CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL C. O. LENZ van 8 juli 1993 *

Mijnheer de President,
mijne heren Rechters,

A — Inleiding

1. De vennootschap Correia, Simões & Companhia, Limitada (hierna: „Correia") exploiteert een tankstation in Portugal. Op 17 mei 1982 sloot zij een overeenkomst met de onderneming Petróleos de Portugal, EP — Petrogal, waarbij zij zich ertoe verplichtte, brandstoffen en smeermiddelen van het door deze onderneming verhandelde merk af te nemen en in haar tankstation uitsluitend brandstoffen en smeermiddelen van dat merk te verkopen. [1] De overeenkomst werd aanvankelijk gesloten voor de duur van vijftien jaar.

2. In 1990 trachtte Correia zich aan deze overeenkomst te onttrekken. Daarop dagvaardde Petróleos de Portugal — Petrogal, SA (hierna: „Petrogal") Correia voor de bevoegde Portugese rechter wegens wanprestatie. In die procedure beriep Correia zich erop, dat de overeenkomst in strijd met het communautaire mededingingsrecht en dus nietig was. Daarbij kwam in het bijzonder de vraag aan de orde, of de overeenkomst verenigbaar was met verordening (EEG) nr. 1984/83 van de Commissie van 22 juni 1983 betreffende de toepassing van artikel 85, lid 3, van het Verdrag op groepen exclusieve afnameovereenkomsten. [2]

3. Bijgevolg heeft het Tribunal Cível da Comarca de Lisboa het Hof verzocht om een prejudiciële beslissing over de volgende vraag:

„Is een tankstationcontract als bedoeld in artikel 10 van verordening nr. 1984/83 van 22 juni 1983, dat in strijd met artikel 12, lid 1, sub c, van verordening voor onbepaalde tijd of voor een periode van meer dan tien jaar is gesloten, krachtens artikel 85, lid 2, EEG-Verdrag geheel nietig, of enkel wat dat punt betreft, zodat het voor een periode van tien jaar — de maximaal toegestane looptijd — geldig kan worden geacht?"

B — Discussie

4. Uit de motivering van de verwijzingsbeschikking blijkt, dat de verwijzende rechter uitgaat van twee premissen, waarop wij eerst zullen moeten ingaan om de gestelde vraag goed te kunnen begrijpen. In de eerste plaats gaat de verwijzende rechter ervan uit, dat de in geding zijnde overeenkomst (gedeeltelijk) niet aan de in verordening nr. 1984/83 gestelde voorwaarden voldoet en dus niet voor de in deze verordening

* Oorspronkelijke taal: Duits.

1 — De tweede verweerster in het hoofdgeding — de vennootschap Correia, Sousa & Crisóstomo, Limitada — heeft zich borg gesteld voor de nakoming van deze verplichtingen.

2 — PB 1983, L 173, blz. 5.

bedoelde vrijstelling van het verbod van artikel 85, lid 1, van het Verdrag in aanmerking komt. Deze opvatting is wel juist wat het resultaat, maar niet wat de motivering betreft. In de tweede plaats is de verwijzende rechter van mening, dat de niet-toepasselijkheid van verordening nr. 1984/83 ertoe leidt, dat de overeenkomst van 17 mei 1982 in strijd is met artikel 85, lid 1, EEG-Verdrag en dus ingevolge artikel 85, lid 2, van het Verdrag geheel of gedeeltelijk nietig is. Zoals nog zal blijken, is deze opvatting niet juist.

Verordening nr. 1984/83

5. Bij verordening nr. 1984/83 worden bepaalde groepen exclusieve afname-overeenkomsten op grond van artikel 85, lid 3, EEG-Verdrag vrijgesteld van het verbod van artikel 85, lid 1. Titel III van die verordening (de artikelen 10 e. v.) bevat bijzondere regels voor tankstationcontracten. Volgens artikel 10 van de verordening is die vrijstelling onder de daarin genoemde voorwaarden van toepassing op overeenkomsten tussen twee ondernemingen, waarbij de ene contractspartij (de wederverkoper) zich jegens de andere contractspartij (de leverancier) ertoe verbindt, bepaalde brandstoffen of smeermiddelen met het oog op de wederverkoop in een door de overeenkomst aangeduid tankstation slechts bij die leverancier (of een met deze verbonden onderneming) te betrekken.

Volgens artikel 12, lid 1, sub c, is artikel 10 echter niet van toepassing — afgezien van de in artikel 12, lid 2, genoemde gevallen — wanneer de overeenkomst voor onbepaalde tijd of voor meer dan tien jaar wordt gesloten.

6. Verordening nr. 1984/83 is op 1 juli 1983 in werking getreden en geldt tot 31 december 1997 (artikel 19). Artikel 15, lid 3, van de verordening bevat een overgangsbepaling voor de in artikel 10 bedoelde overeenkomsten die op 1 juli 1983 reeds van kracht waren en die na 31 december 1988 aflopen.

Voor zover dergelijke overeenkomsten aan de voorwaarden van verordening nr. 1984/83 voldeden, vielen zij zonder meer onder de in deze verordening geregelde vrijstelling. Was dat echter niet het geval, dan kon een dergelijke overeenkomst toch voor vrijstelling van het verbod van artikel 85, lid 1, EEG-Verdrag in aanmerking komen gedurende de periode van 1 januari 1989 tot de afloop van de overeenkomst, maar uiterlijk tot het einde van de geldigheidsduur van verordening nr. 1984/83 zelf. Daaraan was de voorwaarde verbonden, dat de leverancier de wederverkoper vóór 1 januari 1989 ontsloeg van alle verplichtingen die ingevolge de titels II en III een vrijstelling beletten.

Volgens artikel 15, lid 4, zijn deze bepalingen ook van toepassing op overeenkomsten die op de datum van toetreding van de Portugese Republiek van kracht waren en die door die toetreding onder de werkingssfeer van artikel 85, lid 1, van het Verdrag kwamen te vallen.

7. Zoals reeds gezegd, is de in artikel 10 van de verordening geregelde vrijstelling niet van toepassing, wanneer de overeenkomst voor meer dan tien jaar wordt gesloten. Klaarblijkelijk heeft de verwijzende rechter daaruit

geconcludeerd, dat de verbintenis die langer dan de toegestane periode van tien jaar duurt, tot de verplichtingen behoort waarvan de leverancier de wederverkoper moet ontslaan teneinde van de overgangsregeling van artikel 15, lid 3, van de verordening te kunnen profiteren. Volgens deze redenering zou de overeenkomst enkel vrijgesteld zijn geweest van het verbod van artikel 85, lid 1, EEG-Verdrag, wanneer partijen het vóór 1 januari 1989 eens waren geworden over een beperking van de looptijd tot de toegestane maximumduur van tien jaar (dus tot en met 16 mei 1992) of een kortere periode. Een dergelijke aanpassing van de overeenkomst vond blijkens de door de verwijzende rechter verstrekte gegevens niet plaats. Tijdens de mondelinge behandeling voor het Hof heeft de vertegenwoordiger van Petrogal echter betoogd, dat Correia — wellicht stilzwijgend — was ontslagen van de verplichtingen die de toepassing van verordening nr. 1984/83 in de weg stonden. De nationale rechter zal moeten nagaan of deze bewering juist is.

8. De opvatting van de verwijzende rechter, dat de overeenkomst over een langere looptijd dan artikel 12 toestaat, behoort tot de verplichtingen waarvan de wederverkoper moet worden ontslagen om toepassing van artikel 15, lid 3, mogelijk te maken, is echter hoe dan ook onjuist. Zoals reeds uit de bewoordingen van artikel 15, lid 3, blijkt, is deze overgangsbepaling bestemd om ook overeenkomsten die voor een periode van meer dan tien jaar zijn gesloten, voor het voordeel van de groepsvrijstelling in aanmerking te laten komen. [3] Uiteraard is daaraan de voorwaarde verbonden, dat de leverancier de wederverkoper heeft ontslagen van alle verplichtingen die een vrijstelling krachtens de verordening in de weg stonden. Deze uitlegging wordt eveneens bevestigd door de overwegingen van de Commissie in haar bekendmaking inzake de verordening. [4]

9. Het is echter mogelijk, dat verordening nr. 1984/83 om een andere reden niet op de betwiste overeenkomst kan worden toegepast. Uit de aan het Hof overgelegde stukken kan worden afgeleid, dat de aan Correia opgelegde afnameverplichting niet enkel gold voor brandstoffen, maar ook voor smeermiddelen. Volgens artikel 12, lid 1, sub a, is de bij artikel 10 van de verordening gegeven vrijstelling echter niet van toepassing, wanneer de wederverkoper exclusieve afnameverplichtingen zijn opgelegd voor andere produkten dan motorbrandstoffen en andere brandstoffen.

Op grond van artikel 11, sub b, mag de wederverkoper weliswaar de verplichting worden opgelegd om door derde ondernemingen geleverde smeermiddelen niet „te gebruiken" in het in de overeenkomst aangeduide tankstation, wanneer de leverancier of een met hem verbonden onderneming een olieverversingsinstallatie of enige andere inrichting voor het doorsmeren van motorvoertuigen aan de wederverkoper ter beschikking heeft gesteld of heeft gefinancierd, maar deze bepaling betreft in elk geval enkel het *gebruik* van smeermiddelen, maar niet de *wederverkoop* ervan. [5] Daarentegen wordt in de overeenkomst van 17 mei 1982 bepaald, dat de vennootschap Correia in haar

3 — De bepaling betreft overeenkomsten die reeds op *1 juli 1983* van kracht waren en voorziet in een vrijstelling tot uiterlijk *31 december 1997* (de dag waarop de geldigheidsduur van de verordening afloopt).

4 — Bekendmaking inzake de verordeningen (EEG) nr. 1983/83 en (EEG) nr. 1984/83 van de Commissie van 22 juni 1983 betreffende de toepassing van artikel 85, lid 3, van het Verdrag op, onderscheidenlijk, groepen alleenverkoopovereenkomsten en groepen exclusieve afnameovereenkomsten (PB 1983, C 101, blz. 2, punt 64 e. v.).

5 — Zie hiervoor punt 61 van de bekendmaking van de Commissie.

tankstation geen andere dan de van Petrogal betrokken smeermiddelen mag gebruiken of verkopen. [6]

Ter terechtzitting van het Hof heeft de vertegenwoordiger van Petrogal deze uitlegging echter in twijfel getrokken, doch zijn argumenten waren niet overtuigend. Wel heeft hij er terecht op gewezen, dat dit probleem niet door het Hof, maar door de verwijzende rechter moet worden opgelost.

Artikel 85, lid 1, EEG-Verdrag

10. De omstandigheid dat de bestreden overeenkomst niet aan de voorwaarden van verordening nr. 1984/83 voldoet en daardoor dus niet voor de vrijstelling in aanmerking komt, betekent echter niet, dat zij noodzakelijkerwijs in strijd is met artikel 85, lid 1, EEG-Verdrag.

11. Een overeenkomst die niet aan de voorwaarden voor de toepassing van een bepaalde groepsvrijstelling voldoet, is daarom niet zonder meer op grond van artikel 85, lid 2, nietig. [7] Eerst moet immers worden onderzocht, of een dergelijke overeenkomst inbreuk maakt op artikel 85, lid 1. Derhalve moet de nationale rechter onderzoeken, of de in geding zijnde overeenkomst de handel tussen de Lid-Staten ongunstig kan beïnvloeden en tot doel of tot gevolg heeft de mededinging binnen de gemeenschappelijke markt te verhinderen, te beperken of te vervalsen.

In het kader van dat onderzoek dient hij erop te letten, dat bij de beoordeling van de gevolgen van een dergelijke overeenkomst „rekening moet worden gehouden met de economische en juridische context waarbinnen deze overeenkomst geldt en samen met andere overeenkomsten een cumulatief effect op de mededinging kan hebben". [8] Soortgelijke problemen doen zich voor bij de beoordeling van brouwerijcontracten, die reeds meermaals door het Hof zijn onderzocht. De rechtspraak van het Hof met betrekking tot deze overeenkomsten en in het bijzonder de uitspraak in de zaak Delimitis kunnen dus bij de oplossing van de hier te beantwoorden vragen worden betrokken.

12. Het valt niet te ontkennen, dat de beoordeling van de vraag of aan de voorwaarden van artikel 85, lid 1, EEG-Verdrag is voldaan, de verwijzende rechter voor aanzienlijke problemen kan stellen. Het lijkt dus zinvol om in dit verband te verwijzen naar de onlangs gepubliceerde bekendmaking betreffende de samenwerking tussen de Commissie en de nationale rechterlijke instanties voor de toepassing van de artikelen 85 en 86 van het Verdrag. [9] Volgens deze bekendmaking kan de nationale rechter de Commissie onder meer over rechtsvragen raadplegen, wanneer de toepassing van artikel 85, lid 1, of van artikel 86 EEG-Verdrag bijzondere problemen oplevert. [10] De door de Commissie gegeven antwoorden binden de nationale rechter niet, maar zij kunnen, zoals de Commissie terecht beklemtoont, „hem bij de beslechting van geschillen dienstig (...) zijn". [11]

6 — Zie punt 5 van de algemene voorwaarden in de bijlage bij de overeenkomst, die volgens artikel 1 van de overeenkomst deel uitmaken van de overeenkomst.

7 — Zie arrest van 18 december 1986, zaak 10/86, VAG France, Jurispr. 1986, blz. 4071, r. o. 12.

8 — Arrest van 28 februari 1991, zaak C-234/89, Delimitis, Jurispr. 1991, blz. I-935. Zie ook arrest van 12 december 1967, zaak 23/67, Brasserie de Haecht I, Jurispr. 1967, blz. 512, blz. 523.

9 — PB 1993, C 39, blz. 6.

10 — Ibid., punt 38.

11 — Ibid., punt 39.

Bovendien behoudt de nationale rechter uiteraard de mogelijkheid het Hof van Justitie krachtens artikel 177 EEG-Verdrag opnieuw om een prejudiciële beslissing te verzoeken.

13. Wanneer uit het onderzoek van de verwijzende rechter zou blijken, dat de in geding zijnde overeenkomst onder het verbod van artikel 85, lid 1, valt, moet hij vervolgens nagaan, of de overeenkomst van dat verbod is vrijgesteld dan wel kan worden vrijgesteld. Voor een dergelijke vrijstelling zijn er twee mogelijkheden: de overeenkomst kan aan de voorwaarden van een andere vrijstellingsverordening voldoen of door de Commissie bij individuele beschikking worden vrijgesteld. [12] In de onderhavige zaak behoeft het Hof op dit soort vragen niet in te gaan, aangezien zij in de prejudiciële vraag niet zijn gesteld. Toch lijkt het mij in casu relevant en nuttig, nog even in te gaan op enkele problemen in verband met de mogelijkheid van een door de Commissie te geven vrijstellingsbeschikking.

14. Vooraf moet er echter op worden gewezen, dat volgens 's Hofs rechtspraak de zogenoemde „oude kartels" onder bepaalde omstandigheden door de nationale rechterlijke instanties als geldig moeten worden beschouwd, zolang de Commissie ter zake geen beschikking heeft gegeven. [13] Daarbij gaat het om overeenkomsten die reeds voor de inwerkingtreding van verordening nr. 17 [14] bestonden en tijdig bij de Commissie zijn aangemeld of die overeenkomstig artikel 5, lid 2, juncto artikel 4, lid 2, van de verordening van de aanmeldingsplicht zijn vrijgesteld. Deze rechtspraak zou eveneens moeten worden toegepast op „toetredingskartels" (overeenkomsten die reeds voor de toetreding van een nieuwe Lid-Staat bestonden en door die toetreding onder het toepassingsgebied van artikel 85 EEG-Verdrag zijn komen te vallen). [15]

De nationale rechter moet dus in voorkomend geval beslissen, of de in geding zijnde overeenkomst op basis van deze rechtspraak voorlopig geldig moet worden geacht. [16]

15. Zoals het Hof in zijn arrest BRT/SABAM [17] heeft beslist, hebben de artikelen 85, lid 1, en 86 rechtstreekse werking en dient de nationale rechter ze dus toe te passen. De bevoegdheid om het verbod van artikel 85, lid 1, in een individueel geval overeenkomstig artikel 85, lid 3, niet van toepassing te verklaren, berust evenwel krachtens artikel 9, lid 1, van verordening nr. 17 bij de Commissie. Er kan enkel sprake zijn van vrijstelling wanneer de overeenkomst vooraf bij de Commissie is aangemeld, met dien verstande, dat de overeenkomst niet mag behoren tot de in artikel 4, lid 2, van de

12 — Zie arrest VAG France, reeds aangehaald (voetnoot 7), r. o. 13.

13 — Zie in het bijzonder arrest van 6 februari 1973, zaak 48/72, Brasserie de Haecht II, Jurispr. 1973, blz. 77.

14 — PB 1962, blz. 204.

15 — Zie artikel 25 van verordening nr. 17, alsmede H. Schröter in: H. von der Groeben/J. Thiesing/C.-D. Ehlermann (red.), Kommentar zum EWG-Vertrag, vierde druk, Baden-Baden 1991, artikel 85, punt 175, en L. Ritter/F. Rawlinson/W. D. Braun, EEC Competition Law, Deventer/Boston 1991, blz. 713, e. v.

16 — De hierna volgende opmerkingen in punt 15 betreffen overeenkomsten waaraan geen voorlopige geldigheid is toegekend.

17 — Arrest van 30 januari 1974, zaak 127/73, Jurispr. 1974, blz. 51, r. o. 15-17.

verordening genoemde categorieën van overeenkomsten.

In het arrest in de zaak Delimitis [18] heeft het Hof de nationale rechter aanwijzingen gegeven voor de wijze waarop hij in dergelijke gevallen tewerk zou moeten gaan. Wanneer de onverenigbaarheid van de overeenkomst met artikel 85, lid 1, niet aan twijfel onderhevig is en de overeenkomst, gelet op de vrijstellingsverordeningen en eerdere beschikkingen van de Commissie, in geen geval voor een vrijstellingsbeschikking op grond van artikel 85, lid 3, in aanmerking komt, kan de nationale rechter de procedure voortzetten en zich over de overeenkomst uitspreken. Wanneer de nationale rechter daarentegen vaststelt, dat de overeenkomst aan de formele vereisten voor vrijstelling voldoet en van mening is, dat de overeenkomst eventueel door de Commissie kan worden vrijgesteld, moet hij maatregelen nemen om het risico van tegenstrijdige beslissingen tegen te gaan. Volgens het Hof kan de nationale rechter in dergelijke gevallen bij voorbeeld besluiten de zaak de schorsen en contact met de Commissie op te nemen, teneinde haar mening te horen of inlichtingen in te winnen over de stand van de procedure die zij eventueel heeft ingeleid. In dit verband moet opnieuw worden verwezen naar de reeds genoemde bekendmaking van de Commissie waarin de wijze van samenwerking tussen de nationale rechterlijke instanties en de Commissie wordt beschreven. [19]

Uiteraard staat het de nationale rechter ook dan vrij om de behandeling van de zaak te schorsen en het Hof krachtens artikel 177 EEG-Verdrag om een prejudiciële beslissing te verzoeken.

Artikel 85, lid 2, EEG-Verdrag

16. Indien zou blijken, dat de bestreden overeenkomst inbreuk maakt op artikel 85, lid 1, en niet op grond van artikel 85, lid 3 van het verbod kan worden vrijgesteld, dient te worden bedacht, dat de nietigheid van rechtswege op grond van artikel 85, lid 2, beperkt blijft tot de onder het verbod vallende bestanddelen. De nietigheid treft slechts de overeenkomst in haar geheel „indien genoemde bestanddelen niet van de overeenkomst zelve kunnen worden losgemaakt." [20] De nationale rechter dient naar nationaal recht te beoordelen, welke gevolgen de nietigheid van bepaalde contractuele clausules heeft voor de geldigheid van de gehele overeenkomst. [21]

C — Conclusie

17. Bijgevolg geef ik het Hof in overweging de vraag van het Tribunal Cível da Comarca de Lisboa te beantwoorden als volgt:

18 — Reeds aangehaald (voetnoot 8), r. o. 50-54.

19 — Zie voetnoot 9.

20 — Arrest van 30 juni 1966, zaak 56/65, Société Technique Minière, Jurispr. 1966, blz. 391, 415.

21 — Arrest van 14 december 1993, zaak 319/82, Société de vente de ciments et bétons, Jurispr. 1983, blz. 4173, r. o. 12; arrest VAG France, reeds aangehaald (voetnoot 7), r. o. 15.

1) Wanneer in strijd met artikel 12 van verordening (EEG) nr. 1984/83 van 22 juni 1983 betreffende de toepassing van artikel 85, lid 3, van het Verdrag op groepen exclusieve afnameovereenkomsten, in een tankstationcontract in de zin van artikel 10 van deze verordening wordt bepaald, dat dit contract voor onbepaalde tijd of voor meer dan tien jaar wordt gesloten, heeft dat — wanneer niet aan de voorwaarden van artikel 15, lid 3, van de verordening is voldaan — tot gevolg, dat deze verordening niet op de overeenkomst van toepassing is.

2) Een dergelijke overeenkomst maakt inbreuk op artikel 85, lid 1, EEG-Verdrag, wanneer aan de in deze bepaling gestelde voorwaarden is voldaan.

3) De nietigheid van rechtswege ingevolge artikel 85, lid 2, EEG-Verdrag blijft beperkt tot de bestanddelen van een overeenkomst die inbreuk op het verbod van artikel 85, lid 1, EEG-Verdrag maken. De nationale rechter dient naar nationaal recht te beslissen, welke gevolgen deze nietigheid voor de overige bestanddelen van de overeenkomst heeft.