Glej v tem smislu sodbo z dne 18. decembra 1986 v zadevi VAG France (10/86, Recueil, str. 4071, točki 12 in 13) in zgoraj navedeno sodbo Delimitis (točka 41).

50 – Primerov, naštetih v prejšnji opombi, ni opredelilo niti predložitveno sodišče niti se nanje nista sklicevali stranki v glavni stvari.

51 – Glej v tem smislu sodbo z dne 13. julija 2006 v zadevi Manfredi (od C-295/04 do C-298/04, ZOdl., str. I-6619, točka 57 in navedena sodna praksa).

sporazum, razen če bi drugi razlogi dopuščali uporabo pogojev za izjemo na podlagi člena 85(3) Pogodbe, šteti kot ničnega, in ne bi mogel postati „veljaven“ z morebitno enostransko spremembo določbe, ki ureja določitev zadevne cene.

95. Ob upoštevanju teh ugotovitev predlagam odgovor na drugo vprašanje pod b) in c), da so lahko dogovori v distribucijski pogodbi, sklenjeni med dobaviteljem goriva in imetnikom bencinske postaje, s katerim se zadnjenavedeni zaveže izključno nabavljati gorivo, ki je predmet te pogodbe, pri tem dobavitelju, upravičeni do skupinske izjeme, določene z Uredbo št. 1984/83. Člene od 10 do 13 Uredbe št. 1984/83 je treba razlagati tako, da se za tako pogodbo ta uredba ne uporablja, če je v njej določena obveznost, da mora navedeni imetnik spoštovati končno maloprodajno ceno, ki jo določi dobavitelj. Uskladitev pogodbenega določila o določanju končne maloprodajne cene s členom 85 Pogodbe ne more za nazaj odpraviti ničnosti pogodbenih določil, ki so bila pred datumom te uskladitve v nasprotju s tem členom. Zgoraj navedena uskladitev take pogodbe se prav tako ne more, s tem da bi bila upravičena do skupinske izjeme, ki jo določajo določbe Uredbe št. 1984/83 oziroma za naprej določbe Uredbe št. 2790/1999, izogniti spoštovanju pogojev, določenih v teh uredbah, še posebej ne pogoju dopustnega trajanja izključnosti nabave.

C – Posledice morebitne ničnosti pogodbe (prvo vprašanje pod d))

96. Če bi šlo za primer pristnega odnosa trgovskega zastopanja in če določba o izključni nabavi ne bi mogla biti upravičena do skupinske izjeme, določene v Uredbi št. 1984/83, predložitveno sodišče sprašuje, ali ničnost, določena v členu 85(2) Pogodbe, zajame le to določbo ali celotno pogodbo.

97. Uvodoma je treba opozoriti, da iz ustaljene sodne prakse izhaja, da mora sodišče to ničnost določeno v členu 85(2) ES, na katero se lahko sklicujejo vsi, upoštevati, če so izpolnjeni pogoji za uporabo člena 85(1) Pogodbe in zadevni sporazum ne more upravičiti odobritve oprostitve na podlagi člena 85(3) Pogodbe. Ker ima ta ničnost absolutni značaj, sporazum, ki je na podlagi te določbe ničen, med strankami sporazuma nima učinka, proti tretjim pa je ni mogoče uveljavljati. Še več, ta ničnost lahko vpliva na vse učinke, v preteklosti ali v prihodnosti, sporazuma ali zadevnega sklepa [52].

52 – *Ibidem.*

98. Kljub temu ničnost iz člena 85(2) Pogodbe ne zajame *samodejno* celotnega sporazuma, ki se presoja. Pravzaprav ta ničnost prizadene le tiste elemente sporazuma, na katere se nanaša prepoved iz člena 85(1) Pogodbe oziroma celotni sporazum, če teh elementov ni mogoče ločiti od samega sporazuma [53].

99. Če je mogoče pogodbena določila, ki niso v skladu s členom 85(1) Pogodbe, ločiti od samega sporazuma, posledice ničnosti teh določb za vse druge dele sporazuma ali za druge obveznosti, ki iz njega izhajajo, vseeno ne sodijo v pravo Skupnosti, ampak jih je treba presoditi glede na nacionalno pravo [54]. Zato predložitveno sodišče v skladu z nacionalnim pravom presodi obseg in posledice morebitne prepovedi posameznih določil na podlagi člena 85 Pogodbe za vsa sporna pogodbena razmerja v zadevi v glavni stvari [55].

100. Zato predlagam odgovor na prvo vprašanje pod d), da ničnost, določena v členu 85(2) Pogodbe, zajame določbe sporazuma, ki so v nasprotju s prepovedjo iz člena 85(1) Pogodbe, ne da bi bilo mogoče uporabiti izjeme iz člena 85(3) Pogodbe, razen če prepovedanih elementov ni mogoče ločiti od navedenega sporazuma, ko ničnost zajame celotni sporazum. Če je mogoče prepovedane elemente ločiti od drugih elementov sporazuma, pravo Skupnosti ne ureja posledic ničnosti prepovedanih določb za druge elemente navedenega sporazuma.

53 – Sodba z dne 30. junija 1966 v zadevi LTM (56/65, Recueil, str. 337) in zgoraj navedena sodba Delimitis (točka 40).

54 – Glej zlasti zgoraj navedeno sodbo VAG France (točka 14) ter sodbi z dne 30. aprila 1998 v zadevi Cabour (C-230/96, Recueil, str. I-2055, točka 51) in z dne 30. novembra 2006 v zadevi Brünsteiner in Hilgert (C-376/05 in C-377/05, ZOdl., str. I-11383, točka 48).

55 – *Ibidem*.

VI – Predlog

101. Ob upoštevanju navedenega Sodišču predlagam, naj v zvezi z vprašanjema za predhodno odločanje, ki jih je postavilo Audiencia Provincial de Madrid, odgovori:

1. Glede trga prodaje blaga tretjim pogodbena določila pogodbe o zastopanju, vključno z določanjem končne maloprodajne cene, ki vežejo dobavitelja goriva

in imetnika bencinske postaje, na podlagi katerih zadnjenavedeni prevzema največ zanemarljivo finančno in poslovno tveganje za prodajo navedenega blaga, ne pomenijo sporazuma med podjetji v smislu člena 85(1) Pogodbe ES (postal člen 81(1) ES), tudi če je v tej pogodbi klavzula o prepovedi konkurence oziroma o izključnosti, s katero se imetnik zaveže, da bo nabavljal izključno pri dobavitelju.

Sporazum med podjetji v smislu člena 85(1) Pogodbe pa pomeni klavzula o prepovedi konkurence oziroma o izključnosti, določena v taki pogodbi, s katero se imetnik zaveže izključno nabavljati pri dobavitelju, in se nanaša na trg posrednikovih storitev.

Prav tako pomeni sporazum med podjetji v smislu člena 85(1) Pogodbe distribucijska pogodba, sklenjena med dobaviteljem goriva in imetnikom bencinske postaje, če ta imenik prevzame nezanemarljiv del enega ali več finančnih in poslovnih tveganj, povezanih s prodajo tega goriva tretjim.

Da bi bilo mogoče določiti uporabo člena 85(1) Pogodbe v zadevi v glavni stvari, mora nacionalno sodišče, upoštevaje določbe sporne pogodbe, presoditi dejansko porazdelitev finančnega in poslovnega tveganja med imetnikom bencinske postaje in dobaviteljem, tveganje, povezano s prodajo blaga, in tveganje, povezano z določenimi tržnimi naložbami. V tem okviru in s pridržkom, da so izpolnjeni pogoji za uporabo člena 85(1) Pogodbe, obveznost prodaje goriva po ceni, ki jo določi dobavitelj, naložena imetniku, ni skladna s členom 85(1)(a) Pogodbe.

2. Ob predpostavki pristne pogodbe o trgovskem zastopanju, sklenjene med dobaviteljem goriva in imetnikom bencinske postaje, je lahko določba, s katero se ta zaveže, da bo izključno nabavljal pri dobavitelju, upravičena do skupinske izjeme, predvidene v Uredbi Komisije (EGS) št. 1984/83 z dne 22. junija 1983 o uporabi člena 85(3) Pogodbe za skupine sporazumov o izključni nabavi, dokler so izpolnjeni pogoji, ki jih ta uredba določa, še posebej pogoj o dovoljenem trajanju take določbe.

   V tem okviru je obdobje največ desetih let, določeno v členu 12(c) Uredbe št. 1984/83 za tako določbo, upravičeno s finančnimi in tržnimi prednostmi, ki jih je podelil dobavitelj in so takega pomena, da bi bilo brez njih malo verjetno, da bi lahko imetnik vstopil na trg storitev posrednika za trženje goriva. Predložitveno sodišče mora presoditi, ali je v zadevi v glavni stvari tako, upoštevaje med drugim dejansko trajanje določbe o izključni nabavi, dogovorjeni med strankama sporne pogodbe, znesek naložb dobavitelja in imetnika ter njihovo amortizacijo.

3. Dogovori v distribucijski pogodbi, sklenjeni med dobaviteljem goriva in imetnikom bencinske postaje, s katerim se ta zaveže, da bo izključno nabavljal pri tem dobavitelju, so lahko upravičeni do skupinske izjeme, določene v Uredbi št. 1984/83. Člene od 10 do 13 Uredbe št. 1984/83 je treba razlagati tako, da se za tako pogodbo ta uredba ne uporablja, če je v njej določena obveznost, da mora navedeni imetnik spoštovati končno maloprodajno ceno, ki jo določi dobavitelj. Uskladitev pogodbenega določila o določanju končne maloprodajne cene dobavitelja s členom 85 Pogodbe ne more za nazaj odpraviti ničnosti pogodbenih določil, ki so bila pred datumom te uskladitve v nasprotju s tem členom. Zgoraj navedena uskladitev take pogodbe se prav tako ne more, s tem da bi bila upravičena do skupinske izjeme, ki jo določajo določbe Uredbe št. 1984/83 oziroma

za naprej določbe Uredbe Komisije (ES) št. 2790/1999 z dne 22. decembra 1999 o uporabi člena 85(3) Pogodbe za skupine vertikalnih sporazumov in usklajenih ravnanj, izogniti spoštovanju pogojev, določenih v teh uredbah, še posebej ne pogoju dopustnega trajanja izključnosti nabave.

4. Ničnost, določena v členu 85(2) Pogodbe, zajame določbe sporazuma, ki so v nasprotju s prepovedjo iz člena 85(1) Pogodbe, ne da bi bilo mogoče uporabiti izjeme iz člena 85(3) Pogodbe, razen če prepovedanih elementov ni mogoče ločiti od navedenega sporazuma, ko ničnost zajame celotni sporazum. Če je mogoče prepovedane elemente ločiti od drugih elementov sporazuma, pravo Skupnosti ne ureja posledic ničnosti prepovedanih določb za druge elemente navedenega sporazuma.