



Datum van inontvangstneming : 09/12/2016

Zaak C-547/16

Verzoek om een prejudiciële beslissing

Datum van indiening:

28 oktober 2016

Verwijzende rechter:

Tribunal Supremo (Spanje)

Datum van de verwijzingsbeslissing:

18 oktober 2016

Verzoekende partijen:

Gasorba, S.L.

[REDACTED]

[REDACTED]

Verwerende partij:

Repsol Comercial de Productos Petrolíferos, S.A.

[OMISSIS]

TRIBUNAL SUPREMO

Civiele kamer

BESCHIKKING

[OMISSIS]

[OMISSIS] Madrid, achttien oktober tweeduizend zestien.

DE FEITEN

EEN.-Bij deze civiele kamer van het Tribunal Supremo is cassatieberoep ingesteld tegen het arrest van de [OMISSIS] Audiencia Provincial de Madrid (provinciaal gerechtshof van Madrid) [OMISSIS] van 27 januari 2014 [OMISSIS]

betreffende de nietigheid van een overeenkomst wegens schending van het communautaire mededingingsrecht.

TWEE.- [OMISSIS] Het Tribunal Supremo overwoog dat het wenselijk zou kunnen zijn het Hof van Justitie van de Europese Unie te verzoeken om een prejudiciële beslissing, en [OR 2] besloot [OMISSIS] de partijen te horen.

DRIE.- De raadsman van [REDACTED] Gasorba, S.L. achtte een verzoek om een prejudiciële beslissing niet nodig om de volgende, hier samengevatte redenen:

(i) Het Hof heeft reeds geoordeeld dat non-concurrentieafspraken als thans in geding sinds 1 januari 2002 van rechtswege nietig zijn, wat niet wegneemt dat de nationale rechter, overeenkomstig artikel 16 van verordening (EU) nr. 1/2003, deze nietigheid kan vaststellen op grond van een toezeggingsbeschikking;

(ii) De in artikel 101, lid 1, VWEU bepaalde nietigheid moet door de rechter worden vastgesteld wanneer de voorwaarden van artikel 101, lid 1, VWEU zijn vervuld en vrijstelling [krachtens] artikel 101, lid 3, VWEU niet mogelijk is;

(iii) De toezeggingsbeschikking is geen individuele vrijstelling, zodat de rechtspraak van [OMISSIS][het Tribunal Supremo] sinds het arrest [OMISSIS] van 12 januari 2015 rechtstreeks dient te worden toegepast. Indien het Tribunal Supremo echter besluit over te gaan tot een prejudiciële verwijzing, dan verzoekt de verdediging om toevoeging van de volgende vraag: „Kunnen de langlopende overeenkomsten waarop de toezeggingsbeschikking betrekking heeft, dan worden geacht krachtens die beschikking een individuele vrijstelling ex art. 101, lid 1, VWEU te genieten?”

VIER.- Volgens de raadsman van Repsol, S.A. kan men stellen dat de kwestie is beantwoord of opgelost door het arrest van het Gerecht van eerste aanleg van de Europese Gemeenschappen van 11 juli 2007 (zaak T-170/06, Alrosa Company Ltd.) en het arrest van het Hof van Justitie van de Europese Unie van 7 december 2000 (zaak C-214/99, [OMISSIS] zaak Neste). In ieder geval zou het naar het oordeel van deze partij nuttiger zijn de vraag als volgt te herformuleren: „Wanneer een nationale rechter op grond van artikel 81 van het Verdrag uitspraak doet over bepaalde overeenkomsten die reeds het voorwerp zijn geweest van een beschikking van de Commissie overeenkomstig artikel 9 van verordening (EG) nr. 1/2003 van de Raad van 16 december 2002 betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag[OR 3]: (i) moet het eerste lid van artikel 16 (uniforme toepassing van het communautaire mededingingsrecht) van die verordening dan aldus worden uitgelegd dat de nationale rechter geen beslissingen kan nemen die onverenigbaar of in strijd zijn

met de door de Commissie gegeven beschikking?; meer in het bijzonder, (ii) dient dit artikel 16 dan aldus te worden uitgelegd dat overeenkomsten die vallen onder een beschikking van de Commissie – zoals overeenkomsten over de duur van de exclusieve bevoorrading – en reeds zijn aangepast in de toezeggingen die door de beschikking van de Commissie verbindend zijn geworden, niet door een nationale rechter nietig kunnen worden verklaard, onverminderd het feit dat zij wel nietig kunnen worden verklaard om redenen die geen verband houden met het voorwerp van de in de beschikking van de Commissie opgenomen toezeggingen?”

[OMISSIS]

RECHTSGRONDEN

EEN.- *Voorwerp van het geding.*

1. Op 15 februari 1993 hebben [REDACTED] met Repsol twee overeenkomsten ondertekend.

In de eerste, de zogenoemde notariële akte van vestiging van een recht van vruchtgebruik, hebben [REDACTED] voor een duur van vijftwintig jaar een recht van vruchtgebruik ten behoeve van Repsol gevestigd op een stuk grond en een daarop gebouwd tankstation, gelegen te Orba (Alicante), alsook op de concessie voor de exploitatie van dat tankstation.

In de tweede overeenkomst, de zogenoemde overeenkomst tot overdracht van de exploitatie van tankstations, bedrijfsverhuur en exclusieve bevoorrading, heeft Repsol zowel de grond als het tankstation verhuurd aan [REDACTED] voor een duur van vijftwintig jaar en een huursom van 10 000 ESP per maand.

2. Op 12 november 1994 hebben [REDACTED] en hun twee kinderen een vennootschap opgericht, genaamd Gasorba, S.L., die de met Repsol gesloten overeenkomsten heeft overgenomen, met instemming van laatstgenoemde. [OR 4]

3. In de huurovereenkomst werden de huurders verplicht tot exclusieve afname bij Repsol gedurende de gehele huurperiode. Repsol gaf periodiek de maximumprijzen voor de eindverbruikers door en stond de huurders toe kortingen te geven ten laste van hun provisie, zonder dat daardoor de inkomsten van de leverancier zouden dalen.

4. [REDACTED] de vennootschap Gasorba, S.L., hebben Repsol gedagvaard en [gevorderd] [OMISSIS]:

a) artikel 81, lid 1, van het Verdrag van Amsterdam van toepassing te verklaren op de litigieuze contractuele relatie;

b) voor recht te verklaren dat die contractuele relatie niet in aanmerking kwam voor de vrijstelling van artikel 81, aangezien de

vrijstellingsvoorwaarden van de verordeningen (EG) nr. 1984/83 en nr. 2790/99 niet waren vervuld;

c) op grond van artikel 81, lid 2, van het Verdrag de absolute nietigheid van de genoemde contractuele relatie vast te stellen;

d) Repsol te veroordelen tot betaling van schadevergoeding aan de eisende partij volgens een van de twee – een primaire en een subsidiaire – in de dagvaarding genoemde formules, alsook tot betaling van de proceskosten.

Deze vorderingen waren, kort gezegd, gebaseerd op het feit dat de contractuele relatie tussen partijen berustte op de verboden, niet vrijgestelde gedraging die erin bestond dat de gedaagde de eindverbruikersprijs voor de geleverde producten vaststelde, alsook op het gegeven dat de duur van de exclusieve bevoorradingsovereenkomst (25 jaar) niet alleen het in verordening nr. 2790/99, maar ook het in de voorgaande verordening nr. 1984/83 bepaalde maximum overschreed.

5. Bij vonnis in eerste aanleg is de vordering afgewezen. Het vervolgens door eisers ingestelde hoger beroep is door de Audiencia Provincial verworpen op grond van de volgende, hier in het kort weergegeven, overwegingen:

(i) Artikel 4 van verordening EEG nr. 2790/99 sluit maximumprijzen of door de leverancier aanbevolen verkoopprijzen niet uit, mits deze niet hetzelfde effect hebben als een vaste prijs of minimumprijs, waaruit kan worden afgeleid dat de vaststelling van maximumdetailhandelsprijzen geen **[OR 5]** merkbare gevolgen voor de mededinging heeft indien rekening wordt gehouden met de vrijheid van de agent om, door een deel van zijn provisie in te leveren, de prijs voor de eindverbruiker te verlagen zonder dat dit leidt tot een daling van de inkomsten van de leverancier;

(ii) De eventuele twijfels over de toelaatbaarheid van de regeling inzake aanbevolen of maximumprijzen volgens verordening nr. 1984/83 zijn definitief weggenomen door de arresten van het Hof van 11 september 2008, zaak C-279/06, en 2 april 2009, zaak C-260/07, die ook weerklank hebben gevonden in het arrest van **[OMISSIS]** **[OMISSIS]** het Tribunal Supremo van 15 januari 2010;

(iii) Er is niet gebleken dat Gasorba het slachtoffer is geweest van een mededingingsbeperkende gedraging; evenmin is in de dagvaarding aangevoerd dat het verlenen van kortingen economisch voor de huurders onrendabel was;

(iv) De duur van de overeenkomst is op zich niet bepalend voor de nietigheid ervan, aangezien de overeenkomst kon worden opgezegd op een wijze die volgens de communautaire autoriteiten voldeed aan de eisen van het mededingingsrecht.

TWEE.- *De beschikking van de Commissie van 12 april 2006.*

1. Ten aanzien van de litigieuze overeenkomsten dient rekening te worden gehouden met de beschikking van de Commissie van de Europese Gemeenschappen van 12 april 2006 betreffende een procedure overeenkomstig artikel 81 van het EG-Verdrag (Zaak COMP/B-1/38.348 – Repsol CPP) (samenvatting in PB 2006, L 176, blz. 104), die is gegeven na onderzoek van de verschillende door Repsol met de tankstations gesloten overeenkomsten, waaronder die tussen partijen.

In deze beschikking, gericht tot Repsol, zette de Commissie in haar voorlopige beoordeling uiteen dat dergelijke overeenkomsten in bepaalde gevallen kunnen leiden tot een mededingingsprobleem, met name wanneer deze non-concurrentiebedingen voor brandstoffen bestemd voor verkoop bij tankstations, tot gevolg hebben dat andere leveranciers op de betrokken markt niet aan bepaalde afnemers kunnen verkopen. Dit kan leiden tot **[OR 6]** marktafsluiting (uitsluiting van andere leveranciers door het opwerpen van toetredingsbarrières) en verzwakking van de interbrand-concurrentie.

Ook was de Commissie van mening dat de non-concurrentiebedingen in de betrokken overeenkomsten wezenlijk konden bijdragen aan de afscherming van de Spaanse markt voor de detailhandel in brandstoffen, omdat die markt, gezien de economische en juridische context van de overeenkomsten, moeilijk toegankelijk was voor concurrenten die tot de markt wilden toetreden of hun marktaandeel wilden vergroten. De toegankelijkheid werd met name bemoeilijkt door de aanzienlijke verticale integratie van de bedrijven, de cumulatieve werking van naast elkaar bestaande netwerken van verticale beperkingen, problemen bij het opzetten van een alternatief netwerk en andere mededingingsomstandigheden (met name de verzadiging van de markt en de aard van het product).

Volgens de Commissie zouden de betrokken overeenkomsten wezenlijk kunnen bijdragen aan de afschermende werking die van deze overeenkomsten gezamenlijk in hun economische en juridische context uitgaat. Dit bleek uit de volgende elementen: de draagwijdte van de door Repsol opgelegde concurrentieverboden (het aan de verkoop van Repsol verbonden marktaandeel was aanzienlijk, rond de 25-35 %); de lange duur van de aangegane non-concurrentieverbintenissen, met name in het geval van vruchtgebruik- en opstalovereenkomsten, die een lange looptijd hebben (25 tot 40 jaar); de zwakke, gefragmenteerde positie van de tankstationexploitanten en de eindafnemers ten opzichte van de leveranciers, met name in het geval van Repsol, dat een groot marktaandeel had.

2. Teneinde de door de Commissie aan de orde gestelde problemen in verband met de marktafsluiting op te lossen, heeft Repsol CPP voorgesteld de tankstationexploitanten die haar voor een tankstation een zakelijk recht (van vruchtgebruik of opstal) voor bepaalde tijd hadden verleend en tegelijkertijd

huurders voor bepaalde tijd waren geworden (door „kruiselingse overeenkomsten” te sluiten), de mogelijkheid te bieden het zakelijke recht voor de in de overeenkomst vastgestelde einddatum „terug te kopen”. In beginsel zou van deze mogelijkheid vanaf [OR 7] 1 januari 2005 op enig ogenblik gebruik kunnen worden gemaakt mits de resterende looptijd van de overeenkomst niet meer dan twaalf jaar bedroeg. In ruil daarvoor zou aan Repsol CPP een vergoeding moeten worden betaald, overeenkomend met de waarde van het betrokken zakelijke recht. Deze waarde zou worden berekend aan de hand van de jaarlijkse kasstroom van Repsol CPP en de resterende looptijd van de overeenkomst. Derhalve kwam de waarde niet overeen met de restwaarde van de investering. In geval van een geschil over de vergoeding zouden de in de Spaanse wet op de onteigening opgenomen beoordelingscriteria van toepassing zijn.

3. Repsol CPP heeft tevens aangeboden, vooraf bekendheid te geven aan het aflopen van de brandstofdistributie-overeenkomsten met de tankstations en aan de mogelijkheid om de overeenkomsten betreffende zakelijke rechten voortijdig te beëindigen. Dit zou in de eerste maand van ieder kwartaal gebeuren voor de overeenkomsten die het daaropvolgende kwartaal eindigden, in de vorm van een mededeling aan het ministerie van Economische Zaken die op de website van het ministerie zou worden geplaatst, ofwel via een mededeling op de website van Repsol CPP.

4. Ook heeft Repsol CPP aangeboden, een maximumlooptijd van vijf jaar toe te passen in nieuwe brandstofdistributie-overeenkomsten met exploitanten van tankstations die geen eigendom van Repsol CPP zijn.

5. Verder stelde Repsol CPP voor, tot 31 december 2006 geen bestaande tankstations te kopen die volledig in handen waren van de exploitanten ervan (DODO-tankstations) en niet door Repsol werden bevoorrad (dat wil zeggen niet tot haar distributienetwerk behoorden).

6. De door Repsol CPP voorgestelde verbintenissen omvatten ook een beding op grond waarvan de tankstations, of zij nu agenten of wederverkopers waren, de vrijheid hadden kortingen te geven op de adviesprijs.

7. Op 13 maart 2006 bevestigde Repsol CPP dat de toezeggingen ten aanzien van de overeenkomsten, opgenomen in de bijlage, moesten worden opgevat als toezeggingen in de zin van artikel 9, lid 1, van verordening (EG) nr. [OR 8] 1/2003, en dat deze waren gedaan om tegemoet te komen aan de bezwaren die de Commissie in haar voorlopige beoordeling te kennen had gegeven.

8. Gelet op het voorgaande heeft de Commissie de volgende beschikking gegeven:

„Artikel 1. De in de bijlage opgenomen toezeggingen zijn verbindend voor REPSOL Comercial de Productos Petrolíferos, S.A.

Artikel 2. De procedure in deze zaak wordt beëindigd.

Artikel 3. Deze beschikking geldt vanaf de datum van bekendmaking aan de in artikel 4 genoemde onderneming tot en met 31 december 2011.”

DRIE.- *Het vraagstuk dat aan de orde is in deze procedure.*

In deze procedure is voor het indienen en beantwoorden van het verzoek om een prejudiciële beslissing de volgende vraag relevant: is het op grond van de beschikking van de Commissie van 12 april 2006 uitgesloten dat de litigieuze overeenkomsten voor de overeengekomen looptijd als nietig kunnen worden beschouwd wegens in strijd met artikel 81 EG-Verdrag (thans artikel 101 VWEU), gezien het feit dat Repsol de huurders de mogelijkheid tot ontbinding vóór het einde van de overeengekomen looptijd heeft geboden,.

VIER.- *Communautaire bepalingen*

1. Artikel 16 van verordening (EG) nr. 1/2003 van de Raad van 16 december 2002 betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag („Uniforme toepassing van het communautaire mededingingsrecht”) luidt:

„1. Wanneer nationale rechterlijke instanties artikel 81 of artikel 82 van het Verdrag toepassen op overeenkomsten, besluiten of gedragingen die reeds het voorwerp uitmaken van een beschikking van de Commissie, kunnen zij geen beslissingen nemen die in strijd zijn met de door de Commissie gegeven beschikking. Ook moeten zij vermijden beslissingen te nemen die in strijd zouden zijn met een beschikking die de Commissie overweegt te geven in een door haar gestarte procedure. Te dien einde kan de nationale rechterlijke instantie de afweging maken of het nodig is haar procedure op te schorten. Deze verplichting laat de rechten en verplichtingen op grond van artikel 234 van het Verdrag onverlet.

2. Wanneer mededingingsautoriteiten van de lidstaten artikel 81 of artikel 82 van het Verdrag toepassen op overeenkomsten, besluiten of gedragingen die reeds [OR 9] het voorwerp uitmaken van een beschikking van de Commissie, kunnen zij geen beslissingen nemen die in strijd zijn met de door de Commissie gegeven beschikking.”

2. Vervolgens luidt artikel 9, lid 1, van deze verordening („Toezeggingen”):

„Wanneer de Commissie voornemens is een beschikking tot beëindiging van een inbreuk te geven, en de betrokken ondernemingen toezeggingen doen om aan de bezorgdheden tegemoet te komen die de Commissie hun in haar voorlopige beoordeling te kennen heeft gegeven, kan de Commissie ten aanzien van deze ondernemingen bij beschikking die toezeggingen een verbindend karakter verlenen. De beschikking kan voor een bepaalde

periode worden gegeven en bevat de conclusie dat er niet langer gronden voor een optreden van de Commissie bestaan.”

VIJF.- *De beschikking van het Hof van 27 maart 2014 (zaak C-142/13, Bright Service) en de noodzaak van het verzoek om een prejudiciële beslissing*

1. [OMISSIS]

2. Een contractuele constructie die inhoudelijk sterk lijkt op die welke hier aan de orde is, en waarbij Repsol ook partij was, heeft eerder geleid tot een uitspraak van het Hof in antwoord op een prejudiciële vraag van de Audiencia Provincial de Barcelona, die ten grondslag lag aan zaak C-142/13, Bright Service. In concreto heeft het Hof (Tiende kamer) [op] 27 maart 2014 [een] beschikking gegeven waarin het zich weliswaar uitsprak over de geldigheid van onder vigeur van verordening (EEG) nr. 1984/83 gesloten overeenkomst nadat verordening (EG) nr. 2790/1999 in werking was getreden, maar niet **[OR 10]** uitdrukkelijk over de mogelijke gevolgen van de beschikking van 12 april 2006, ondanks het feit dat Repsol had verzocht om een uitspraak ter zake. Zulks op grond van [punt] 23 van de beschikking van het Hof, dat luidt:

„Ten aanzien van het argument van Repsol dat de verwijzende rechter het Hof een vraag had moeten stellen over de uitlegging van artikel 16, lid 1, van verordening nr. 1/2003, is het voldoende eraan te herinneren dat het in het kader van de in artikel 267 VWEU neergelegde samenwerking tussen het Hof en de nationale rechterlijke instanties uitsluitend een zaak is van de nationale rechter aan wie het geschil is voorgelegd en die de verantwoordelijkheid draagt voor de te geven rechterlijke beslissing, omgelet op de bijzonderheden van het aan hem voorgelegde geval, zowel de noodzaak van een prejudiciële beslissing voor het wijzen van zijn vonnis als de relevantie van de vragen die hij aan het Hof voorlegt te beoordelen. De bevoegdheid om de aan het Hof voor te leggen vragen te formuleren, komt dus alleen aan de nationale rechter toe, en partijen kunnen de inhoud daarvan niet wijzigen (zie met name arrest Danske Svineproducenter, C-316/10, EU:C:2011:863, punt 32 en aldaar aangehaalde rechtspraak)”.

ZES.- *Noodzaak van een prejudiciële verwijzing*

1.- Aangezien er in dit geval tegen de beslissing van dit rechtscollege [OMISSIS] geen gewoon rechtsmiddel openstaat en er twijfels bestaan over de draagwijdte en de gevolgen van de artikelen 9 en 16 van verordening (EG) nr. 1/2003 van de Raad van 16 december 2002 betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag, in verband met de bevoegdheden van de nationale gerechten, is het raadzaam de vraag voor te leggen aan het Hof, zodat het kan beslissen of de beschikking van de Commissie van 12 april 2006 eraan in de weg staat een hieronder vallende overeenkomst als nietig te beschouwen

wegens in strijd met artikel 81 VEG (thans artikel 101 VWEU), wat de overeengekomen looptijd betreft.

Dit geldt temeer aangezien de Commissie zelf de gevolgen van haar beschikking lijkt te hebben geminimaliseerd waar zij in haar advies aan de Juzgado de lo Mercantil in de gewone procedure waarin de prejudiciële vraag inzake Bright Service werd voorgelegd (advies van de Commissie krachtens artikel 15, lid 1, van verordening (EG) nr. 1/2003 van 16 december 2002 betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag – Comp/B-1/03 D 2003 – van [1]8 juli 2003, uitgebracht op verzoek van de rechter a quo van 23 maart 2003), stelde dat **[OR 11]** de beschikking van 2006 „niet vooruitloopt op de beoordeling waartoe de Commissie zou kunnen hebben komen op basis van later onderzoek en aanvullende feiten. Evenmin loopt zij vooruit op de beoordeling door de nationale rechter. In wezen [...] strekken de op artikel 9 gebaseerde beschikkingen er alleen maar toe, aan de toezeggingen van de partijen om mededingingsproblemen op te lossen bindende kracht jegens de ondernemingen te verlenen en aan te geven dat er geen reden meer is voor een optreden van de Commissie, zonder dat deze zich uitspreekt over de vraag of er sprake is (geweest) van een schending van de artikelen 81 en/of 82 EG.”

2. Voorts moet in aanmerking worden genomen dat verordening (EG) nr. 2790/1999 niet van toepassing is op deze zaak, omdat Repsol een marktaandeel van meer dan 30 % heeft (of had ten tijde van de ondertekening van de overeenkomsten).

3. In deze omstandigheden achten wij het noodzakelijk het Hof te verzoeken om een prejudiciële beslissing als bedoeld in artikel 267 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie, teneinde de draagwijdte en de gevolgen vast te stellen van een beschikking van de Commissie krachtens artikel 16 van verordening (EG) nr. 1/2003, aangezien deze bepalend is voor de uitspraak op het hiervoor uiteengezette geschilpunt.

DICTUM

Op grond van het vorenstaande,

BESLIST DE KAMER het Hof krachtens artikel 267 VWEU te verzoeken om een prejudiciële beslissing over de volgende vraag inzake de uitlegging van artikel 16 van verordening (EG) nr. 1/2003 van de Raad van 16 december 2002 betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag:

1.- „Staat de beschikking van de **[OR 12]** Commissie van 12 april 2006 betreffende een procedure conform artikel 81 van het EG-Verdrag (Zaak COMP/B-1/38348 – Repsol CPP) krachtens artikel 16 („Uniforme toepassing van het communautaire mededingingsrecht”) van verordening (EG) nr. 1/2003 van de Raad van 16 december 2002 betreffende de uitvoering van de mededingingsregels

van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag, eraan in de weg dat een nationale rechter de nietigheid van onder die beschikking vallende overeenkomsten vaststelt wegens de duur van het exclusieve afnamebeding, hoewel zij wel op andere gronden kunnen worden vernietigd, zoals bijvoorbeeld een door de leverancier aan de koper (of wederverkoper) opgelegde minimumverkoopprijs voor eindverbruikers?”

2.- „Als dat het geval is, geldt dan krachtens de toezeggingsbeschikking een individuele vrijstelling ex art. 101, lid 1, VWEU voor de langlopende overeenkomsten waarop die beschikking betrekking heeft?”

[OMISSIS]