



Datum van inontvangstneming : 22/08/2013

**Zaak C-384/13**

**Samenvatting van het verzoek om een prejudiciële beslissing overeenkomstig artikel 98, lid 1, van het Reglement voor de procesvoering van het Hof**

**Datum van indiening:**

5 juli 2013

**Verwijzende rechter:**

Tribunal Supremo / Spanje

**Datum van de verwijzingsbeslissing:**

24 april 2013

**Verzoekster en eiseres tot cassatie:**

Estación de Servicio Pozuelo 4 SL

**Verweerster en verweerster in cassatie:**

GALP Energía España SAU

---

**Voorwerp van de procedure in het hoofdgeding**

Cassatieberoep in een geding waarin verzoekster in eerste aanleg, een tankstationexploitante, verzoekt om nietigverklaring van de met een oliemaatschappij gesloten overeenkomsten, waarbij zij zich ertoe had verbonden de producten die in haar tankstation worden verkocht, uitsluitend bij die maatschappij te betrekken

**Voorwerp en rechtsgrondslag van het prejudiciële verzoek**

Uitlegging van de „de minimis”-regel met betrekking tot de duur van exclusiviteitsovereenkomsten voor de levering van aardolieproducten en uitlegging van artikel 12, lid 2, van verordening nr. 2790/99 juncto artikel 5, sub a, daarvan, ter bepaling of het verbod van artikel 81, lid 1, EG van toepassing is

## Prejudiciële vragen

- 1) Kan een overeenkomst als die welke in het hoofdgeding aan de orde is, waarbij voor een periode van 45 jaar een recht van opstal is gevestigd ten gunste van een leverancier van aardolieproducten, en laatstgenoemde zich ertoe heeft verbonden een tankstation te bouwen en dat voor dezelfde duur als die van zijn opstalrecht te verhuren aan de eigenaar van de grond, waarbij voor laatstgenoemde de verplichting geldt, gedurende dezelfde periode zijn producten uitsluitend van die leverancier te betrekken, worden aangemerkt als een overeenkomst van onbeduidend belang waarop het verbod van artikel 81, lid 1, EG (thans artikel 101, lid 1, VWEU) niet van toepassing is, hoofdzakelijk omdat het marktaandeel van de betrokken leverancier – niet meer dan 3 % – gering is in vergelijking met het gezamenlijke marktaandeel van slechts drie leveranciers – nagenoeg 70 % –, hoewel de duur van de overeenkomst langer is dan de gemiddelde duur van de overeenkomsten die op de relevante markt gewoonlijk worden gesloten?
- 2) Indien de eerste vraag ontkennend moet worden beantwoord en de overeenkomst dient te worden getoetst aan de verordeningen nr. 1984/83 en nr. 2790/99, kan artikel 12, lid 2, van verordening nr. 2790/99 juncto artikel 5, sub a, daarvan dan aldus worden uitgelegd dat de overeenkomst op 31 december 2006 ongeldig is geworden, aangezien de grond niet aan de wederverkoper toebehoorde en de resterende looptijd van de overeenkomst op 1 januari 2002 meer dan vijf jaar bedroeg?

## Aangevoerde bepalingen van Unierecht

### *Verordening nr. 1984/83*

- 1 Verordening nr. 1984/83 sloot de toepassing van artikel 85, lid 1, EG-Verdrag (thans artikel 101, lid 1, VWEU) uit voor bepaalde groepen exclusieve afnameovereenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen waarvoor de in artikel 85, lid 3, van het Verdrag gestelde voorwaarden in de regel vervuld kunnen worden geacht, op grond dat zij in het algemeen een verbetering van de verdeling van de producten tot gevolg hebben (arrest Hof van 11 september 2008, CEPSA Estaciones de Servicio SA, C-279/06, Jurispr. blz. I-6681).
- 2 De artikelen 10 tot en met 13 van die verordening bevatten bijzondere bepalingen voor overeenkomsten met exploitanten van tankstations.
- 3 Artikel 10 van verordening nr. 1984/83 luidde: „Artikel 85, lid 1, van het Verdrag wordt overeenkomstig artikel 85, lid 3, van het Verdrag onder de in de artikelen 11 tot en met 13 van deze verordening genoemde voorwaarden buiten toepassing verklaard voor overeenkomsten waarbij slechts twee ondernemingen partij zijn en waarbij de ene contractpartij, de wederverkoper, zich als tegenprestatie voor de toekenning van bijzondere economische of financiële

voordelen jegens de andere contractpartij, de leverancier, verbindt, bepaalde, uit aardolie verkregen brandstoffen voor motorvoertuigen en bepaalde andere brandstoffen, die in de overeenkomst zijn genoemd, met het oog op de wederverkoop in een door de overeenkomst aangeduid tankstation slechts bij de leverancier, bij een met hem verbonden onderneming of bij een andere onderneming te betrekken, waaraan hij de verdeling van zijn producten heeft toevertrouwd.”

- 4 Artikel 12, lid 1, van deze verordening noemde de bedingen en de contractuele verplichtingen die in de weg stonden aan toepassing van artikel 10 van de verordening, waaronder het feit dat de overeenkomst voor onbepaalde tijd of voor een periode van meer dan tien jaar werd gesloten (artikel 12, lid 1, sub c).
- 5 Artikel 12, lid 2, van deze verordening bepaalde weliswaar ook: „Wanneer de overeenkomst betrekking heeft op een tankstation dat de leverancier aan de wederverkoper heeft overgedragen op grond van een huur- of pachtovereenkomst of in het kader van een andere juridische of feitelijke gebruiksrelatie, mogen de wederverkoper, niettegenstaande lid 1, sub c, de in deze titel aangegeven exclusieveafnameverplichtingen en concurrentieverboden worden opgelegd voor de gehele periode gedurende welke hij het tankstation feitelijk exploiteert.”
- 6 Verordening nr. 1984/83 verstreek op 31 december 1999. Op 1 januari 2000 trad verordening (EG) nr. 2790/1999 van de Commissie van 22 december 1999 betreffende de toepassing van artikel 81, lid 3, van het Verdrag op groepen verticale overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen, in werking. Deze laatste verordening is op haar beurt ingetrokken bij verordening (EU) nr. 330/2010 van de Commissie van 20 april 2010 betreffende de toepassing van artikel 101, lid 3, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op groepen verticale overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen.

*Verordening nr. 2790/99*

- 7 Artikel 3, lid 1, van verordening nr. 2790/99 luidde: „Onverminderd het bepaalde in lid 2 van dit artikel, is de in artikel 2 voorziene vrijstelling van toepassing op voorwaarde dat het marktaandeel van de leverancier op de relevante markt waar hij de contractgoederen of –diensten verkoopt niet meer dan 30 % bedraagt.”
- 8 Volgens artikel 5, sub a, van deze verordening was de in artikel 2 opgenomen vrijstelling niet van toepassing op een direct of indirect niet-concurrentiebeding, wanneer dit van onbepaalde duur was of de duur ervan vijf jaar overschreed. Wanneer een niet-concurrentiebeding langer dan vijf jaar stilzwijgend verlengbaar was, werd de verplichting verondersteld te zijn overeengekomen voor onbepaalde duur. Deze bepaling preciseerde echter dat „de beperking van de duur tot vijf jaar [...] niet van toepassing [was] wanneer de contractgoederen of -diensten door de afnemer w[e]rden verkocht in lokaliteiten en op terreinen die eigendom van de

leverancier zijn of door de leverancier worden gehuurd van een derde, niet met de afnemer verbonden partij, en mits de looptijd van het niet-concurrentiebeding niet langer is dan de periode gedurende welke de afnemer de lokaliteiten en terreinen in gebruik heeft”.

- 9 Artikel 12, lid 1, van verordening nr. 2790/99 bepaalde: „De in de verordeningen (EEG) nr. 1983/83, (EEG) nr. 1984/83 en verordening (EEG) nr. 4087/88 van de Commissie voorziene vrijstellingen blijven tot en met 31 mei 2000 van kracht.” Lid 2 van dit artikel luidde: „Het verbod van artikel 81, lid 1, van het Verdrag is gedurende de periode van 1 juni 2000 tot en met 31 december 2001 niet van toepassing op overeenkomsten die op 31 mei 2000 reeds van kracht waren en die niet voldoen aan de voorwaarden voor vrijstelling die in deze verordening zijn vastgesteld, maar die aan de in de verordeningen (EEG) nr. 1983/83, (EEG) nr. 1984/83 en (EEG) nr. 4087/88 vastgestelde voorwaarden voor vrijstelling voldoen.”

### **Aangevoerde bepalingen van nationaal recht**

- 10 Indirecte verwijzing in punt 21 van deze samenvatting naar de nationale regelgeving inzake het recht van opstal.

### **Korte uiteenzetting van de feiten en de procedure in het hoofdgeding**

- 11 Aan Pozuelo 4 was vergunning verleend voor het bouwen van een tankstation; de grond waar dat tankstation op zou worden gebouwd was haar eigendom. Pozuelo 4 en Galp kwamen overeen dat Pozuelo 4 aan Galp gedurende 30 jaar een opstalrecht op die grond zou verlenen, waaraan nadien nog eens 15 jaar werden toegevoegd, dat Galp het tankstation zou bouwen en voor 30 jaar aan Pozuelo 4 zou verhuren. Daarbij werd aan Pozuelo 4 de verplichting opgelegd de brandstoffen die zij in het tankstation zou verkopen, exclusief van Galp te betrekken.
- 12 Ter uitvoering van deze afspraken sloten partijen de volgende overeenkomsten:
- A) Onderhandse overeenkomst van 7 januari 1992. Daarin werd bevestigd dat Galp van Pozuelo 4 een recht van opstal op de grond verkreeg voor een periode van 30 jaar. Voorts werd bepaald dat Galp Pozuelo 4 het recht zou verlenen om het toekomstige tankstation gedurende 30 jaar te exploiteren (bedrijfsverhuur), tegen een vergoeding van 15 % van de commissie op de aldaar verkochte brandstof.
- B) Notariële akte van 24 juni 1993. Daarbij vestigde Pozuelo 4 een opstalrecht voor een periode van 30 jaar ten gunste van Galp, en droeg zij tegelijk haar registratiedocumenten en exploitatievergunningen over tegen de prijs van 180 303,63 EUR, die in jaarlijkse termijnen van 6 010,12 EUR moest worden

betaald. Voorts werd overeengekomen dat Galp de bouw van het tankstation en bijbehorende installaties zelf zou bekostigen; de kostprijs daarvan werd geraamd op 360 607,26 EUR. Tevens werd bepaald dat Galp Pozuelo 4 een vergoeding van 1 111 872,45 EUR voor het opstalrecht zou betalen in jaarlijkse termijnen van 37 062,42 EUR; op 7 januari 1992 had Galp de helft daarvan reeds voldaan.

C) Notariële akte van 18 mei 1994. Daarin verlengden partijen de duur van het opstalrecht van 30 tot 45 jaar. Galp zou Pozuelo 4 hiervoor een vergoeding van 721 214,53 EUR betalen, in jaarlijkse termijnen van 48 080,97 EUR. Er werd overeengekomen dat ook de overdracht van de vergunningen van Pozuelo 4 aan Galp werd verlengd, tegen de prijs van 180 303,63 EUR, die moest worden betaald in jaarlijkse termijnen van 12 020,24 EUR.

D) Bijlage van 1 september 1996 bij de sub A hierboven vermelde onderhandse overeenkomst van 7 januari 1992. Daarin werden de verbeteringen omschreven die aan de shop van het tankstation zouden worden aangebracht en deels door Galp zouden worden bekostigd. In ruil daarvoor nam Pozuelo 4 andere verplichtingen op zich, waaronder de betaling, gedurende tien jaar, van een vaste maandelijkse vergoeding van 41 102,50 EUR, die kon worden aangepast aan de index van de consumptieprijzen.

E) Onderhandse overeenkomst van 1 juni 1998. Daarbij kwamen partijen overeen dat het bedrijf zou worden verhuurd aan Pozuelo 4, dat het tankstation exclusief zou worden beleverd door Galp en dat Pozuelo 4 het logo van Galp mocht gebruiken, zoals Galp Pozuelo 4 in de overeenkomst van 7 januari 1992 had toegezegd.

- 13 Pozuelo 4 daagde Galp op 16 december 2005 [voor de Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Madrid]. Met haar beroep verzocht zij om nietigverklaring van de tussen partijen gesloten overeenkomsten, om veroordeling van Galp tot vergoeding van de schade die zij ten gevolge van de absolute nietigheid van de overeenkomsten had geleden en om veroordeling van Galp tot teruggaaf van alles wat die van haar had ontvangen. Subsidiar verzocht zij dat de wederzijds door partijen geleverde tegenprestaties werden terugbetaald, verminderd met de reeds afgeschreven bedragen.
- 14 Tot staving van haar vorderingen voerde Pozuelo 4 aan dat de overeenkomsten tussen partijen in strijd waren met de toepasselijke dwingende regels van gemeenschapsrecht. Concreet was volgens haar inbreuk gemaakt op de toentertijd geldende artikelen 81 EG en 82 EG, op verordening nr. 1984/83 (in het bijzonder de artikelen 10 en 12 daarvan), die bij de sluiting van de overeenkomsten van kracht was, en op verordening nr. 2790/99 (de artikelen 4 en 5), die op de datum van instelling van haar beroep reeds in de plaats van verordening nr. 1984/83 was gekomen. Volgens haar was de overeenkomst betreffende het opstalrecht, de bedrijfsverhuur en de exclusieve levering in strijd met (a) de regel dat de financiële voorwaarden van een overeenkomst niet eenzijdig door één van de

partijen mogen worden bepaald (in casu Galp), in het bijzonder de aan- en verkoopprijzen van de aardolieproducten en de winstmarge van Pozuelo 4 op de verkoop van de producten in het tankstation, en (b) de regel dat de duur van de overeenkomst de in de regelgeving vastgestelde maximumduur niet mag overschrijden.

- 15 In het vonnis van de Juzgado de lo Mercantil n° 1 de Madrid worden de volgende vragen opgeworpen:

A) Valt de op 1 juni 1998 ondertekende overeenkomst inzake de bedrijfsverhuur met exclusieve levering en gebruik van logo binnen de materiële werkingssfeer van artikel 81 EG?

Volgens de rechter in eerste aanleg is de betrokken overeenkomst van dien aard dat zij de handel tussen de lidstaten ongunstig kan beïnvloeden.

B) Is het mogelijk dat die aard niet ertoe hoeft te leiden dat de mededinging tussen de lidstaten merkbaar wordt beperkt, omdat de gevolgen van de overeenkomst voor de handel tussen de lidstaten of de mededinging niet merkbaar zijn in de zin van de bekendmaking van de Commissie van 22 december 2001 (PB C 368/07) (hierna: „de minimis”-bekendmaking)?

De rechter in eerste aanleg stelt vast dat de overeenkomst van 1 juni 1998 geen merkbare gevolgen heeft voor de handel tussen de lidstaten of voor de mededinging, omdat niet is aangetoond dat het marktaandeel van Galp in Spanje groter is dan 3 %, en dat marktaandeel de in punt 8 van de „de minimis”-bekendmaking vastgestelde drempel van 5 % dus niet overschrijdt.

C) De overeenkomst van 1 juni 1998 voldoet weliswaar aan de voorwaarde dat de mededinging of de handel tussen de lidstaten niet merkbaar wordt beïnvloed, maar voldoet zij ook aan de voorwaarde dat zij geen „hardcore”-restricties mag bevatten in de vorm van de vaststelling van detailhandelsprijzen, zoals bedoeld in „de minimis”-bekendmaking, nu daarin toe te passen wederverkoopprijzen worden vastgesteld?

De rechter in eerste aanleg constateert dat het niet om door Galp opgelegde prijzen, maar om richtprijzen gaat, en dat Pozuelo 4 op grond van haar commissieovereenkomst beslissingsmarge heeft op dit gebied.

- 16 Op de bovenstaande gronden verwierp de rechter in eerste aanleg het beroep in zijn geheel en oordeelde hij dat de gemeenschapsregeling niet van toepassing was op de overeenkomst van 1 juni 1998.

- 17 De Audiencia Provincial de Madrid besliste in hoger beroep over de volgende, door appellante Pozuelo 4 aangevoerde middelen:

A) In het bestreden vonnis zijn de door het Hof geformuleerde voorwaarden voor de toepassing van de „de minimis”-regel niet in acht genomen. Deze regel wordt gebruikt om vast te stellen of een beperkende overeenkomst de mededinging niet merkbaar ongunstig beïnvloedt, en verlangt niet alleen dat de nationale markt moeilijk toegankelijk is, maar ook dat de betrokken overeenkomst niet aanzienlijk bijdraagt tot de afscherming van de markt.

Appellante betoogt dat, om te kunnen vaststellen dat er sprake is van „merkbare” invloed, de volgende twee voorwaarden cumulatief moeten zijn vervuld – zodat het om een verboden overeenkomst gaat, wanneer één daarvan niet is vervuld: a) het marktaandeel van de contractpartijen is gering, en b) de duur van de overeenkomst is niet kennelijk buitensporig lang in vergelijking met de gemiddelde duur van de overeenkomsten, zoals die in de verordeningen is vastgesteld (overeenkomstig verordening nr. 2790/99 maximaal vijf jaar).

In haar arrest wijst de Audiencia Provincial dit middel af op grond dat het betoog van Pozuelo 4 niet in overeenstemming is met de rechtspraak van het Hof en de inhoud van de „de minimis”-bekendmaking, aangezien: a) het op een markt als de Spaanse, die wordt gekenmerkt door een cumulatief marktafschermingseffect ten gevolge van het bestaan van parallelle netwerken van overeenkomsten tussen leveranciers en distributeurs die meer dan 30 % van die markt bestrijken, zodat deze moeilijk toegankelijk is voor concurrenten die ertoe zouden kunnen toetreden of hun aandeel daarop zouden kunnen vergroten, voldoende is dat het marktaandeel van de leverancier niet groter is dan 5 %, opdat de overeenkomst – los van het voorgaande – geen aanzienlijke gevolgen heeft voor de mededinging, en b) indien het marktaandeel niet doorslaggevend is, de voorwaarde inzake de buitensporige duur van de overeenkomsten moet worden beoordeeld in het licht van de gemiddelde duur van de overeenkomsten die op de relevante markt gewoonlijk worden gesloten en niet op grond van de duur die in de vrijstellingsverordeningen is vastgesteld.

B) In het bestreden vonnis is er geen rekening mee gehouden dat Galp een overeenkomst heeft gesloten met een andere onderneming, die ertoe kan leiden dat haar marktaandeel in de toekomst groter wordt.

In haar arrest wijst de Audiencia Provincial dit middel af op grond dat die wijziging in de situatie van Galp zich heeft voorgedaan nadat het geding was ingeleid, en de Audiencia Provincial bij haar onderzoek van de situatie waarop het geding betrekking heeft, moet uitgaan van de situatie die bestond op het ogenblik waarop het beroep is ingesteld.

C) In het bestreden vonnis is eraan voorbijgegaan dat de overeenkomst van 1 juni 1998 in strijd is met de verbodsbepaling van artikel 81 EG, aangezien zij een regeling tot vaststelling van de prijzen bevat, zodat de „de minimis”-regel niet voor die overeenkomst kan gelden.



In haar arrest wijst de Audiencia Provincial dit middel af op grond dat appellante de vaststelling van de prijs waartegen de distributeur zijn goederen aankoopt bij de leverancier, verwacht met de vaststelling van de prijs waartegen de producten aan derden worden verkocht, die inderdaad ertoe kan leiden dat de overeenkomst in strijd is met het verbod van artikel 81, lid 1, EG. De Audiencia Provincial oordeelt dat deze vraag in het bestreden vonnis juist is beantwoord.

- 18 Met haar arrest verwierp de Audiencia Provincial het hoger beroep in zijn geheel, omdat zij, zoals hiervóór is uiteengezet, van oordeel was dat de rechter in eerste aanleg het geding met het bestreden vonnis naar behoren had afgedaan, voor zover hij had geoordeeld dat er geen sprake was van een mededingingsbeperkende overeenkomst, noch uit het oogpunt van de duur van de exclusievelieferingsovereenkomst, aangezien die duur de mededinging niet merkbaar ongunstig kon beïnvloeden doordat het marktaandeel van Galp te klein was, noch ten gevolge van de verticale prijsafspraken die door Galp zouden zijn opgedrongen, wat zij niet had gedaan.
- 19 Pozuelo 4 heeft tegen deze uitspraak van de Audiencia Provincial cassatieberoep ingesteld bij het Tribunal Supremo. Tot staving van haar cassatieberoep voert Pozuelo 4 één enkel middel aan, dat bestaat uit twee onderdelen: a) schending van artikel 81 EG (thans artikel 101 VWEU) juncto artikel 5, sub a, van verordening nr. 2790/99 en de rechtspraak van het Hof over de „de minimis”-regel; b) schending van artikel 81 EG juncto de rechtspraak die door het Tribunal Supremo is ontwikkeld in twee arresten over de „dubbele barrière”-theorie in verband met de „de minimis”-regel en de inhoud van het opstalrecht.
- 20 Zoals de verwijzende rechter aangeeft, is artikel 12, lid 2, van verordening nr. 2790/99 een overgangsbepaling voor overeenkomsten met de volgende kenmerken: a) zij waren op 31 mei 2000 reeds van kracht; b) zij voldoen aan de voorwaarden voor vrijstelling zoals vastgesteld in de verordeningen nr. 1983/83, nr. 1984/83 en nr. 4087/88, en c) zij voldoen niet aan de voorwaarden voor vrijstelling die in verordening nr. 2790/99 zijn vastgesteld.
- 21 De overeenkomst tussen Pozuelo 4 en Galp vervult deze drie voorwaarden: a) zij was op 31 mei 2000 reeds van kracht; b) zij voldoet aan de voorwaarden van verordening nr. 1984/83, en c) zij voldoet niet aan de voorwaarde van artikel 5, sub a, van verordening nr. 2790/99, aangezien zij een niet-concurrentiebeding met een duur van meer dan vijf jaar bevat en niet valt onder de in die bepaling vervatte uitzondering voor gevallen waarin de contractgoederen of –diensten door de afnemer worden verkocht in lokalen en op terreinen die eigendom van de leverancier zijn of door de leverancier worden gehuurd van een derde, niet met de afnemer verbonden partij, in de betekenis die het Hof aan deze uitzondering heeft gegeven in zijn arrest van 2 april 2009, Pedro IV Servicios SL (zaak C-260/07, Jurispr. blz. I-2437). Volgens dat arrest verlangt artikel 5, sub a, dat „de leverancier eigenaar is zowel van het tankstation dat hij aan de wederverkoper verhuurt als van de grond waarop dit is gebouwd of, indien hij niet de eigenaar is,

dat hij deze goederen huurt van derden die niet met de wederverkoper verbonden zijn”, en in het onderhavige geding is, overeenkomstig de nationale regelgeving inzake het recht van opstal en de uitlegging daarvan in de rechtspraak van het Tribunal Supremo, Pozuelo 4 eigenares van de grond.

- 22 Het Tribunal Supremo heeft bij arresten van onder meer 2 april 2009, 30 juni 2009, 28 februari 2011, 5 mei 2011 en 10 mei 2011 uitspraak gedaan over de bepaling in artikel 5, sub a, van verordening nr. 2790/99, volgens welke de duur van het non-concurrentiebeding niet tot vijf jaar hoeft te zijn beperkt, indien de leverancier eigenaar van de lokalen en terreinen is. In de tiende rechtsoverweging van het arrest van 2 november 2011 wordt uiteengezet dat „de verordening van 1999 weliswaar verlangde dat de terreinen de leverancier toebehoorden, maar dat dit er niet automatisch toe leidde dat de overeenkomst op grond van artikel 12, lid 2, op 1 januari 2002 nietig werd. Aangezien de nietigheid nadien was ingetreden en niet aan de leverancier kon worden toegerekend, was de overeenkomst nog rechtsgeldig gedurende de door artikel 5 van die verordening toegestane maximumduur van vijf jaar, dat wil zeggen tot en met 31 december 2006”.

### **Voornaamste argumenten van partijen in het hoofdgeding**

- 23 De verwijzingsbeslissing bevat hier geen informatie over. Enkel wordt vermeld dat de eerste prejudiciële vraag volgens Galp reeds door het Hof is beantwoord.

### **Korte uiteenzetting van de motivering van de verwijzing**

- 24 Het verzoek om een prejudiciële beslissing betreft de toepassing van de „de minimis”-regel. De verwijzende rechter zet daarover het volgende uiteen.

#### *Voorwaarden voor de toepassing van de „de minimis”-regel*

- 25 Het Hof heeft in punt 27 van zijn arrest van 7 december 2000, Neste (C-214/99, Jurispr. blz. I-11121), vastgesteld: „Indien bij het onderzoek van het samenstel van soortgelijke overeenkomsten blijkt, dat de betrokken markt moeilijk toegankelijk is, moet worden nagegaan in hoeverre de door de betrokken leverancier gesloten overeenkomsten bijdragen tot het cumulatieve effect dat van die overeenkomsten uitgaat. Volgens de communautaire mededingingsregels moet de verantwoordelijkheid voor die marktafschermende werking worden gelegd bij de leveranciers die er in aanzienlijke mate toe bijdragen. Overeenkomsten die worden gesloten door leveranciers wier bijdrage tot het cumulatieve effect onbeduidend is, vallen derhalve niet onder het verbod van artikel 85, lid 1, van het Verdrag. Om te beoordelen, hoe groot de bijdrage van de door een leverancier gesloten overeenkomsten aan de cumulatieve afschermende werking is, moet worden gelet op de marktpositie van de contractpartijen. Die mate van bijdrage 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 overeenkomsten, klaarblijkelijk buitensporig is, valt de individuele overeenkomst onder het verbod van artikel 85, lid 1, van het Verdrag (arrest *Delimitis*, reeds aangehaald, punten 24-26).”

- 26 Het Hof heeft deze rechtspraak bevestigd in punt 32 van zijn beschikking van 3 september 2009, *Lubricantes y Carburantes Galaicos SL* (C-506/07, Jurispr. blz. I-134). Punt 1 van het dictum luidt: „Een overeenkomst zoals die in het hoofdgeding, waarin is voorzien in het vestigen van een zakelijk recht, het zogeheten ‚recht van opstal’, voor de duur van 25 jaar ten gunste van een leverancier van aardolieproducten en waarin het die leverancier wordt toegestaan een tankstation te bouwen en dat te verhuren aan de grondeigenaar voor dezelfde duur als die van dat recht, ontsnapt, indien zij bedingen bevat betreffende de vaststelling van de detailhandelsprijs en/of een exclusieveafnameverplichting of een niet-concurrentiebeding, waarvan de looptijd langer is dan de tijdsbeperkingen van verordening (EEG) nr. 1984/83 van de Commissie van 22 juni 1983 betreffende de toepassing van artikel [81], lid 3, van het Verdrag op groepen exclusieve-afnameovereenkomsten, zoals gewijzigd bij verordening (EG) nr. 1582/97 van de Commissie van 30 juli 1997, alsmede bij verordening (EG) nr. 2790/1999 van de Commissie van 22 december 1999 betreffende de toepassing van artikel 81, lid 3, van het Verdrag op groepen verticale overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen, aan het verbod van artikel 81, lid 1, EG, mits die overeenkomst het handelsverkeer tussen de lidstaten niet ongunstig kan beïnvloeden en niet tot doel of tot gevolg heeft, de mededinging binnen de gemeenschappelijke markt merkbaar te beperken, hetgeen de verwijzende rechter moet uitmaken, daarbij met name rekening houdend met de economische en juridische context waarin de overeenkomst geldt.”
- 27 Punt 8 van de „de minimis”-bekendmaking luidt: „Indien op een relevante markt de mededinging wordt beperkt door het cumulatieve effect van door diverse leveranciers of distributeurs aangegane overeenkomsten voor de verkoop van goederen of diensten (cumulatief marktafslermingseffect van parallelle netwerken van overeenkomsten die soortgelijke effecten op de markt hebben), worden de in punt 7 vastgestelde drempels voor het marktaandeel [aan de hand waarvan wordt bepaald dat overeenkomsten tussen ondernemingen welke de handel tussen lidstaten ongunstig beïnvloeden, de mededinging niet merkbaar beperken in de zin van artikel 81, lid 1, EG] verlaagd tot 5 % voor zowel overeenkomsten tussen concurrenten als overeenkomsten tussen niet-concurrenten. Individuele leveranciers of distributeurs met een marktaandeel van niet meer dan 5 % worden in het algemeen niet geacht in aanzienlijke mate bij te dragen tot een cumulatief marktafslermingseffect. Het is onwaarschijnlijk dat een cumulatief marktafslermingseffect optreedt als minder dan 30 % van de relevante markt wordt bestreken door parallelle (netwerken van) overeenkomsten met soortgelijke effecten.”

*Gronden waarop de Sala de lo Civil van het Tribunal Supremo het Hof verzoekt om uitlegging van de „de minimis”-regel met betrekking tot de duur van exclusievelieferingsovereenkomsten voor aardolieproducten*

- 28 Pozuelo 4 stelt in onderdeel a) van het enige middel van haar cassatieberoep zonder omwegen dat de Audiencia Provincial in haar arrest de rechtspraak van het Hof over de „de minimis”-regel onjuist heeft uitgelegd.
- 29 Het Tribunal Supremo heeft in zijn arrest van 15 februari 2012 geoordeeld dat de „de minimis”-regel, zoals die door het Hof in onder meer de reeds aangehaalde beschikking Lubricantes y Carburantes Galaicos SL (supra punt 26) is uitgelegd, op een exclusievelieferingsovereenkomst voor brandstoffen van toepassing is louter wegens het geringe marktaandeel (tussen 3,6 % en 3,9 %) van de leverancier (Disa) – dat wil zeggen los van de duur van de overeenkomst – en wel op de volgende gronden: a) volgens een beschikking van de raad van de Comisión Nacional de la Competencia (Nationale mededingingscommissie) van 30 juli 2009 zijn er in Spanje drie leveranciers waarvan het gezamenlijke marktaandeel 67 % bedraagt (Repsol 41 %, Cepsa 18 % en BP 8 %); b) bijgevolg is de bijdrage van de in 1999 en 2000 door Disa gesloten overeenkomsten tot het cumulatieve effect onbeduidend geweest en kan zij niet aansprakelijk worden gesteld voor dit cumulatieve effect; c) indien hoofdzakelijk de duur van de exclusieve overeenkomst in aanmerking werd genomen om te bepalen of de overeenkomsten van Disa onder het verbod van artikel 81 EG, lid 1, vallen, zou dat kunnen bijdragen tot het cumulatieve marktafsluitingseffect, aangezien het de distributeurs bij nietigverklaring van de overeenkomsten van Disa vrijstaat, overeenkomsten te sluiten met de leveranciers met de grootste marktaandelen, terwijl Disa grote investeringen heeft moeten doen en naar verhouding slechts gedurende korte tijd heeft kunnen profiteren van de exclusievelieferingsovereenkomst, aangezien de distributeur het beroep tot nietigverklaring heeft ingesteld in 2004.
- 30 Het Tribunal Supremo heeft datzelfde criterium toegepast in zijn arrest van 16 april 2012 over een geval waarin het marktaandeel van de leverancier kleiner was dan 5 % en tegen die leverancier beroep tot nietigverklaring was ingesteld in 2004, dat wil zeggen op een ogenblik waarop slechts twaalf jaar van de 25 jaar die als duur voor de exclusievelieferingsovereenkomst was overeengekomen, was verstreken.
- 31 Het Tribunal Supremo heeft dat criterium ook gevolgd in zijn arresten van 10 juli 2012 en 20 juli 2012, die gevallen betroffen waarin Galp de verwerende leverancier was. Aan de in zijn twee vorige arresten gegeven overwegingen voegt het Tribunal Supremo het volgende toe: op een markt als de Spaanse, waarvoor kenmerkend is dat drie oliemaatschappijen samen een marktaandeel van nagenoeg 70 % hebben, en één daarvan een marktaandeel van meer dan 30 % heeft, houdt het geen steek overeenkomsten als de aan de orde zijnde nietig te verklaren wegens de duur ervan, wanneer blijkt dat het marktaandeel van de verwerende

partij in 2000 2,1 % en in 2006 2,4 % bedroeg, aangezien het voor haar dan moeilijker wordt om de markt te betreden en aldus tegelijk concentratievorming in de hand wordt gewerkt, doordat het de tankstationexploitant vrijstaat een exclusieveleveringsovereenkomst te sluiten met een van de maatschappijen met het grootste marktaandeel. In die twee arresten oordeelde het Tribunal Supremo het niet dienstig om een prejudiciële vraag te stellen, aangezien het volgens de reeds aangehaalde beschikking van het Hof in de zaak *Lubricantes y Carburantes Galaicos SL* (supra punt 26) aan de verwijzende rechter staat het geding definitief te beslechten, en het stellen van een prejudiciële vraag dus kon worden opgevat als een verzoek aan het Hof om die twee concrete gedingen te beslechten. Bovendien was het Tribunal Supremo van oordeel dat de duur van de exclusieveafnameovereenkomst – 30 jaar – niet buitensporig lang was in vergelijking met de gemiddelde duur van de overeenkomsten die op de relevante markt gewoonlijk worden gesloten.

- 32 In het onderhavige geval is bij het Tribunal Supremo echter twijfel gerezen over zijn eigen rechtspraak ten gevolge van de lange duur van de exclusieveafnameovereenkomst, namelijk 45 jaar in totaal.
- 33 De twijfel wordt niet veroorzaakt door het feit dat die duur de in artikel 5, sub a, van verordening nr. 2790/99 vastgestelde maximumduur van vijf jaar ruim overschrijdt, daar dit niet in de weg staat aan de toepassing van de „de minimis”-regel [reeds aangehaalde beschikking *Lubricantes y Carburantes Galaicos SL* (supra punt 26), punt 33].
- 34 De twijfel wordt integendeel ingegeven door het feit dat een leverancier die een moeilijk toegankelijke markt tracht te betreden of zijn aandeel op die markt probeert te vergroten, door het sluiten van een reeks exclusieveafnameovereenkomsten van zeer lange duur, mettertijd een marktaandeel van meer dan 5 % kan verkrijgen middels exclusieveafnameovereenkomsten waarvan de duur de maximumduur overschrijft die in verordening nr. 2790/99 of verordening nr. 330/2010 is vastgesteld.
- 35 Volgens het Tribunal Supremo kan een Spaanse concurrent of een concurrent uit een andere lidstaat de Spaanse markt voor de detailhandel in brandstoffen slechts betreden, wanneer hij de grote investeringen die hij doet voor de bouw en het bedrijfsklaar maken van de tankstations, kan compenseren middels de sluiting van langlopende exclusieveafnameovereenkomsten. Het acht het stellen van een prejudiciële vraag echter noodzakelijk, aangezien de verwijzingsverplichting tot doel heeft „de juiste toepassing en eenvormige uitlegging van het gemeenschapsrecht in alle lidstaten te verzekeren, teneinde te voorkomen dat zich in een lidstaat een nationale rechtspraak ontwikkelt die niet met de regels van het gemeenschapsrecht strookt” [reeds aangehaald arrest *Pedro IV Servicios* (supra punt 21), punt 32].

- 36 De twijfel van het Tribunal Supremo wordt tevens gerechtvaardigd door het feit dat volgens de „de minimis”-bekendmaking een marktaandeel van niet meer dan 5 % volstaat, en de Commissie ook in haar mededeling 2004/C 101/07, punten 44 en 87, en in haar richtsnoeren inzake verticale beperkingen (2010/C 130/01), punt 8, daarnaar blijft verwijzen. Dit betekent niet dat het Tribunal Supremo zich gebonden acht door de „de minimis”-bekendmaking, aangezien het Hof uitdrukkelijk heeft verklaard dat deze niet bindend is voor de lidstaten (arrest van 13 december 2012, Expedia Inc., C-226/11, nog niet gepubliceerd in de Jurisprudentie, punten 29-31), maar aan de in de „de-minimis”-bekendmaking vastgestelde drempels kan bijzondere betekenis toekomen in het geval de markt moeilijk toegankelijk is doordat slechts drie leveranciers van aardolieproducten een marktaandeel hebben van meer dan 5 %, en zelfs van meer dan 30 %.

*Gronden waarop de Sala de lo Civil van het Tribunal Supremo het Hof verzoekt om uitlegging van artikel 12, lid 2, van verordening nr. 2790/99 juncto artikel 5, sub a, daarvan*

- 37 Deze vraag hoeft enkel te worden beantwoord indien de overeenkomst blijkens het antwoord op de eerste vraag niet als een „de minimis”-overeenkomst kan worden beschouwd. In dat geval dient het Tribunal Supremo immers na te gaan of de overeenkomst wegens de duur van de exclusieveafnameverplichting overeenkomstig de verordeningen nr. 1984/83 en nr. 2790/99 buiten het verbod van artikel 81, lid 1, EG viel.
- 38 De twijfels van het Tribunal Supremo hebben geen betrekking op verordening nr. 1984/83, aangezien: a) artikel 12, lid 2, van die verordening volgens punt 1 van het dictum van het reeds aangehaalde arrest Pedro IV Servicios SL (supra punt 21) „niet de voorwaarde stelde dat de toeleverancier eigenaar was van de grond waarop hij het tankstation had gebouwd dat hij aan de wederverkoper verhuurde”, en b) deze uitlegging wordt bevestigd in punt 2 van het dictum van de reeds aangehaalde beschikking Lubricantes y Carburantes Galaicos SL (supra punt 26), waarin wordt vastgesteld dat verordening nr. 1984/83 „zich voor de toepassing van de uitzondering waarin [zij] voorzag, er niet tegen verzet dat de looptijd van een exclusiviteitsovereenkomst langer is dan de tijdsbeperkingen van die verordening, in het geval waarin de eigenaar van een grondstuk aan de leverancier een recht van opstal heeft verleend voor een duur van 25 jaar, en laatstgenoemde zich ertoe heeft verbonden een tankstation te bouwen dat aan de grondeigenaar wordt verhuurd opdat deze het exploiteert voor dezelfde tijdsduur als die van dat recht”.
- 39 De twijfels van het Tribunal Supremo betreffen evenmin de uitzondering op de in artikel 5, sub a, van verordening nr. 2790/99 vastgestelde maximumduur van vijf jaar, aangezien: a) die bepaling volgens punt 2 van het dictum van het arrest Pedro IV Servicios SL „voor de toepassing van de uitzondering waarin zij voorziet, de voorwaarde stelt dat de leverancier eigenaar is zowel van het tankstation dat hij aan de wederverkoper verhuurt als van de grond waarop dit is gebouwd”; b) deze

uitlegging wordt bevestigd in punt 3 van het dictum van de beschikking *Lubricantes y Carburantes Galaicos SL*, waarin wordt vastgesteld dat artikel 5, sub a, van verordening nr. 2790/99 „zich voor toepassing van de uitzondering waarin het voorziet, ertegen verzet dat de looptijd van een exclusiviteitsovereenkomst langer is dan de tijdsbeperkingen van deze verordening, in het geval waarin de eigenaar van een grondstuk aan de leverancier een recht van opstal heeft verleend voor een duur van 25 jaar, en laatstgenoemde zich ertoe heeft verbonden een tankstation te bouwen dat aan de grondeigenaar wordt verhuurd opdat deze het exploiteert voor dezelfde tijdsduur als die van dat recht”, en c) in het onderhavige geval *Galp* niet de grondeigenares is, maar slechts houdster van een opstalrecht.

- 40 De twijfels van het Tribunal Supremo betreffen veeleer de overgangsregeling waarin is voorzien bij artikel 12, lid 2, van verordening nr. 2790/99, en houden uitsluitend verband met de duur van de overeenkomst.
- 41 Over deze kwestie overweegt het Hof in punt 60 van het reeds aangehaalde arrest *CEPSA Estaciones de Servicio SA* (supra punt 1): „Blijkens de bepalingen van verordening nr. 2790/1999 is de hierin vastgestelde vrijstelling vanaf 1 juni 2000 van toepassing op overeenkomsten waarvan de duur niet langer is dan vijf jaar. Artikel 12, lid 2, van deze verordening voorziet evenwel in een overgangsperiode tot 31 december 2001 voor overeenkomsten die op 31 mei 2000 reeds van kracht waren en die niet aan de in deze verordening vastgestelde voorwaarden voor vrijstelling voldeden, maar wel aan die van verordening nr. 1984/83. Het staat aan de verwijzende rechter om in casu, naargelang de in het hoofdgeding aan de orde zijnde overeenkomst al dan niet aan de vrijstellingsvoorwaarden van verordening nr. 1984/83 voldeed, na te gaan vanaf welke datum het exclusiviteitsbeding aan verordening nr. 2790/1999 dient te worden getoetst.”
- 42 In het reeds aangehaalde arrest *Pedro IV Servicios SL* (punt 21 supra) overweegt het Hof over diezelfde kwestie: a) „Indien bedoelde rechter tot de conclusie zou komen dat de tussen partijen in het hoofdgeding gesloten overeenkomsten voldeden aan de voorwaarden voor vrijstelling die in verordening nr. 1984/83 waren gesteld, maar niet aan die welke in verordening nr. 2790/1999 zijn bepaald, zullen zij moeten worden geacht krachtens de overgangsregeling van artikel 12 van verordening nr. 2790/1999 uitgesloten te zijn van de werkingssfeer van artikel 81, lid 1, EG tot en met 31 december 2001” (punt 67), en b) „Wanneer een overeenkomst niet voldoet aan alle voorwaarden die in een vrijstellingsverordening zijn gesteld, valt zij echter slechts onder het verbod van artikel 81, lid 1, EG indien zij tot doel of tot gevolg heeft dat de mededinging binnen de gemeenschappelijke markt merkbaar wordt beperkt en indien zij de handel tussen lidstaten ongunstig kan beïnvloeden. In dit laatste geval zou die overeenkomst, behoudens individuele vrijstelling krachtens artikel 81, lid 3, EG, van rechtswege nietig zijn overeenkomstig lid 2 van dit artikel” (punt 68).

- 43 Zoals in punt 22 hierboven is uiteengezet, heeft het Tribunal Supremo artikel 12 van verordening nr. 2790/99 aldus uitgelegd dat overeenkomsten die wegens de duur ervan voldeden aan de voorwaarden voor vrijstelling van verordening nr. 1984/83, maar niet aan die van verordening nr. 2790/99, nietig werden op 31 december 2006, aangezien op die overeenkomsten het verbod van artikel 81, lid 1, EG niet van toepassing was tot en met 31 december 2001, en de geldigheidsduur van het exclusiviteitsbeding vanaf dan de in artikel 5, sub a, van verordening nr. 2790/99 vastgestelde vijf jaar niet mocht overschrijden, omdat de leverancier niet de grondeigenaar was.
- 44 Het Tribunal Supremo was van oordeel dat het daarmee de aangehaalde rechtspraak van het Hof juist had toegepast, en dat het het verbintenissen- en overeenkomstenrecht had toegepast op een wijze die niet onverenigbaar is met de artikelen 81 EG en 82 EG, zoals artikel 3, lid 3, van verordening (EG) nr. 1/2003 van de Raad betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag kennelijk toestaat.
- 45 De reden waarom het Tribunal Supremo het verbintenissen- en overeenkomstenrecht in zijn beoordeling heeft betrokken, is dat in een groot aantal gevallen de wederverkoper zijn verzoek om nietigverklaring van de overeenkomst indiende nadat hij de overeenkomst de facto al had verbroken door de exclusieveafnameverplichting te schenden wanneer dat volgens hem in zijn belang was.
- 46 Voorts komt de door het Tribunal Supremo gegeven uitlegging overeen met het standpunt dat de Commissie heeft geformuleerd in haar bekendmaking betreffende richtsnoeren inzake verticale beperkingen (PB 2000, C 291, blz. 1). In punt 70 daarvan staat met betrekking tot de overgangperiode het volgende: „Overeenkomsten tussen leveranciers met een marktaandeel van niet meer dan 30 % en hun afnemers, die een niet-concurrentiebeding met een looptijd van meer dan vijf jaar bevatten, vallen onder de nieuwe groepsvrijstellingsverordening, indien op 1 januari 2002 de resterende looptijd van het niet-concurrentiebeding niet meer dan vijf jaar bedraagt.”
- 47 Zowel in de onderhavige als in andere procedures zijn echter stukken ingediend met als bijlage het antwoord van de Europese Commissie, Directoraat-generaal Concurrentie, op verzoeken van een Spaans advocatenkantoor om tegen Spanje een procedure in te leiden op grond dat het Tribunal Supremo had geweigerd een prejudiciële vraag over de overgangperiode te stellen. In haar antwoord heeft de Commissie te kennen gegeven dat de rechtspraak van het Tribunal Supremo mogelijk onjuist is, maar concludeert zij dat van verder onderzoek moet worden afgezien [COMP/B1/CAT (2012/073076); COMP/B1/CAT (2012/073069); COMP/B1/CAT (2012/073065); COMP/B1/CAT (2012/076278); COMP/B1/CAT D (2012/076277); COMP/B1/CAT (2012/073309); COMP/B1/CAT (2012/073312)].



- 48 Rekening houdend met dat antwoord van de Commissie en gelet op het grote aantal soortgelijke gedingen dat thans bij de Spaanse civiele rechters aanhangig is, waarin de partijen met hun argumenten en het door hen aangedragen bewijs uitsluitend de verdediging van hun eigen, zuiver particuliere belangen nastreven – ofschoon zij zich tot ondersteuning van hun vorderingen beroepen op het mededingingsrecht van de Unie – oordeelt het Tribunal Supremo het passend de tweede prejudiciële vraag te stellen, daar zij bijdraagt tot de verwezenlijking van het doel van de verwijzingsverplichting, te voorkomen dat zich in een lidstaat een nationale rechtspraak ontwikkelt die niet met de regels van het gemeenschapsrecht strookt [reeds aangehaald arrest Pedro IV Servicios SL (supra punt 21), punt 32].