CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL L. A. GEELHOED

van 28 september 2006 [1]

1. In deze zaak staan wederom de perikelen centraal betreffende de gevolgen van de afloop van de oude en inwerkingtreding van een nieuwe groepsvrijstelling in de motorvoertuigensector. Ook in deze zaak gaat het om de vraag of de inwerkingtreding van de nieuwe groepsvrijstelling de opzegging van bestaande distributieovereenkomsten tegen een verkorte termijn kan rechtvaardigen. Tevens speelt het nietigheidsvraagstuk hier in rol.

I — Het juridisch kader

2. Punt 19 van de considerans van verordening (EG) nr. 1475/95 [2] luidt:

„In artikel 5, lid 2, punten 2 en 3, en lid 3, zijn minimumvoorwaarden voor vrijstelling inzake duur en opzegging van de afzet- en klantenserviceovereenkomsten vastgesteld, omdat, wegens de investeringen van de dealer voor de verbetering van de structuur van de afzet en van die van de klantenservice voor contractproducten, de afhankelijkheid van de dealer ten opzichte van de leverancier bij kortlopende overeenkomsten of bij overeenkomsten met korte opzegtermijn aanzienlijk toeneemt. Om de ontwikkeling van flexibele en doeltreffende distributiestructuren niet te belemmeren, dient evenwel de leverancier een buitengewoon recht te worden verleend om de overeenkomst te beëindigen wanneer de noodzaak bestaat om het distributienet geheel of voor een wezenlijk deel te reorganiseren [...]"

3. Artikel 5, leden 2 en 3 van verordening nr. 1475/95 luidt:

„2. Wanneer de dealer in artikel 4, lid 1, bedoelde verplichtingen voor de verbetering van de structuur van de afzet en van de klantenservice op zich heeft genomen, is de vrijstelling van toepassing mits:

[...]

1 — Oorspronkelijke taal: Nederlands.

2 — Verordening van de Commissie van 28 juni 1995 betreffende de toepassing van artikel 85, lid 3, van het Verdrag op groepen afzet- en klantenserviceovereenkomsten inzake motorvoertuigen (PB L 145, blz. 25).

2. de duur van de overeenkomst ten minste vijf jaar bestrijkt of dat de termijn voor regelmatige opzegging van een voor onbepaalde duur gesloten overeenkomst voor beide contractpartijen ten minste twee jaar bedraagt; deze termijn wordt tot één jaar verkort:

[...]

3. De in de leden 1 en 2 genoemde voorwaarden voor vrijstelling gelden onverminderd:

— het recht van de leverancier om de overeenkomst te ontbinden met inachtneming van een opzegtermijn van minstens één jaar in geval van noodzaak van een reorganisatie van het volledige distributienet of van een wezenlijk deel daarvan,

[...]"

4. In de verklarende brochure waarin de Commissie genoemde verordening toelicht wordt in het antwoord op vraag 16, sub a, — die betrekking heeft op het voortijdig beëindigen van de dealerovereenkomst — nog eens specifiek hierop ingegaan. Kort gezegd wordt daarin uiteengezet dat een motorvoertuigfabrikant het recht heeft de overeenkomst vervroegd op te zeggen (met inachtneming van een opzegtermijn van een jaar) wanneer hij zijn distributienet of een wezenlijk deel daarvan moet reorganiseren; dat deze mogelijkheid van vervroegde opzegging is ingevoerd opdat de motorvoertuigfabrikant zijn distributieapparaat flexibel kan aanpassen; dat een reorganisatie om verschillende redenen noodzakelijk kan zijn, bijvoorbeeld wegens het gedrag van concurrenten of de evolutie van de economische omstandigheden, en dat aan de hand van een onderzoek van de specifieke organisatie van het verkoopnet van een fabrikant bepaald dient te worden of sprake is van een „wezenlijk" deel van het net, voorts dat „wezenlijk" zowel een economisch en een geografisch aspect betreft, dat beperkt kan zijn tot het net van een bepaalde lidstaat, of tot een deel daarvan.

5. Verordening nr. 1475/95, die ingevolge artikel 13 gold tot en met 30 september 2002, is vanaf 1 oktober 2002 vervangen door verordening (EG) nr. 1400/2002. [3]

6. Punt 12 van de considerans van verordening nr. 1400/2002 luidt als volgt:

„Deze verordening heeft geen betrekking op verticale overeenkomsten die bepaalde soorten sterk mededingingverstorende beperkin-

3 — Verordening van de Commissie van 31 juli 2002 betreffende de toepassing van artikel 81, lid 3, van het Verdrag op groepen verticale overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen in de motorvoertuigensector (PB L 203, blz. 30).

gen (hardekernbeperkingen) bevatten die de mededinging over het algemeen merkbaar beperken, zelfs bij geringe marktaandelen, en die niet onmisbaar zijn om de bovengenoemde positieve effecten te bewerkstelligen, ongeacht het marktaandeel van de betrokken ondernemingen. Dit betreft in het bijzonder verticale overeenkomsten die beperkingen bevatten zoals minimumprijzen, vaste doorverkoopprijzen of — met bepaalde uitzonderingen — beperkingen van het gebied waarin, of van de klanten aan wie, een distributeur of hersteller de contractgoederen of -diensten mag verkopen. Deze overeenkomsten dienen niet voor vrijstelling in aanmerking te komen."

7. In artikel 4 van de verordening is dit nader uitgewerkt door te bepalen dat de vrijstelling niet van toepassing is op verticale overeenkomsten die de in die bepaling specifiek genoemde restricties (dertien in totaal), de zogenoemde „hardekernbepalingen" of „hardcore" restricties, tot doel hebben.

8. Artikel 10 van deze nieuwe verordening, een overgangsbepaling, luidt:

„Het verbod van artikel 81, lid 1, is gedurende de periode van 1 oktober 2002 tot en met 30 september 2003 niet van toepassing op overeenkomsten die op 30 september 2002 reeds van kracht zijn en die niet aan de voorwaarden voor vrijstelling van deze verordening voldoen, maar wel voldoen aan de vrijstellingsvoorwaarden van verordening (EG) nr. 1475/95."

9. In de verklarende brochure met betrekking tot deze verordening zet de Commissie in haar antwoord op vraag 20, het volgende uiteen:

„[...] Het vervallen van verordening nr. 1475/95 op 30 september 2002 en het vervangen ervan door een nieuwe verordening, houden op zich niet in dat het distributienetwerk moet worden gereorganiseerd. Nadat de verordening in werking is getreden, kan een voertuigfabrikant toch besluiten zijn netwerk wezenlijk te reorganiseren. Om aan verordening nr. 1475/95 te kunnen voldoen en dus te kunnen profiteren van de overgangsperiode, moeten kennisgevingen van het opzeggen van reguliere overeenkomsten daarom twee jaar van tevoren worden gedaan, tenzij het besluit is genomen om te reorganiseren of er een vergoeding moet worden betaald."

Volgens de vierde alinea van het antwoord op vraag 68 van genoemde brochure is te lezen:

„De vraag of reorganisatie van het netwerk noodzakelijk is, heeft een objectief karakter en het feit dat de leverancier een dergelijke reorganisatie nodig acht, is in het geval van

een verschil niet doorslaggevend. Het is dan aan de nationale rechter of de scheidsrechter om met inachtneming van de omstandigheden een uitspraak te doen."

II — De feiten, de prejudiciële vragen en de procedure voor het Hof

A — *De aan het hoofdgeding ten grondslag liggende feiten*

10. In 1996 hebben A. Brünsteiner GmbH (hierna: „Brünsteiner"), respectievelijk Autohaus Hilgert GmbH (hierna: „Hilgert") met Bayerische Motorenwerke AG (hierna: „BMW") een dealerovereenkomst gesloten.

11. Ingevolge artikel 11.3 kan BMW de overeenkomst opzeggen met inachtneming van een opzegtermijn van 24 maanden. Artikel 11.6 ziet op de situatie van ontbinding van de overeenkomst wegens reorganisatie van het distributienet. Laatstgenoemde bepaling luidt:

„In geval van noodzaak van een reorganisatie van het volledige BMW-distributienet of van een wezenlijk deel ervan, heeft BMW het recht de overeenkomst te ontbinden met inachtneming van een opzegtermijn van 12 maanden.

Dit geldt ook wanneer het aan deze overeenkomst ten gronde liggende rechtskader wezenlijke wijzigingen ondergaat."

12. In september 2002 heeft BMW alle dealerovereenkomsten van haar Europees distributienet tegen 30 september 2003 opgezegd. Als reden werd aangegeven het feit dat de op 1 oktober 2002 in werking tredende verordening nr. 1400/2002 verstrekkende juridische en structurele veranderingen voor de automobielindustrie met zich meebracht, die BMW ertoe noopte haar distributienet te reorganiseren.

13. BMW heeft daarop met het merendeel van haar bestaande dealers per 1 oktober 2003 ingaande, nieuwe, op de voorschriften van verordening nr. 1400/2002 afgestemde, overeenkomsten gesloten.

14. Er zijn echter geen nieuwe overeenkomsten gesloten met, onder andere, Brünsteiner en met Hilgert. Zij hebben vervolgens de geldigheid van de opzegtermijn voor de rechter betwist, zich op het standpunt

stellend dat de opzegtermijn van twee jaar dient te worden gerespecteerd. Derhalve hebben zij een verklaring voor recht gevorderd dat de contractuele relatie als dealer na 30 september 2003 tot uiterlijk 30 september 2004 in stand blijft.

15. De appelrechter, het Oberlandesgericht München, heeft deze vordering afgewezen. Deze rechterlijke instelling stelde zich op het standpunt dat uit de wijzigingen die de vaststelling van verordening nr. 1400/2002 met zich meebrachten een reorganisatie van het distributienet van BMW noodzakelijk maakte. Een reeks van mededingingsbeperkende bepalingen die immers tot dan toe waren vrijgesteld door verordening nr. 1475/95 zouden in het vervolg volgens artikel 4 van de nieuwe verordening als hardcore beperkingen worden aangemerkt, zodat zonder beëindiging op 30 september 2003 de vrijstelling voor alle mededingingsbeperkende clausules in de dealovereenkomsten van BMW met ingang van 1 oktober 2003 zou zijn vervallen. Volgens deze rechterlijke instantie kon van BMW niet worden gevergd — ook al is dit maar tot 30 september 2004, wanneer de termijn voor regelmatige opzegging afloopt — dat zij een rechtstoestand aanvaardt waarbij sprake is van hetzij een rompovereenkomst, dat wil zeggen een overeenkomst zonder mededingingsbeperkingen, hetzij een situatie zonder enige overeenkomst omdat bestaande overeenkomst nietig moet worden geacht.

16. Tegen deze uitspraak hebben Brünsteiner en Hilgert „Revision" ingesteld bij het Bundesgerichtshof. Daarin zetten zij hun vordering tot verklaring voor recht voort.

17. Het Bundesgerichtshof (Kartellsenat) heeft het vervolgens noodzakelijk geacht een tweetal prejudiciële vragen te stellen. Daarbij wordt toegelicht, dat hoewel volgens een restrictieve opvatting, gebaseerd op de verklarende brochures van de Commissie, een noodzaak tot reorganisatie niet kan worden gerechtvaardigd op enkel de inwerking treden van verordening nr. 1400/2002, maar slechts op economische omstandigheden, er niettemin gesteld kan worden, dat de inwerkingtreding van de nieuwe groepsvrijstelling gevolgen heeft voor de inhoudelijke organisatie van de distributiestelsels in de automobielsector, zodat derhalve niet alleen economische maar ook juridische omstandigheden zouden kunnen nopen tot een reorganisatie van die stelsels.

18. In dat verband wordt opgemerkt dat verordening nr. 1400/2002 een tot dan toe ongekende noodzaak tot wijziging van de distributiestelsels in deze sector meebrengt, daar de tot dan toe wijdverbreide combinatie van exclusieve en selectieve distributie niet meer zijn vrijgesteld. Fabrikanten moeten dus kiezen tussen een van deze stelsels. Voorts, om van de groepsvrijstelling te kunnen blijven genieten, zullen de afzet en klantenservice, tot dan toe verplicht met elkaar verbonden, moeten worden ontkoppeld en zal de merkexclusiviteit komen te vervallen.

19. Wanneer het niet lukt voor het verstrijken van de overgangstermijn de bestaande overeenkomsten aan te passen of te ontbinden en nieuwe overeenkomsten te sluiten

zijn die mededingingsbeperkende clausules nietig. Dit zou er toe kunnen leiden dat er binnen een distributiestelsels een duale juridische situatie kan ontstaan waarin dealers die niet bereid zouden zijn in te stemmen met de wijzigingen een vrijere positie zouden krijgen dan de andere dealers van het net. De verwijzende instantie is het met de appelrechter eens dat dit een niet gewenste situatie is.

20. Anderzijds ziet de verwijzende rechter zich voor het probleem gesteld, dat als los van de vraag naar de geldigheid van de ontbinding en het moment van ingang daarvan, de dealerovereenkomst sowieso niet meer kan gelden na het verstrijken van de overgangsperiode de eerste prejudiciële vraag in feite niet relevant is. Derhalve doet zich de volgende vraag voor:

— moet artikel 4 van de nieuwe verordening, qua werking, zo dwingend worden opgevat dat niet tijdig opgezegde of niet aangepaste overeenkomsten, na de overgangstermijn van 1 oktober 2003, per definitie ongeldig worden;

— dan wel, kan er sprake zijn dat niet tijdig opgezegde overeenkomsten ook na de inwerkingtreding van de nieuwe verordening hun geldigheid behouden totdat de opzegtermijn van 2 jaar verstreken is.

B — *Prejudiciële vragen*

21. Het Bundesgerichtshof heeft vervolgens de volgende prejudiciële vragen aan het Hof voorgelegd.

„1. Moet artikel 5, lid 3, eerste zin, eerste streepje, van [verordening nr. 1475/95"] aldus worden uitgelegd dat de noodzaak van een reorganisatie van het volledige distributienet of van een wezenlijk deel daarvan, en het hiervan afhankelijke recht van de leverancier om overeenkomsten met dealers van zijn distributienet met inachtneming van een opzegtermijn van één jaar te ontbinden, ook kunnen voortvloeien uit het feit dat met de inwerkingtreding van [verordening nr. 1400/2002] ingrijpende wijzigingen van het door de leverancier en zijn dealers tot dan toe gehanteerde, op [verordening nr. 1475/95] afgestemde en door deze verordening vrijgestelde distributiestelsel noodzakelijk werden?

2. Indien het antwoord op deze vraag ontkennend luidt:

Moet artikel 4 van [verordening nr. 1400/2002] aldus worden uitgelegd dat de in een dealerovereenkomst neergelegde mededingingsbeperkende regelingen, die volgens deze verordening op zich genomen hardekernbeperkingen (zwarte clausules) zijn, bij wijze van uitzondering niet bij het verstrijken van de overgangstermijn van één jaar van artikel 10 van deze verordening op 30 september 2003 ertoe hebben geleid dat de vrijstelling voor alle mededingingsbeperkende regelingen in de overeenkomst van het verbod van artikel 81, lid 1, EG is vervallen, wanneer deze overeenkomst is gesloten onder het regime van [verordening nr. 1475/95], zij op de voorschriften van deze verordening is afgestemd en door deze verordening is vrijgesteld?

Is dit hoe dan ook het geval wanneer de uit het gemeenschapsrecht voortvloeiende nietigheid van alle mededingingsbeperkende bepalingen van een overeenkomst naar nationaal recht de algehele nietigheid van de dealerovereenkomst met zich brengt?"

C — *Procedure voor het Hof*

22. Zowel Brünsteiner, Hilgert en BMW, alsmede de Commissie hebben schriftelijke opmerkingen ingediend. Tijdens de hoorzitting van 7 september 2006 hebben zij hun standpunt nader toegelicht.

III — Beoordeling

A — *De eerste prejudiciële vraag*

23. Wat betreft deze eerste vraag kan ik kort zijn. Deze vraag komt overeen met de elfde vraag in de zaak Vulcan Silkeborg, waarin ik op 27 april 2006 heb geconcludeerd en waarin het Hof recent uitspraak heeft gedaan. [4]

24. Ik verwijs dan ook voor het antwoord op de eerste vraag naar de punten 53 tot en met 66 van die uitspraak.

25. Kort gezegd wordt daarin opgemerkt dat:

— de nieuwe groepsvrijstelling belangrijke wijzigingen heeft ingevoerd ten opzichte

4 — Arrest van 7 september 2006 (C-125/05, Jurispr. blz. I-7637).

van haar voorganger, zij is strikter dan haar voorganger;

— leveranciers evenwel niet de verplichting hebben, maar een mogelijkheid wat betreft het opnemen van bepaalde concurrentiebeperkende clausules in hun overeenkomsten;

— de inwerkingtreding van de nieuwe groepsvrijstelling op zich niet inhoudt dat het distributienet moet worden gereorganiseerd;

— echter, gezien de substantiële wijzigingen in het nieuwe vrijstellingsregiem, dit voor fabrikanten aanleiding kan zijn de overeenkomsten aan te passen, om zo te verzekeren dat de overeenkomsten kunnen blijven genieten van de nieuwe vrijstellingsverordening. Dit geldt in het bijzonder voor die clausules die op grond van verordening nr. 1475/95 waren vrijgesteld, maar nu in artikel 4 van verordening nr. 1400/2002 als „hardcore" worden aangemerkt;

— het ook juist wegens deze substantiële wijzigingen is dat verordening nr. 1400/2002 in artikel 10 voorziet in een overgangstermijn;

— de fabrikant derhalve de overeenkomsten kan aanpassen, maar dat er ook situaties zullen zijn waarbij het zal gaan om meer omvattende wijziging, zodat sprake is van een reorganisatie in de zin van artikel 5, lid 3, van verordening nr. 1475/95. Een dergelijke reorganisatie kan bijvoorbeeld nodig blijken te zijn om de combinatie van een selectief en exclusief stelsel te ontvlechten en zo in te richten dat er enkel een selectief dan wel een exclusief distributiestelsel overblijft ten einde te kunnen blijven profiteren van de nieuwe groepsvrijstelling.

26. Het Hof besluit zijn redenering met het volgende dictum:

„[...]dat de inwerkingtreding van verordening nr. 1400/2002 als zodanig niet van dien aard was dat de reorganisatie van het distributienet van een leverancier noodzakelijk werd in de zin van artikel 5, lid 3, eerste alinea, eerste streepje, van verordening nr. 1475/95. Het is evenwel mogelijk dat deze inwerkingtreding, afhankelijk van de specifieke organisatie van het distributienet van iedere leverancier, dermate belangrijke wijzigingen noodzakelijk heeft gemaakt dat deze een echte reorganisatie van het genoemde net zijn in de zin van deze bepaling. Het staat aan de nationale rechterlijke instanties en aan de scheidsrechterlijke instanties om aan de hand van het geheel van concrete elementen van het hun voorgelegde geschil, te oordelen of dit het geval is."

27. Uit dit dictum van het Hof vloeit mijns inziens wel terdege voort dat de nationale rechter kan nagaan of de economische gevolgen van de inwerkingtreding van de nieuwe verordening van dien aard zijn dat de noodzaak van de reorganisatie van het dealernetwerk aan de inwerkingtreding van de verordening als zodanig moet worden toegeschreven. Bovendien blijft het in artikel 5, lid 3, van verordening nr. 1475/95 neergelegde criterium voor de ontbinding van de overeenkomst tegen een verkorte opzegtermijn volledig van kracht. Dat wil zeggen aannemelijk moet worden gemaakt dat er inderdaad een noodzaak bestaat tot reorganisatie van het volledige netwerk of een wezenlijk deel daarvan. Daarbij kan de nadere vraag rijzen of een reorganisatie in de loop waarvan de dealerovereenkomsten met ongeveer 90 % van de bestaande dealers worden vernieuwd wel kan worden opgevat als een reorganisatie van het volledige distributienet of een wezenlijk deel daarvan. Het is uiteraard aan de nationale rechter voorbehouden om na te gaan of de feitelijke voorwaarden voor de toepasselijkheid van de genoemde bepaling zich voordoen.

B — *De tweede prejudiciële vraag*

28. De tweede vraag komt er in essentie op neer wat de gevolgen zijn als een bestaande, niet-aangepaste of niet-tijdig opgezegde, overeenkomst hardcore beperkingen, als bedoeld in artikel 4 van verordening nr. 1400/2002 bevat, temeer daar dit naar nationaal recht vermoedelijk de nietigheid van de gehele dealerovereenkomst met zich meebrengt.

29. Alle partijen die hebben geïntervenieerd menen dat een overeenkomst die „artikel 4 restricties" bevat na de overgangstermijn niet kan profiteren van de groepsvrijstelling. Brünsteiner en Hilgert menen echter dat de ongeldigheid van deze „artikel 4-restricties" niet automatisch tot de nietigheid van de gehele overeenkomst leidt. Een distributieovereenkomst is zeer wel mogelijk zonder concurrentiebeperkende clausules. Volgens hen zou een overeenkomst naar nationaal recht slechts in zijn geheel als nietig mogen worden aangemerkt, een en ander conform een gemeenschapsrecht conforme interpretatie, aldus deze partijen, als de leverancier had getracht de overeenkomst aan te passen aan de nieuwe juridische situatie en de wederpartij dit zonder serieuze motieven zou hebben geweigerd.

30. Ik deel de opvatting dat als een overeenkomst, die voldoet aan de oude groepsvrijstelling 1475/95, maar na de overgangstermijn van artikel 10 van verordening nr. 1400/2002 nog steeds bepalingen bevat die door artikel 4 van de nieuwe groepsvrijstelling als hardcore worden gekenschetst, de overeenkomst in zijn geheel niet van die groepsvrijstelling kan profiteren.

31. Wat dat betreft is de bewoording van artikel 4 duidelijk. In tegenstelling tot bijvoorbeeld artikel 5 van verordening nr. 1400/2002, waarin is bepaald dat de vrijstelling „niet van toepassing is op de volgende in verticale overeenkomsten opgenomen verplichtingen", bepaalt artikel 4 dat „de vrijstelling niet van toepassing [is] op verticale overeenkomsten die, [...]"

32. Ook de bewoording van artikel 10 van verordening nr. 1400/2002 is duidelijk. De overgangstermijn betreft een jaar. Tot die tijd, dat wil zeggen tot en met 30 september 2003, kunnen reeds bestaande overeenkomsten die voldoen aan de vrijstellingsvoorwaarden van verordening nr. 1475/95, inclusief de eventueel daarin opgenomen en thans als hardcore gekenschetste beperkingen nog profiteren van de uitzondering op het verbod van artikel 81, lid 1, EG. Daarna niet meer.

33. Tot die tijd is aan marktdeelnemers als het ware de tijd gegund om, zo zij van de nieuwe vrijstelling willen profiteren, hun overeenkomsten aan te passen en/of reorganisaties door te voeren.

34. Of er sprake is van een reorganisatie van het distributienet of een wezenlijk deel daarvan, en de daarmee verband houdende opzegtermijn van één jaar, is, zoals reeds blijkt uit de beantwoording van de eerste vraag, aan de nationale rechter om te beoordelen. Indien mocht blijken dat de voorwaarden voor de toepassing van de verkorte opzegtermijn ingevolge verordening nr. 1475/95 niet voordoen, en dus een opzegtermijn van twee jaar gehanteerd zou dienen te worden, is het aan de nationale rechter te beoordelen wat de gevolgen voor de dealerovereenkomst die nog blijven voortbestaan dan zijn.

35. In geen geval kunnen de bepalingen van verordening nr. 1400/2002 zo worden uitgelegd, dat er bij wijze van uitzondering, nog een extra jaar, bovenop de overgangstermijn van een jaar, van de vrijstelling kan worden genoten.

36. Deze overeenkomst zal dus niet van de groepsvrijstelling kunnen genieten en de daarin voorkomende concurrentiebeperkende clausules zullen aan artikel 81 EG dienen te worden getoetst.

37. Ten overvloede merk ik op dat thans verordening (EG) nr. 1/2003 [5] geldt. Dat wil zeggen dat mocht een overeenkomst niet kunnen profiteren van een groepsvrijstelling, de rechter bevoegd is te boordelen of in een individueel geval aan de voorwaarden van artikel 81, lid 3, EG is voldaan. Een groepsvrijstelling biedt marktdeelnemers weliswaar een „veilige haven", dit sluit niet uit dat, zo niet aan de voorwaarden van de groepsvrijstelling is voldaan, de overeenkomst nooit aan de voorwaarden van artikel 81, lid 3, EG zou kunnen voldoen. Het ligt even wel niet in de reden dat de nationale rechter, gezien de achterliggende gedachte om overeenkomsten die bepaalde clausules bevatten expliciet uit te sluiten van de groepsvrijstelling, in zijn beoordeling, ook al zou het maar om een jaar gaan, tot een andere conclusie komt. Dit betekent dat deze clausules ingevolge artikel 81, lid 2, EG nietig zijn. Mogelijk ligt die

5 — Verordening van de Raad van 16 december 2002 betreffende de uitvoering van mededingingsregels van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag (PB L 1, blz. 1).

beoordeling op grond van artikel 81, lid 3, EG anders bij die mededingingsbeperkende clausules die niet expliciet van de groepsvrijstelling zijn uitgesloten. Overigens heeft geen van de partijen de nationale rechter om deze beoordeling verzocht. BMW niet, omdat zij de nieuwe groepsvrijstelling als aanleiding zag om te reorganiseren. De beide verzoeksters niet, omdat zij een voorzetting van de contractuele relatie eisen, desnoods zonder enig mededingingsbeperkende clausule. Verschil van opvatting omtrent het al dan in aanmerking kunnen komen voor een individuele vrijstelling schijnt er niet te bestaan.

38. In de situatie van het hoofdgeding zou het mogelijk kunnen zijn, indien de opzegging ten onrechte heeft plaatsgevonden op verkorte termijn, dat Brünsteiner en Hilgert de gedupeerde partijen zijn.

39. Uiteraard heeft BMW zonder meer de bevoegdheid haar distributienet te (re)organiseren en te bepalen hoe en met wie zij dealerovereenkomsten wenst aan te gaan, maar de daaraan voorafgaande opzeggingen van de bestaande overeenkomsten moet plaatsvinden volgens de bepalingen van artikel 5, leden 2 en 3, van verordening nr. 1475/95. [6]

40. Indien moet worden aangenomen, in de hypothese dat de overeenkomsten te laat zijn opgezegd (omdat er geen sprake blijkt te zijn van een reorganisatie), de bepalingen daaruit die strijdig zijn met artikel 4 van verordening nr. 1400/2002 nietig zijn èn de overeenkomsten uit dien hoofde ook de nietigheid van de overeenkomsten naar nationaal recht met zich meebrengen, dan zijn er in beginsel twee oplossingen denkbaar om het leed voor de gedupeerde dealers te verzachten. Ofwel BMW besluit alsnog een nieuwe overeenkomst te sluiten die wel voldoet aan de eisen van de nieuwe verordening, ofwel de dealers, in casu Brünsteiner en Hilgert worden schadeloos gesteld voor de opzegging op een te korte termijn. Ook dit staat uiteraard aan de nationale rechter volgens naar nationaal recht te beoordelen.

41. Terzijde merk ik nog op dat de door BMW in haar schriftelijke opmerkingen en ter terechtzitting geponeerde stelling dat de Commissie niet bevoegd zou zijn in haar groepsvrijstellingen een bepaling op te nemen omtrent de in acht te nemen opzegtermijnen, niet kan slagen. Omdat deze stelling de geldigheid van een bepaling uit de vrijstellingsverordeningen aanvecht. Aangezien de verwijzende rechter slechts vraagt naar de uitlegging van deze bepalingen hebben partijen niet de bevoegdheid in de loop van een prejudiciële procedure de geldigheid van de desbetreffende bepalingen te bestrijden. [7]

6 — Indien BMW pas later besluit tot reorganisatie, uiteraard met inachtneming van het bepaalde in artikel 3, lid 5, van verordening nr. 1400/2002.

7 — Zie arrest van 9 december 1965, Singer (44/65, Jurispr. blz. 1148). Zie bijv. het arrest van 6 juli 2000, ATB e.a. (C-402/98, Jurispr. blz. I-5501), en het arrest van 12 februari 2004, Slob (C-236/02, Jurispr. blz. I-1861).

IV — Conclusie

42. Gelet op het bovenstaande geef ik het Hof in overweging de gestelde vragen van het Bundesgerichtshof als volgt te beantwoorden.

— De inwerkingtreding van verordening (EG) nr. 1400/2002 van de Commissie van 31 juli 2002 betreffende de toepassing van artikel 81, lid 3, van het Verdrag op groepen verticale overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen in de motorvoertuigensector als zodanig niet van dien aard was dat de reorganisatie van het distributienet van een leverancier noodzakelijk werd in de zin van artikel 5, lid 3, eerste alinea, eerste streepje, van verordening (EG) nr. 1475/95 van de Commissie van 28 juni 1995 betreffende de toepassing van artikel [81], lid 3, van het Verdrag op groepen afzet- en klantenservice-overeenkomsten inzake motorvoertuigen. Het is evenwel mogelijk dat deze inwerkingtreding, afhankelijk van de specifieke organisatie van het distributienet van iedere leverancier, dermate belangrijke wijzigingen noodzakelijk heeft gemaakt dat deze een echte reorganisatie van het genoemde net zijn in de zin van deze bepaling. Het staat aan de nationale rechterlijke instanties en aan de scheidsrechtelijke instanties om aan de hand van het geheel van concrete elementen van het hun voorgelegde geschil, te oordelen of dit het geval is.

— De bepalingen in niet tijdig opgezegde overeenkomsten die strijdig zijn met verordening nr. 1400/2002 vervallen in ieder geval na de overgangsperiode en zijn nietig. Of dat de nietigheid van de gehele dealerovereenkomst ten gevolge heeft is een vraag van nationaal recht. In geen geval echter kan worden aangenomen dat een overeenkomst die te laat is opgezegd ingevolge artikel 5, lid 3, van verordening nr. 1475/95 haar geldigheid zou behouden na afloop van die overgangstermijn.