

ARREST VAN HET HOF
28 februari 1991 *

In zaak C-234/89,

betreffende een verzoek aan het Hof krachtens artikel 177 EEG-Verdrag van het Oberlandesgericht Frankfurt am Main, in het aldaar aanhangig geding tussen

S. Delimitis

en

Henninger Bräu AG,

om een prejudiciële beslissing over de uitlegging van artikel 85 EEG-Verdrag en van 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 (PB 1983, L 173, blz. 5, gerectificeerd in PB 1984, L 79, blz. 38),

wijst

HET HOF VAN JUSTITIE,

samengesteld als volgt: O. Due, president, G. F. Mancini, T. F. O'Higgins, J. C. Moitinho de Almeida en M. Díez de Velasco, kamerpresidenten, F. A. Schockweiler, F. Grévisse, M. Zuleeg en P. J. G. Kapteyn, rechters,

advocaat-generaal: W. Van Gerven

griffier: H. A. Rühl, hoofdadministrateur

gelet op de schriftelijke opmerkingen ingediend door:

— S. Delimitis, vertegenwoordigd door H. Thieme, advocaat te Frankfurt am Main,

* Procestaal: Duits.

- Henninger Bräu AG, vertegenwoordigd door G. Becht, advocaat te Frankfurt am Main,
- de Franse regering, vertegenwoordigd door E. Belliard, adjunct-directeur bij de directie Juridische zaken van het Ministerie van Buitenlandse zaken, en M. Giacomini, secretaris Buitenlandse zaken bij dat ministerie, als gemachtigden,
- de Commissie, vertegenwoordigd door haar juridisch adviseur N. Koch als gemachtigde,

gezien het rapport ter terechtzitting,

gehoord de mondelinge opmerkingen van S. Delimitis, Henninger Bräu AG, deze laatste vertegenwoordigd door F. Montag, advocaat te Keulen, en van de Commissie ter terechtzitting van 20 juni 1990,

gehoord de conclusie van de advocaat-generaal ter terechtzitting van 11 oktober 1990,

het navolgende

Arrest

- 1 Bij beschikking van 13 juli 1989, ingekomen bij het Hof op 27 juli daaraanvolgend, heeft het Oberlandesgericht Frankfurt am Main krachtens artikel 177 EEG-Verdrag een aantal prejudiciële vragen gesteld over de uitlegging van artikel 85 EEG-Verdrag en van verordening (EEG) nr. 1984/83 van de Commissie van 22 juni 1983 betreffende de toepassing van artikel 85, lid 3, EEG-Verdrag op groepen exclusieve-afnameovereenkomsten (PB 1983, L 173, blz. 5; gerectificeerd in PB 1984, L 79, blz. 38).
- 2 De vragen zijn gerezen in een geschil tussen S. Delimitis, voormalig pachter van een café te Frankfurt am Main (hierna: de caféhouder) en de brouwerij Henninger Bräu AG, gevestigd te Frankfurt am Main (hierna: de brouwerij). Het geschil heeft

betrekking op het geldbedrag dat de brouwerij van de caféhouder heeft gevorderd nadat de overeenkomst die partijen op 14 mei 1985 hadden gesloten, op verzoek van de caféhouder was beëindigd.

- 3 Volgens artikel 1 van die overeenkomst verpacht de brouwerij aan de caféhouder een café. Artikel 6 verplicht de caféhouder, zich voor vatbier, bier in flessen en bier in blik met produkten en goederen van de brouwerij te bevoorraden en alcoholvrije dranken bij de dochtermaatschappijen van de brouwerij te betrekken. Het assortiment wordt bepaald door de geldende prijslijsten van de brouwerij en haar dochtermaatschappijen. Het is de caféhouder evenwel toegestaan, bier en alcoholvrije dranken te betrekken van in andere Lid-Statens gevestigde ondernemingen.
- 4 Artikel 6 bepaalt bovendien, dat de caféhouder een minimumhoeveelheid van 132 hectoliter bier per jaar moet afnemen. Bij afname van een kleinere hoeveelheid moet hij schadevergoeding betalen wegens wanprestatie.
- 5 Op 31 december 1986 werd de overeenkomst door de caféhouder opgezegd. Daarop was de brouwerij van oordeel, dat de caféhouder haar nog 6 032,15 DM verschuldigd was (huur, een forfaitair bedrag wegens niet-nakoming van de minimum-afnameverplichting en diverse nevenkosten). De brouwerij bracht bovengenoemd bedrag in mindering op de door de caféhouder gestelde pachtwaarborg.
- 6 De caféhouder betwistte deze verrekening en diende tegen de brouwerij voor het Landgericht Frankfurt am Main een vordering in tot terugbetaling van het ingehouden bedrag. Tot staving van zijn vordering betoogde hij onder meer, dat de overeenkomst van rechtswege nietig was op grond van artikel 85, lid 2, EEG-Verdrag. Bij vonnis van 10 februari 1988 wees het Landgericht de vordering af. Daartoe overwoog het, dat de overeenkomst de handel tussen Lid-Statens niet ongunstig beïnvloedde in de zin van artikel 85, lid 1, onder meer op grond dat zij de caféhouder de mogelijkheid liet, zich in andere Lid-Statens te bevoorraden, en dat het derhalve irrelevant was, dat de overeenkomst niet voldeed aan de voorwaarden voor een groepsvrijstelling overeenkomstig verordening nr. 1984/83.

- 7 De caféhouder ging van het vonnis van het Landgericht in hoger beroep bij het Oberlandesgericht Frankfurt/Main. Dit was van oordeel, dat het Hof moest worden verzocht om een prejudiciële beslissing over de verenigbaarheid van de bierleveringscontracten met de communautaire mededingingsregels, en heeft derhalve de volgende prejudiciële vragen gesteld:

„A — 1) Kan een individueel bierleveringscontract met een exclusieve-afnameclausule, zoals het contract tussen partijen, de handel tussen Lid-Staten in de zin van artikel 85, lid 1, EEG-Verdrag *merkbaar* ongunstig beïnvloeden omdat het tot een ‚pakket’ van gelijksoortige bierleveringscontracten — ongeacht van welke brouwerij — in een Lid-Staat behoort en de vraag, of de handel tussen de Lid-Staten ongunstig kan worden beïnvloed, moet worden beoordeeld aan de hand van de gevolgen voor de markt van *dit ‚contractenpakket’?*

2) *Bij een bevestigend antwoord op vraag 1:*

Hoe hoog moet het percentage gebonden ondernemingen in een Lid-Staat zijn, opdat sprake is van een merkbare ongunstige beïnvloeding van de handel tussen Lid-Staten; zou daartoe het percentage van 60 %, waarvan de Commissie van de Europese Gemeenschappen voor de Bondsrepubliek Duitsland uitgaat, volstaan?

3) *Bij een ontkennend antwoord op vraag 1:*

Moeten de gezamenlijke gevolgen voor de markt van alle in de Bondsrepubliek Duitsland bestaande bierleveringscontracten met een exclusieve-afnameverplichting en/of het aandeel daarin van een bepaald contract worden vastgesteld aan de hand van een uitgebreid onderzoek van de betrokken omstandigheden? Welke criteria moeten bij dat onderzoek worden gehanteerd en zijn daarbij met name de volgende factoren bepalend:

— *grootte van de contracterende brouwerij;*

— *omvang van de door een bepaalde contract getroffen afzet;*

DELIMITIS

- *omvang van de door het ,contractenpakket' getroffen afzet;*
 - aantal, duur en omvang van de bestaande bindingen en verhouding tot de door vrije verkopers afgezette hoeveelheden;
 - binding van de caféhouder aan de brouwerij, de drankenhandelaar of de huiseigenaar in het kader van de huurovereenkomst;
 - omvang van de cafébevoorrading door niet gebonden groothandelars;
 - omvang van de bindingen aan buitenlandse producenten;
 - bindingsdichtheid in bepaalde geografische gebieden;
 - vergelijking met de omzet elders dan in cafés, ontwikkeling van de afzet aldaar;
 - mogelijkheden om nieuwe afzetplaatsen te vestigen of te verwerven?
- 4) Bij een bevestigend antwoord op vraag 1 of vraag 3:

Is een bierleveringscontract dat de caféhouder uitdrukkelijk toestaat, bier in andere Lid-Staten te betrekken (,openingsbeding'), een contract dat in beginsel de handel tussen Lid-Staten niet ongunstig kan beïnvloeden, of hangt dit ook af van de vaag, of en in welke mate een minimaal af te nemen hoeveelheid is overeengekomen en hoe de rechten van de brouwerij geregeld zijn in geval van kleinere afname (schadevergoeding, opzegging)?

- B — 1) Zijn de voorwaarden van de artikelen 1 en 6, lid 1, van verordening nr. 1984/83 inzake groepsvrijstellingen vervuld, wanneer de door de verplichte afname getroffen dranken niet in het contract zijn aangeduid,

maar partijen zijn overeengekomen dat het assortiment steeds door de geldende prijslijst van de brouwerij wordt bepaald?

- 2) Is een bierleveringscontract in zijn geheel niet meer krachtens verordening nr. 1984/83 vrijgesteld van het verbod van artikel 85, lid 1, EEG-Verdrag, wanneer het een afnameverplichting voor alcoholvrije dranken *zonder* een meestbegunstigingsclausule in de zin van artikel 8, lid 2, sub b, van verordening nr. 1984/83 bevat, gelijk artikel 2, lid 1, van de verordening juncto punt 17 van de bekendmaking van de Commissie van 22 juni 1983 bij de verordeningen nrs. 1983/83 en 1984/83 suggereren, of leidt dit overeenkomstig artikel 85, lid 2, EEG-Verdrag alleen tot nietigheid van *deze* afnameclausule, omdat zij volgens artikel 2, lid 1, van verordening nr. 1984/83 op zich nog toelaatbaar is?

C — Is voor een bierleveringscontract dat onder artikel 85 EEG-Verdrag valt en niet aan de voorwaarden voor groepsvrijstelling van verordening nr. 1984/83 voldoet, steeds een individuele vrijstelling vereist, of is de nationale rechter bevoegd, in gevallen waarin sprake is van een geringe afwijking van vorenbedoelde voorwaarden, het contract als geldig te beschouwen?"

8 Voor een nadere uiteenzetting van het rechtskader en de voorgeschiedenis van het hoofdgeding, het procesverloop en de bij het Hof ingediende schriftelijke opmerkingen wordt verwezen naar het rapport ter terechtzitting. Deze elementen van het dossier worden hierna slechts weergegeven voor zover dat noodzakelijk is voor de redenering van het Hof.

9 Met de eerste drie vragen sub A wenst de verwijzende rechter te vernemen, aan de hand van welke criteria moet worden onderzocht of een bierleveringscontract verenigbaar is met artikel 85, lid 1, EEG-Verdrag. Met de vierde vraag sub A wenst hij in hoofdzaak te vernemen, of die criteria verschillen wanneer het bierleveringscontract een openingsclausule bevat, die het de caféhouder met zoveel woorden toestaat zich in andere Lid-Staten te bevoorraden. De vragen sub B betreffen de

uitlegging van verordening nr. 1984/83, met name de artikelen 6 en 8. De laatste vraag, sub C, heeft betrekking op de bevoegdheid van de nationale rechter, artikel 85 EEG-Verdrag toe te passen op een bierleveringscontract dat niet aan de in verordening nr. 1984/83 gestelde voorwaarden voor vrijstelling voldoet.

De verenigbaarheid van bierleveringscontracten met artikel 85, lid 1, EEG-Verdrag

- 10 Bierleveringscontracten bepalen in het algemeen, dat de leverancier de wederverkoper bepaalde economische en financiële voordelen toekent, zoals de verstrekking van leningen tegen gunstige voorwaarden, de verhuur van lokalen voor de exploitatie van de drankgelegenheid en de terbeschikkingstelling van technische installaties, meubilair en andere benodigdheden voor de exploitatie van de drankgelegenheid. Als tegenprestatie voor die voordelen verbindt de wederverkoper er zich in de regel toe, de onder de overeenkomst vallende produkten gedurende zekere tijd alleen bij de leverancier te betrekken. Naast deze exclusieve-afnameplicht bevat de overeenkomst in het algemeen een verbod om in de door de leverancier verpachte drankgelegenheid concurrerende produkten te verkopen.
- 11 De sluiting van deze overeenkomsten biedt de leverancier het voordeel van een zekere afzetgarantie. Wegens zijn exclusieve-afnameplicht en het verbod om concurrerende produkten te verkopen, concentreert de wederverkoper zijn verkoopinspanningen immers op de distributie van de contractprodukten. Bierleveringscontracten resulteren bovendien in een samenwerking met de wederverkoper, die de leverancier in staat stelt, zijn verkopen voor de duur van de overeenkomst te plannen en zijn productie en distributie doeltreffend te organiseren.
- 12 Bierleveringscontracten zijn ook voordelig voor de wederverkoper, die dank zij deze overeenkomsten onder gunstige voorwaarden en met een bevoorradingsgarantie toegang tot de markt van de bierdistributie krijgt. Het feit dat de wederverkoper en de leverancier beide belang hebben bij de bevordering van de verkoop van de contractprodukten biedt de wederverkoper voorts de zekerheid, dat de leverancier hem zal bijstaan om de kwaliteit van de produkten en de klantenservice te waarborgen.

- 13 Ofschoon dergelijke overeenkomsten niet tot doel hebben, de mededinging te beperken in de zin van artikel 85, lid 1, EEG-Verdrag, moet niettemin worden onderzocht of zij niet ten gevolge hebben, dat de mededinging wordt verhinderd, beperkt of vervalst.
- 14 In het arrest van 12 december 1967 (zaak 23/67, Brasserie de Haecht, Jurispr. 1967, blz. 512) overwoog het Hof, 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. Uit dit arrest volgt voorts, dat het cumulatieve effect van meerdere gelijksoortige overeenkomsten een van de elementen is die in aanmerking moeten worden genomen om te beoordelen of, door een eventuele verstoring van de mededinging, de handel tussen Lid-Staten ongunstig kan worden beïnvloed.
- 15 In de onderhavige zaak moet derhalve worden nagegaan, in hoeverre een bierleveringscontract samen met andere, soortgelijke overeenkomsten van invloed is op de mogelijkheden van binnenlandse concurrenten of concurrenten uit andere Lid-Staten om vaste voet te krijgen op de markt van de bierconsumptie of er hun marktaandeel te vergroten, en, bijgevolg, op het assortiment produkten dat de consument krijgt aangeboden.
- 16 Daartoe moet allereerst de relevante markt worden afgebakend. Die markt wordt in de eerste plaats bepaald door de aard van de betrokken economische activiteit, in casu de verkoop van bier. Deze geschiedt zowel via de detailhandel als via drankgelegenheden. Vanuit het oogpunt van de consument onderscheidt de sector van de drankgelegenheden, waartoe met name cafés en restaurants behoren, zich van de detailhandelssector omdat in drankgelegenheden niet alleen een produkt wordt verkocht, maar ook een dienst wordt verleend, en omdat de bierconsumptie in drankgelegenheden niet hoofdzakelijk op economische overwegingen berust. Dit specifieke karakter van de verkopen in drankgelegenheden wordt bevestigd door de omstandigheid, dat de brouwerijen op deze sector toegesneden distributiesystemen hebben opgezet die bijzondere inrichtingen vereisen, en door het feit dat de in deze sector toegepaste prijzen in het algemeen hoger liggen dan die welke voor de verkoop in de detailhandel worden gehanteerd.
- 17 Bijgevolg is de relevante markt in de onderhavige zaak de markt van de bierdistributie in drankgelegenheden. Aan deze vaststelling wordt niet afgedaan door de

omstandigheid, dat er een zekere interferentie bestaat tussen de twee distributienetten, in die zin dat de verkopen in de detailhandel nieuwe concurrenten de mogelijkheid bieden om aan hun merken bekendheid te geven, waarna zij van die bekendheid kunnen profiteren om op de markt van drankgelegenheden door te dringen.

- 18 De relevante markt moet in de tweede plaats geografisch worden afgebakend. Dienaangaande moet worden vastgesteld, dat de overgrote meerderheid van de bierleveringscontracten nog op nationaal niveau wordt gesloten. Onder die omstandigheden moet, voor de toepassing van de communautaire mededingingsregels, de binnenlandse markt van de bierdistributie in drankgelegenheden in aanmerking worden genomen.
- 19 Om te beoordelen of het bestaan van meerdere bierleveringscontracten de toegang tot de aldus afgebakende markt belemmert, moet vervolgens worden gekeken naar de aard en de omvang van dit netwerk van overeenkomsten, dat alle soortgelijke overeenkomsten omvat die een groot aantal verkooppunten aan enkele nationale producenten binden (arrest van 18 maart 1970, zaak 43/69, Bilger, Jurispr. 1970, blz. 127). De invloed van dit netwerk van overeenkomsten op de toegang tot de markt hangt met name af van het aantal aldus aan de nationale producenten gebonden verkooppunten ten opzichte van het aantal niet-gebonden drankgelegenheden, de duur van de aangegane verplichtingen, de hoeveelheden bier waarop die verplichtingen betrekking hebben alsmede de verhouding tussen die hoeveelheden en de hoeveelheden die door niet-gebonden wederverkopers worden afgezet.
- 20 Het bestaan van een bundel van soortgelijke overeenkomsten, ook indien de mogelijkheden van toegang tot de markt daardoor aanzienlijk worden beïnvloed, volstaat op zich echter niet om te concluderen dat de relevante markt is afgeschermd; het vormt slechts één van de elementen van de economische en juridische context waarbinnen een overeenkomst moet worden beoordeeld (arrest van 12 december 1967, zaak 23/67, reeds aangehaald). Daarnaast moeten in de eerste plaats die elementen in aanmerking worden genomen die de mogelijkheden van toegang tot de markt eveneens beïnvloeden.
- 21 In dat verband moet worden onderzocht, of er voor een nieuwe concurrent reële en concrete mogelijkheden bestaan, door de aankoop van een reeds op de markt gevestigde brouwerij met haar keten verkooppunten in het netwerk van overeenkomsten door te dringen, of door de opening van nieuwe drankgelegenheden dit netwerk van overeenkomsten te omzeilen. Daarbij moet rekening worden gehou-

den met de regelingen en overeenkomsten inzake de aankoop van vennootschappen en de oprichting van verkooppunten, alsmede het aantal verkooppunten dat minimaal noodzakelijk is voor de rendabele exploitatie van een distributiesysteem. De aanwezigheid van groothandelaren in bier, die niet aan op de markt werkzame producenten gebonden zijn, vormt ook een factor die de toegang tot de markt van een nieuwe producent kan vergemakkelijken, daar deze voor de afzet van zijn eigen bier gebruik kan maken van de verkoopnetten van die groothandelaren.

- 22 In de tweede plaats moet rekening worden gehouden met de mededingingsverhoudingen op de relevante markt. Daarbij gaat het niet enkel om het aantal en de grootte van de producenten die op de markt werkzaam zijn, maar ook om de verzadigingsgraad van deze markt en de getrouwheid van de consument aan bestaande merken. Een verzadigde markt die wordt gekenmerkt door de getrouwheid van de consument aan een klein aantal grote producenten, is moeilijker te penetreren dan een markt in volle expansie, waarop zeer veel kleine producenten werkzaam zijn die niet over grote merken beschikken. Het verloop van de bierafzet in de detailhandel bevat nuttige aanwijzingen over de ontwikkeling van de vraag, waardoor het een beeld geeft van de verzadigingsgraad van de gehele biermarkt, en heeft bovendien een zekere betekenis voor de beoordeling van de merkgetrouwheid van de consument. Een constante stijging van de verkopen van nieuwe merken bier kan de eigenaren van die merken een bekendheid verschaffen waarvan zij kunnen profiteren voor de toegang tot de markt van drankgelegenheden.
- 23 Wanneer bij onderzoek van alle op de relevante markt gesloten soortgelijke overeenkomsten en van de overige elementen van de economische en juridische context van de betrokken overeenkomst blijkt, dat die overeenkomsten niet het cumulatieve effect hebben, nieuwe binnenlandse en buitenlandse concurrenten de toegang tot die markt te beletten, kunnen de tot het netwerk van overeenkomsten behorende individuele contracten de mededinging niet beperken in de zin van artikel 85, lid 1, EEG-Verdrag. Zij vallen dan niet onder het in deze bepaling neergelegde verbod.
- 24 Indien bij bedoeld onderzoek daarentegen blijkt, dat de relevante markt moeilijk toegankelijk is, moet worden nagegaan in hoeverre de door de betrokken brouwerij gesloten overeenkomsten bijdragen tot het cumulatieve effect dat dienaangaande van alle op deze markt vastgestelde soortgelijke overeenkomsten uitgaat. Volgens de communautaire mededingingsregels moet de verantwoordelijkheid

voor die marktafscherpende werking worden gelegd bij de brouwerijen die er in aanzienlijke mate toe bijdragen. Bierleveringscontracten die worden gesloten door brouwerijen waarvan de bijdrage tot het cumulatieve effect onbeduidend is, vallen derhalve niet onder het verbod van artikel 85, lid 1.

- 25 Om te beoordelen, hoe groot de bijdrage van de door een brouwerij gesloten bierleveringscontracten aan bovenbedoelde cumulatieve afscherpende werking is, moet worden gelet op de marktpositie van de contractpartijen. Die positie hangt niet alleen af van het marktaandeel van de brouwerij en van de groep waartoe zij in voorkomend geval behoort, maar ook van het aantal aan de brouwerij of aan haar groep gebonden verkooppunten in verhouding tot het totale aantal op de relevante markt vastgestelde drankgelegenheden.
- 26 De mate waarin de door een brouwerij gesloten individuele overeenkomsten tot de afscherming van die markt bijdragen, hangt bovendien af van de duur van die overeenkomsten. Indien deze, vergeleken met de gemiddelde duur van de op de relevante markt in het algemeen gesloten bierleveringscontracten, klaarblijkelijk buitensporig is, valt de individuele overeenkomst onder het verbod van artikel 85, lid 1. Een brouwerij met een betrekkelijk klein marktaandeel, die haar verkooppunten jarenlang aan zich bindt, kan namelijk evenzeer tot een marktafscherming bijdragen als een brouwerij met een vrij sterke marktpositie, die haar verkooppunten in de regel na kortere tijd van de binding bevrijdt.
- 27 De eerste drie prejudiciële vragen moeten derhalve aldus worden beantwoord, dat een bierleveringscontract ingevolge artikel 85, lid 1, EEG-Verdrag verboden is indien aan twee cumulatieve voorwaarden is voldaan. In de eerste plaats moet de nationale markt voor de distributie van bier in drankgelegenheden, gelet op de economische en juridische context van de betrokken overeenkomst, moeilijk toegankelijk zijn voor concurrenten die op deze markt vaste voet zouden kunnen krijgen of er hun marktaandeel zouden kunnen vergroten. De omstandigheid dat de betrokken overeenkomst op deze markt deel uitmaakt van een netwerk van soortgelijke overeenkomsten, die een cumulatief effect hebben op de mededinging, is slechts één van de factoren aan de hand waarvan moet worden beoordeeld, of deze markt inderdaad moeilijk toegankelijk is. In de tweede plaats moet de betrokken overeenkomst een belangrijke bijdrage leveren tot de afscherpende werking die van al deze overeenkomsten te zamen in hun economische en juridische context uitgaat. De omvang van de bijdrage van de individuele overeenkomst hangt af van de positie van de contractpartijen op de relevante markt en van de duur van de overeenkomst.

De verenigbaarheid met artikel 85, lid 1, van een bierleveringscontract met een openingsclausule

- 28 Een bierleveringscontract dat een openingsclausule bevat, onderscheidt zich van de andere bierleveringscontracten zoals die in het algemeen worden gesloten, doordat het de wederverkoper toestaat bier uit andere Lid-Staten te betrekken. Door deze opening wordt voor bier uit andere Lid-Staten de werking van het concurrentieverbod afgezwakt dat, in het kader van een klassiek bierleveringscontract, naast de exclusieve-afnameplicht wordt opgelegd. De draagwijdte van de openingsclausule moet met inachtneming van haar formulering en economische en juridische context worden beoordeeld.
- 29 Met betrekking tot die formulering moet worden opgemerkt, dat een clausule slechts een zeer geringe openingsgraad biedt wanneer zij de wederverkoper enkel het recht geeft, zelf concurrerend bier in andere Lid-Staten te kopen. Die openingsgraad is daarentegen groter wanneer de clausule de wederverkoper tevens toestaat, bier te verkopen dat door derde ondernemingen uit andere Lid-Staten is ingevoerd.
- 30 Aangaande de economische en juridische context van de clausule moet worden vastgesteld dat wanneer, zoals in casu, een andere clausule tot afname van een minimumhoeveelheid van het in de overeenkomst genoemde bier verplicht, moet worden onderzocht hoe die hoeveelheid zich verhoudt tot de gebruikelijke bierafzet in de betrokken drankgelegenheden. Indien daarbij blijkt, dat de voorgeschreven hoeveelheid naar verhouding aanzienlijk is, verliest de openingsclausule haar economische betekenis en ontplooit het verbod op de verkoop van concurrerend bier zijn volle werking. Deze vaststelling geldt inzonderheid wanneer de overeenkomst aan de minimum afnameverplichting sancties verbindt.
- 31 Blijkt bij uitlegging van de formulering van de openingsclausule of bij onderzoek van de concrete werking van alle contractuele clausules te zamen in hun economische en juridische context, dat de beperking van de werking van het concurrentieverbod zuiver hypothetisch is en zonder economische betekenis, dan moet de overeenkomst worden gelijkgesteld met een klassiek bierleveringscontract. Voor de toetsing aan artikel 85, lid 1, EEG-Verdrag moet zij dan worden behandeld als de bierleveringscontracten in het algemeen.

32 Dit ligt anders wanneer de openingsclausule een binnenlandse of buitenlandse leverancier van bier uit andere Lid-Staten een reële mogelijkheid biedt, het betrokken verkooppunt te bevoorraden. De overeenkomst die een dergelijke clausule bevat, kan de handel tussen Lid-Staten in beginsel niet ongunstig beïnvloeden in de zin van artikel 85, lid 1, zodat zij niet onder het in deze bepaling neergelegde verbod valt.

33 Derhalve moet op de vierde vraag van het Oberlandesgericht worden geantwoord, dat een bierleveringscontract dat de wederverkoper toestaat, uit andere Lid-Staten afkomstig bier te betrekken, de handel tussen Lid-Staten niet ongunstig kan beïnvloeden indien er voor een nationale of buitenlandse leverancier daarnaast ook een reële mogelijkheid bestaat, uit andere Lid-Staten afkomstig bier aan deze wederverkoper te leveren.

De uitlegging van artikel 6, lid 1, van verordening nr. 1984/83

34 Met de vijfde vraag wenst de verwijzende rechter in hoofdzaak te vernemen, of een bierleveringscontract de bescherming van de groepsvrijstelling krachtens verordening nr. 1984/83, met name artikel 6, lid 1, geniet, wanneer het assortiment waarvoor de op de wederverkoper rustende exclusieve-afnameplicht geldt, niet is aangeduid in de overeenkomst, maar wordt bepaald door de door de leverancier regelmatig opgestelde assortiments- en prijslijst.

35 Verordening nr. 1984/83 bevat speciale voorschriften voor de groepsvrijstelling van bierleveringscontracten. Deze voorschriften, die afwijken van de algemene voorschriften inzake exclusieve-afnameovereenkomsten, zijn neergelegd in de artikelen 6, 7 en 8 van deze verordening.

36 Uit artikel 6, lid 1, van deze verordening blijkt duidelijk, dat de exclusieve-afnameplicht van de wederverkoper zich uitsluitend uitstrekt tot bepaalde bieren of bepaalde bieren en andere dranken, die in de overeenkomst worden genoemd. Dit specificatievereiste heeft tot doel te voorkomen, dat de leverancier de werkings-sfeer van de exclusieve-afnameplicht eenzijdig uitbreidt. Een bierleveringscontract dat voor de onder de exclusieve-afnameplicht vallende producten verwijst naar een prijslijst die de leverancier eenzijdig kan wijzigen, voldoet niet aan dit vereiste en geniet derhalve niet de bescherming van artikel 6, lid 1.

- 37 Mitsdien moet op de vijfde prejudiciële vraag worden geantwoord, dat aan de voorwaarden voor toepassing van artikel 6, lid 1, van verordening nr. 1984/83 niet is voldaan, wanneer de onder de exclusieve-afnameplicht vallende dranken niet in de overeenkomst zelf worden gespecificeerd, maar er is overeengekomen, dat deze steeds door de geldende prijslijst van de brouwerij of haar dochterondernemingen worden bepaald.

De uitlegging van artikel 8, lid 2, sub b, van verordening nr. 1984/83

- 38 Artikel 8, lid 2, sub b, van verordening nr. 1984/83 bepaalt onder meer, dat wanneer het bierleveringscontract betrekking heeft op een drankgelegenheid die de leverancier aan de wederverkoper verpacht of anderszins ter beschikking stelt, de overeenkomst voor de wederverkoper het recht moet vastleggen, andere dranken dan bier die op grond van de overeenkomst worden geleverd, van derde ondernemingen te betrekken wanneer die ondernemingen de dranken tegen gunstiger voorwaarden aanbieden en de leverancier die voorwaarden niet evenaart. Met de zesde vraag wenst de verwijzende rechter te vernemen, of een overeenkomst die niet aan dit vereiste voldoet, in haar geheel niet meer in aanmerking komt voor de groepsvrijstelling krachtens de verordening, of dat de gevolgen van deze onverenigbaarheid met bovengenoemde bepaling beperkt blijven tot de contractuele clausule die het de wederverkoper verbiedt, andere dranken dan bier van derde ondernemingen te betrekken.
- 39 Het antwoord op deze vraag ligt besloten in de bewoordingen van artikel 8 van verordening nr. 1984/83. Artikel 8, lid 1, bepaalt uitdrukkelijk, dat de groepsvrijstelling voor bierleveringscontracten niet van toepassing is, wanneer bepaalde clausules de handelingsvrijheid van de wederverkoper beperken en de duur van de overeenkomst buitensporig is. Lid 2 voegt hier speciale voorwaarden aan toe voor overeenkomsten die betrekking hebben op verpachte of anderszins ter beschikking gestelde drankgelegenheden. De in artikel 6, lid 1, van de verordening voorziene groepsvrijstelling voor bierleveringscontracten komt derhalve volledig te vervallen indien die voorwaarden niet vervuld zijn.
- 40 De omstandigheid dat een bierleveringscontract niet aan de voorwaarden voor de groepsvrijstelling voldoet, betekent echter niet noodzakelijkerwijs dat de gehele overeenkomst nietig is op grond van artikel 85, lid 2, EEG-Verdrag. De nietigheid strekt zich alleen uit tot de onderdelen van de overeenkomst, die ingevolge artikel 85, lid 1, verboden zijn. De gehele overeenkomst is slechts nietig, wanneer die onderdelen niet van de overeenkomst zelf kunnen worden losgemaakt (arrest van 30 juni 1966, zaak 56/65, Société technique minière, Jurispr. 1966, blz. 392).

- 41 Bovendien kunnen partijen bij een overeenkomst die niet de bescherming van een groepsvrijstellingsverordening geniet, altijd nog de Commissie verzoeken om een individuele vrijstellingsbeschikking of geldend maken dat aan de voorwaarden van een andere vrijstellingsverordening, voor andere groepen overeenkomsten, is voldaan (arrest van 18 december 1986, zaak 40/86, VAG France, Jurispr. 1986, blz. 4071).
- 42 Op de zesde prejudiciële vraag moet derhalve worden geantwoord, dat de groepsvrijstelling krachtens verordening nr. 1984/83 niet van toepassing is op een bierleveringscontract dat betrekking heeft op een door de leverancier aan de wederverkoper verpachte of anderszins ter beschikking gestelde drankgelegenheid en een afnameverplichting voor andere dranken dan bier bevat, wanneer deze overeenkomst niet voldoet aan het vereiste van artikel 8, lid 2, sub b, van deze verordening.

De bevoegdheid van de nationale rechter om artikel 85 toe te passen op een overeenkomst die niet de bescherming van een vrijstellingsverordening geniet

- 43 Met de laatste vraag wenst de verwijzende rechter te vernemen, hoe hij volgens de communautaire mededingingsregels een overeenkomst moet beoordelen die niet aan de voorwaarden voor toepassing van verordening nr. 1984/83 voldoet. Deze vraag werpt een algemeen procedureel probleem op betreffende de respectieve bevoegdheden van de Commissie en de nationale rechter om die regels toe te passen.
- 44 Dienaangaande moet allereerst worden beklemtoond, dat de Commissie verantwoordelijk is voor de tenuitvoerlegging en de oriëntatie van het communautair mededingingsbeleid. Zij dient, onder toezicht van het Gerecht en het Hof, individuele beschikkingen te geven volgens de geldende procedureregelingen en vrijstellingsverordeningen vast te stellen. De uitvoering van deze taak gaat noodzakelijkerwijs met ingewikkelde economische beoordelingen gepaard, met name wanneer moet worden beoordeeld of een overeenkomst onder artikel 85, lid 3, valt. Ingevolge artikel 9, lid 1, van verordening nr. 17 van de Raad van 6 februari 1962, eerste verordening betreffende de toepassing van de artikelen 85 en 86 EEG-Verdrag (PB 1962, blz. 204), is de Commissie bij uitsluiting bevoegd om beschikkingen houdende toepassing van deze bepaling te geven.

- 45 Daarentegen heeft de Commissie geen exclusieve bevoegdheid tot toepassing van de artikelen 85, lid 1, en 86. Hier deelt zij haar bevoegdheid tot toepassing van deze bepalingen met de nationale rechter. In het arrest van 30 januari 1974 (zaak 127/73, BRT, Jurispr. 1974, blz. 51) verklaarde het Hof immers, dat de artikelen 85, lid 1, en 86 rechtstreekse gevolgen teweegbrengen in de betrekkingen tussen particulieren en voor de justitiabelen rechtstreeks rechten doen ontstaan die de nationale rechter dient te handhaven.
- 46 Dit geldt ook voor de bepalingen van vrijstellingsverordeningen (arrest van 3 februari 1976, zaak 63/75, Fonderies Roubaix, Jurispr. 1976, blz. 111). De rechtstreekse toepasselijkheid van deze bepalingen kan er echter niet toe leiden, dat de nationale rechter de draagwijdte van de vrijstellingsverordeningen wijzigt, door de werkingssfeer ervan uit te breiden tot overeenkomsten die er niet onder vallen. Door een dergelijke uitbreiding zou immers, ongeacht de omvang ervan, in de wetgevende bevoegdheid van de Commissie worden getreden.
- 47 Vervolgens moet worden onderzocht, welke gevolgen deze bevoegdheidsverdeling heeft voor de concrete toepassing van de communautaire mededingingsregels door de nationale rechter. Dienaangaande moet worden bedacht, dat het risico bestaat dat de nationale rechter uitspraken doet die in tegenspraak zijn met beschikkingen die de Commissie ter uitvoering van de artikelen 85, lid 1, en 86 alsook artikel 85, lid 3, heeft gegeven of voornemens is te geven. Dergelijke tegenstrijdige beslissingen zouden in strijd zijn met het algemene rechtszekerheidsbeginsel en moeten derhalve worden voorkomen wanneer de nationale rechter zich uitspreekt over overeenkomsten of gedragingen waarover nog een beschikking van de Commissie kan worden gegeven.
- 48 Volgens vaste rechtspraak kan de nationale rechter, zolang de Commissie geen beschikking op grond van verordening nr. 17 heeft gegeven, niet de nietigheid van rechtswege in de zin van artikel 85, lid 2, vaststellen van overeenkomsten die reeds bestonden vóór 13 maart 1962, de datum waarop die verordening in werking is getreden, en die regelmatig zijn aangemeld (arrest van 6 februari 1973, zaak 48/72, Brasserie de Haecht, Jurispr. 1973, blz. 77; arrest van 14 december 1977, zaak 59/77, De Bloos, Jurispr. 1977, blz. 2359). Die overeenkomsten zijn voorlopig geldig zolang de Commissie zich niet heeft uitgesproken (arrest van 10 juli 1980, zaak 99/79, Lancôme, Jurispr. 1980, blz. 2511).

- 49 De overeenkomst die in het hoofdgeding aan de orde is, is gesloten op 14 mei 1985. Uit niets in het dossier blijkt, dat deze overeenkomst precies dezelfde inhoud heeft als een vóór 13 maart 1962 gesloten en regelmatig aangemelde standaard-overeenkomst (arrest van 30 juni 1970, zaak 1/70, Rochas, Jurispr. 1970, blz. 515). Zij lijkt dus niet voorlopig geldig te zijn. Ten einde evenwel de noodzaak om tegenstrijdige beslissingen te voorkomen, te conciliëren met de op de nationale rechter rustende verplichting, zich uit te spreken over de vorderingen van de procespartij die de nietigheid van rechtswege van de overeenkomst inroept, kan de nationale rechter bij de toepassing van artikel 85 rekening houden met de volgende overwegingen.
- 50 Wanneer de voorwaarden voor toepassing van artikel 85, lid 1, klaarblijkelijk niet vervuld zijn en er bijgevolg nauwelijks gevaar bestaat dat de Commissie anders zal beslissen, kan de nationale rechter de procedure voortzetten en zich over de litigieuze overeenkomst uitspreken. Dit geldt ook, 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 in aanmerking komt voor een vrijstellingsbeschikking op grond van artikel 85, lid 3.
- 51 Dienaangaande moet eraan worden herinnerd, dat een overeenkomst slechts voor een vrijstellingsbeschikking in aanmerking komt, indien zij is aangemeld of niet behoeft te worden aangemeld. Ingevolge artikel 4, lid 2, van verordening nr. 17 is een overeenkomst van de aanmeldingsverplichting vrijgesteld wanneer daaraan slechts ondernemingen uit één Lid-Staat deelnemen en zij geen betrekking heeft op de invoer of de uitvoer tussen Lid-Statens. Een bierleveringscontract kan aan die voorwaarden voldoen, ook indien het tot een netwerk van gelijksoortige overeenkomsten behoort (arrest van 18 maart 1970, zaak 43/69, Bilger, Jurispr. 1970, blz. 127).
- 52 Indien de nationale rechter vaststelt, dat de litigieuze overeenkomst aan deze formele vereisten voldoet, en op grond van de verordeningen- en beschikkingspraktijk van de Commissie de opvatting huldigt, dat die overeenkomst eventueel in aanmerking komt voor een vrijstellingsbeschikking, kan hij besluiten, overeenkomstig de bepalingen van zijn nationaal procesrecht de behandeling van de zaak te schorsen of voorlopige maatregelen te treffen. Schorsing van de behandeling van de zaak of het treffen van voorlopige maatregelen moet ook in overweging worden genomen, wanneer er in het kader van de toepassing van de artikelen 85, lid 1, en 86 gevaar bestaat voor tegenstrijdige beslissingen.

- 53 In dit verband zij erop gewezen dat de nationale rechter, voor zover het toepasselijke nationale procesrecht zulks toelaat en onverminderd artikel 214 EEG-Verdrag, altijd bij de Commissie inlichtingen kan inwinnen over de stand van de procedure die deze instelling in voorkomend geval heeft ingeleid en over de waarschijnlijkheid dat zij zich krachtens verordening nr. 17 officieel uitspreekt over de litigieuze overeenkomst. Onder dezelfde voorwaarden kan de nationale rechter, wanneer de concrete toepassing van artikel 85, lid 1, of artikel 86 bijzondere moeilijkheden oplevert, met de Commissie contact opnemen om de economische en juridische inlichtingen in te winnen die zij hem kan verschaffen. Ingevolge artikel 5 EEG-Verdrag rust op de Commissie immers een verplichting tot loyale samenwerking met de rechterlijke autoriteiten van de Lid-Staten, die tot taak hebben te waken over de toepassing en de eerbiediging van het gemeenschapsrecht in de nationale rechtsorde (beschikking van 13 juli 1990, zaak C-2/88 Imm., Zwartveld, Jurispr. 1990, blz. I-3365, r. o. 18).
- 54 Ten slotte kan de nationale rechter in alle gevallen de behandeling van de zaak schorsen en het Hof krachtens artikel 177 EEG-Verdrag om een prejudiciële beslissing verzoeken.
- 55 Onder die omstandigheden moet op de laatste vraag van het Oberlandesgericht worden geantwoord, dat de nationale rechter de werkingssfeer van verordening nr. 1984/83 niet kan uitbreiden tot bierleveringscontracten die niet expliciet voldoen aan de voorwaarden die in deze verordening voor een vrijstelling worden gesteld. Evenmin mag de nationale rechter artikel 85, lid 1, EEG-Verdrag voor een dergelijke overeenkomst krachtens artikel 85, lid 3, buiten toepassing verklaren. Hij kan wel vaststellen dat de overeenkomst nietig is in de zin van artikel 85, lid 2, wanneer hij de zekerheid heeft verkregen dat de overeenkomst niet in aanmerking komt voor een vrijstellingsbeschikking op grond van artikel 85, lid 3.

Kosten

- 56 De kosten door de regering van de Franse Republiek en de Commissie van de Europese Gemeenschappen wegens indiening van hun opmerkingen bij het Hof gemaakt, kunnen niet voor vergoeding in aanmerking komen. Ten aanzien van de partijen in het hoofdgeding is de procedure als een aldaar gerezen incident te beschouwen, zodat de nationale rechterlijke instantie over de kosten heeft te beslissen.

HET HOF VAN JUSTITIE,

uitspraak doende op de door het Oberlandesgericht Frankfurt/Main bij beschikking van 13 juli 1989 gestelde vragen, verklaart voor recht:

- 1) Een bierleveringscontract is ingevolge artikel 85, lid 1, EEG-Verdrag verboden indien aan twee cumulatieve voorwaarden is voldaan. In de eerste plaats moet de nationale markt voor de distributie van bier in drankgelegenheden, gelet op de economische en juridische context van de betrokken overeenkomst, moeilijk toegankelijk zijn voor concurrenten die op deze markt vaste voet zouden kunnen krijgen of er hun marktaandeel zouden kunnen vergroten. De omstandigheid dat de betrokken overeenkomst op deze markt deel uitmaakt van een netwerk van soortgelijke overeenkomsten, die een cumulatief effect hebben op de mededinging, is slechts één van de factoren aan de hand waarvan moet worden beoordeeld, of deze markt inderdaad moeilijk toegankelijk is. In de tweede plaats moet de betrokken overeenkomst een belangrijke bijdrage leveren tot de afscherpende werking die van al deze overeenkomsten te zamen in hun economische en juridische context uitgaat. De omvang van de bijdrage van de individuele overeenkomst hangt af van de positie van de contractpartijen op de relevante markt en van de duur van de overeenkomst.
- 2) Een bierleveringscontract dat de wederverkoper toestaat, uit andere Lid-Staten afkomstig bier te betrekken, kan de handel tussen Lid-Staten niet ongunstig beïnvloeden indien er voor een nationale of buitenlandse leverancier daarnaast ook een reële mogelijkheid bestaat, uit andere Lid-Staten afkomstig bier aan deze wederverkoper te leveren.
- 3) Aan de voorwaarden voor toepassing van artikel 6, lid 1, van verordening nr. 1984/83 betreffende de toepassing van artikel 85, lid 3, van het Verdrag op bepaalde groepen exclusieve-afnameovereenkomsten is niet voldaan, wanneer de onder de exclusieve-afnameplicht vallende dranken niet in de overeenkomst zelf worden gespecificeerd, maar er is overeengekomen, dat deze steeds door de geldende prijslijst van de brouwerij of haar dochterondernemingen worden bepaald.
- 4) De groepsvrijstelling krachtens verordening nr. 1984/83 is niet van toepassing op een bierleveringscontract dat betrekking heeft op een door de leverancier aan de wederverkoper verpachte of anderszins ter beschikking gestelde drankgelegenheden en een afnameverplichting voor andere dranken dan bier bevat, wanneer deze overeenkomst niet voldoet aan het vereiste van artikel 8, lid 2, sub b, van deze verordening.

- 5) De nationale rechter kan de werkingssfeer van verordening nr. 1984/83 niet uitbreiden tot bierleveringscontracten die niet expliciet voldoen aan de voorwaarden die in deze verordening voor een vrijstelling worden gesteld. Evenmin mag de nationale rechter artikel 85, lid 1, EEG-Verdrag voor een dergelijke overeenkomst krachtens artikel 85, lid 3, buiten toepassing verklaren. Hij kan wel vaststellen dat de overeenkomst nietig is in de zin van artikel 85, lid 2, wanneer hij de zekerheid heeft verkregen dat de overeenkomst niet in aanmerking komt voor een vrijstellingsbeschikking op grond van artikel 85, lid 3.

Due

Mancini

O'Higgins

Moitinho de Almeida

Díez de Velasco

Schockweiler

Grévisse

Zuleeg

Kapteyn

Uitgesproken ter openbare terechtzitting te Luxemburg op 28 februari 1991.

De griffier

De president

J.-G. Giraud

O. Due