FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT JULIANE KOKOTT

föredraget den 13 juli 2006 [1]

I — Inledning

1. Denna begäran om förhandsavgörande gäller frågan om och under vilka förutsättningar en oljekoncern får ålägga bensinstationer som den levererar till en prisbindning för försäljningen av drivmedel till slutanvändare. Föreskrifter om sådan prisbindning finns i avtal som det spanska oljeföretaget Compañía Española de Petróleos S. A. (Cepsa) brukar ingå med bensinstationsinnehavare, varvid avtalet betecknas som kommissionsavtal eller handelsagentavtal. Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio (spanska bensinstationsföretagens förbund, nedan kallat Confederación), som anser att detta är konkurrensbegränsande, har i Spanien gjort anmälan mot förfarandet.

2. Sedan Europeiska kommissionen nyligen meddelade beslut i ärendet Repsol [2] skall det därmed på nytt göras en konkurrensrättslig prövning av ett rättsförhållande mellan ett spanskt oljeföretag och de bensinstationsinnehavare som får leveranser från detta. Även de myndigheter och domstolar som i Spanien handlägger konkurrensfrågor enligt den nationella lagstiftningen har behandlat ämnet vid ett flertal tillfällen och därvid kommit till helt olika resultat.

II — Tillämpliga bestämmelser

A — *De gemenskapsrättsliga bestämmelserna*

3. På den primärrättsliga nivån är artikel 81 EG aktuell. Den har följande lydelse:

”1. Följande är oförenligt med den gemensamma marknaden och förbjudet: alla avtal mellan företag, beslut av företagssamman-

1 — Originalspråk: tyska.

2 — Kommissionens beslut av den 12 april 2006 i ärende COMP/B-1/38.348 — Repsol (ännu ej offentliggjort i EUT).

slutningar och samordnade förfaranden som kan påverka handeln mellan medlemsstater och som har till syfte eller resultat att hindra, begränsa eller snedvrida konkurrensen inom den gemensamma marknaden, särskilt sådana som innebär att

a) inköps- eller försäljningspriser eller andra affärsvillkor direkt eller indirekt fastställs,

b) produktion, marknader, teknisk utveckling eller investeringar begränsas eller kontrolleras,

...

2. Avtal eller beslut som är förbjudna enligt denna artikel är ogiltiga.

3. Bestämmelserna i punkt 1 får dock förklaras icke tillämpliga

— på avtal eller grupper av avtal mellan företag,

— beslut eller grupper av beslut av företagssammanslutningar,

— samordnade förfaranden eller grupper av samordnade förfaranden,

som bidrar till att förbättra produktionen eller distributionen av varor eller till att främja tekniskt eller ekonomiskt framåtskridande, samtidigt som konsumenterna tillförsäkras en skälig andel av den vinst som därigenom uppnås och som inte

a) ålägger de berörda företagen begränsningar som inte är nödvändiga för att uppnå dessa mål,

b) ger dessa företag möjlighet att sätta konkurrensen ur spel för en väsentlig del av varorna i fråga."

4. Bland sekundärrätten är två av kommissionens gruppundantagsförordningar relevanta: kommissionens förordning (EEG) nr 1984/83 av den 22 juni 1983 om tillämp-

ning av fördragets artikel 85.3 [3] på grupper av exklusiva inköpsavtal [4] (nedan kallad förordning nr 1984/83) och kommissionens förordning (EG) nr 2790/1999 av den 22 december 1999 om tillämpningen av artikel 81.3 i fördraget på grupper av vertikala avtal och samordnade förfaranden [5] (nedan kallad förordning nr 2790/1999).

5. Förordning nr 1984/83 var i kraft till och med den 31 december 1999. [6] I dess avdelning III, med rubriken Särskilda bestämmelser beträffande bensinstationsavtal, föreskrevs bland annat följande:

"Artikel 10

Enligt fördragets artikel 85.3 och på de villkor som föreskrivs i artikel 11–13 i denna förordning förklaras att fördragets artikel 85.1 inte gäller avtal i vilka endast två företag är parter och den ena parten, återförsäljaren, avtalar med den andra, leverantören, att i utbyte mot särskilda kommersiella eller finansiella fördelar endast från denne, ett företag anknutet till denne eller ett annat företag åt vilket denne har överlåtit distributionen av sina varor, köpa vissa oljebaserade bränslen till motorfordon och andra bränslen som anges i avtalet för återförsäljning på en bensinstation som är angiven i avtalet.

Artikel 11

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

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

b) att inte på den bensinstation som anges i avtalet använda smörjmedel eller andra liknande oljebaserade produkter som

3 — Numera artikel 81.3 EG.

4 — EGT L 173, s. 5; svensk specialutgåva, område 17, volym 1, s. 52. Denna förordning hade stöd i ett bemyndigande i rådets förordning nr 19/65/EEG av den 2 mars 1965 om tillämpning av fördragets artikel 85.3 på vissa grupper av avtal och samordnade förfaranden (EGT 36, s. 533; svensk specialutgåva, område 8, volym 1, s. 36, senast ändrad genom rådets förordning (EG) nr 1/2003 av den 16 december 2002 om tillämpning av konkurrensreglerna i artiklarna 81 och 82 i fördraget (nedan kallad förordning nr 1/2003), EGT L 1, s. 1). Jämför även tillkännagivandet angående kommissionens förordningar (EEG) nr 1983/83 och nr 1984/83 av den 22 juni 1983 om tillämpning av fördragets artikel 85.3 på grupper av ensamåterförsäljaravtal respektive exklusiva inköpsavtal (ursprungligen offentliggjort i EGT C 355, s. 7; offentliggjort komplett i ny version i EGT C 101, 1984, s. 2).

5 — EGT L 336, s. 21. Även denna förordning har stöd i bemyndigandet att utfärda gruppundantagsförordningar i förordning nr 19/65.

6 — Enligt vad som ursprungligen angavs i artikel 19 andra stycket i förordning nr 1984/83 skulle förordningen upphöra att gälla den 31 december 1997. Senare förlängdes detta till den 31 december 1999 (se artikel 2 i kommissionens förordning (EG) nr 1582/97 av den 30 juli 1997 om ändring av förordningarna (EEG) nr 1983/83 och (EEG) nr 1984/83 om tillämpning av fördragets artikel 85.3 på grupper av ensamåterförsäljaravtal och exklusiva inköpsavtal, EGT L 214, s. 27). De undantag som angavs i förordning nr 1984/83 skulle enligt artikel 12.1 i förordning nr 2790/1999 dessutom fortsätta att gälla till och med den 31 maj 2000.

levereras av andra företag, om leverantören eller ett anknutet företag har ställt till återförsäljarens förfogande eller finansierat en smörjhall eller annan utrustning för smörjning av motorfordon,

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

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

Artikel 12

1. Artikel 10 gäller inte om

a) leverantören eller ett anknutet företag ålägger återförsäljaren exklusiva inköpsskyldigheter beträffande andra varor än bränsle till motorfordon och andra bränslen eller beträffande tjänster, utom när det gäller de skyldigheter som avses i artikel 11 b och d,

b) leverantören begränsar återförsäljarens frihet att från ett företag han själv väljer erhålla tjänster eller varor beträffande vilka enligt bestämmelserna i denna avdelning varken en exklusiv inköpsskyldighet eller ett förbud mot att sälja konkurrerande varor kan åläggas,

c) avtalet är träffat för en obestämd tid eller en tid som är längre än tio år,

d) leverantören förpliktar återförsäljaren att ålägga sin efterträdare den exklusiva inköpsskyldigheten för en längre tid än återförsäljaren själv skulle vara bunden gentemot leverantören.

2. Om avtalet avser en bensinstation som leverantören hyr ut till återförsäljaren eller låter återförsäljaren disponera på någon annan rättslig eller faktisk grund, kan återförsäljaren utan hinder av punkt 1 c för hela den tid som han faktiskt driver bensin-

stationen åläggas de exklusiva inköpsskyldigheter eller de förbud mot att sälja konkurrerande varor som anges i denna avdelning."

6. Med verkan från och med den 1 juni 2000 ersattes förordning nr 1984/83 och andra då gällande gruppundantag av förordning nr 2790/1999, genom vilken det för vissa vertikala avtal [7] som faller under tillämpningsområdet för artikel 81 EG och som innehåller vertikala begränsningar [8] infördes ett generellt gruppundantag som skall gälla till och med den 31 maj 2010 [9] (nedan även kallat det nya gruppundantaget).

7. Det nya gruppundantaget gäller, enligt artikel 3 i förordning nr 2790/1999, inte om marknadsandelen överstiger 30 procent. Vidare föreskrivs i artikel 4 första stycket a i förordning nr 2790/1999 att det nya gruppundantaget inte gäller för vertikala avtal som har till syfte att begränsa köparens möjligheter att bestämma försäljningspriset.

B — *Den nationella lagstiftningen*

8. Från den spanska lagstiftningen skall hänvisas till lag nr 16/1989 av den 17 juli 1989 om skydd för konkurrensen (Ley de Defensa de la Competencia). [10] Dess artikel 1.1, som med sin definition av "förbjudna förfaranden" nära ansluter till artikel 81.1 EG, har följande lydelse:

"Alla avtal, beslut, gemensamma rekommendationer samt samordnade eller medvetet parallella förfaranden som har till syfte eller effekt eller kan få till effekt att hindra, begränsa eller snedvrida konkurrensen på hela eller en del av den nationella marknaden är förbjudna, särskilt sådana som innebär att

a) priser eller andra villkor för handel med varor eller tjänster direkt eller indirekt fastställs,

...

..."

7 — Vertikala avtal är i korthet avtal mellan företag, som är verksamma i olika led i produktions- eller distributionskedjan, jämför artikel 2.1 första stycket i förordning nr 2790/1999.

8 — Vertikala begränsningar är i korthet konkurrensbegränsningar som finns i vertikala avtal (se fotnot 7), jämför artikel 2.1 andra stycket i förordning nr 2790/1999.

9 — Se artikel 13 i förordning nr 2790/1999. För avtal som redan var i kraft den 31 maj 2000 och som uppfyllde villkoren för undantag enligt förordning nr 1984/83 men inte enligt förordning nr 2790/1999 föreskrevs i artikel 12.2 i sistnämnda förordning en övergångsfrist till och med den 31 december 2001.

10 — BOE nr 170 av den 18 juli 1989, s. 22747.

9. För tillämpningen av Ley de Defensa de la Competencia utfärdades en kunglig förordning, Real Decreto nr 157/1992 av den 21 februari 1992. [11] I den fanns i artikel 1.1 under rubriken Gruppundantag följande bestämmelse:

"Enligt artikel 5.1 a i [Ley de Defensa de la Competencia] tillåts avtal i vilka endast två företag är parter, som tillhör någon av följande grupper, som endast berör den nationella marknaden och som uppfyller nedan angivna villkor:

...

b) Exklusiva inköpsavtal i vilka en av parterna förpliktar sig att inköpa vissa produkter för återförsäljning endast från den andra parten, ett med denne anknutet företag eller ett tredje företag som sköter den andra partens distribution, dock under förutsättning att avtalet är förenligt med bestämmelserna i [förordning nr 1984/83].

..."

11 — BOE nr 52 av den 29 februari 1992, s. 7106.

10. Denna kungliga förordning upphävdes och ersattes genom Real Decreto nr 378/2003 av den 28 mars 2003. [12] Denna utgjorde en anpassning till ny lagstiftning på gemenskapsnivå, särskilt förordning nr 2790/1999.

III — Bakgrund och målet vid den nationella domstolen

11. Confederación ingav den 4 maj 1995 en anmälan till det spanska ekonomiministeriet [13] mot vissa spanska oljeföretag, särskilt Cepsa, angående ett konkurrensbegränsande förfarande inom bensinstationssektorn. Confederación anmärkte bland annat på de konkurrensbegränsningar som följde av sådana kommissionsavtal och handelsagentavtal som brukar ingås mellan Cepsa och de bensinstationsföretag i Spanien som får leveranser från Cepsa, och som enligt obestridd uppgift från Confederación gäller i 95 procent av Cepsas bensinstationsnät.

12. Även om inte alla sådana avtal har samma ordalydelse har de flesta av dem

12 — BOE nr 90 av den 15 april 2003, s. 14851.

13 — Ministerio de Economía y Hacienda, Servicio de Defensa de la Competencia.

enligt vad den nationella domstolen har uppgett särskilt följande gemensamma kännetecken:

— Bensinstationsinnehavaren åtar sig att uteslutande sälja drivmedel och bränsle från Cepsa, varvid Cepsa fastställer försäljningspriserna, villkoren samt försäljnings- och driftsmetoderna.

Bensinstationsinnehavaren förbjuds att under avtalstiden direkt eller indirekt tillåta eller delta i försäljning eller marknadsföring av varor som konkurrerar med de varor som omfattas av det exklusiva inköpsavtalet och som företas eller skall företas på den bensinstation som avses i avtalet eller i dess omgivningar.

— Bensinstationsinnehavaren står risken för de varor som omfattas av det exklusiva inköpsavtalet från det att han mottar dem från Cepsa och de "passerar anslutningsflänsen till de behållare och tankar som finns för förvaring på bensinstationen".

Från den tidpunkten är bensinstationsinnehavaren skyldig att förvara dessa varor under sådana förhållanden som krävs för att undvika förlust eller försämring, och han svarar i förekommande fall inför Cepsa och tredje man för varje förlust, förorening eller sammanblandning av varorna som kan inträffa och för skada som uppstår på grund därav.

— Bensinstationsinnehavaren skall till Cepsa erlägga betalning för bränsle och drivmedel inom nio dagar från leveransen till bensinstationen, mot kvitto utfärdat av Cepsa.

— Bensinstationsinnehavaren erhåller från Cepsa för bensinstationer gängse "marknadsprovisioner". Dessa provisioner, som innefattar garantiprovisioner, uppgår till vissa belopp per liter (olika belopp beroende på om det är fråga om bensin, diesel A och B eller diesel C), jämte ett årligt fast belopp. Provisionen utbetalas av Cepsa inom nio dagar från leveransen till bensinstationen.

13. Det förfarande som inleddes genom Confederacións anmälan avskrevs till viss del den 7 november 1997. Confederación

begärde först utan framgång omprövning av detta avskrivningsbeslut hos Tribunal de Defensa de la Competencia (det spanska konkurrensverket) och överklagade sedan beslutet till Audiencia Nacional. Confederacións kassationsbesvär mot Audiencia Nacionals dom är numera anhängigt hos Tribunal Supremo. [14]

IV — Begäran om förhandsavgörande och förfarandet vid domstolen

14. I beslut av den 3 mars 2005 förklarade Tribunal Supremo målet vilande och hänsköt följande tolkningsfråga till domstolen för ett förhandsavgörande:

"Skall artiklarna 10–13 i förordning nr 1984/83 tolkas så, att dess tillämpningsområde omfattar även ensamåterförsäljaravtal för drivmedel och bränsle vilka betecknas som kommissionsavtal eller handelsagentavtal och har följande kännetecken?

a) Bensinstationsinnehavaren åtar sig att uteslutande sälja drivmedel och bränsle från leverantören, varvid leverantören fastställer försäljningspriserna, villkoren samt försäljnings- och driftsmetoderna.

b) Bensinstationsinnehavaren står risken för varorna från det att han mottar dem från leverantören i de tankar som finns för förvaring på bensinstationen.

c) Från och med den tidpunkt när varorna mottas är bensinstationsinnehavaren skyldig att förvara dem under sådana förhållanden som krävs för att undvika förlust eller försämring, och han svarar i förekommande fall inför leverantören och tredje man för varje förlust, förorening eller sammanblandning av varorna som kan inträffa och för skada som uppstår på grund därav.

d) Bensinstationsinnehavaren skall till leverantören erlägga betalning för bränsle och drivmedel inom nio dagar från leveransen till bensinstationen."

15. Vid domstolen har Confederación, Cepsa och Europeiska gemenskapernas kommission yttrat sig muntligen och skriftligen.

14 — Nedan även kallad den nationella domstolen.

V — Bedömning

A — *Huruvida begäran om förhandsavgörande kan tas upp till sakprövning*

16. Såväl Cepsa som kommissionen har ifrågasatt huruvida begäran om förhandsavgörande kan tas upp till sakprövning.

Hänvisning i nationell lagstiftning till gemenskapsrättens bestämmelser

17. Cepsa har för det första påpekat att målet handlar om rent nationella sakomständigheter som skall prövas endast enligt nationell lagstiftning. Gemenskapsrätten är inte tillämplig och har heller inte förklarats tillämplig genom Real Decreto nr 157/1992. I artikel 1.1 b i Real Decreto nr 157/1992 hänvisas endast till förordning nr 1984/83. Cepsa menar därför att domstolen inte är behörig att besvara tolkningsfrågan.

18. Dessa argument övertygar inte mig.

19. Det ankommer nämligen uteslutande på den nationella domstolen att mot bakgrund av de särskilda omständigheterna i varje enskilt mål bedöma såväl om ett förhandsavgörande är nödvändigt för att döma i saken som relevansen av de frågor som ställs till domstolen. Domstolen kan avvisa en begäran från en nationell domstol bara då det är uppenbart att den begärda tolkningen av gemenskapsrätten inte har något samband med de verkliga omständigheterna eller föremålet för tvisten i målet vid den nationella domstolen eller då frågorna är hypotetiska eller domstolen inte förfogar över de uppgifter om sakförhållandena eller de rättsliga förhållandena som är nödvändiga för att kunna besvara frågorna på ett ändamålsenligt sätt.[15] Domstolen är, med undantag för nämnda fall, i princip skyldig att meddela ett förhandsavgörande när de frågor som har ställts avser tolkningen av gemenskapsrättsliga bestämmelser.[16] Detta gäller även när en gemenskapsrättslig bestämmelse har relevans uteslutande på grund av en hänvisning till den i nationell lagstiftning. Enligt fast rättspraxis utgör nämligen varken lydelsen av artikel 234 EG eller ändamålet med förfarandet för förhandsavgörande något hinder mot att besvara tolkningsfrågor som rör en gemenskapsrättslig bestämmelse

15 — Fast rättspraxis, jämför exempelvis dom av den 15 december 1995 i mål C-415/93, Bosman (REG 1995, s. I-4921), punkterna 59–61, och av den 10 januari 2006 i mål C-344/04, International Air Transport Association (REG 2006, s. I-403), punkt 24.

16 — De ovan i fotnot 15 nämnda domarna i målen Bosman, punkt 59, och International Air Transport Association, punkt 24.

till vilken det hänvisas i nationell rätt endast för att reglera situationer av rent intern art. [17]

20. Tvärtom föreligger det som domstolen vid flera tillfällen har uttalat ett gemenskapsrättsligt intresse av att bestämmelser i gemenskapsrätten blir tolkade på ett enhetligt sätt, oberoende av under vilka omständigheter de skall tillämpas, för att undvika tolkningar som skiljer sig åt. [18]

21. På konkurrensrättens område finns det ett särskilt stort intresse av att uppnå en så enhetlig tolkning och tillämpning som möjligt av gemenskapsrättens bestämmelser.

22. Konkurrensrätten kännetecknas för det första inte sällan av att såväl nationella bestämmelser som gemenskapsrättsliga bestämmelser kan vara tillämpliga vid sidan av varandra på ett och samma sakförhållande. [19] Detta är alltid fallet när tillämpningsområdena för nationell rätt och gemenskapsrätten överlappar varandra, det vill säga när avtal mellan företag omfattas inte endast av den nationella konkurrensrätten utan även av artikel 81 EG, framför allt på grund av att de kan påverka handeln mellan medlemsstater i den mening som avses i den bestämmelsen.

23. Sedan förordning nr 1/2003 [20] trädde i kraft är nationella konkurrensmyndigheter och domstolar i sådana fall till och med uttryckligen förhindrade att tillämpa den nationella konkurrenslagstiftningen separat. Enligt artikel 3 i förordning nr 1/2003 skall de i sådana fall parallellt med den nationella konkurrensrätten tillämpa även artikel 81 EG, [21] varvid skall beaktas att gemenskapsrätten inklusive gruppundantagsförordningar har företräde. [22]

24. För det andra är den nationella konkurrenslagstiftningen i många medlemsstater

17 — Dom av den 18 oktober 1990 i de förenade målen C-297/88 och C-197/89, Dzodzi (REG 1990, s. I-3763; svensk specialutgåva, volym 10, s. 531), punkterna 34–36, av den 8 november 1990 i mål C-231/89, Gmurzynska-Bscher (REG 1990, s. I-4003), punkterna 19–25, domar av den 17 juli 1997 i målen C-28/95, Leur-Bloem (REG 1997, s. I-4161), punkterna 24–27, och C-130/95, Giloy (REG 1997, s. I-4291), punkterna 20–23, dom av den 11 januari 2001 i mål C-1/99, Kofisa Italia (REG 2001, s. I-207), punkterna 20–22, av den 17 mars 2005 i mål C-170/03, Feron (REG 2005, s. I-2299), punkt 11, och av den 16 mars 2006 i mål C-3/04, Poseidon Chartering (REG 2006, s. I-2505), punkterna 14 och 15. Liknande resonemang i dom av den 7 januari 2003 i mål C-306/99, BIAO (REG 2003, s. I-1), punkterna 88–90.

18 — Se de ovan i fotnot 17 nämnda domarna i målen Dzodzi, punkt 37, Leur-Bloem, punkt 32, Giloy, punkt 28, Kofisa Italia, punkt 32, och Poseidon Chartering, punkt 16.

19 — Dom av den 13 februari 1969 i mål 14/68, Walt Wilhelm (REG 1969, s. 1; svensk specialutgåva, volym 1, s. 379), punkt 3. Jämför för ett liknande resonemang dom av den 10 juli 1980 i de förenade målen 253/78 och 1/79–3/79, Giry och Guerlain (REG 1980, s. 2327), punkt 15, av den 16 juli 1992 i mål C-67/91, Asociación Española de Banca Privada m.fl. (REG 1992, s. I-4785; svensk specialutgåva, volym 1, s. 87), punkt 11, och av den 26 november 1998 i mål C-7/97, Bronner (REG 1998, s. I-7791), punkt 19.

20 — Genom förordning nr 1/2003 moderniserades tillämpningsbestämmelserna till artiklarna 81 EG och 82 EG, och de nationella myndigheterna och domstolarna gjordes mer delaktiga i tillämpningen av de europeiska konkurrensreglerna, jämför bland annat skälen 6, 7 och 15 i förordning nr 1/2003 liksom artiklarna 5 och 6 i förordningen.

21 — Artikel 3.1 i förordning nr 1/2003.

22 — Jämför artikel 3.2 första meningen i förordning nr 1/2003.

även i fråga om rent nationella sakförhållanden anpassad till motsvarande gemenskapsrättsliga bestämmelser. Detta var fallet redan tidigare, och tendensen har förstärkts senast då förordning nr 1/2003 trädde i kraft.

25. Det framgår att även de nu aktuella bestämmelserna i spansk konkurrenslagstiftning är anpassade till gemenskapsrätten. Som den nationella domstolen har påpekat fick redan artikel 1.1 i lag nr 16/1989 (Ley de Defensa de la Competencia) en nära anknytning till artikel 81.1 EG. Även Real Decreto nr 157/1992 syftade enligt vad som framgår av dess preambel [23] till att uppnå överensstämmelse inom respektive tillämpningsområden mellan spansk nationell lagstiftning och gemenskapsrätten. [24] Den uttryckliga hänvisningen i artikel 1.1 b i den kungliga förordningen till gemenskapens då gällande konkurrenslagstiftning i form av förordning nr 1984/83 bör inte minst beaktas i detta sammanhang. [25]

26. Just därför att en bestämmelse i nationell konkurrenslagstiftning, som hänvisar till en gruppundantagsförordning i gemenskapsrätten, kan tillämpas dels separat, dels parallellt med gemenskapsrättens bestämmelser, är det av särskild vikt att den berörda gemenskapsrätten ges en enhetlig tolkning och tillämpning. Det måste förhindras att olikheter uppstår vid tolkningen av en och samma bestämmelse i gemenskapsrätten, såväl i fall där den får relevans endast på indirekt väg (genom en hänvisning i nationell lagstiftning) som när den är direkt tillämplig (eftersom ett förfarande faller under tillämpningsområdena för både nationell lagstiftning och artikel 81 EG).

27. Mot den bakgrunden står det klart att en nationell domstol får ställa frågor till EG-domstolen enligt artikel 234 EG om tolkningen av gemenskapsrättsliga bestämmelser, som exempelvis bestämmelser om gruppundantag enligt förordning nr 1984/83,

23 — Sålunda har andra skälet i preambeln till Real Decreto nr 157/1992 följande lydelse: "Med hänsyn till den tid som gått sedan Ley de Defensa de la Competencia trädde i kraft är det lämpligt att i vår rättsordning införa undantag för sådana avtal som redan undantas med samma lagstiftningsteknik i gemenskapsrätten om de faller under dess tillämpningsområde. Därigenom kan ... inom respektive tillämpningsområde den nationella rättsordningen bringas i överensstämmelse med gemenskapsrätten ..."

24 — Något annat gäller heller inte för Real Decreto nr 378/2003, genom vilken Real Decreto nr 157/1992 upphävdes och ersattes. I fjärde och femte skälen i preambeln till Real Decreto nr 378/2003 framhålls nödvändigheten av att det faktiska rättsläget i fråga om gruppundantag på nationell nivå och gemenskapsnivå bringas i överensstämmelse och att betydande ändringar på gemenskapsnivå, bland annat utfärdandet av förordning nr 2790/1999, fullföljs på nationell nivå.

25 — Mot Cepsas uppfattning anser jag att förevarande mål därmed skiljer sig på ett grundläggande sätt från målet Kleinwort Benson, där det i den nationella lagstiftningen saknades en jämförbar hänvisning och där det för övrigt rentav föreskrevs en uttrycklig avvikelse från gällande bestämmelser på gemenskapsnivå (se dom av den 28 mars 1995 i mål C-346/93, Kleinwort Benson (REG 1995, s. I-615), särskilt punkterna 16–19. Det var där fråga om Brysselkonventionen).
För övrigt ankommer det enbart på den nationella domstolen att bedöma den exakta räckvidden av en hänvisning i nationell lagstiftning till gemenskapsrätten (jämför de ovan i fotnot 17 nämnda domarna i målen Dzodzi, punkterna 41 och 42, och Leur-Bloem, punkt 33.

även om dessa endast är relevanta på indirekt väg genom en hänvisning i nationell lagstiftning och tillämpliga på sakförhållanden som är rent interna. [26]

av allmän eller hypotetisk karaktär eller domstolen inte förfogar över de uppgifter om sakförhållandena eller de rättsliga förhållandena som är nödvändiga för att kunna besvara frågorna på ett ändamålsenligt sätt. Domstolen är, med undantag för nämnda fall, i princip skyldig att meddela ett förhandsavgörande när de frågor som har ställts avser tolkningen av germenskapsrättsliga bestämmelser.

Tolkningsfrågans relevans med avseende på tidsaspekten

28. I detta fall har kommissionen emellertid ifrågasatt tolkningsfrågans relevans med hänvisning till att förordning nr 1984/83 har ersatts av förordning nr 2790/1999 och gjort gällande att det därför är av endast ringa praktiskt värde för målet vid den nationella domstolen hur den skall tolkas.

30. I detta fall är det inte *uppenbart* att den fråga som Tribunal Supremo ställt saknar relevans på grund av att förordning nr 1984/83 har upphört att gälla. Tvisten vid de spanska domstolarna gäller nämligen frågan huruvida det förfarande som inleddes med Confederacións anmälan kunde avskrivas år 1997. Det är inte långsökt att anta att det berättigade i ett avskrivningsbeslut år 1997 skall bedömas även med hänsyn till då gällande rätt, nämligen Real Decreto nr 157/1992 och den förordning som det där hänvisas till, förordning nr 1984/83.

29. Inte heller denna invändning övertygar mig. Som jag redan nämnt [27] ankommer det nämligen, enligt fast rättspraxis, uteslutande på den nationella domstolen att mot bakgrund av de särskilda omständigheterna i varje enskilt mål bedöma såväl om ett förhandsavgörande är nödvändigt för att döma i saken som relevansen av de frågor som ställs till domstolen. Domstolen kan avvisa en begäran från en nationell domstol bara *då det är uppenbart* att den begärda tolkningen av gemenskapsrätten inte har något samband med de verkliga omständigheterna eller föremålet för tvisten i målet vid den nationella domstolen eller då frågorna är

31. Bortsett från detta är det självfallet domstolens uppgift att ge en nationell domstol alla upplysningar om tolkningen av gemenskapsrätten som denna kan ha nytta av när den dömer i tvisten vid den nationella domstolen. Domstolen kan därför i sin dom beakta även sådana gemenskapsrättsliga bestämmelser som den nationella domstolen

26 — Jämför även här den rättspraxis som anges i fotnot 17.

27 — Jämför punkt 19 ovan och den rättspraxis som anges i fotnoterna 15–17.

inte har hänvisat till i sin tolkningsfråga. [28] Oberoende av frågan huruvida begäran om förhandsavgörande från Tribunal Supremo kan upptas till sakprövning, står det alltså domstolen fritt att utvidga sitt svar på frågan om tolkningen av förordning nr 1984/83 med uttalanden angående artikel 81 EG och förordning nr 2790/1999. [29]

Beskrivningen av den faktiska bakgrunden i beslutet om hänskjutande

32. Enligt kommissionen saknas även en mer klargörande beskrivning av den faktiska bakgrunden till målet vid den nationella domstolen.

33. Enligt fast rättspraxis krävs, för att komma fram till en tolkning av gemenskapsrätten som är användbar för den nationella domstolen, att den nationella domstolen i beslutet om hänskjutande klargör den faktiska (och rättsliga) bakgrunden till de frågor som ställs eller att den åtminstone förklarar de faktiska omständigheter som ligger till grund för dess frågor. [30] Detta skall också inte minst ge såväl medlemsstaternas regeringar som andra berörda parter möjlighet att inkomma med synpunkter i enlighet med artikel 23 i domstolens stadga. [31] Därvid skall beaktas att dessa berörda parter endast får del av besluten om hänskjutande. [32]

34. Särskilt på konkurrensområdet, som inte sällan kännetecknas av hög komplexitet, krävs en klargörande beskrivning av den faktiska (och rättsliga) bakgrunden. [33] Visserligen bör EG-domstolen, särskilt inom detta område, inte ställa överdrivet stränga krav på hur nationella domstolar skall formulera sina beslut att begära förhandsavgörande, och därmed göra det i praktiken omöjligt att eventuellt begära förhandsavgörande. Bety-

28 — Fast rättspraxis, jämför exempelvis dom av den 2 februari 1994 i mål C-315/92, Verband Sozialer Wettbewerb, "Clinique" (REG 1994, s. I-317; svensk specialutgåva, volym 15, s. I-13), punkt 7, av den 22 januari 2004 i mål C-271/01, COPPI (REG 2004, s. I-1029), punkt 27, av den 7 september 2004 i mål C-456/02, Trojani (REG 2004, s. I-7573), punkt 38, och av den 23 februari 2006 i mål C-471/04, Keller Holding (REG 2006, s. I-2107), punkt 26.

29 — Se i detta hänseende punkterna 38–74 i detta förslag till avgörande.

30 — Dom av den 26 januari 1993 i de förenade målen C-320/90–C-322/90, Telemarsicabruzzo m.fl. (REG 1993, s. I-393; svensk specialutgåva, volym 14, s. I-1), punkt 6, av den 13 april 2000 i mål C-176/96, Lehtonen och Castors Braine (REG 2000, s. I-2681), punkt 22, av den 17 februari 2005 i mål C-134/03, Viacom Outdoor (REG 2005, s. I-1167), punkt 22, av den 6 december 2005 i de förenade målen C-453/03, C-11/04, C-12/04 och C-194/04, ABNA m.fl. (REG 2005, s. I-10423), punkt 45, och av den 23 mars 2006 i mål C-237/04, Enirisorse (REG 2006, s. I-2843), punkt 17, allt med vidare hänvisningar.

31 — Dom av den 1 april 1982 i de förenade målen 141/81–143/81, Holdijk m.fl. (REG 1982, s. 1299; svensk specialutgåva, volym 6, s. 359), punkt 6, de ovan i fotnot 30 nämnda domarna i målen Lehtonen och Castors Braine, punkt 23, ABNA, punkt 47, och Enirisorse, punkt 18, liksom beslut av den 30 juni 1997 i mål C-66/97, Banco de Fomento e Exterior (REG 1997, s. I-3757), punkt 8, av den 28 juni 2000 i mål C-116/00, Laguillaumie (REG 2000, s. I-4979), punkt 14, av den 8 oktober 2002 i mål C-190/02, Viacom I (REG 2002, s. I-8289), punkt 14, och av den 11 februari 2004 i de förenade målen C-438/03, C-439/03, C-509/03 och C-2/04, Cannito m.fl. (REG 2004, s. I-1605), punkt 8.

32 — Den ovan i fotnot 31 nämnda domen i målet Holdijk, punkt 6, de ovan i fotnot 30 nämnda domarna i målen Lehtonen och Castors Braine, punkt 23, och Enirisorse, punkt 18, liksom de ovan i fotnot 31 nämnda besluten i målen Banco de Fomento e Exterior, punkt 8, Laguillaumie, punkt 14, Viacom I, punkt 14, och Cannito, punkt 8.

33 — De ovan i fotnot 30 nämnda domarna i målen Lehtonen och Castors Braine, punkt 22, och Viacom Outdoor, punkt 23, liksom beslut av den 19 mars 1993 i mål , Banchero (REG 1993, s. I-1085), punkt 5, och de ovan i fotnot 31 nämnda besluten i målen Laguillaumie, punkt 19, och Viacom I, punkt 22.

delsen av domstolssamarbetet mellan nationella domstolar och EG-domstolen har nämligen snarare tilltagit än avtagit i och med ikraftträdandet av förordning nr 1/2003. [34] Ett sådant samarbete kräver emellertid samtidigt att de nationella domstolarna formulerar sina beslut att begära förhandsavgörande inom området för konkurrensrätt med särskild omsorg. [35]

35. Det är förvisso så att de egentliga sakförhållandena i målet vid den nationella domstolen beskrivs i ytterst knappa ordalag i Tribunal Supremos beslut att begära förhandsavgörande. Kommissionen har därför med rätta framhållit att en klargörande beskrivning även bör innehålla uppgifter om äganderättsförhållandet när det gäller av Cepsa levererade drivmedel [36] liksom om vem som bär kostnaden för transporter och investeringar som är nödvändiga för försäljningen. Vidare skulle det ha varit önskvärt med upplysningar om den lagringstiden för drivmedel i tankarna hos de bensinstationer som Cepsa har avtal med.

36. Trots dessa brister är de uppgifter som lämnats i beslutet om hänskjutande enligt min mening tillräckliga för att förstå vad målet vid den nationella domstolen handlar om. Bedömningen av sakförhållandena är inte en uppgift för EG-domstolen utan för den nationella domstolen. [37] EG-domstolen är endast behörig att ge den nationella domstolen besked om tolkningen av relevanta gemenskapsrättsliga bestämmelser. [38] För detta ändamål är beskrivningen av den faktiska bakgrunden till målet vid den nationella domstolen tillräcklig.

Slutsats i denna del

37. Begäran om förhandsavgörande kan därmed upptas till sakprövning.

B — *Bedömningen av tolkningsfrågan i sak*

1. Inledande anmärkningar

38. Tvisten i målet vid den nationella domstolen rör frågan huruvida en spansk konkurrensmyndighet har gjort rätt när den avskrivit sitt utredningsärende angående de av Cepsa tillämpade avtalen och däri intagna

34 — Jämför härom även fotnot 20 ovan.

35 — Jämför även mitt ovan i fotnot 30 nämnda förslag till avgörande av den 28 oktober 2004 i mål C-134/03, Viacom Outdoor, punkt 42.

36 — I fortsättningen använder jag för enkelhetens skull endast begreppet drivmedel, men mina uttalanden gäller även andra bränslen.

37 — Dom av den 15 november 1979 i mål 36/79, Denkavit Futtermittel (REG 1979, s. 3439), punkt 12, av den 19 januari 2006 i mål C-265/04, Bouanich (REG 2006, s. I-923), punkt 54, av den 23 februari 2006 i mål C-253/03, CLT-Ufa (REG 2006, s. I-1831), punkterna 35 och 36, och dom av den 30 mars 2006 i mål C-451/03, Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti (REG 2006, s. I-2941), punkt 69. Se liknande i dom av den 3 juli 1985 i mål 243/83, Binon (REG 1985, s. 2015), punkt 21.

38 — Den ovan i fotnot 17 nämnda domen i målet Gmurzynska-Bscher, punkt 21, dom av den 1 april 1993 i mål C-250/91, Hewlett Packard (REG 1993, s. I-1819), punkt 9, och dom av den 6 oktober 2005 i mål C-291/03, MyTravel (REG 2005, s. I-8477), punkt 43.

föreskrifter om bindande återförsäljningspriser för de bensinstationer som Cepsa levererar till. Den tolkningsfråga som har ställts till domstolen skall ses mot den bakgrunden. Tribunal Supremo vill få veta i huvudsak huruvida artiklarna 10–13 i förordning nr 1984/83, vilka gäller bensinstationsavtal, även omfattar sådana avtal vilka betecknas som kommissionsavtal eller handelsagentavtal, som vanligen gäller mellan Cepsa och de bensinstationsinnehavare som Cepsa levererar till.

39. Avtal av den beskrivna arten kan över huvud taget falla under tillämpningsområdet för förordning nr 1984/83 endast om de enligt artikel 81.1 EG (tidigare artikel 85.1 i EG-fördraget) utgör *avtal mellan företag.* [39] Förordning nr 1984/83 innehåller nämligen ett gruppundantag i den mening som avses i artikel 81.3 EG (tidigare artikel 85.3 i EG-fördraget) genom vilket förbudet i artikel 81.1 EG under vissa förutsättningar förklaras icke tillämpligt på där närmare beskrivna grupper av avtal mellan företag.

40. Innan jag tar ställning i fråga om förordning nr 1984/83 skall jag först pröva frågan huruvida kommissionsavtal och handelsagentavtal, [40] som de som tillämpas av Cepsa med avseende på de bensinstationer som Cepsa levererar till, över huvud taget faller under tillämpningsområdet för artikel 81.1 EG.

2. Tillämpligheten av artikel 81.1 EG på handelsagenter: Begreppet avtal mellan företag

41. Artikel 81.1 EG är tillämplig inte endast på horisontella avtal mellan företag som befinner sig i samma led i produktions- eller distributionskedjan, utan även på vertikala avtal mellan företag som är verksamma på olika nivåer i den ekonomiska kedjan. [41]

42. Handelsagentavtal har en sådan vertikal karaktär och omfattas därför i princip av artikel 81.1 EG. Det gäller emellertid endast såvitt, förutom huvudmannen, även handelsagenten själv är att anse som ett företag, så att ett avtal mellan två självständiga företag är för handen.

39 — Artikel 81.1 EG gäller även beslut av företagssammanslutningar och samordnade förfaranden. Dessa båda fall har emellertid ingen betydelse i detta mål, varför jag inte kommer att beröra dem i fortsättningen.

40 — I fortsättningen använder jag för enkelhetens skull endast begreppet handelsagent. Mina uttalanden gäller dock även kommissionärer.

41 — Dom av den 30 juni 1966 i mål 56/65, LTM/MBU (REG 1966, s. 282, 302 f ; svensk specialutgåva, volym 1, s. 251), av den 24 oktober 1995 i mål C-266/93, Volkswagen och VAG Leasing (REG 1995, s. I-3477), punkt 17, och dom av den 28 april 1998 i mål C-306/96, Javico (REG 1998, s. I-1983), punkt 11. Jämför också domar av den 13 juli 1966 i de förenade målen 56/64 och 58/64, Consten och Grundig mot kommissionen (REG 1966, s. 322, 387; svensk specialutgåva, volym 1, s. 277), och i mål 32/65, Italien mot rådet och kommissionen (REG 1966, s. 458, 485; svensk specialutgåva, volym 1, s. 303): "Någon åtskillnad kan inte göras där fördraget inte gör någon åtskillnad."

43. Begreppet företag i konkurrensrättslig mening omfattar varje enhet som utövar ekonomisk verksamhet oavsett enhetens rättsliga form och sättet för dess finansiering, [42] varvid ekonomisk verksamhet skall förstås som all verksamhet som går ut på att erbjuda varor eller tjänster på en viss marknad. [43] Handelsagenter är verksamma på två skilda marknader. Det rör sig för det första om den marknad på vilken handelsagenten erbjuder eventuella huvudmän sina förmedlingstjänster och för det andra om den marknad på vilken handelsagenten erbjuder huvudmannens varor eller tjänster till eventuella kunder. [44]

a) Handelsagentens ställning på marknaden för förmedlingstjänster

44. Vad först gäller förmedlingstjänster som handelsagenten erbjuder är denne i regel en oberoende ekonomisk aktör och därmed ett företag i den mening som avses i artikel 81.1 EG. Klausuler i ett handelsagentavtal varigenom huvudmannen ger sin handelsagent ensamrätt för exempelvis vissa kunder eller områden (exklusiva agentavtal) eller varigenom huvudmannen omvänt kräver att handelsagenten inte agerar som återförsäljare för andra huvudmäns räkning (konkurrensförbudsklausuler) måste därför bli föremål för prövning enligt artikel 81 EG. [45] Det torde därför även vara den bestämmelsen som följs i rättspraxis såvitt gäller en handelsagent som är verksam för mer än en huvudmans räkning [46] eller som är verksam dels för en huvudmans räkning, dels för egen räkning. [47]

45. Överfört på förevarande fall är sådana exklusiva inköpsklausuler som tillämpas av Cepsa i dess bensinstationsavtal att anse som avtal i den mening som avses i artikel 81.1 EG. I avtalen åtar sig bensinstationsinnehavarna nämligen att på sina bensinstationer endast distribuera drivmedel som levereras från Cepsa. Liksom fallet är när det finns en konkurrensförbudsklausul kan bensinstationsinnehavarna alltså inte vara verksamma för andra oljebolags räkning. Avtalen kan emellertid vara undantagna från förbudet i artikel 81.1 EG enligt de tillämpliga gruppundantagsförordningarna (förordning nr 1984/83 och förordning nr 2790/1999).

42 — Fast rättspraxis, jämför dom av den 23 april 1991 i mål C-41/90, Höfner och Elser (REG 1991, s. I-1979; svensk specialutgåva, volym 11, s. I-135), punkt 21, av den 18 juni 1998 i mål C-35/96, kommissionen mot Italien (REG 1998, s. I-3851), punkt 36, av den 10 januari 2006 i mål C-222/04, Cassa di Risparmio di Firenze (REG 2006, s. I-289), punkt 107, den ovan i fotnot 30 nämnda domen i målet Enirisorse, punkt 28, och dom av den 11 juli 2006 i mål C-205/03 P, FENIN mot kommissionen (REG 2006, s. I-6295), punkt 25.

43 — Dom av den 16 juni 1987 i mål 118/85, kommissionen mot Italien (REG 1987, s. 2599), punkt 7, de ovan i fotnot 42 nämnda domarna i målet kommissionen mot Italien, punkt 36, och Cassa di Risparmio di Firenze, punkt 108, den ovan i fotnot 30 nämnda domen i målet Enirisorse, punkt 29, samt den ovan i fotnot 42 nämnda domen i målet FENIN mot kommissionen, punkt 25.

44 — Motsvarande gäller för en marknad på vilken huvudmannen förser sig med vissa produkter.

45 — Tillkännagivande från kommissionen av den 24 maj 2000 "Riktlinjer om vertikala begränsningar" (EGT 2000, C 291, s. 1), punkt 19.

46 — Så måste man förstå punkterna 20 och 21 i dom av den 1 oktober 1987 i mål 311/85, VVR, "Flämische Reisebüros" (REG 1987, s. 3801; svensk specialutgåva, volym 9, s. 187). Se för ett liknande resonemang den ovan i fotnot 37 nämnda domen i målet Binon, särskilt punkterna 20 och 21.

47 — Jämför dom av den 16 december 1975 i de förenade målen 40/73–48/73, 50/73, 54/73–56/73, 111/73, 113/73 och 114/73, Suiker Unie m.fl. mot kommissionen (REG 1975, s. 1663), särskilt punkterna 544–547) och den ovan i fotnot 41 nämnda domen i målet Volkswagen och VAG Leasing, punkt 19.

b) Handelsagentens ställning på marknaden för huvudmannens produkter

46. Däremot kan en handelsagent, även om han rättsligt sett är självständig, inte utan vidare anses som ett företag i den mening som avses i artikel 81 EG såvitt gäller de affärstransaktioner som han förmedlar för huvudmannens räkning, det vill säga om det rör sig om handelsagentens distribution av huvudmannens varor eller tjänster på den berörda produktmarknaden. Avtal mellan handelsagenten och huvudmannen som innehåller bestämmelser om distributionen av dessa varor eller tjänster, exempelvis bindande återförsäljningpriser, kan heller inte utan vidare prövas enligt artikel 81 EG och de gruppundantag som gäller enligt gemenskapsrätten. Artikel 81 EG och gruppundantagen kan över huvud taget tillämpas endast i den mån handelsagenten är en ekonomiskt oberoende aktör på marknaden för huvudmannens varor och tjänster, utan att bilda en ekonomisk enhet tillsammans med huvudmannen.

i) Riskfördelningen mellan handelsagenten och huvudmannen (skillnaden mellan genuina och icke genuina handelsagenter)

47. Kännetecknande för en företagare är att han såsom oberoende ekonomisk aktör bär de risker som är förenade med hans verksamhet. Avgörande är alltså huruvida handelsagenten bär de risker som sammanhänger med de affärstransaktioner som han förmedlar eller om dessa risker i stället bärs av huvudmannen. [48]

48. Om en handelsagent inte bär någon av de risker som sammanhänger med de affärstransaktioner som han förmedlar är han en *genuin handelsagent.* Bestämmelser om exempelvis prisbindning för vidareförsäljningen till slutanvändaren som huvudmannen ställer upp för agentens verksamhet utgör då endast den andra sidan av agentens allmänna skyldighet att tillvarata huvudmannens intressen och följa dennes rimliga instruktioner. [49] Handelsagenten är i sådana fall trots sin rättsliga självständighet ingen oberoende ekonomisk aktör (företagare) på marknaden för varorna i fråga utan har på den marknaden mera en ställning av liknande slag som en anställd [50] hos eller medhjälpare till huvudmannen eller som ett dotterbolag till huvudmannen. [51] Agenten blir då ett hjälporgan till huvudmannen och

48 — Se i denna mening den ovan i fotnot 47 nämnda domen i målet Suiker Unie, punkterna 538–542, särskilt punkt 541, och den ovan i fotnot 41 nämnda domen i målet Volkswagen och VAG Leasing, punkt 19. Jämför också kommissionens ovan i fotnot 45 nämnda Riktlinjer om vertikala begränsningar, punkt 13, och kommissionens Meddelande om ensamåterförsäljaravtal med handelsagenter (EGT 1962, nr 139, s. 2921, avsnitt I).

49 — Jämför härom rådets direktiv 86/653/EEG av den 18 december 1986 om samordning av medlemsstaternas lagar rörande självständiga handelsagenter (EGT L 382, s. 17; svensk specialutgåva, område 6, volym 2, s. 150, nedan kallat direktiv 86/653), särskilt artikel 3, liksom kommissionens ovan i fotnot 48 nämnda Meddelande om ensamåterförsäljaravtal med handelsagenter, avsnitt II.

50 — Jämför exempelvis dom av den 16 september 1999 i mål C-22/98, Becu m.fl. (REG 1999, s. I-5665), punkt 26.

51 — Jämför exempelvis dom av den 24 oktober 1996 i mål C-73/95 P, Viho mot kommissionen (REG 1996, s. I-5457), punkterna 15–17.

är i den egenskapen integrerad i huvudmannens företag. [52] De båda utgör i fråga om marknadsföringen av huvudmannens produkter en ekonomisk enhet och uppträder som en enhet på den relevanta marknaden. [53]

49. Om däremot de ekonomiska risker som sammanhänger med de affärstransaktioner som agenten förmedlar åtminstone delvis måste bäras av agenten själv är det fråga om ett *icke genuint handelsagentavtal* där agentens ställning liknar en återförsäljare (även benämnd självständig agent) som driver verksamhet för egen räkning. Då är handelsagenten själv att anse som företagare på marknaden för huvudmannens varor och tjänster, varför bestämmelserna i hans avtal med huvudmannen angående affärsdriften skall bedömas enligt artikel 81 EG. [54]

50. Inom parentes vill jag påpeka att kommissionen vid den muntliga förhandlingen, till skillnad mot vad den angav i sitt skriftliga yttrande, ansåg att handelsagenter alltid bör ses som företag i den mening som avses i artikel 81 EG. Den argumentationen övertygar inte mig. Ett sådant synsätt emot den annars gängse definitionen [55] skulle nämligen få till följd att man som företag måste betrakta även en mellanman, som inte utövar någon självständig ekonomisk verksamhet på den relevanta produktmarknaden och inte bär några risker, utan tvärtom endast utför huvudmannens instruktioner i fråga om exempelvis försäljningspriset för varan eller tjänsten. [56]

51. I slutändan har denna principfråga emellertid mindre praktisk betydelse för besvarandet av den tolkningsfråga som ställts till domstolen. Även kommissionen anser nämligen att det är riskfördelningen mellan handelsagenten och huvudmannen vid de affärstransaktioner som förmedlas som avgör huruvida avtalsvillkor rörande exempelvis återförsäljningspriser kan vara förbjudna enligt artikel 81 EG eller inte. Därvid saknar

52 — Den ovan i fotnot 41 nämnda domen i målet Volkswagen och VAG Leasing skall *inte* förstås så, att de omständigheterna att handelsagenten är integrerad i huvudmannens företag och att den senare bär ansvaret för affärsriskerna utgör *två kriterier som skall särskiljas från varandra*. Visserligen sägs i punkt 19 i den domen följande: "Det är enbart när en företrädare inte tar någon av de risker som följer av de avtal som han har förhandlat fram för uppdragsgivarens räkning *och* uppträder som ett hjälporgan som är integrerat i uppdragsgivarens företag, som företrädaren kan förlora egenskapen av oberoende ekonomisk aktör" (min kursivering). På den marknad där huvudmannens produkter avyttras är emellertid agentens integrering i huvudmannens företag och huvudmannens ansvar för affärsriskerna två sidor av samma mynt. De fall i rättspraxis där handelsagentens integrering tillmätts särskild betydelse rör också mindre marknaden för huvudmannens produkter än den därifrån åtskilda marknaden för handelsagentens förmedlingstjänster (jämför härom punkterna 44 och 45 i detta förslag till avgörande).

53 — Den ovan i fotnot 47 nämnda domen i målet Suiker, punkterna 539, 541 och 542, och förstainstansrättens dom av den 15 september 2005 i mål T-325/01, DaimlerChrysler (REG 2005, s. II-2319), punkterna 85, 86 och 88. Jämför också kommissionens ovan i fotnot 45 nämnda Riktlinjer om vertikala begränsningar, punkt 13, och dess ovan i fotnot 48 nämnda Meddelande om ensamåterförsäljaravtal med handelsagenter.

54 — Den ovan i fotnot 47 nämnda domen i målet Suiker Unie, punkterna 541 och 542, den ovan i fotnot 41 nämnda domen i målet Volkswagen och VAG Leasing, punkt 19, och den ovan i fotnot 53 nämnda domen i målet DaimlerChrysler, punkt 87.

55 — Jämför punkt 43 ovan.

56 — På denna punkt finns en oklarhet i kommissionens ovan i fotnot 45 nämnda Riktlinjer om vertikala begränsningar, punkt 15, där en genuin handelsagent visserligen betecknas som ett separat företag men där det samtidigt sägs att han inte utövar någon självständig ekonomisk verksamhet.

det betydelse om riskfördelningen skall läggas till grund redan för bedömningen av huruvida agenten skall anses utgöra ett företag eller, som kommissionen tycks förorda, först för bedömningen av huruvida avtalet mellan huvudmannen och agenten är konkurrensbegränsande. I båda fallen ger riskfördelningen besked om huruvida förbudet i artikel 81 EG och eventuella undantag i gruppundantagsförordningar är tillämpliga eller inte.

ii) Kriterierna för bedömningen av den konkreta riskfördelningen mellan handelsagenten och huvudmannen

52. Frågan huruvida handelsagenten står den ekonomiska risk som sammanhänger med den verksamhet han bedriver för huvudmannens räkning eller om risken bärs av huvudmannen själv skall avgöras utifrån en samlad bedömning av omständigheterna i det enskilda fallet. Det ankommer på den nationella domstolen att göra denna bedömning. [57] Domstolen skall dock ge den nationella domstolen alla sådana uppgifter om tolkningen av gemenskapsrätten som behövs för att denna skall kunna träffa ett riktigt avgörande i tvisten i målet vid den nationella domstolen. [58]

53. Det utslagsgivande är därvid inte så mycket huruvida mellanhanden formellt betecknas som handelsagent, kommissionär, självständig näringsidkare eller återförsäljare, utan mera hur denne agerar i affärsmässigt hänseende inom ramen för den konkreta affärsrelationen. Därvid kan domstolen inte ge den nationella domstolen någon uttömmande förteckning över kriterier utan endast peka på vilka faktorer som i ett fall som det förevarande typiskt sett kan leda till slutsatser angående riskfördelningen mellan de berörda parterna. [59]

54. Det är två typer av risker som har betydelse i detta sammanhang, nämligen för det första *risker som är direkt knutna till huvudmannens varor* och för det andra *risker som sammanhänger med affärsmässiga investeringar* i samband med distributionen av dessa varor.

55. *Riskerna som är direkt knutna till huvudmannens varor* omfattar kostnadsansvar för transport och lagerhållande av varan, ansvar för skador som härrör från denna vara samt risken för att man inte finner någon köpare av varan (avsättningsrisken).

56. Utgångspunkten för att bedöma frågan om dessa risker är äganderättsförhållandet

57 — Jämför härom den rättspraxis som anges i fotnot 37.

58 — Jämför härom den rättspraxis som anges i fotnot 38.

59 — Se i samma mening kommissionens ovan i fotnot 45 nämnda Riktlinjer om vertikala begränsningar, punkterna 16 och 17.

beträffande den vara som skall avyttras.[60] Om varan, som Cepsa har gjort gällande, kvarblir i huvudmannens ägo intill dess att den förvärvas av tredje man tyder detta på att huvudmannen fortfarande även står risken. Om äganderätten till varan däremot redan vid en tidigare tidpunkt övergår till handelsagenten talar detta för att denne även står den risk som sammanhänger med varan. I detta mål är endast känt att bensinstationsinnehavaren övertar risken för drivmedlen så snart dessa fylls på i hans tankar. Åtminstone detta tyder på att bensinstationsinnehavaren har en ställning som liknar en ägares och talar för att han redan före avyttringen av drivmedlet till slutanvändaren bär risken för varan.

57. Vid sidan av äganderättsförhållandet kan även fördelningen av kostnaderna för transporten av varan ge tolkningsbesked beträffande vem som står risken för varan.[61] Handelsagenten står risken i samma utsträckning som han bär transportkostnaden. Beslutet om hänskjutande innehåller inga uppgifter som belyser detta. Cepsa har emellertid gjort gällande att företaget självt står för samtliga transportkostnader och att dessa inte drabbar bensinstationsinnehavarna. Det ankommer på den nationella domstolen att pröva dessa uppgifter. Därvid måste det särskilt säkerställas att transportkostnaderna inte heller i praktiken *indirekt* övervältras på bensinstationsinnehavaren via skuldsaldot för levererade drivmedel. Endast om det efter en sådan prövning framgår att Cepsas uppgifter angående transportkostnaderna är riktiga kan de ligga till grund för slutsatsen att Cepsa och inte bensinstationsinnehavaren står risken för varan i detta avseende.

58. Vidare skall undersökas vem som bär kostnaden för lagerhållande av varan och vem som ansvarar för eventuella skador på varan eller skador som drabbar tredje man på grund av varan.[62] Den nationella domstolen har endast lämnat den upplysningen att bensinstationsinnehavaren är skyldig att förvara drivmedlen på vederbörligt sätt och att denne är ansvarig gentemot såväl Cepsa som tredje man för varje förlust, förorening eller sammanblandning av drivmedlen som kan inträffa och för skada som uppstår på grund därav. Det är emellertid oklart vem som bär kostnaden för lagerhållande av drivmedlen och huruvida bensinstationsinnehavaren är ansvarig för skador även oberoende av sitt eget vållande eller, som Cepsa har gjort gällande, endast på grund av sitt eget vållande.[63] Om bensinstationsinnehavaren skall bära kostnaden för lagerhål-

60 — Se även kommissionens ovan i fotnot 45 nämnda Riktlinjer om vertikala begränsningar, punkt 16.

61 — Jämför även kommissionens ovan i fotnot 45 nämnda Riktlinjer om vertikala begränsningar, punkt 16 första strecksatsen.

62 — Jämför även kommissionens ovan i fotnot 45 nämnda Riktlinjer om vertikala begränsningar, punkt 16 tredje och sjätte strecksatserna. Om lagring av varor, se kommissionens ovan i fotnot 48 nämnda Meddelande om ensamåterförsäljaravtal med handelsagenter, avsnitt I.

63 — Vad Cepsa anfört, och Confederación bestritt, om att något skadefall ännu inte har inträffat är i vart fall oväsentligt. Avgörande för bedömningen av affärsrelationen mellan Cepsa och bensinstationsinnehavarna är endast vem som står risken att få svara för eventuella skador och inte om risken redan har realiserats.

lande av drivmedlen och om han ansvarar för skador även utan eget vållande talar detta för att han i detta avseende står risken för varan.

59. Bedömningen ankommer slutligen även på vem som står avsättningsrisken med avseende på huvudmannens varor, det vill säga risken att man inte finner någon köpare av varan. [64] Den nationella domstolen har härom endast meddelat att bensinstationsinnehavaren är skyldig att betala Cepsa för drivmedlen inom nio dagar från leveransen och att han inom samma tid erhåller sin provision från Cepsa. En sådan bestämmelse, som inte anknyter direkt till den faktiska mängd drivmedel som avyttrats under en viss period, tyder på att bensinstationsinnehavaren i vart fall delvis bär avsättningsrisken och skall behandlas som en självständig agent.

60. En annan bedömning när det gäller avsättningsrisken blir endast aktuell om omsättningstiden för de drivmedel som Cepsa levererar i normalfallet inte överstiger niodagarsfristen, [65] det vill säga om drivmedlen aldrig lagras längre än nio dagar på bensinstationen utan alltid är helt avyttrade redan vid tidpunkten för avräkningen med Cepsa. Bensinstationsinnehavarens betalningar till Cepsa utgör då nämligen endast en vidarebefordran av handelsagentens faktiska intäkter från de affärer han förmedlar för huvudmannens räkning utan att bensinstationsinnehavaren belastas med avsättningsrisken. Cepsa och Confederación har inför EG-domstolen lämnat olika uppgifter om sakförhållandena i målet vid den nationella domstolen.

61. Avsättningsrisken skulle kvarstå hos Cepsa även om bensinstationsinnehavaren hade en *realistisk* möjlighet att vid betalningen undanta den del av de levererade drivmedlen [66] som vid tidpunkten för avräkningen med Cepsa ännu inte avyttrats till tredje man, [67] på så sätt att han inom niodagarsfristen endast betalar avseende drivmedel som faktiskt avyttrats. Confederación har emellertid anfört, att det avräkningssystem som Cepsa tillämpar inte medger något sådant avdrag från det belopp som skall betalas inom nio dagar från leveransen, och att ett sådant avdrag också skulle vara svårt att hantera i skattehänseende. Det ankommer på den nationella domstolen att pröva dessa uppgifter.

64 — Jämför även kommissionens ovan i fotnot 45 nämnda Riktlinjer om vertikala begränsningar, punkt 16 tredje och sjunde strecksatserna.

65 — I detta sammanhang är det inte tillräckligt att se enbart till en genomsnittlig omsättningstid för levererade drivmedel hos alla bensinstationer som Cepsa levererar till, eftersom omsättningstiden kan variera starkt beroende på bensinstationernas läge och kundantal.

66 — Det vill säga den del av drivmedlen från Cepsa som bensinstationen inte har kunnat avyttra inom de nio dagarna mellan leveransen från Cepsa och avräkningen med Cepsa.

67 — Det är inte nödvändigt och knappast heller realistiskt att de drivmedel som inte har avyttrats fysiskt återlämnas till och borttransporteras av Cepsa. Redan ett anstånd med betalningen till Cepsa för icke avyttrade drivmedel till tidpunkten för den faktiska avyttringen skulle innebära att avsättningsrisken kvarstår hos Cepsa.

62. Till de risker som hänger samman med de affärstransaktioner som handelsagenten förmedlar hör vid sidan av de nu behandlade riskerna med avseende på varan även sådana *risker som sammanhänger med affärsmässiga investeringar*. Därmed avses särskilt investeringar i infrastruktur (när det gäller bensinstationer exempelvis anskaffning av bränsletankar) och marknadsföring i samband med distributionen av huvudmannens varor. [68] I den utsträckning som sådana kostnader får bäras av handelsagenten blir han nämligen också delaktig i de risker som hänger samman med de affärstransaktioner som han förmedlar för huvudmannens räkning. Därom saknas helt uppgifter i beslutet om hänskjutande. Det är den nationella domstolens uppgift att dra de nödvändiga slutsatserna i detta avseende.

63. I förevarande fall kan det sammantaget inte uteslutas att bedömningen av riskkriterierna vad gäller varan och de affärsmässiga investeringarna ger en blandad bild. Här vill jag erinra om att vart och ett av kriterierna endast är till ledning för bedömningen av riskfördelningen mellan handelsagenten och huvudmannen. Det avgörande är som jag nämnt en samlad bedömning av samtliga omständigheter i det enskilda fallet.

64. Redan om handelsagenten endast bär en del av de nämnda kostnaderna och skyldigheterna närmar han sig en sådan ställning av självständig näringsidkare att han inte längre kan betraktas som ingående i en ekonomisk enhet med huvudmannen utan som ett självständigt företag på marknaden för dennes varor. Om agenten däremot inte bär någon av de risker som hänger samman med de affärstransaktioner som han förmedlar kan han betraktas som en genuin handelsagent som endast är ett hjälporgan till huvudmannen. [69] Det sistnämnda måste också antas vara fallet om handelsagenten endast i helt obetydlig omfattning har del i de nämnda riskerna. [70] I ekonomiskt hänseende innebär det nämligen ingen skillnad om en handelsagent *inte* eller endast *i helt obetydlig omfattning* bär de risker som sammanhänger med de affärstransaktioner han förmedlar.

65. *Provisionsrisken* saknar för övrigt betydelse för den bedömning som skall företas. Det är nämligen självklart i handelsagentens verksamhet att hans ersättning helt eller delvis är beroende av hans egen prestation, särskilt av affärstransaktionernas antal och/eller värde. [71] Agenten bär därför typiskt sett

68 — Jämför även kommissionens ovan i fotnot 45 nämnda Riktlinjer om vertikala begränsningar, punkt 16 andra och femte strecksatserna. Betydelsen av investeringar som görs inom ramen för bensinstationsavtal för att anpassa försäljningsstället till bilden av det saluförda märket betonas i exempelvis dom av den 7 december 2000 i mål C-214/99, Neste (REG 2000, s. I-11121), punkt 34.

69 — Den ovan i fotnot 41 nämnda domen i målet Volkswagen och VAG Leasing, punkt 19, och den ovan i fotnot 53 nämnda domen i målet DaimlerChrysler, punkt 87. Jämför även kommissionens ovan i fotnot 45 nämnda Riktlinjer om vertikala begränsningar, punkterna 15 och 17.

70 — Jämför även kommissionens ovan i fotnot 45 nämnda Riktlinjer om vertikala begränsningar, punkterna 15 och 17.

71 — Artikel 6.2 i direktiv 86/653. Jämför även kommissionens ovan i fotnot 45 nämnda Riktlinjer om vertikala begränsningar, punkt 15 in fine och punkt 16, sjunde strecksatsen.

provisionsrisken, vare sig han är en genuin eller en icke genuin handelsagent.

iii) Konsekvenserna av riskfördelningen för den konkurrensrättsliga bedömningen av prisbindningsklausuler i bensinstationsavtal

66. Om bedömningen av riskfördelningen leder fram till slutsatsen att bensinstationsinnehavarna är genuina handelsagenter för Cepsa och således utgör en ekonomisk enhet tillsammans med Cepsa, utgör de berörda klausulerna i bensinstationsavtalen inte avtal mellan självständiga företag och faller alltså redan på grund därav utanför tillämpningsområdet för artikel 81 EG och gruppundantagen enligt förordning nr 1984/83 och förordning nr 2790/1999. De bindande återförsäljningspriser och annat som föreskrivs i avtalen kan följaktligen inte prövas enligt dessa bestämmelser. [72]

67. Om bensinstationsinnehavarna däremot på grund av de risker de själva bär är att anse som icke genuina handelsagenter respektive självständiga näringsidkare och därmed som oberoende ekonomiska aktörer, skall bensinstationsavtalen prövas enligt artikel 81 EG och bestämmelserna i tillämpliga gruppundantag.

68. För att belysa det sistnämnda fallet skall jag för fullständighetens skull göra följande påpekanden.

69. Det skall då först beaktas att artikel 81 EG, och därmed även gruppundantagen, endast avser avtal mellan företag som har till syfte eller resultat att hindra, begränsa eller snedvrida konkurrensen. Enligt fast rättspraxis [73] skall man vid bedömningen av verkningarna av ett sådant avtal undersöka inte endast det enskilda handelsagentavtalet utan även ta hänsyn till det ekonomiska och rättsliga sammanhang där avtalet förekommer. Det skall särskilt beaktas att ett avtal tillsammans med andra liknande avtal kan ha en kumulativ inverkan på konkurrensen. Det skall därför bedömas hur ett sådant avtal i kombination med en serie av andra liknande avtal påverkar möjligheterna för konkurrenter inom landet eller från andra medlems-

72 — Jämför även kommissionens ovan i fotnot 45 nämnda Riktlinjer om vertikala begränsningar, punkt 15 in fine och punkt 18, särskilt tredje strecksatsen.

73 — Dom av den 12 december 1967 i mål 23/67, Brasserie De Haecht (REG 1967, s. 544, 555 och 556), den ovan i fotnot 47 nämnda domen i målet Suiker Unie, punkt 549, dom av den 28 februari 1991 i mål C-234/89, Delimitis (REG 1991, s. I-935; svensk specialutgåva, volym 11, s. I-65), särskilt punkterna 13–15, 19 och 20, dom av den 30 april 1998 i mål C-230/96, Cabour (REG 1998, s. I-2055), punkt 50, och den ovan i fotnot 68 nämnda domen i målet Neste, särskilt punkterna 25–27.

stater att få tillträde till eller öka sin marknadsandel på den relevanta marknaden.

70. Om det i den nationella lagstiftningen hänvisas till gemenskapsrätten endast för rent interna sakförhållanden är det vidare inte avgörande huruvida de berörda bensinstationsavtalen kan påverka handeln mellan medlemsstater. [74] I ett sådant fall är det heller inte nödvändigtvis bensinstationsavtalens effekt på den gemensamma marknaden utan på den enligt nationell (här spansk) konkurrenslagstiftning relevanta marknaden som skall bedömas.

71. När det slutligen gäller de gruppundantag som avses i artikel 81.3 EG skall beaktas att förordning nr 1984/83 med verkan från och med den 1 juni 2000 har ersatts av förordning nr 2790/1999. För avtal som redan var i kraft den 31 maj 2000 och som visserligen uppfyllde förutsättningarna för undantag enligt förordning nr 1984/83, men inte enligt förordning nr 2790/1999, gällde en övergångsfrist till och med den 31 december 2001.

72. Frågan vilken betydelse som skall tillmätas hänvisningen i artikel 1.1 b i Real Decreto nr 157/1992 till förordning nr 1984/83 för tiden efter den 1 juni 2000 är en fråga som rör nationell lagstiftning som det endast ankommer på den nationella domstolen att pröva. [75]

73. Under alla omständigheter innebär varken det gamla gruppundantaget enligt förordning nr 1984/83 eller det nya gruppundantaget enligt förordning nr 2790/1999 att bensinstationsavtal, i vilka bensinstationsinnehavaren åläggs bindande återförsäljningspriser, undantas från förbudet i artikel 81.1 EG. [76] Det går heller inte att tolka dessa förordningar extensivt och på så sätt utläsa ett sådant undantag. [77] Därtill kommer att det nya gruppundantaget enligt artikel 3 i förordning nr 2790/1999 inte gäller om marknadsandelen överstiger 30 procent.

74 — Den eventuella påverkan på handeln mellan medlemsstater är av betydelse endast såvitt gemenskapsrätten skall tillämpas direkt och inte endast indirekt på grund av en hänvisning i nationell lagstiftning. Angående skyldigheten att i förekommande fall tillämpa gemenskapsrätten och nationell lagstiftning parallellt, jämför artikel 3.1 i förordning nr 1/2003. Om påverkan på handeln mellan medlemsstater, jämför dom av den 25 oktober 2001 i mål C-475/99, Ambulanz Glöckner (REG 2001, s. I-8089), punkt 47 och följande punkter, särskilt punkt 48, och dom av den 28 januari 1986 i mål 161/84, Pronuptia (REG 1986, s. 353; svensk specialutgåva, volym 8, s. 403), punkt 26, och Tillkännagivande från kommissionen "Riktlinjer om begreppet påverkan på handeln i artiklarna 81 och 82 i fördraget" (EUT C 101, 2004, s. 81).

75 — Jämför de ovan i fotnot 17 nämnda domarna i målen Dzodzi, punkterna 41 och 42, och Leur-Bloem, punkt 33.

76 — I förordning nr 2790/1999 följer detta redan av en uttrycklig bestämmelse i artikel 4 första stycket a. Detsamma framgår inom tillämpningsområdet för förordning nr 1984/83 om man ser de särskilda bestämmelserna för bensinstationsavtal i artiklarna 10–13 som en helhet. Där ges visserligen i och för sig undantag för exempelvis exklusiva inköpsavtal (jämför särskilt artikel 10 och artikel 11 a), men prisbindning nämns därvid inte (jämför den inledande formuleringen i artikel 11: "Bortsett från den skyldighet som avses i artikel 10 skall ingen annan konkurrensbegränsning åläggas återförsäljaren än skyldigheten ...").

77 — Jämför dom av den 24 oktober 1995 i mål C-70/93, Bayerische Motorenwerke (REG 1995, s. I-3439), punkt 28, och den ovan i fotnot 73 nämnda domen i målet Cabour, punkt 30.

VI — Förslag till avgörande

74. På grund av de överväganden som jag redovisat ovan föreslår jag att domstolen besvarar Tribunal Supremos fråga på följande sätt:

1) Exklusiva inköpsavtal mellan ett oljeföretag och innehavaren av en bensinstation, som oljeföretaget levererar till, i vilka den sistnämnde åläggs att uteslutande sälja oljeföretagets bränsle och drivmedel, skall prövas enligt artikel 81 EG även om rättsförhållandet mellan oljeföretaget och bensinstationsinnehavaren betecknas som ett kommissionärs- eller handelsagentavtal.

Sedan den 1 juni 2000 kan sådana avtal vara tillåtna enligt kommissionens förordning (EG) nr 2790/1999 av den 22 december 1999 om tillämpning av artikel 81.3 i fördraget på grupper av vertikala avtal och samordnade förfaranden.

Dessförinnan kunde sådana avtal enligt kommissionens förordning (EEG) nr 1984/83 av den 22 juni 1983 om tillämpning av fördragets artikel 85.3 på grupper av exklusiva inköpsavtal vara undantagna från förbudet i artikel 85.1 i EG-fördraget (numera artikel 81.1 EG).

2) Avtal mellan ett oljeföretag och innehavaren av en bensinstation, som oljeföretaget levererar till, i vilka den sistnämnde åläggs att iaktta bestämmelser angående försäljningspriser, villkor samt försäljnings- och driftsmetoder beträffande det bränsle och drivmedel som oljeföretaget levererar, skall prövas enligt artikel 81 EG om bensinstationsinnehavaren säljer detta bränsle och drivmedel antingen för egen räkning till tredje man eller om han i vart fall — i egenskap av kommissionär eller handelsagent — i inte helt obetydlig omfattning måste stå de risker som sammanhänger med en försäljning till tredje man.

Under samma förutsättningar kan sådana avtal sedan den 1 juni 2000 prövas enligt förordning (EG) nr 2790/1999 och de kunde dessförinnan prövas enligt förordning (EEG) nr 1984/83.