Datum van inontvangstneming	:	14/12/2017

Zaak C-637/17

Verzoek om een prejudiciële beslissing

Datum van indiening:

15 november 2017

Verwijzende rechter:

Tribunal Judicial da Comarca de Lisboa (Portugal)

Datum van de verwijzingsbeslissing:

25 juli 2017

Verzoekster:

Cogeco Communications Inc

Verweerders:

Sport TV Portugal, SA

Controlinveste SGPS SA

NOS, SGPS, SA

[OMISSIS]

Tribunal Judicial da Comarca de Lisboa

Juízo Central Cível de Lisboa - Juiz 15

[OMISSIS]

[OMISSIS]

[OMISSIS] [OR. 1] [OMISSIS]

[OMISSIS]

[Antwoord van de nationale rechterlijke instantie op het verzoek van verzoekster tot het stellen van prejudiciële vragen en op de opmerkingen van verweerders dienaangaande]

**

Beslissing houdende prejudiciële verwijzing naar het Hof van Justitie van de Europese Unie

I – Voorwerp van het geding

Verzoekster, **Cogeco Cable**, heeft beroep ingesteld tegen **Sport TV Portugal, SA, Controlinveste SGPS [SA] en NOS, SGPS, SA,** met de vordering dat wordt vastgesteld dat verweerders hebben gehandeld in strijd met artikel 102 VWEU en/of artikel 6 van wet 18/2003 van 11 juni 2003 en dat verweerders worden veroordeeld tot vergoeding van de schade als gevolg van hun onrechtmatig mededingingsverstorend gedrag in het tijdvak tussen 3 augustus 2006 en 30 maart 2011, in het bijzonder de schade die is ontstaan door de betaling van de verhoogde prijs voor de Sport TV-kanalen ter hoogte van 9 148 011 EUR, de schade in de vorm van gederfde inkomsten doordat als gevolg van die hogere prijs kapitaal niet beschikbaar was, berekend op basis van het rendement van door de Banco de Portugal uitgegeven staatsobligaties en tot de datum van de dagvaarding, waarbij die schade tot januari 2015 2 396 293 EUR bedraagt, en de schade die is ontstaan doordat als gevolg van de mededingingsbeperkende aandelen van Sport TV transacties zijn gemist en waarvan de hoogte in de uitspraak nader moet worden bepaald.

Subsidiair wordt gevorderd dat verweerders hoofdelijk worden veroordeeld tot terugbetaling aan **Cogeco Cable** van de bedragen die zij zich wederrechtelijk hebben toegeëigend, te weten de bedragen vermeld in de eerste twee vorderingen. **[Or. 3]**

Over die bedragen is vertragingsrente verschuldigd vanaf de datum van de dagvaarding.

Verweerders hebben als verweer aangevoerd dat verzoekster haar vorderingen baseert op schade die beweerdelijk is ontstaan door misbruik van een machtspositie, waarop de bestuurlijke boete krachtens artikel 6, lid 1, en artikel 4, lid 1, onder a), c) en e) juncto artikel 6, lid 3, onder a), van wet 18/2003 van 11 juni 2003 staat. Bijgevolg is de in artikel 498, lid 1, van de Código Civil (burgerlijk wetboek) vastgelegde verjaringstermijn van drie jaar van toepassing, en deze is al lang verstreken.

**

II – Relevante feiten

Aan de te stellen vragen liggen de volgende feiten ten grondslag:

1 – COGECO is een Canadese handelsonderneming die van 3 augustus 2006 tot en met 29 februari 2012 aandelen in Cabovisão – Televisão Por Cabo, S. A., had.

2 – CABOVISÃO – TELEVISÃO POR CABO, S. A., heeft op 30 juli 2009 bij de Autoridade da Concorrência (Portugese mededingingsautoriteit) een klacht ingediend tegen ZON Multimédia – Serviços de Telecomunicações e Multimédia, SGPS, S. A., ZON TV Cabo Portugal, S. A., Sport TV en ZON Conteúdos – Actividade de Televisão e de Produção de Conteúdos, S. A. waarbij zij de mededingingsbeperkende praktijken van de onderneming SPORT TV in verband met de P*remium*-Sportkanalen aan de orde stelde, daar zij van oordeel was dat die onderneming zich schuldig maakte aan misbruik van machtspositie.

3 – De mededingingsautoriteit heeft de behandeling van de zaak met betrekking tot alle ondernemingen, behalve Sport TV, gesloten.

4 – Bij besluit van 14 juni 2013 [omissis] heeft zij vastgesteld dat de gedragingen van SPORT TV PORTUGAL, S. A. indruisten tegen artikel 6 van wet 18/2003 en artikel 102 VWEU (misbruik van machtspositie).

5 – SPORT TV (thans verweerster 1) heeft het besluit van de mededingingsautoriteit aangevochten. Het Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão (gerecht voor mededinging, regulering en toezicht) heeft bij uitspraak van 4 juni 2014 [omissis] beslist als volgt: **[Or. 4]**

„*I. Alle door verweerster aangevoerde voorvragen en nietigheidsgronden worden ongegrond verklaard;*

II. artikel 102 VWEU is op de gedragingen van verweerster niet van toepassing;

III. artikel 4, lid 1, onder c), juncto artikel 6, lid 3, onder a), van wet 18/2003 van 11 juni 2003 (thans artikel 11, lid 1 en lid 2, onder a) en b), van wet 19/2012 van 8 mei 2012 is op de gedragingen van verweerster niet van toepassing;

IV. de opgelegde bijkomende boete wordt ingetrokken;

V. verweerster wordt wegens een overtreding die ten tijde van de feiten strafbaar was gesteld in artikel 6, lid 1, en artikel 4, lid 1, onder e), juncto artikel 6, lid 3, onder a), en lid 1, en artikel 43, lid 1, onder a), van wet 18/2003 van 11 juni 2003 (thans in artikel 11, lid 1, en lid 2, onder c), en artikel 68, lid 1, onder a), van wet 19/2012 van 8 maart 2012) veroordeeld tot betaling van een geldboete ter hoogte van 2 700 000 EUR.“

6 – SPORT TV heeft tegen die uitspraak hoger beroep ingesteld bij het Tribunal da Relação de Lisboa (gerecht van tweede aanleg, Lissabon), dat de uitspraak van de rechter in eerste aanleg bij beslissing van 11 maart 2015 heeft bevestigd.

7 – De termijn waarbinnen aan richtlijn 2014/104/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 november 2014 (PB 2014, L 349, blz. 1) uitvoering moest zijn gegeven in Portugees recht, is op 27 december 2016 verstreken.

8 – Aan richtlijn 2014/104 is thans nog geen uitvoering gegeven in nationaal recht.

9 – Het onderhavige beroep is ingesteld op 27 februari 2015.

10 – De relevante feiten hebben zich voorgedaan tussen 3 augustus 2006 en 30 maart 2011.

**

III – Redenen waarom de verwijzende rechterlijke instantie betwijfelt of de op het onderhavige geval toepasselijke rechtsvoorschriften verenigbaar zijn met het [Unie]recht aangezien aan een richtlijn in nationaal recht geen uitvoering is gegeven

In aansluiting op de beslissing van het Tribunal da Relação de Lisboa, waarbij verweerster Sport TV is veroordeeld wegens misbruik van machtspositie, heeft verzoekster, COGECO, vergoeding gevorderd van de schade die Sport TV haar in het tijdvak tussen 3 augustus 2006 en 30 maart 2011 heeft berokkend. **[Or. 5]**

Verweerders voeren aan dat de schadevordering van verzoekster, indien zij bestaat, is verjaard omdat de bepalingen betreffende buitencontractuele aansprakelijkheid op de vordering van toepassing zijn en de verjaringstermijn van drie jaar in het onderhavige geval is ingegaan op het volgende tijdstip:

a) hetzij op de dag waarop tussen Sport TV en Cabovisão de overeenkomst is gesloten waarin de vergoeding is geregeld (30 april 2008);

b) hetzij op de dag van aanhangigmaking van de zaak bij de mededingingsautoriteit (30 juli 2009);

c) hetzij op de dag van beëindiging van de beweerde onrechtmatige gedragingen (30 maart 2011);

d) hetzij op de dag van de verkoop van Cabovisão door COGECO (29 februari 2012).

Zij merken voorts op dat verzoekster op alle vier tijdstippen reeds de beschikking had over alle gegevens op grond waarvan zij er bekend mee kon zijn dat zij aanspraak kon maken op schadevergoeding.

Verzoekster betoogt dat de verjaringstermijn niet is overschreden. Die termijn is ingegaan op het tijdstip van het besluit van de mededingingsautoriteit van 14 juni 2013, daar zij eerst door dat besluit toegang heeft gehad tot alle gegevens die zij

nodig had te kunnen beoordelen of sprake was van mededingingsbeperkende gedragingen en tot dat tijdstip enkel de verdenking daarvan bestond. Gelet op de aard van de aan de orde zijnde mededingingsbeperkende gedragingen was voor de vaststelling ervan de toegang tot vertrouwelijke informatie over de betrekkingen tussen Sport TV en haar andere klanten noodzakelijk, en zij had geen toegang tot die informatie. Deze oplossing is geboden op grond van het doeltreffendheidsbeginsel van artikel 102 VWEU. Ook al mocht de verjaringstermijn zijn ingegaan op een eerder tijdstip dan het tijdstip van het besluit van de mededingingsautoriteit, had zij op grond van dat beginsel op het moment van inleiding van het onderzoek door die autoriteit tot de datum van het besluit moeten worden geschorst.

**

Het bij de verwijzende rechterlijke instantie aanhangig geding is een geding tussen privéondernemingen, waarin verzoekster verweerster aanspreekt tot aanzienlijke schadevergoeding op grond van beweerde onrechtmatige gedragingen.

Op de voorbereidende zitting van 1 juni 2017 zijn in het kader van de bespreking van een aan partijen voorgelegde ontwerpbeslissing voor een interlocutoir vonnis meerdere vragen opgeworpen in verband met de uitlegging van bepalingen **[Or. 5]** en beginselen van Unierecht, meer bepaald in verband met de vraag of enkele bepalingen van de nog niet uitgevoerde richtlijn 2014/104 kunnen worden ingeroepen en toegepast.

De al dan niet toepassing van deze bepalingen heeft rechtstreekse gevolgen voor de voortzetting van de procedure, inzonderheid voor de gevolgen die moeten worden verbonden aan de beslissing van het TCRS van 4 juni 2014, die bij uitspraak van het Tribunal da Relação de Lisboa van 11 maart 2015 is bevestigd, en voor bepaalde peremptoire excepties waarover onmiddellijk kan worden beslist en die in de weg kunnen staan aan voortzetting van de behandeling van de zaak, met name verjaring.

Zoals vermeld gaat het daarbij om de toepasselijkheid van een aantal bepalingen van richtlijn 2014/104, die niet in nationaal recht is uitgevoerd maar waarvan de termijn voor tenuitvoerlegging op 27 december 2016 is verstreken.

De lidstaten zijn niet alleen verplicht, de uitvoeringshandeling de inhoud te geven die strookt met de richtlijn. Ook dienen zij de in de richtlijn vastgestelde uitvoeringstermijn in acht te nemen en de Commissie in kennis te stellen van de vastgestelde maatregelen.

Op de grondslag van de beginselen van solidariteit en loyaliteit (artikel 4, lid 3, VEU) hebben de rechters van de Unie vastgesteld dat de lidstaten daarnaast een onthoudingsplicht hebben, dat wil zeggen dat zij gedurende de uitvoeringstermijn geen maatregelen mogen treffen die het resultaat van de richtlijn ernstig in gevaar kunnen brengen.

Omdat richtlijnen verbindend zijn voor de lidstaten vanaf de inwerkingtreding ervan in de rechtsorde van de Unie en niet eerst vanaf de respectieve tenuitvoerlegging ervan, heeft het Hof van Justitie verklaard dat de lidstaten ook een handelingsplicht hebben in die zin dat zij stapsgewijs concrete maatregelen moeten nemen om hun regelgeving aan te passen aan het door een richtlijn voorgeschreven resultaat, in het bijzonder wanneer voor een lidstaat bij wijze van uitzondering een langere omzettingstermijn geldt (zie arrest van 22 november 2005, Mangold, C-144/04).

De staat waartoe een richtlijn is gericht maakt zich schuldig aan niet-nakoming wanneer hij aan de richtlijn niet binnen de gestelde termijn of onjuist dan wel onvoldoende uitvoering geeft. Een lidstaat komt de verplichtingen die ingevolge een tot hem gerichte richtlijn op hem rusten niet na wanneer hij niet binnen de gestelde termijn de wettelijke en bestuursrechtelijke maatregelen vaststelt die noodzakelijk zijn om de richtlijn ten uitvoer te leggen.

Met betrekking tot in richtlijnen vervatte bepalingen van afgeleid recht is gelet op de noodzaak van een uitvoeringshandeling **[Or. 6]** ook reeds de vraag van een overeenkomstige rechtstreekse werking gerezen. De Unierechters hebben vastgesteld dat het zich niet met de verbindendheid van richtlijnen verdraagt om niet te erkennen dat de erdoor opgelegde verplichtingen door de betrokkenen kunnen worden ingeroepen. Omdat de Europese Unie de lidstaten door een richtlijn tot een bepaald handelen verplicht, zou de nuttige werking van een dergelijke maatregel worden afgezwakt indien de justitiabele ze voor de rechter niet kon inroepen (arrest van 4 december 1974, Van Duyn, 41/74, EU:C:1974:133, punt 12). Derhalve is erkend dat de bepalingen van een richtlijn, ook indien daaraan in de interne rechtsorde geen uitvoering is gegeven (zoals gezegd zijn richtlijnen niet rechtstreeks toepasselijk), subjectieve rechten kunnen verlenen, met andere woorden zij verlenen rechten voor de justitiabele die deze – ook tegen de toepasselijke nationale voorschriften – voor de nationale rechter kan inroepen.

In het onderhavige geval is de termijn om uitvoering te geven aan richtlijn 2014/104 op 27 december 2016 verstreken zonder dat Portugal er uitvoering aan heeft gegeven (zie artikel 21, lid 1, van de richtlijn).

Bijgevolg kan pas na verduidelijking van deze vragen in verband met de toepasselijkheid van een aantal bepalingen van genoemde richtlijn op het onderhavige geval een nauwgezette beslissing worden gegeven.

Hof van Justitie van de Europese Unie dient dan ook om beantwoording van die vragen te worden verzocht.

**

Aan het Hof van Justitie van de Europese Unie worden overeenkomstig artikel 267 VWEU [omissis] de volgende vragen voorgelegd:

1 – Kunnen artikel 9, lid 1, en artikel 10, leden 2, 3 en 4, van richtlijn 2014/104/EU van 26 november 2014 en de overige bepalingen ervan dan wel toepasselijke algemene beginselen van Unierecht aldus worden uitgelegd dat zij voor een justitiabele (in het onderhavige geval een handelsonderneming met de rechtsvorm van een naamloze vennootschap naar Canadees recht) rechten doen ontstaan die door deze in het kader van een schadevordering wegens overtreding van de mededingingsregels voor de rechter kunnen worden ingeroepen tegen een andere justitiabele (in het onderhavige geval een handelsonderneming met de rechtsvorm van een naamloze vennootschap naar Portugees recht), inzonderheid wanneer de termijn waarbinnen de lidstaten ingevolge artikel 21, lid 1, van die richtlijn in nationaal recht uitvoering moesten geven aan de bepalingen ervan, **[Or. 7]** op het tijdstip van de aanhangigmaking van de vordering (op 27 februari 2015) nog niet verstreken was?

2 – Kunnen artikel 10, leden 2, 3 en 4, van de richtlijn en de overige bepalingen ervan dan wel toepasselijke algemene beginselen van Unierecht aldus worden uitgelegd dat daarmee onverenigbaar is een nationale bepaling als artikel 498, lid 1, van het Portugese burgerlijk wetboek, die bij toepassing ervan op feiten die zich hebben voorgedaan vóór de bekendmaking van de richtlijn, vóór de inwerkingtreding ervan en vóór de datum waarop zij had moeten uitgevoerd, in het kader van een eveneens vóór laatstgenoemde datum ingediende vordering

a) voor een schadevordering op grond van buitencontractuele aansprakelijkheid een verjaringstermijn van drie jaar vastlegt;

b) bepaalt dat deze termijn van drie jaar ingaat op het tijdstip waarop de benadeelde kennis heeft gekregen van de aanspraak die hij geldend kan maken, ook wanneer hem niet bekend is wie aansprakelijk is en hoe groot de schade is;

c) en in verband waarmee geen voorschrift bekend is dat de opschorting of schorsing van deze termijn voorschrijft of toestaat voor het concrete geval waarin een mededingingsautoriteit maatregelen heeft getroffen in het kader van een onderzoek of procedure in verband met overtreding van de mededingingsregels waarmee de schadevordering samenhangt?

3 – Kunnen artikel 9, lid 1, van de richtlijn en de overige bepalingen ervan dan wel toepasselijke algemene beginselen van Unierecht aldus worden uitgelegd dat daarmee onverenigbaar is een nationale bepaling als artikel 623 van het Portugese burgerlijk wetboek, die bij toepassing ervan op feiten die zich hebben voorgedaan vóór de bekendmaking van de richtlijn, vóór de inwerkingtreding ervan en vóór de datum waarop zij had moeten uitgevoerd, in het kader van een eveneens vóór laatstgenoemde datum ingediende vordering

a) bepaalt dat een definitieve veroordeling in een bestuurlijke procedure geen gevolgen heeft voor civiele vorderingen die betrekking hebben op rechtsbetrekkingen die ontstaan doordat de overtreding wordt begaan? Of, afhankelijk van de uitlegging,

b) bepaalt dat een definitieve veroordeling in een bestuurlijke procedure **[Or. 8]** in verhouding tot derden voor civiele vorderingen die betrekking hebben op rechtsbetrekkingen die ontstaan doordat de overtreding wordt begaan, slechts een weerlegbaar vermoeden oplevert voor de vraag of de voorwaarden feitelijk en rechtens voor strafbaarheid vervuld zijn?

4 – Kunnen artikel 9, lid 1, en artikel 10, leden 2, 3 en 4, van de richtlijn, artikel 288, lid 3, VWEU of andere bepalingen van primair of afgeleid recht, toepasselijke eerdere rechtspraak of algemene beginselen van de Europese Unie aldus worden uitgelegd dat daarmee onverenigbaar is de toepassing van nationale voorschriften als artikel 498, lid 1, van het Portugese burgerlijk wetboek of artikel 623 van het Portugese wetboek van burgerlijke rechtsvordering, die bij toepassing ervan op feiten die zich hebben voorgedaan vóór de bekendmaking van de richtlijn, vóór de inwerkingtreding ervan en vóór de datum waarop zij had moeten uitgevoerd, in het kader van een eveneens vóór laatstgenoemde datum ingediende vordering, de bewoordingen en het doel van de richtlijn niet in acht nemen en er niet op gericht zijn, het met de richtlijn beoogde doel te bereiken?

5 – Subsidiair, voor het geval het Hof van Justitie van de Europese Unie een van bovenstaande vragen bevestigend beantwoordt: kunnen artikel 22 van de richtlijn en de overige bepalingen ervan of toepasselijke algemene beginselen van Unierecht aldus worden uitgelegd dat het daarmee onverenigbaar is dat de nationale rechter op het onderhavige geval artikel 498, lid 1, van het Portugese burgerlijk wetboek of artikel 623 van het Portugese wetboek van burgerlijke rechtsvordering toepast in de geldende versie, maar aldus uitgelegd en toegepast dat zij verenigbaar zijn met artikel 10 van de richtlijn?

6 – Indien de vijfde vraag bevestigend wordt beantwoord: Kan een justitiabele voor de nationale rechter in een procedure tot vergoeding van de schade die beweerdelijk is geleden als gevolg van een inbreuk op de mededingingsregels, tegenover een andere justitiabele artikel 22 van de richtlijn inroepen?

**

[omissis] **[Or. 9]**

[omissis]

**

Overeenkomstig artikel 269, lid 1, juncto artikel 272, lid 1, van het wetboek van burgerlijke rechtsvordering wordt de behandeling van de zaak geschorst en wordt

het Hof van Justitie van de Europese Unie verzocht om een prejudiciële beslissing.

**

[omissis]

Lissabon, 25 juli 2017