



Jurisprudentie

CONCLUSIE VAN ADVOCaat-GENERAAL

M. BOBEK

van 6 mei 2021¹

Zaak C-819/19

**Stichting Cartel Compensation,
Equilib Netherlands BV
tegen**

**Koninklijke Luchtvaart Maatschappij NV,
Martinair Holland NV,
Deutsche Lufthansa AG,
Lufthansa Cargo AG,
British Airways plc,
Société Air France SA,
Singapore Airlines Ltd,
Singapore Airlines Cargo Pte Ltd,
Swiss International Air Lines AG,
Air Canada,
Cathay Pacific Airways Ltd,
Scandinavian Airlines System Denmark-Norway-Sweden,
SAS AB,
SAS Cargo Group A/S**

[verzoek van de rechtbank Amsterdam (Nederland) om een prejudiciële beslissing]

„Prejudiciële verwijzing – Artikel 101 VWEU en artikel 53 van de EER-Overeenkomst – Uitvoeringsbepalingen van artikel 103 VWEU – Overgangsregime van de artikelen 104 en 105 VWEU – Overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen met betrekking tot meerdere prijsonderdelen voor luchtvrachtdiensten (instelling van brandstoftoeslagen en veiligheidstoeslagen, weigering tot betaling van commissie over de toeslagen) – Vordering tot schadevergoeding – Rechtstreekse werking – Bevoegdheid van de nationale rechterlijke instanties”

¹ Oorspronkelijke taal: Engels.

I. Inleiding

1. Stichting Cartel Compensation en Equilib Netherlands BV (hierna: „verzoeksters”) vorderen een verklaring voor recht en schadevergoeding van verweersters² vanwege handelen in strijd met artikel 101, lid 1, VWEU en artikel 53, lid 1, van de Overeenkomst betreffende de Europese Economische Ruimte (hierna: „EER-Overeenkomst”), omdat verweersters verschillende onderdelen van de in rekening te brengen prijs voor luchtvrachtdiensten op routes tussen luchthavens binnen en vanuit de Europese Unie en de Europese Economische Ruimte (hierna: „EER”) op elkaar hebben afgestemd.

2. Die praktijk zou hebben plaatsgevonden gedurende een periode waarin de Raad nog geen uitvoeringsbepalingen had vastgesteld voor bepaalde onderdelen van de sector luchtvervoer teneinde „ten volle toepassing” te geven aan de beginselen van artikel 101 VWEU. Om die reden betogen verweersters dat de bevoegdheid tot handhaving van artikel 101 VWEU uitsluitend berustte bij de administratieve autoriteiten van de lidstaten en de Europese Commissie op grond van het „overgangsregime” van de artikelen 104 en 105 VWEU.

3. De onderhavige zaak betreft de bevoegdheid van nationale rechterlijke instanties om artikel 101, lid 1, VWEU en artikel 53, lid 1, van de EER-Overeenkomst toe te passen op mededingingsbeperkende activiteiten die tijdens dat „overgangsregime” plaatsvonden. Die wellicht wat technische en in de tijd begrensde kwestie leidt echter op haar beurt tot een fundamentele kwestie over de (onderlinge) afhankelijkheid van publieke (administratieve) en particuliere (rechterlijke) handhaving van de mededingingsregels van de Unie.

II. Toepasselijke bepalingen

A. VWEU

4. De artikelen 101 tot en met 105 VWEU bevatten de regels betreffende de mededinging. Voor de onderhavige zaak zijn de volgende bepalingen relevant:

„Artikel 101

(oud artikel 81 VEG)

1. Onverenigbaar met de interne markt en verboden zijn alle overeenkomsten tussen ondernemingen, alle besluiten van ondernemersverenigingen en alle onderling afgestemde feitelijke gedragingen welke de handel tussen lidstaten ongunstig kunnen beïnvloeden en ertoe strekken of ten gevolge hebben dat de mededinging binnen de interne markt wordt verhinderd, beperkt of vervalst en met name die welke bestaan in:

[...]

2. De krachtens dit artikel verboden overeenkomsten of besluiten zijn van rechtswege nietig.

² Koninklijke Luchtvaart Maatschappij NV; Martinair Holland NV; Deutsche Lufthansa AG; Lufthansa Cargo AG; British Airways plc; Société Air France SA; Singapore Airlines Ltd; Singapore Airlines Cargo Pte Ltd; Swiss International Air Lines AG; Air Canada; Cathay Pacific Airways Ltd; Scandinavian Airlines System Denmark-Norway-Sweden; SAS AB, en SAS Cargo Group A/S (hierna gezamenlijk: „verweersters”).

3. De bepalingen van lid 1 van dit artikel kunnen echter buiten toepassing worden verklaard

- voor elke overeenkomst of groep van overeenkomsten tussen ondernemingen,
- voor elk besluit of groep van besluiten van ondernemersverenigingen, en
- voor elke onderling afgestemde feitelijke gedraging of groep van gedragingen

die bijdragen tot verbetering van de productie of van de verdeling der producten of tot verbetering van de technische of economische vooruitgang, mits een billijk aandeel in de daaruit voortvloeiende voordelen de gebruikers ten goede komt, en zonder nochtans aan de betrokken ondernemingen

- a) beperkingen op te leggen welke voor het bereiken van deze doelstellingen niet onmisbaar zijn,
- b) de mogelijkheid te geven, voor een wezenlijk deel van de betrokken producten de mededinging uit te schakelen.

[...]

Artikel 103

(oud artikel 83 VEG)

1. De verordeningen of richtlijnen dienstig voor de toepassing van de beginselen neergelegd in de artikelen 101 en 102 worden door de Raad, op voorstel van de Commissie en na raadpleging van het Europees Parlement, vastgesteld.

2. De in lid 1 bedoelde voorschriften hebben met name ten doel:

[...]

- b) de wijze van toepassing van artikel 101, lid 3, vast te stellen met inachtneming van de noodzaak, enerzijds een doeltreffend toezicht te verzekeren, anderzijds de administratieve controle zoveel mogelijk te vereenvoudigen;
- c) in voorkomende gevallen, de werkingssfeer van de bepalingen van de artikelen 101 en 102 voor de verschillende bedrijfstakken nader vast te stellen;

[...]

Artikel 104

(oud artikel 84 VEG)

Tot op het tijdstip van inwerkingtreding van de voorschriften, op grond van artikel 103 vastgesteld, beslissen de autoriteiten van de lidstaten over de toelaatbaarheid van mededingingsregelingen en over het misbruik maken van een machtspositie op de interne markt, in overeenstemming met hun nationale recht en de in artikel 101, met name lid 3, en in artikel 102 neergelegde bepalingen.

Artikel 105

(oud artikel 85 VEG)

1. Onverminderd het in artikel 104 bepaalde, waakt de Commissie voor de toepassing van de in de artikelen 101 en 102 neergelegde beginselen. Op verzoek van een lidstaat of ambtshalve, en in samenwerking met de bevoegde autoriteiten van de lidstaten, welke haar daarbij behulpzaam zijn, stelt zij een onderzoek in naar de gevallen van vermoedelijke inbreuk op bovengenoemde beginselen. Indien haar blijkt dat inbreuk is gepleegd, stelt zij passende middelen voor om daaraan een eind te maken.

2. Wordt aan deze inbreuken geen eind gemaakt, dan stelt de Commissie de inbreuk op de beginselen in een met redenen omkleed besluit vast. Zij kan haar besluit bekendmaken en de lidstaten machtigen de noodzakelijke tegenmaatregelen, waarvan zij de voorwaarden en de wijze van toepassing bepaalt, te treffen om de toestand te verhelpen.

3. De Commissie kan verordeningen vaststellen betreffende groepen overeenkomsten ten aanzien waarvan de Raad overeenkomstig artikel 103, lid 2, onder b), een verordening of een richtlijn heeft vastgesteld.”

B. EER-Overeenkomst

5. Het doel van de EER-Overeenkomst is „de bevordering van een gestadige en evenwichtige versterking van de handel en de economische betrekkingen tussen de overeenkomstsluitende partijen onder gelijke mededingingsvoorwaarden en met inachtneming van dezelfde voorschriften met het oog op de totstandbrenging van een homogene [EER] [...]”.³

6. Artikel 6 van de EER-Overeenkomst luidt als volgt:

„Onverminderd de toekomstige ontwikkelingen van de jurisprudentie, worden de bepalingen van deze Overeenkomst, voor zover zij in essentie gelijk zijn aan de overeenkomstige regels van het Verdrag [betreffende de werking van de Europese Unie] en het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap voor Kolen en Staal en de ter uitvoering van die Verdragen aangenomen besluiten, wat de tenuitvoerlegging en toepassing betreft, uitgelegd overeenkomstig de desbetreffende uitspraken van het Hof van Justitie van de Europese [Unie] daterende van vóór de ondertekening van deze Overeenkomst.”

7. Artikel 53 van de EER-Overeenkomst is in essentie gelijk aan artikel 101 VWEU.

8. In artikel 55 van de EER-Overeenkomst is het volgende bepaald:

„1. Onverminderd de bepalingen die uitvoering geven aan de artikelen 53 en 54, zoals die in Protocol 21 en bijlage XIV van deze Overeenkomst zijn vervat, waken de Commissie van de EG en de in artikel 108, lid 1, bedoelde Toezichthoudende Autoriteit van de EVA over de toepassing van de in de artikelen 53 en 54 neergelegde beginselen.

De in artikel 56 bedoelde bevoegde toezichthoudende autoriteit stelt, eigener beweging of op verzoek van een staat binnen het onderscheiden rechtsgebied of van het andere toezichthoudende

³ Overeenkomst betreffende de Europese Economische Ruimte (PB 1994, L 1, blz. 3), artikel 1, lid 1.

orgaan, een onderzoek in naar de gevallen van vermoedelijke inbreuk op deze beginselen. De bevoegde toezichthoudende autoriteit verricht het onderzoek in samenwerking met de bevoegde nationale autoriteiten binnen het onderscheiden rechtsgebied en met het andere toezichthoudende orgaan dat haar overeenkomstig zijn interne regels behulpzaam is.

Indien haar blijkt dat inbreuk is gepleegd, stelt zij passende middelen voor om daaraan een eind te maken.

2. Wordt aan deze inbreuken geen eind gemaakt, dan stelt de bevoegde toezichthoudende autoriteit de inbreuk op de beginselen in een met redenen omklede beschikking vast.

De bevoegde toezichthoudende autoriteit kan haar beschikking bekendmaken en de staten binnen het onderscheiden rechtsgebied machtigen de noodzakelijke tegenmaatregelen, waarvan zij de voorwaarden en de wijze van toepassing bepaalt, te treffen om de toestand te verhelpen. Zij kan de andere toezichthoudende autoriteit eveneens verzoeken om de staten binnen het onderscheiden rechtsgebied te machtigen tot het treffen van dergelijke maatregelen.”

III. Feiten, nationale procedure en prejudiciële vraag

9. Op 9 november 2010 heeft de Europese Commissie besluit C(2010) 7694 definitief inzake een procedure op grond van artikel 101 [VWEU], artikel 53 van de EER-Overeenkomst en artikel 8 van de Overeenkomst tussen de Europese Gemeenschap en de Zwitserse Bondsstaat inzake luchtvervoer⁴ (zaak COMP/39258 – Luchtvracht) (hierna: „besluit van 2010”) vastgesteld.⁵

10. In de artikelen 1 tot en met 4 van het besluit van 2010 is geconstateerd dat een aantal vervoerders betrokken was bij de afstemming van verschillende onderdelen van de in rekening te brengen prijs voor luchtvrachtdiensten op routes tussen luchthavens binnen de Europese Unie en/of de EER, tussen luchthavens binnen de Unie en/of de EER en derde landen, en tussen luchthavens binnen de Unie en Zwitserland, in strijd met artikel 101 VWEU, artikel 53 van de EER-Overeenkomst en artikel 8 van de Zwitserse overeenkomst, gedurende verschillende perioden (hierna: „betreffende gedraging”). Volgens het besluit van 2010 duurde die inbreuk in totaal van december 1999 tot en met februari 2006.

11. Bij arresten van 16 december 2015 heeft het Gerecht van de Europese Unie het besluit van 2010 gedeeltelijk nietig verklaard ten aanzien van de verzoekende partijen in de bij het Gerecht aanhangige zaken.⁶ In hoofdlijnen was het Gerecht van oordeel dat er in het besluit van 2010 sprake was van tegenstrijdigheden tussen de motivering en het dispositief ervan.⁷

⁴ Hierna: „Zwitserse overeenkomst”.

⁵ Zaak C.39258 – Luchtvracht (PB 2014, C 371, blz. 11).

⁶ Arresten van 16 december 2015, Air Canada/Commissie (T-9/11, niet gepubliceerd, EU:T:2015:994); 16 december 2015, Koninklijke Luchtvaart Maatschappij/Commissie (T-28/11, niet gepubliceerd, EU:T:2015:995); 16 december 2015, Japan Airlines/Commissie (T-36/11, niet gepubliceerd, EU:T:2015:992); 16 december 2015, Cathay Pacific Airways/Commissie (T-38/11, niet gepubliceerd, EU:T:2015:985); 16 december 2015, Cargolux Airlines/Commissie (T-39/11, niet gepubliceerd, EU:T:2015:991); 16 december 2015, Latam Airlines Group en Lan Cargo/Commissie (T-40/11, niet gepubliceerd, EU:T:2015:986); 16 december 2015, Singapore Airlines en Singapore Airlines Cargo/Commissie (T-43/11, niet gepubliceerd, EU:T:2015:989); 16 december 2015, Deutsche Lufthansa e.a./Commissie (T-46/11, niet gepubliceerd, EU:T:2015:987); 16 december 2015, British Airways/Commissie (T-48/11, niet gepubliceerd, EU:T:2015:988); 16 december 2015, SAS Cargo Group e.a./Commissie (T-56/11, niet gepubliceerd, EU:T:2015:990); 16 december 2015, Air France-KLM/Commissie (T-62/11, niet gepubliceerd, EU:T:2015:996); 16 december 2015, Air France/Commissie (T-63/11, niet gepubliceerd, EU:T:2015:993), en 16 december 2015, Martinair Holland/Commissie (T-67/11, EU:T:2015:984).

⁷ Zie bijvoorbeeld arrest van 16 december 2015, Air Canada/Commissie (T-9/11, niet gepubliceerd, EU:T:2015:994, punt 60).

12. Op 17 maart 2017 heeft de Commissie besluit C(2017) 1742 final betreffende een procedure op grond van artikel 101 VWEU, artikel 53 van de EER-Overeenkomst en artikel 8 van de Zwitserse overeenkomst (zaak AT.39258 – Luchtvracht) (hierna: „besluit van 2017”) vastgesteld.⁸ In het besluit van 2017 is het besluit van 2010 inhoudelijk gehandhaafd. Ook de totale duur van de inbreuk van december 1999 tot en met februari 2006 is daarin bevestigd.

13. Volgens de samenvatting van het besluit van 2017 was de Commissie van oordeel dat een aantal vervoerders betrokken was bij een kartel inzake de betreffende gedraging. Met die gedraging is inbreuk gemaakt op artikel 101 VWEU, artikel 53 van de EER-Overeenkomst en artikel 8 van de Zwitserse overeenkomst. Zij had betrekking op i) routes tussen luchthavens binnen de Europese Unie (hierna: „routes binnen de Unie”); ii) routes tussen luchthavens binnen de Unie en luchthavens buiten de EER (hierna: „routes tussen de Unie en derde landen”); iii) routes tussen luchthavens binnen de EER (hierna: „routes binnen de EER”); iv) routes tussen luchthavens in landen die partij zijn bij de EER-Overeenkomst, maar geen lidstaten van de Unie zijn, en luchthavens in derde landen (hierna: „routes tussen niet-EU/EER-landen en derde landen”), en v) routes tussen luchthavens in de Unie en Zwitserland (hierna: „routes tussen de Unie en Zwitserland”).

14. In de samenvatting van het besluit van 2017 worden de inbreuk en de oplegging van geldboeten voor verschillende perioden ten aanzien van verschillende routes als volgt gespecificeerd:

- Ten aanzien van routes binnen de Unie was de Commissie bevoegd tot het constateren van een inbreuk en het opleggen van geldboeten voor gedragingen betreffende luchtvervoer tussen luchthavens in de Unie vóór 1 mei 2004. De reden hiervoor is dat de Commissie vóór 1 mei 2004 haar bevoegdheid om uitvoering te geven aan artikel 101 VWEU ter zake van het luchtvervoer tussen uitsluitend luchthavens binnen de Unie ontleende aan verordening (EEG) nr. 3975/87⁹. Het luchtvervoer tussen luchthavens binnen de Unie en luchthavens in derde landen was echter uitgesloten van het toepassingsgebied van die verordening.
- Ten aanzien van routes tussen de Unie en derde landen was de bevoegdheid van de Commissie om dezelfde redenen beperkt tot gedragingen die plaatsvonden *na* 1 mei 2004.
- Ten aanzien van routes binnen de EER was de Commissie bevoegd tot het constateren van een inbreuk en het opleggen van geldboeten voor de gehele periode van 1999 tot en met 2006.
- Ten aanzien van routes tussen niet-EU/EER-landen en derde landen zijn besluit nr. 130/2004¹⁰ en besluit nr. 40/2005¹¹ op 19 mei 2005 in werking getreden. Vanaf die datum waren

⁸ Het besluit van 2017 werd niet openbaar gemaakt. Een samenvatting van de bevindingen is evenwel beschikbaar. Zie samenvatting van het besluit van de Commissie van 17 maart 2017 betreffende een procedure op grond van artikel 101 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie, artikel 53 van de EER-Overeenkomst en artikel 8 van de Overeenkomst tussen de Europese Gemeenschap en de Zwitserse Bondsstaat inzake luchtvervoer (PB 2017, C 188, blz. 14) (hierna: „samenvatting van het besluit van 2017”).

⁹ Verordening van de Raad van 14 december 1987 tot vaststelling van de wijze van toepassing van de mededingingsregels op ondernemingen in de sector luchtvervoer (PB 1987, L 374, blz. 1).

¹⁰ Besluit van het Gemengd Comité van de EER van 24 september 2004 tot wijziging van bijlage XIV (Mededinging), Protocol 21 (betreffende de tenuitvoerlegging van mededingingsregels ten aanzien van ondernemingen) en Protocol 23 (betreffende de samenwerking tussen de toezichthoudende autoriteiten) bij de EER-Overeenkomst (PB 2005, L 64, blz. 57).

¹¹ Besluit van het Gemengd Comité van de EER van 11 maart 2005 tot wijziging van bijlage XIII (Vervoer) en Protocol nr. 21 (betreffende de tenuitvoerlegging van mededingingsregels ten aanzien van ondernemingen) bij de EER-Overeenkomst (PB 2005, L 198, blz. 38).

verordening (EG) nr. 411/2004¹² en verordening (EG) nr. 1/2003¹³ van toepassing in het kader van de EER-Overeenkomst. Derhalve heeft de Commissie geen inbreuk geconstateerd of geldboeten opgelegd voor gedragingen betreffende routes tussen EER-landen die geen lidstaten van de Unie waren, en derde landen vóór 19 mei 2005.

15. Ook tegen het besluit van 2017 is beroep ingesteld bij het Gerecht.¹⁴ Die zaken zijn nog aanhangig.

16. Tegelijkertijd hebben verzoeksters bij de rechtbank Amsterdam civiele procedures tegen verweersters ingesteld. Deze rechterlijke instantie licht toe dat verzoeksters speciaal waren opgericht om de aan hen gecedeerde schadevergoedingsvorderingen, die zijn ontstaan door de door de Commissie vastgestelde mededingingsrechtelijke inbreuken, in rechte te verhalen.

17. Verzoeksters vorderen een verklaring voor recht en schadevergoeding. Ten eerste eisen zij dat wordt vastgesteld dat verweersters onrechtmatig hebben gehandeld in de periode van 1999 tot en met 2006. Dat wil zeggen ook vóór i) 1 mei 2004 (met betrekking tot routes tussen de Unie en derde landen); ii) 19 mei 2005 (met betrekking tot routes tussen niet-EU/EER-landen en derde landen), en iii) 1 juni 2002 met betrekking tot routes tussen de Unie en Zwitserland (hierna: „litigieuze perioden”). Ten tweede verzoeken zij dat de verwijzende rechter verweersters hoofdelijk veroordeelt tot betaling van schadevergoeding met rente vanwege de betreffende mededingingsverstoringe gedraging.

18. Volgens de verwijzende rechter beroepen verzoeksters zich in hun verzoeken op de rechtstreekse werking van artikel 101 VWEU voor de vaststelling van de bevoegdheid van de nationale rechterlijke instantie voor de litigieuze perioden, los van de administratieve handhaving van het mededingingsrecht.

19. In zijn verwijzingsbeslissing is de verwijzende rechter van oordeel dat hij bevoegd is om artikel 101 VWEU toe te passen op de betreffende gedraging voor de litigieuze perioden. De verwijzende rechter merkt echter nadrukkelijk op dat dit standpunt afwijkt van de uitspraak van de High Court of Justice (England & Wales), Chancery Division, in de zaak *Emerald Supplies Ltd/British Airways Plc*¹⁵, zoals bekrachtigd door de Court of Appeal (England & Wales), Civil Division, in de zaak *La Gaitana Farms SA & Ors/British Airways Plc*.¹⁶

¹² Verordening van de Raad van 26 februari 2004 houdende intrekking van verordening (EEG) nr. 3975/87 en houdende wijziging van verordening (EEG) nr. 3976/87 en verordening (EG) nr. 1/2003 wat betreft het luchtvervoer tussen de Gemeenschap en derde landen (PB 2004, L 68, blz. 1).

¹³ Verordening van de Raad van 16 december 2002 betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag (PB 2003, L 1, blz. 1).

¹⁴ Zaken *Air Canada/Commissie* (T-326/17), *Koninklijke Luchtvaart Maatschappij/Commissie* (T-325/17), *Japan Airlines/Commissie* (T-340/17), *Cathay Pacific Airways/Commissie* (T-343/17), *Cargolux Airlines/Commissie* (T-334/17), *Latam Airlines Group en Lan Cargo/Commissie* (T-344/17), *Singapore Airlines en Singapore Airlines Cargo PTE/Commissie* (T-350/17), *Deutsche Lufthansa e.a./Commissie* (T-342/17), *British Airways/Commissie* (T-341/17), *SAS Cargo Group e.a./Commissie* (T-324/17), *Air France – KLM/Commissie* (T-337/17), *Air France/Commissie* (T-338/17), en *Martinair Holland/Commissie* (T-323/17).

¹⁵ Arrest van 4 oktober 2017, [2017] EWHC 2420 (Ch).

¹⁶ Arrest van 29 januari 2019, [2019] EWCA Civ 37.

20. Aangezien de rechtbank Amsterdam twijfels had over haar bevoegdheid om artikel 101, lid 1, VWEU en artikel 53, lid 1, van de EER-Overeenkomst toe te passen met betrekking tot de litigieuze perioden, heeft zij de behandeling van de zaak geschorst en het Hof verzocht om een prejudiciële beslissing over de volgende vraag:

„Is de nationale rechter in een geschil tussen benadeelde partijen (in dit geval de shippers, afnemers van luchtvrachtdiensten) en luchtvaartmaatschappijen bevoegd – hetzij vanwege de rechtstreekse werking van artikel 101 VWEU, althans artikel 53 [van de] EER-Overeenkomst, hetzij op grond van (de onmiddellijke werking van) artikel 6 van verordening 1/2003 – om artikel 101 VWEU, althans artikel 53 [van de] EER-Overeenkomst in volle omvang toe te passen met betrekking tot afspraken/onderling feitelijk afgestemde gedragingen van de luchtvaartmaatschappijen ten aanzien van vrachtdiensten op vluchten die zijn uitgevoerd vóór 1 mei 2004 op routes tussen luchthavens binnen de [Unie] en luchthavens buiten de EER, respectievelijk vóór 19 mei 2005 op routes tussen IJsland, Liechtenstein, Noorwegen en luchthavens buiten de EER, respectievelijk op vluchten die zijn uitgevoerd vóór 1 juni 2002 tussen luchthavens binnen de [Unie] en Zwitserland, ook voor de periode dat het overgangsregime van de artikelen 104 en 105 VWEU gold, of staat het overgangsregime daaraan in de weg?”

21. Verzoeksters, verweersters, de Noorse regering, de Toezichthoudende Autoriteit van de EVA en de Commissie hebben schriftelijke opmerkingen ingediend. Met uitzondering van de Noorse regering hebben deze partijen ook pleidooi gehouden ter terechtzitting van 21 januari 2021.

IV. Analyse

22. Deze conclusie is als volgt opgebouwd. Eerst zal ik de juridische context van deze zaak behandelen (A). Daarna zal ik mij buigen over de toepassing van artikel 101, lid 1, VWEU door de verwijzende rechter (B). Vervolgens zal ik ingaan op de overeenkomstige bepalingen van de EER-Overeenkomst (C). Tot slot zal ik deze conclusie afronden met algemenere opmerkingen over de rechterlijke handhaving van de mededingingsregels (D).

A. VWEU-kader en „overgangsregime”

23. Gelet op het belang van het VWEU-kader inzake de mededingingsregels voor de onderhavige zaak, is het mijns inziens noodzakelijk eerst de verschillende onderdelen van artikel 101 VWEU in deze conclusie uiteen te zetten en het zogenaamde „overgangskarakter” van het handavingsregime dat is neergelegd in de artikelen 104 en 105 VWEU nauwkeurig te analyseren (1). Daarna zal ik de argumenten van partijen kort weergeven en deze in de context van de prejudiciële vraag van de verwijzende rechter plaatsen (2).

1. „Overgangskarakter” in welk opzicht?

24. Artikel 101 VWEU is eenvoudig opgebouwd. Volgens lid 1 van dit artikel zijn *alle* overeenkomsten verboden die ertoe strekken of ten gevolge hebben dat de mededinging wordt beperkt. In lid 2 wordt het gevolg van dat verbod toegelicht: *alle* overeenkomsten die onder lid 1 vallen, zijn van rechtswege nietig. In lid 3 wordt vervolgens een uitzondering op het verbod van lid 1 toegestaan: „[de bepalingen van] lid 1 van dit artikel kunnen [in bepaalde gevallen] buiten toepassing worden verklaard”.

25. Artikel 101 VWEU is een in wezen volledige en op zichzelf staande bepaling. Het is in algemene bewoordingen geformuleerd. Het verwijst niet naar uitvoeringsmaatregelen en niets in artikel 101 VWEU wijst op een beperkte werkingssfeer of toepassing ervan. Wat voor deze zaak het belangrijkste is, is dat artikel 101 VWEU in institutioneel opzicht „blind” is. Door dit artikel wordt geen enkele (soort) instelling bevoorrecht boven een andere. In dit verband staan de bewoordingen van die bepaling in contrast met die van artikel 65, lid 4, van het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap voor Kolen en Staal. In laatstgenoemd artikel was bepaald dat „alleen de Hoge Autoriteit [...] de bevoegdheid [heeft]” om te bepalen of een verboden overeenkomst al of niet verenigbaar was met die bepaling.

26. Op basis van alleen de tekst van artikel 101 VWEU kan dus moeilijk worden aangevoerd dat dit artikel anders dient te worden toegepast dan *elke andere* Verdragsbepaling die verwijst naar een instelling die het Unierecht toepast, ongeacht of dat een instelling van de lidstaten of van de Europese Unie is.

27. Slechts door de artikelen 103 tot en met 105 VWEU worden elementen van differentiatie en „overgang” ingevoerd in de toepassing van artikel 101 VWEU.

28. Zo wordt in artikel 103, lid 1, VWEU uiteengezet dat de Raad bevoegd is om „[d]e verordeningen of richtlijnen dienstig voor de toepassing van de beginselen neergelegd in” artikel 101 VWEU vast te stellen. In artikel 103, lid 2, VWEU wordt een niet-uitputtende opsomming gegeven van de wijze waarop die bevoegdheid kan worden uitgeoefend. In de onderhavige zaak is het bepaalde onder b) en c) het belangrijkste. Het gaat respectievelijk om „de wijze van toepassing van artikel 101, lid 3, [...] met inachtneming van de noodzaak, enerzijds een doeltreffend toezicht te verzekeren, anderzijds de administratieve controle [...] te vereenvoudigen” en de vaststelling van „de werkingssfeer van de bepalingen van [artikel 101 VWEU] voor de verschillende bedrijfstakken”. Met andere woorden, op grond van artikel 103 VWEU berust de verantwoordelijkheid voor de vaststelling van de werkingssfeer van en het administratieve toezicht op artikel 101 VWEU bij de Raad.

29. Wat gebeurt evenwel totdat de Raad besluit om zijn bevoegdheden als bedoeld in artikel 103 VWEU uit te oefenen?

30. Juist hier zijn de artikelen 104 en 105 VWEU relevant. In die bepalingen wordt het „overgangsregime” vastgesteld. Op grond van dat regime waren de (administratieve) autoriteiten van de lidstaten belast met de toepassing van de (thans) in artikel 101 VWEU neergelegde beginselen. Daaronder viel ook de verlening van ontheffingen krachtens artikel 101, lid 3, VWEU. Gedurende de periode waarin dat systeem van toepassing was, speelde de Commissie slechts een ondergeschikte rol bij de handhaving van de mededingingsregels en zulks alleen „onverminderd” de taken van de nationale autoriteiten van de lidstaten.

31. Gelet op dat constitutionele kader is het begrip „overgangsregime” eigenlijk niet de correcte term. Het is juist dat artikel 87 van het Verdrag tot oprichting van de Europese Economische Gemeenschap (hierna: „EEG-Verdrag”) in de *oorspronkelijke* versie ervan bepaalde dat de Raad zijn bevoegdheden op grond van (het huidige) artikel 103 VWEU *binnen een termijn van drie jaar* moest uitoefenen. Die termijn is verstreken zonder dat de Raad die bevoegdheden heeft uitgeoefend. Niettemin is in het Verdrag van Amsterdam de (op dat moment achterhaalde) verwijzing naar de termijn van drie jaar voor tenuitvoerlegging vervangen door een algemene verplichting voor de Raad om de verordeningen en richtlijnen dienstig voor de „toepassing” van

(het huidige) artikel 101 VWEU vast te stellen.¹⁷ Op die manier werd de jure bevestigd wat de facto al enige tijd het geval was: het vermeende „overgangskarakter” van het „overgangsregime” van (de huidige) artikelen 104 en 105 VWEU is verdwenen.

32. In dit licht bezien bood artikel 104 VWEU de facto een *standaardregel* voor de wijze waarop dient te worden omgegaan met de toelaatbaarheid van mededingingsregelingen die onder artikel 101 VWEU vallen. Overeenkomstig die bepaling zijn de autoriteiten van de lidstaten bevoegd om gedurende onbepaalde tijd de naleving van de mededingingsregels van het Verdrag te waarborgen *totdat* de Raad actie onderneemt door een andere administratieve regeling in te voeren voor de handhaving van de mededingingsregels van het Verdrag.

33. Met andere woorden: hoewel het „overgangsregime” oorspronkelijk voor een beperkte periode was ingesteld, had het na verloop van tijd steeds minder een „overgangskarakter”, aangezien er geen sprake was van een „overgang” van een situatie naar een andere in de gebruikelijke betekenis van het woord. Dat regime was daarentegen eerder „potentieel modulair” met betrekking tot de specifieke elementen van decentralisatie (en herverdeling) van de bevoegdheid tot handhaving van bepaalde onderdelen van artikel 101 VWEU. Dit laatste punt wordt bevestigd door de ontwikkeling van het gehele stelsel, dat in de loop der jaren heen en weer bleef bewegen: van volledige decentralisatie naar centralisatie van bepaalde elementen en vervolgens weer terug naar een gedeeltelijke decentralisatie, waarbij de bevoegdheidsregels van artikel 103, lid 2, VWEU zich tekstueel probleemloos aanpasten aan die veranderingen.

2. Rol van de nationale rechterlijke instanties binnen het „overgangsregime”

34. In de artikelen 103 tot en met 105 VWEU is niets bepaald over de rol van de nationale rechterlijke instanties bij de toepassing van artikel 101 VWEU, noch in het kader van het „overgangsregime” noch elders. Daarover gaat het in de onderhavige zaak. De verwijzende rechter vraagt immers of het in artikel 101, lid 1, VWEU neergelegde verbod kan worden toegepast door de nationale rechterlijke instanties in het land waar de betreffende mededingingsbeperkende activiteiten hoofdzakelijk hebben plaatsgevonden gedurende de periode waarin het „overgangsregime” gold.

35. Op het eerste gezicht lijkt die discussie te gaan over een tijdperk dat is afgesloten. Alle partijen bij deze zaak zijn het erover eens dat verordening nr. 1/2003 aan de nationale rechterlijke instanties de bevoegdheid heeft gegeven om artikel 101 VWEU in volle omvang toe te passen of althans het bestaan ervan heeft bekrachtigd. De oplossing van de door de rechtbank Amsterdam opgeworpen kwestie zal echter in de praktijk van invloed zijn op de waarborging in ruimere zin van particuliere rechten die erop gericht is een vergoeding te verkrijgen van schade die is veroorzaakt door een gedraging die de mededinging kan beperken of vervalsen – ongeacht wanneer die gedraging heeft plaatsgevonden en ongeacht welke administratieve autoriteit die gedraging heeft onderzocht.

36. Verzoeksters in het hoofdgeding proberen particuliere rechten op die manier te doen gelden. In haar besluit van 2017 heeft de Commissie immers geconstateerd dat er bewijzen waren van voortdurende prijscoördinatiepraktijken van 1999 tot en met 2006 in de luchtvrachtsector. Vanwege het door de Raad krachtens artikel 103 VWEU ingevoerde systeem van afgeleide wetgeving, heeft de Commissie haar bevindingen dat er sprake was van een inbreuk op

¹⁷ Artikel 6, punt 46, van het Verdrag van Amsterdam houdende wijziging van het Verdrag betreffende de Europese Unie, de Verdragen tot oprichting van de Europese Gemeenschappen en sommige bijbehorende akten (PB 1997, C 340, blz. 1).

artikel 101, lid 1, VWEU en artikel 53, lid 1, van de EER-Overeenkomst beperkt tot respectievelijk routes tussen de Unie en derde landen vanaf 1 mei 2004 en routes tussen niet-EU/EER-landen en derde landen vanaf 19 mei 2005. Indien de bezwaren van verweersters tegen de bevoegdheid van de nationale rechter gegrond worden verklaard, zou de periode vóór die data dus de facto worden uitgesloten van de reikwijdte van particuliere schadevorderingen wegens mededingingsverstorende gedragingen krachtens artikel 101, lid 1, VWEU.

37. In belangrijke mate is de onderliggende algemene vraag in deze zaak derhalve of de toepassing van artikel 101, lid 1, VWEU door de nationale rechterlijke instanties kan worden afgebakend of zelfs volledig uitgesloten door afgeleide wetgeving waarbij de administratieve handhaving van de mededingingsregels van de Unie wordt beperkt.

38. In het betoog van de belanghebbende partijen ligt het antwoord op die vraag verstopt onder vele lagen rechtspraak en afgeleide wetgeving. Verzoeksters, de Toezichthoudende Autoriteit van de EVA en de Noorse regering stellen in wezen dat het „overgangsregime” de handhaving van de beginselen van artikel 101, lid 1, VWEU slechts via de „administratieve route” beperkte. Dat vormde echter geen beperking voor de rechtstreekse werking van artikel 101, lid 1, VWEU en artikel 53, lid 1, van de EER-Overeenkomst wanneer die bepalingen werden ingeroepen voor de nationale rechterlijke instanties, dat wil zeggen in de onafhankelijke „gerechtelijke route”.

39. Verweersters, die voor het overgrote deel door de Commissie worden gesteund, betwisten dat. Volgens hen waren de nationale rechterlijke instanties om twee redenen niet bevoegd om artikel 101, lid 1, VWEU toe te passen. Ten eerste heeft de Raad op grond van artikel 103 VWEU de materiële werkingssfeer van artikel 101 VWEU beperkt. Derhalve waren de „beginselen” van die bepaling niet volledig van toepassing op de sector luchtvervoer vóór de datum waarop verordening nr. 1/2003 van toepassing werd. Ten tweede kon volgens het „overgangsregime” alleen een nationale mededingingsautoriteit, en in enkele gevallen de Commissie, een standpunt innemen over de verenigbaarheid van een mededingingsverstorende overeenkomst met artikel 101 VWEU. Gelet op die beperkingen van artikel 101, lid 1, VWEU vereist het homogeniteitsbeginsel dat de rechtstreekse werking van artikel 53, lid 1, van de EER-Overeenkomst op dezelfde wijze wordt beperkt.

40. Naar mijn mening valt de juiste reactie op dat standpunt rechtstreeks af te leiden uit artikel 101 VWEU, artikel 53 van de EER-Overeenkomst en de mededingingsregels in ruime zin. Om die reden zal ik nu die kwestie behandelen.

B. Toepassing van artikel 101, lid 1, VWEU door de verwijzende rechter in de onderhavige zaak

41. Grosso modo moeten drie punten worden besproken met betrekking tot de toepassing van artikel 101, lid 1, VWEU door de nationale rechterlijke instanties. Ten eerste de eventuele beperkende effecten van het in de artikelen 104 en 105 VWEU neergelegde „overgangsregime” op artikel 101 VWEU wat de standaardbevoegdheden van de nationale rechterlijke instanties betreft (1). Ten tweede de mate waarin een partij zich beroept op de rechtstreekse werking van beginselen die thans zijn neergelegd in artikel 101, lid 1, VWEU teneinde haar rechten voor de nationale rechterlijke instanties te doen gelden (2). Ten derde de materiële werkingssfeer van artikel 101, lid 1, VWEU in de onderhavige zaak, met name op het gebied van luchtvervoer (3). Ik zal deze punten achtereenvolgens behandelen.

1. *Effect van het „overgangsregime” op artikel 101 VWEU*

42. In hun opmerkingen betogen verweersters in wezen dat het „overgangsregime” van de artikelen 104 en 105 VWEU de nationale rechterlijke instanties hun bevoegdheid ontnemt om artikel 101 VWEU toe te passen. In antwoord op een vraag van het Hof heeft de Commissie hetzelfde standpunt ingenomen. Volgens haar kunnen de artikelen 104 en 105 VWEU tot gevolg hebben dat op de „pauzeknop” wordt gedrukt wat de bevoegdheid van de nationale rechterlijke macht betreft om artikel 101 VWEU toe te passen in bepaalde omstandigheden.

43. Ik deel dat standpunt niet.

44. In de tekst van de artikelen 104 en 105 VWEU zie ik niets wat lijkt op een „pauzeknop” wat de bevoegdheid van de nationale rechterlijke instanties betreft. Sterker nog, geen van beide bepalingen beperkt de toepassing van artikel 101 VWEU ten aanzien van nationale rechterlijke instanties. In de artikelen 104 en 105 VWEU wordt louter bepaald hoe de administratieve handhaving van artikel 101 VWEU moet plaatsvinden tot het moment waarop de Raad besluit actie te ondernemen op grond van artikel 103 VWEU. Die actie ziet evenwel niet op de *rechterlijke* toepassing van artikel 101 VWEU door nationale rechterlijke instanties.

45. Om concreet te zijn: de rechterlijke toepassing van artikel 101, lid 1, VWEU is mijns inziens uiteraard *niet beperkt tot de rechterlijke toetsing* van administratieve besluiten waarbij de mededingingsregels van de Unie eerder zijn toegepast en gehandhaafd. De toetsing van een administratief besluit houdende toepassing van artikel 101, lid 1, VWEU is zeker een van de manieren waarop nationale rechterlijke instanties kan worden verzocht om die bepaling toe te passen. Er zijn evenwel andere rechtsgebieden of verhaalsmogelijkheden waarbinnen nationale rechterlijke instanties, op grond van het Unierecht of het nationale recht, eventueel kunnen worden verzocht om diezelfde bepaling toe te passen: denk bijvoorbeeld aan andere vormen van bestuursrechtelijke toetsing, civielrechtelijke vorderingen of zelfs strafvervolgning.

46. Ik vind het van belang om dit element vooraf te benadrukken. Er lijkt namelijk een duidelijk reductionistische tendens te zijn in het betoog van verweersters en de Commissie ter zake. Volgens hen houdt de „toepassing” van artikel 101 VWEU in wezen de „handhaving” van die bepaling in, hetgeen dan weer verband houdt met „het onderzoek en de oplegging van administratieve sancties”. Die taak is uitsluitend toegekend aan de Commissie of aan nationale administratieve autoriteiten. Volgens die logica zou impliciet aan de nationale rechterlijke instanties slechts bevoegdheid worden toegekend op grond van het „overgangsregime” indien hun wordt verzocht om een rechterlijke toetsing van de administratieve handhaving die is verricht door de nationale administratieve autoriteit.

47. Ik ben het daar niet mee eens. Indien een nationale rechterlijke instantie werd verzocht om binnen haar bevoegdheid en binnen een bestaande procedure artikel 101, lid 1, VWEU toe te passen voordat de Raad afgeleide wetgeving had vastgesteld voor de „toepassing” van de beginselen van artikel 101 VWEU, dan had die nationale rechterlijke instantie *uiteraard* volle werking moeten geven aan die bepaling.¹⁸

48. Dat is illustratief voor een kenmerk dat artikel 101 VWEU gemeen heeft met een aantal andere Verdragsbepalingen, zoals de artikelen 45 en 46 VWEU (vrij verkeer van werknemers), artikel 49 en artikel 50, lid 2, VWEU (vrijheid van vestiging) en artikel 157 VWEU (beginsel van

¹⁸ Conform het arrest van 16 december 1976, Rewe-Zentralfinanz en Rewe-Zentral (33/76, EU:C:1976:188, punt 5).

gelijke beloning voor gelijke arbeid). In al die gevallen, alsmede in andere gevallen, wordt in de betreffende Verdragsbepaling eerst het beginsel uiteengezet en vervolgens de bevoegde instelling(en) van de Unie aangewezen die dat beginsel „nader invulling [zal/zullen] geven” door aanvullende, specifieke regels vast te stellen die soms zelfs precies aangeven wat die „uitvoeringsbepalingen” moeten omvatten. Reeds tientallen jaren bestaat de aanpak van het Hof echter erin dat, ook als de vereiste „uitvoeringsbepalingen” nog niet zijn vastgesteld, het in de Verdragsbepaling neergelegde „grondbeginsel”, indien het rechtstreekse werking heeft, zelfstandig moet worden toegepast door alle bevoegde nationale autoriteiten, met inbegrip van met name de nationale rechterlijke instanties wanneer hun wordt verzocht om die bepalingen toe te passen in de bij hen aanhangige zaken.

49. In dit verband zijn artikel 157 VWEU en het beginsel van gelijke beloning voor gelijke arbeid wellicht illustratief: zelfs voordat de Uniewetgever afgeleide wetgeving voor dat doel had vastgesteld, was het duidelijk dat de nationale rechterlijke instanties verantwoordelijk waren voor het waarborgen van de volle werking ervan en dat beginsel moesten toepassen in de bij hen aanhangige (civiele) zaken los van enige „administratieve handhaving”.¹⁹ Die conclusie mag geen verrassing zijn: volgens vaste rechtspraak van het Hof belet het ontbreken van uitvoeringsbepalingen, ongeacht de vorm, niet dat een persoon zich beroept op Unierechtelijke bepalingen die rechtstreekse werking hebben.²⁰

50. Wanneer het Verdrag uit structureel oogpunt wordt bekeken, heeft de mogelijkheid voor de nationale rechterlijke instanties om (het huidige) artikel 101 VWEU toe te passen derhalve bestaan vanaf de inwerkingtreding van het EEG-Verdrag. Voorts sorteerden de leden 1 en 2 van (het huidige) artikel 101 VWEU ten volle effect zelfs voordat de Raad optrad op grond van zijn „machtiging” overeenkomstig artikel 103, lid 1, VWEU.²¹

51. Tegen die achtergrond moet niettemin worden onderzocht in hoeverre artikel 101, lid 1, VWEU *rechtstreekse werking* had voordat de Raad „de wijze van toepassing van artikel 101, lid 3, VWEU” vaststelde.

2. *Rechtstreekse werking van artikel 101, lid 1, VWEU*

52. In antwoord op een vraag van het Hof hebben verweersters en de Commissie zich op het standpunt gesteld dat artikel 101, lid 1, VWEU geen rechtstreekse werking had voordat de Raad op grond van artikel 103, lid 2, onder b), VWEU is opgetreden. Een andere vaststelling is niet mogelijk, aangezien het Hof reeds in 1962 artikel 101 VWEU in die zin heeft uitgelegd dat het een „onsplitsbaar geheel” vormde.²² Voorts blijkt uit het arrest van het Hof in de zaak *Courage*²³ dat voorafgaand optreden van de Raad noodzakelijk was, aangezien in die zaak in feite is erkend dat er slechts sprake was van rechtstreekse werking *nadat* de Raad uitvoeringsmaatregelen ten aanzien van artikel 101 VWEU had vastgesteld. Derhalve kon die bepaling op zichzelf geen rechtstreekse werking hebben.

¹⁹ Zie reeds arrest van 8 april 1976, *Defrenne* (43/75, EU:C:1976:56, punten 12, 24 en 39).

²⁰ Zie bijvoorbeeld arresten van 9 maart 1978, *Simmenthal* (106/77, EU:C:1978:49, punten 19 en 20); 17 september 2002, *Baumbast en R* (C-413/99, EU:C:2002:493, punt 80), en 4 februari 2016, *Ince* (C-336/14, EU:C:2016:72, punt 59).

²¹ Zoals ook hieronder in de punten 58 en 70-78 van deze conclusie wordt toegelicht, heeft de Raad dat effect nooit beperkt.

²² Arrest van 6 april 1962, *de Geus* (13/61, EU:C:1962:11, blz. 107).

²³ Arrest van 20 september 2001, *Courage en Crehan* (C-453/99, EU:C:2001:465) (hierna: „arrest *Courage*” of „zaak *Courage*”).

53. Verzoeksters daarentegen betwisten dat standpunt en baseren zich hoofdzakelijk op het arrest SABAM²⁴ voor hun betoog dat voor de rechtstreekse werking van artikel 101, lid 1, VWEU geen voorafgaande uitvoeringsmaatregelen vereist zijn.

54. Ik ben het met verzoeksters eens. Naar mijn mening spannen verweersters en de Commissie met hun standpunt figuurlijk „het paard achter de wagen”.

55. Volgens vaste rechtspraak dient rechtstreekse werking te worden onderzocht met inachtneming van de aard, opzet en bewoordingen van het betrokken voorschrift.²⁵ Een bepaling heeft rechtstreekse werking indien deze voldoende duidelijk en nauwkeurig²⁶ en onvoorwaardelijk²⁷ is. Als zodanig is het niet noodzakelijk dat een volledige bepaling rechtstreekse werking heeft of woordelijk rechtstreeks van toepassing is. Het Hof werkt veeleer met afleiding: het tracht te bepalen of een specifieke, toepasselijke gedragsregel kan worden afgeleid uit de (wellicht langere en complexere) Unierechtelijke bepaling.²⁸

56. De arresten in de zaak SABAM en in de zaak Courage zijn treffende voorbeelden van die „relationele” benadering van rechtstreekse werking. In het arrest SABAM was het Hof van oordeel dat het verbod van artikel 85, lid 1, van het EEG-Verdrag (thans artikel 101, lid 1, VWEU) als een „schild” kon worden gebruikt *met betrekking tot* de specifieke rechten van een tekstschrjver teneinde te voorkomen dat een exclusieve overdrachtsclausule in een contract met een auteursvereniging tegen hem zou worden ingeroepen.²⁹ Evenzo was het Hof in het arrest Courage van oordeel dat diezelfde bepaling als een „zwaard” kon worden gebruikt *met betrekking tot* een vordering tot vergoeding van schade voortvloeiende uit een contractuele clausule die strijdig was met artikel 85 van het EEG-Verdrag (thans artikel 101 VWEU).³⁰ In beide zaken heeft het Hof dus uit artikel 101 VWEU *als geheel* dat deel van de bepaling eruit gehaald dat rechtstreekse gevolgen teweegbrengt in de betrekkingen tussen particulieren: het in lid 1 van dat artikel neergelegde verbod op bepaalde mededingingsverstorende afspraken.³¹

57. Dat verbod is ondubbelzinnig en legt een duidelijke en afdwingbare wettelijke verplichting op: „gij zult geen kartel vormen”. Die instructie is onvoorwaardelijk: *al* dergelijke overeenkomsten tussen ondernemingen zijn „onverenigbaar met de interne markt”. Op dit recht met rechtstreekse werking dat particulieren direct aan het Verdrag ontleen, kunnen zij zich beroepen voor hun vordering, en de nationale rechter dient dat recht te handhaven.³²

58. Anders dan de Commissie ter terechtzitting heeft betoogd, wordt de aard van de door artikel 101, lid 1, VWEU beschermde rechten niet aangetast door de *procedurele aanwijzing*, krachtens artikel 103, lid 2, onder b), VWEU, van de instelling die via een procedure „onthefing kan verlenen” voor een overeenkomst krachtens artikel 101, lid 3, VWEU. Het spreekt voor zich

²⁴ Arrest van 30 januari 1974, BRT en Belgische Vereniging van auteurs, componisten en uitgevers (127/73, EU:C:1974:6) (hierna: „arrest SABAM” of „zaak SABAM”).

²⁵ Zie bijvoorbeeld arrest van 4 december 1974, Van Duyn (41/74, EU:C:1974:133, punt 12).

²⁶ Zie bijvoorbeeld arresten van 1 juli 2010, Gassmayr (C-194/08, EU:C:2010:386, punt 45); 7 september 2017, H. (C-174/16, EU:C:2017:637, punt 69), en 6 november 2018, Bauer en Willmeroth (C-569/16 en C-570/16, EU:C:2018:871, punt 72).

²⁷ Zie bijvoorbeeld arresten van 15 mei 2014, Almos Agrárkúkereskedelmi (C-337/13, EU:C:2014:328, punt 32); 12 oktober 2017, Lombard Ingatlan Lízíng (C-404/16, EU:C:2017:759, punt 36), en 14 januari 2021, RTS infra en Aannemingsbedrijf Norré-Behaegel (C-387/19, EU:C:2021:13, punt 46).

²⁸ Arrest van 8 april 1976, Defrenne (43/75, EU:C:1976:56, punten 30-39). Zie ook de conclusie van advocaat-generaal Trabucchi in de zaak Defrenne (43/75, EU:C:1976:39, conclusie) en mijn conclusie in de zaak Klohn (C-167/17, EU:C:2018:387, punt 42).

²⁹ Arrest SABAM, punt 16.

³⁰ Arrest Courage, punten 24-26.

³¹ Arrest SABAM, punt 16, en arrest Courage, punten 23 en 24.

³² Zie in dat verband arrest van 5 juni 2014, Kone e.a. (C-557/12, EU:C:2014:1317, punten 20 en 22 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

dat een rechterlijke instantie in bepaalde gevallen slechts artikel 101, lid 1, VWEU hoeft toe te passen voor de toekenning van civiele schadevergoeding in het geval van mededingingsversturende activiteiten.³³ Evenzo hoeft een rechterlijke instantie zich slechts te baseren op artikel 101, lid 2, VWEU om te bepalen of onverenigbare contractuele clausules kunnen worden afgescheiden.³⁴ Met andere woorden, gelet op de *specifieke aard van bepaalde vorderingen* bij een nationale rechterlijke instantie laten de afzonderlijke onderdelen van artikel 101 VWEU zich goed van elkaar scheiden. In die omstandigheden hoeven de nationale rechterlijke instanties geen beroep te doen op artikel 101, lid 3, VWEU.

59. Uit de arresten in de zaak SABAM en in de zaak Courage blijkt perfect de onafhankelijke relatie tussen lid 1 en lid 3 van artikel 101 VWEU. Beide zaken betroffen een periode waarin de Raad gebruik had gemaakt van zijn bevoegdheden krachtens artikel 103, lid 2, onder b), VWEU en aan de Commissie de exclusieve bevoegdheid had verleend om een besluit te nemen op grond van artikel 85, lid 3, van het EEG-Verdrag (thans artikel 101, lid 3, VWEU). Het feit dat een andere instelling, de Commissie, tot taak had een besluit te nemen over de toepasselijkheid van het toenmalige artikel 85, lid 3, van het EEG-Verdrag was niet van belang voor de afdwingbaarheid van de in artikel 85, lid 1, van het EEG-Verdrag neergelegde rechten.³⁵

60. De omschrijving van artikel 85 van het EEG-Verdrag als een „onsplitsbaar geheel” in het arrest de Geus doet niets af aan die conclusie.³⁶ In die zaak beriep een Duitse distributeur van Bosch-koelkasten zich bij zijn verweer op artikel 85 van het EEG-Verdrag teneinde een „exportverbod” in zijn exclusieve distributieovereenkomst met Bosch nietig te doen verklaren. De feiten van die zaak dateerden echter van vóór de inwerkingtreding van verordening nr. 17/62. Dit betekende dat er *geen administratieve procedure* bestond om de gevolgen voortvloeiende uit artikel 85, leden 1 en 2, van het EEG-Verdrag (thans artikel 101, leden 1 en 2, VWEU) aan te pakken. Tegen die achtergrond had het Hof geen andere keuze dan de overeenkomst in kwestie te laten voortbestaan, *totdat er een administratieve procedure* was voor een eventuele toepassing van artikel 85, lid 3, van het EEG-Verdrag (thans artikel 101, lid 3, VWEU).³⁷

61. Binnen die feitelijke grenzen was het Hof van oordeel dat artikel 85 van het EEG-Verdrag een „onsplitsbaar geheel” vormde.³⁸ De tegenovergestelde uitlegging zou tot een ontoelaatbaar resultaat leiden: „bepaalde overeenkomsten en besluiten met nietigheid van rechtswege [...] treffen nog voordat de mogelijkheid heeft bestaan om vast te stellen op welke overeenkomsten het geheel der bepalingen van artikel 85 van toepassing is”.³⁹

62. Het arrest in de zaak de Geus is dus gewezen tegen de achtergrond van een institutionele tekortkoming, doordat niet was voorzien in een administratieve regeling om de gevolgen aan te pakken van het feit dat artikel 85 van het EEG-Verdrag „[gold] vanaf het in werking treden van het Verdrag”.⁴⁰ Zoals de Toezichthoudende Autoriteit van de EVA terecht opmerkt, was de kwestie van de rechtstreekse werking (en dus het individueel beroep op artikel 85, lid 1, van het

³³ Zie bijvoorbeeld arrest Courage, punt 26.

³⁴ Zie arrest van 18 december 1986, VAG France (10/86, EU:C:1986:502, punt 15).

³⁵ Zie ook arrest SABAM, punt 21, en arrest Courage, punten 22 en 28.

³⁶ Zie arresten van 6 april 1962, de Geus (13/61, EU:C:1962:11, blz. 107), en 9 juli 1969, Portelange (10/69, EU:C:1969:36, punten 10 en 13).

³⁷ Arrest van 6 april 1962, de Geus (13/61, EU:C:1962:11, blz. 105-109).

³⁸ Ibidem, blz. 107.

³⁹ Ibidem.

⁴⁰ Ibidem, blz. 105.

EEG-Verdrag bij de nationale rechterlijke instanties) op dat moment niet aan de orde, aangezien het arrest de Geus werd gewezen *voordat* het Hof voor het eerst het begrip „rechtstreekse werking” van bepalingen van het EEG-Verdrag heeft verduidelijkt.⁴¹

63. Om al deze redenen ben ik van mening dat een arrest van het Hof dat in 1962 in heel andere juridische en constitutionele omstandigheden is gewezen, slechts zeer beperkt als richtsnoer kan dienen. In het bijzonder bij gebreke van enige rechtstreekse werking van de Verdragsbepalingen zou inderdaad alleen uitdrukkelijk toegekende bevoegdheid tot administratieve handhaving, of eerder het ontbreken daarvan, beslissend zijn geweest.

64. De argumenten die verweersters aan de zaak Asjes⁴² en de zaak Saeed⁴³ ontleen ter ondersteuning van hun standpunt inzake de rechtstreekse werking van artikel 101, lid 1, VWEU kunnen mij evenmin overtuigen. In die zaken was er geen sprake van een partij die zich beriep op de rechtstreekse werking van die bepaling. In plaats daarvan ging het in die zaken om de *nietigheid* van rechtswege, krachtens artikel 85, lid 2, van het EEG-Verdrag, van door de overheid goedgekeurde tarieven voor lijnvluchten voordat een administratieve autoriteit een besluit had genomen over de verenigbaarheid daarvan met artikel 85, lid 3, van het EEG-Verdrag, hetzij krachtens het geldende stelsel op grond van de „overgangperiode” van de artikelen 88 en 89 van het EEG-Verdrag (thans de artikelen 104 en 105 VWEU) hetzij krachtens verordening nr. 3975/87.⁴⁴ Aangezien noch door de „autoriteiten van de lidstaten”⁴⁵ noch door de Commissie⁴⁶ een besluit was genomen over de toepasselijkheid van artikel 85 van het EEG-Verdrag op de betreffende overeenkomsten, oordeelde het Hof dat niet kon worden aangenomen dat die overeenkomsten van rechtswege nietig waren door het enkele feit dat artikel 85 van het EEG-Verdrag van toepassing kon zijn op de betreffende overeenkomsten.

65. De arresten in de zaak Asjes en in de zaak Saeed zitten dus ook gevangen in de logica van hun tijd: in omstandigheden waarin door de autoriteiten van de lidstaten of de Commissie geen administratief besluit was genomen over vermeende concurrentiebeperkende overeenkomsten of gedragingen krachtens artikel 85, lid 3, van het EEG-Verdrag, maar op grond van het toen geldende systeem *toekomstige goedkeuring met terugwerkende kracht mogelijk bleef*, lag het voor de hand dat ondernemers te goeder trouw mochten aannemen dat hun handelsbetrekkingen niet van rechtswege werden beëindigd *totdat* de betreffende administratieve autoriteiten een besluit namen over hun overeenkomsten of gedragingen.⁴⁷

66. Nog belangrijker is dat in de onderhavige zaak verweersters zich *niet kunnen beroepen op het risico van een conflict* als gevolg van een eventuele goedkeuring met terugwerkende kracht van de betreffende gedraging. Het „onthefingssysteem” van verordening nr. 1/2003, zoals gewijzigd, waarbij de eerdere regeling krachtens verordeningen nr. 17/62 en nr. 3975/87 is ingetrokken, voorziet immers niet in maatregelen met terugwerkende kracht. Zoals blijkt uit artikel 34, lid 1, van verordening nr. 1/2003, zijn bovendien de aanmeldingen voor overeenkomsten die vielen onder de werkingssfeer van verordeningen nr. 17/62 en nr. 3975/87 en die bij de Commissie *waren* aangemeld, per 1 mei 2004 vervallen. Met andere woorden, zelfs indien verweersters hun

⁴¹ Arrest van 5 februari 1963, Van Gend & Loos (26/62, EU:C:1963:1, blz. 28).

⁴² Arrest van 30 april 1986, Asjes e.a. (209/84–213/84, EU:C:1986:188) (hierna: „arrest Asjes” of „zaak Asjes”).

⁴³ Arrest van 11 april 1989, Saeed Flugreisen en Silver Line Reisebüro (66/86, EU:C:1989:140) (hierna: „arrest Saeed” of „zaak Saeed”).

⁴⁴ Arrest Saeed, punt 29, en arrest Asjes, punten 52-56 en 59.

⁴⁵ Arrest Saeed, punten 4 en 29, en arrest Asjes, punt 57.

⁴⁶ Arrest Saeed, punten 4 en 29, en arrest Asjes, punt 59.

⁴⁷ Zie naar analogie de redenering van het Hof in het arrest van 22 maart 1961, Snuipat/Hoge Autoriteit (42/59 en 49/59, EU:C:1961:5, blz. 162).

overeenkomsten bij de Commissie hadden aangemeld⁴⁸, zouden die aanmeldingen in geen geval als een „backstop” fungeren voor de behandeling van die overeenkomsten op grond van het bij verordening nr. 1/2003 ingevoerde systeem.

67. Derhalve moet er wederom uitdrukkelijk op worden gewezen dat in de omstandigheden van de onderhavige zaak geen sprake is van de cruciale interne samenhang van het „gebod van artikel 101 VWEU” en evenmin van de noodzaak van rechtszekerheid voor ondernemers. Die route is al enige tijd afgesloten.

68. Resumerend is het derhalve duidelijk dat artikel 101, lid 1, VWEU en zijn voorlopers vanaf de inwerkingtreding van het van het EEG-Verdrag rechtstreeks toepasselijk waren. Gedurende die gehele periode bleven zij rechtstreekse werking hebben, zodat particulieren hun rechten bij de bevoegde nationale rechterlijke instanties konden doen gelden. Bovenal werd deze aan de nationale rechterlijke instanties toegekende zelfstandige bevoegdheid om artikel 101, lid 1, VWEU toe te passen binnen het kader van die bevoegdheid en van het type procedure dat naar nationaal recht bij hen was ingesteld, de facto nooit door de Raad beperkt middels de toepassing van wat nu artikel 103 VWEU is.

69. De vraag blijft echter of er beperkingen zijn of waren met betrekking tot de toepassing ratione materiae van artikel 101, lid 1, VWEU op de sector luchtvervoer.

3. Materiële werkingssfeer van artikel 101, lid 1, VWEU

70. Verweersters en de Commissie betogen dat, aangezien de Raad geen gebruik heeft gemaakt van zijn bevoegdheid krachtens artikel 103, lid 2, onder c), VWEU om de gehele sector luchtvervoer onder de mededingingsregels van het Verdrag te laten vallen, de nationale rechterlijke instanties, in een procedure die op grond van artikel 101, lid 1, VWEU was ingesteld, die overeenkomsten niet onverenigbaar konden verklaren. Ook niet als er sprake was geweest van rechtstreekse werking. Die partijen wijzen erop dat de gehele sector luchtvervoer specifiek is uitgesloten van verordening nr. 17/62 en dat de toepassing van de mededingingsregels op luchtvervoer bij verordening nr. 3975/87 was beperkt tot „routes binnen de Unie”. Pas met ingang van 1 mei 2004, de datum waarop verordening nr. 1/2003, zoals gewijzigd, van toepassing werd, zijn de mededingingsregels van de Unie voor de sector luchtvervoer gaan gelden.⁴⁹

71. Ik ben het niet eens met dit betoog.

72. Krachtens artikel 103, lid 1, VWEU worden door de Raad „[d]e verordeningen of richtlijnen dienstig voor de toepassing van de beginselen neergelegd in” artikel 101 VWEU vastgesteld. In artikel 103, lid 2, VWEU worden vervolgens voorbeelden genoemd van de wijze waarop dat streven kan worden verwezenlijkt door de Raad. Artikel 103, lid 2, onder c), bepaalt dat de Raad „in voorkomende gevallen, de werkingssfeer van [artikel 101 VWEU] voor de verschillende bedrijfstakken nader [kan vaststellen]”.

73. Die handeling is uitdrukkelijk *optioneel* en dat is wat het bepaalde onder c) onderscheidt van artikel 103, lid 2, onder b), VWEU en van het *vereiste* om „nader invulling te geven aan” artikel 101, lid 3, VWEU. De vermelding in artikel 103, lid 2, onder c), VWEU van de

⁴⁸ Een aspect dat verzoeksters in het hoofdgeding betwisten, maar dat de verwijzende rechter uiteindelijk moet nagaan.

⁴⁹ Zie artikel 45 van verordening nr. 1/2003.

bewoordingen „in voorkomende gevallen”⁵⁰ geeft immers duidelijk aan dat de werkingssfeer van de in artikel 101 VWEU neergelegde beginselen zich *standaard* diende uit te strekken tot de gehele economie, waarbij de Raad beslist of voor specifieke bedrijfstakken van die standaardsituatie wordt afgeweken.

74. De imperatief van de interne markt die aan die regeling ten grondslag ligt, is buitengewoon: uiteraard had de werkingssfeer van artikel 101 VWEU kunnen worden opgesteld met het oog op een geleidelijke uitbreiding, in „verteerbare” stukken, van de werkingssfeer van het mededingingsrecht van de Unie. Zo had voor de specifieke sector van het vervoer, zoals is gebeurd in het geval van het gemeenschappelijk landbouwbeleid, voorrang kunnen worden gegeven aan die sectorgebonden (specifieke) benaderingen boven de (algemene) mededingingsregels.⁵¹

75. Dit is echter niet het geval.⁵² Naar mijn mening, en met name in het licht van de structuur van de artikelen 101 en 103 VWEU, neemt het Verdrag dus als uitgangspunt dat de mededingingsregels ten volle van toepassing zijn op alle bedrijfstakken. Ter verwezenlijking van die taak is de materiële werkingssfeer van artikel 101 VWEU zonder nadere beperkingen omschreven met het oog op de verwezenlijking van een goed werkende interne markt⁵³, onder het enkele voorbehoud van de in artikel 103, lid 2, onder c), VWEU vervatte mogelijkheid om „in voorkomende gevallen” te voorzien in een specifieke sectorgebonden uitsluiting.

76. In tegenstelling tot hetgeen verweersters en de Commissie hebben aangevoerd, blijkt niet uit verordeningen nr. 17/62 en nr. 3975/87 dat de Raad de materiële werkingssfeer van artikel 101, lid 1, VWEU heeft willen beperken. Verordening nr. 17/62 heeft hoofdzakelijk een *procedureel* systeem opgezet voor de toepassing door de Commissie van (oud) artikel 85, leden 1 en 3, van het EEG-Verdrag (thans artikel 101, leden 1 en 3, VWEU).⁵⁴ Hierin is niets bepaald over de materiële werkingssfeer van artikel 101, lid 1, VWEU. Evenzo is in verordening (EEG) nr. 141/62 van de Raad houdende niet-toepassing op de vervoersector van verordening nr. [17/62] van de Raad, waarbij de laatstgenoemde verordening is gewijzigd, slechts bepaald dat het *administratieve* systeem dat bij verordening nr. 17/62 was opgezet, niet moet worden toegepast op de vervoersector (en dus op luchtvervoer).⁵⁵ Die uitsluiting heeft echter geen betrekking op de materiële werkingssfeer van artikel 101, lid 1, VWEU wanneer die bepaling door de nationale rechterlijke instanties wordt toegepast op de sector luchtvervoer.

77. Tot slot is bij verordening nr. 3975/87 uitsluitend voor de *administratieve* toepassing van de mededingingsregels van de Unie bepaald dat de sector luchtvervoer onder die regels valt. Zoals in de tweede overweging van die verordening is toegelicht, was dit nodig omdat „de Commissie [...] over geen enkel middel [beschikte] om rechtstreeks een onderzoek in te stellen naar gevallen van vermoedelijke inbreuk op de artikelen 85 en 86 van het Verdrag in de sector van het luchtvervoer”.⁵⁶ Die verordening bevat evenwel evenmin een beperking met betrekking tot de werkingssfeer van artikel 101, lid 1, VWEU in het geval van een particuliere schadevordering bij de nationale rechterlijke instanties.

⁵⁰ In dezelfde zin „v případě potřeby” in de Tsjechische taalversie; „if need be” in de Engelse taalversie; „eventualmente” in de Italiaanse taalversie; „le cas échéant” in de Franse taalversie; „gegebenenfalls” in de Duitse taalversie, of „eventualmente” in de Spaanse taalversie.

⁵¹ Zie in dat verband artikel 42 VWEU en arrest van 14 november 2017, *APVE e.a.* (C-671/15, EU:C:2017:860, punten 36-38).

⁵² Arrest *Asjes*, punt 45.

⁵³ Zie in die zin arrest van 1 juni 1999, *Eco Swiss* (C-126/97, EU:C:1999:269, punt 36).

⁵⁴ Zie bijvoorbeeld de tweede, zesde en achtste overweging van verordening nr. 17/62. Zie ook artikel 2, artikel 6, lid 1, artikel 8, lid 1, en artikel 9, lid 3, van die verordening.

⁵⁵ Zoals in de eerste overweging van verordening nr. 141/62 uiteengezet. Zie ook artikel 1 van die verordening.

⁵⁶ Tweede overweging van verordening nr. 3975/87.

78. Met andere woorden, de gehele regeling waarbij de sector luchtvervoer zou zijn uitgesloten van (het huidige) artikel 101 VWEU, was beperkt tot de *administratieve* handhaving van de in die bepaling neergelegde beginselen.⁵⁷ Verordeningen nr. 17/62 en nr. 3975/87 waren niet van invloed op de *rechterlijke* toepassing door de nationale rechterlijke instanties – binnen de respectieve bevoegdheden waarover zij zelf op grond van het nationale recht beschikten – van de thans in artikel 101, lid 1, VWEU neergelegde beginselen.⁵⁸ In dit verband ben ik het eens met verzoeksters en de Toezichthoudende Autoriteit van de EVA: aan die „paralelle route” tot handhaving van het in artikel 101, lid 1, VWEU neergelegde verbod werd niet geraakt door de door de Raad vastgestelde afgeleide wetgeving.

79. Derhalve kan het ontbreken van specifieke regels in het nationale recht betreffende de rechterlijke toepassing van artikel 101 VWEU niet beletten dat de rechtbank Amsterdam artikel 101, lid 1, VWEU toepast op de sector luchtvervoer, wanneer voor deze rechter een beroep op die bepaling wordt gedaan met het oog op de verkrijging van een verklaring voor recht en de toekenning van schadevergoeding als gevolg van mededingingsverstorende gedragingen van verweersters op routes tussen de Unie en derde landen vóór 1 mei 2004.

C. Relatie tussen artikel 53 van de EER-Overeenkomst en de mededingingsregels van primair Unierecht

80. De Noorse regering en de Toezichthoudende Autoriteit van de EVA voeren aan dat, aangezien artikel 53 van de EER-Overeenkomst in essentie gelijk is aan artikel 101 VWEU, het homogeniteitsbeginsel vereist dat beide bepalingen uniform worden uitgelegd. Ter terechtzitting heeft de Toezichthoudende Autoriteit van de EVA eveneens uiteengezet dat het ontbreken van een met artikel 104 VWEU overeenstemmende bepaling in de EER-Overeenkomst niet van invloed is op die homogene lezing van artikel 101 VWEU en artikel 53 van de EER-Overeenkomst, omdat artikel 104 VWEU hoe dan ook geen beperking inhoudt voor artikel 101 VWEU.

81. De Commissie erkent dat artikel 101 VWEU en artikel 53 van de EER-Overeenkomst in harmonie met elkaar moeten worden gelezen. Ter terechtzitting twijfelde zij evenwel eraan of het ontbreken van een met artikel 104 VWEU overeenstemmende bepaling niet van invloed zou zijn op die taak, met name omdat de artikelen 104 en 105 VWEU tot gevolg hebben dat de nationale rechterlijke instanties de bevoegdheid wordt ontnomen om artikel 101, lid 1, VWEU rechtstreeks toe te passen.

82. Verweersters nemen in wezen hetzelfde standpunt ter zake in als de Commissie. Volgens hen leidde het „overgangsregime” van de artikelen 104 en 105 VWEU ertoe dat artikel 101, lid 1, VWEU geen rechtstreekse werking had, zodat artikel 53, lid 1, van de EER-Overeenkomst ook aldus moet worden uitgelegd dat het geen rechtstreekse werking had voordat het Gemengd Comité verordening nr. 1/2003 van toepassing verklaarde in de EER met ingang van 19 mei 2005.

⁵⁷ Zoals de Commissie zelf in haar opmerkingen in de zaak Asjes heeft uiteengezet „belet het ontbreken van de in artikel 87 bedoelde uitvoeringsmaatregelen [inzake de *ratione materiae* van artikel 85 van het EEG-Verdrag] [...] niet, dat de nationale rechter, in voorkomend geval, wordt gevraagd om zich uit te spreken over de verenigbaarheid van een overeenkomst of een bepaalde gedraging met de mededingingsregels, daar deze regels rechtstreeks werken”.

⁵⁸ Zoals ik reeds hierboven in de punten 43-47 van deze conclusie heb uiteengezet, kenden die verordeningen, door louter administratieve bevoegdheid toe te kennen voor bepaalde onderzoeken naar mogelijke mededingingsrechtelijke inbreuken, indirect ook bevoegdheid toe voor de rechterlijke toetsing van die administratieve besluiten (zie respectievelijk artikel 9 van verordening nr. 17/62 en artikel 7 van verordening nr. 3975/87). Ik herhaal evenwel dat die bepalingen uiteraard niet van invloed waren op andere mogelijke gevallen van rechterlijke toepassing van artikel 101 VWEU in elk *ander type procedure* waarin die toepassing aan de orde kon zijn bij de nationale rechterlijke instanties.

83. Gelet op mijn bevindingen in deel B van deze conclusie, ben ik het eens met de opmerkingen van de Noorse regering en de Toezichthoudende Autoriteit van de EVA.

84. Vast staat dat de EER-Overeenkomst een integrerend bestanddeel vormt van het Unierecht.⁵⁹ Indien haar bepalingen onvoorwaardelijk en voldoende duidelijk zijn, hebben zij rechtstreekse werking in de lidstaten.⁶⁰ Voorts heeft het Hof geoordeeld dat de bepalingen van de EER-Overeenkomst, die in wezen gelijk zijn aan die van het Verdrag, op grond van het homogeniteitsbeginsel⁶¹ uniform moeten worden uitgelegd⁶².

85. In zowel artikel 101 VWEU als artikel 53 van de EER-Overeenkomst zijn een verbod, het gevolg van dat verbod en een mogelijke afwijking van dat verbod opgenomen. Gelet op het homogeniteitsbeginsel moeten beide bepalingen bijgevolg uniform worden uitgelegd.⁶³ In lijn hiermee moet worden vastgesteld dat artikel 53, lid 1, van de EER-Overeenkomst, net als artikel 101, lid 1, VWEU, ook rechtstreekse gevolgen teweegbrengt en voor de justitiabelen rechten doet ontstaan die de nationale rechter dient te handhaven.⁶⁴

86. Gelet op de gelijkwaardigheid van de gevolgen van artikel 101 VWEU en artikel 53 van de EER-Overeenkomst, zie ik niet in waarom mijn bevindingen in de punten 55 tot en met 68 van deze conclusie met betrekking tot artikel 101, lid 1, VWEU anders zouden moeten zijn voor artikel 53, lid 1, van de EER-Overeenkomst. Derhalve kunnen de nationale rechterlijke instanties artikel 53, lid 1, van de EER-Overeenkomst toepassen teneinde te oordelen dat bepaalde mededingingsverstoringe gedragingen onverenigbaar zijn met die bepaling.

87. Om vergelijkbare redenen als die welke gelden voor artikel 101 VWEU moet ik ook de argumenten van verweersters inzake de beperkte materiële werkingssfeer van artikel 53, lid 1, van de EER-Overeenkomst afwijzen. Het is juist dat in artikel 1 van Protocol 21 bij de EER-Overeenkomst is bepaald dat de Toezichthoudende Autoriteit van de EVA eerst „uitvoering [moet] kunnen geven aan de [in artikel 53 van de EER-Overeenkomst] vervatte beginselen”. Dat artikel stemt, in dat opzicht althans, overeen met artikel 103 VWEU. Uit het dossier blijkt echter geenszins dat artikel 1 van Protocol 21 bij de EER-Overeenkomst is gebruikt voor een beperking van hetzij de werkingssfeer van artikel 53 van de EER-Overeenkomst hetzij de bevoegdheid van de nationale rechterlijke instanties om die bepaling toe te passen. Zoals ik in de punten 76 tot en met 78 van deze conclusie heb uiteengezet, hebben de verschillende handelingen van afgeleid recht die de Raad krachtens artikel 103, lid 2, onder c), VWEU heeft vastgesteld en die deel uitmaken van de EER-Overeenkomst vanaf de datum van kennisgeving daarvan, nooit geleid tot een beperking van de materiële werkingssfeer van artikel 53 van de EER-Overeenkomst.

88. Het ontbreken van een met artikel 104 VWEU overeenstemmende bepaling in de EER-Overeenkomst doet niets af aan die conclusie. Zoals ik in punt 44 van deze conclusie heb vermeld, heeft artikel 104 VWEU niet tot gevolg dat de structurele strekking of toepassing van

⁵⁹ Arresten van 15 juni 1999, Andersson en Wåkerås-Andersson (C-321/97, EU:C:1999:307, punten 26 en 27), en 2 april 2020, Ruska Federacija (C-897/19 PPU, EU:C:2020:262, punt 49 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

⁶⁰ Zie in dit verband arresten van 5 februari 1976, Conceria Bresciani (87/75, EU:C:1976:18, punt 25), en 26 oktober 1982, Kupferberg (104/81, EU:C:1982:362, punt 23). Zie met betrekking tot de EER-Overeenkomst, arrest van 22 januari 1997, Opel Austria/Raad (T-115/94, EU:T:1997:3, punten 101 en 102).

⁶¹ Zie de artikelen 6, 105 en 106 van de EER-Overeenkomst en artikel 3 van de Overeenkomst tussen de EVA-staten betreffende de oprichting van een toezichthoudende autoriteit en een Hof van Justitie.

⁶² Arresten van 23 september 2003, Ospelt en Schlössle Weissenberg (C-452/01, EU:C:2003:493, punt 29 en aldaar aangehaalde rechtspraak), en 6 oktober 2009, Commissie/Spanje (C-153/08, EU:C:2009:618, punten 48 en 49).

⁶³ Zie naar analogie het arrest van het EVA-Hof van 30 mei 2018, Fjarskipti/Síminn (E-6/17, EFTA Court Report 2018, blz. 81, punt 28).

⁶⁴ Ibidem, punten 29 en 32 en aldaar aangehaalde rechtspraak. Zie ook arrest van het EVA-Hof van 17 september 2018, Nye Kystlink AS/Color Group AS and Color Line AS (E-10/17, EFTA Court Report 2018, blz. 293, punt 71).

artikel 101 VWEU wordt ingeperkt. Het ontbreken daarvan kan dus niet van invloed zijn op de werkingssfeer of toepassing van artikel 53 van de EER-Overeenkomst. Artikel 104 VWEU was hoe dan ook bedoeld om de periode te overbruggen tussen de inwerkingtreding van de mededingingsregels van het Verdrag en het moment waarop de Raad actie onderneemt door een administratieve regeling vast te stellen met betrekking tot artikel 101 VWEU, en met name lid 3 daarvan.⁶⁵

89. Van een dergelijke overgangsperiode is er voor de EER-Overeenkomst nooit sprake geweest. Verordeningen nr. 17/62, nr. 141/62 en nr. 3975/87 maakten deel uit van de EER-Overeenkomst op grond van bijlage XIV vanaf de datum van kennisgeving van die overeenkomst. Artikel 56 van de EER-Overeenkomst doet evenmin af aan die conclusie, aangezien daarin slechts melding wordt gemaakt van de gedeelde (en duopolistische) bevoegdheid tussen de Commissie en de Toezichthoudende Autoriteit van de EVA om artikel 53 van de EER-Overeenkomst toe te passen.⁶⁶

90. Mijns inziens zijn er dan ook geen beperkingen inzake de materiële werkingssfeer van artikel 53, lid 1, van de EER-Overeenkomst die beletten dat verzoeksters de rechtstreekse werking van artikel 53, lid 1, van de EER-Overeenkomst kunnen invoeren bij de verwijzende rechter teneinde te verzoeken om een verklaring voor recht en schadevergoeding in verband met de afstemming door verweersters van verschillende onderdelen van de in rekening te brengen prijs voor luchtvrachtdiensten op routes tussen niet-EU/EER-landen en derde landen vóór 19 mei 2005.

D. Groter geheel: de publieke en particuliere handhaving van de mededingingsregels

91. Gelet op mijn bevindingen in deze conclusie vind ik het niet nodig om afzonderlijk in te gaan op de aard van artikel 6 van verordening nr. 1/2003, hoewel de vraag van de verwijzende rechter ook daarop betrekking heeft. Zoals ik in de vorige delen naar voren heb gebracht, zijn de rechterlijke instanties van de lidstaten altijd bevoegd geweest om (het materiële verbod dat is opgenomen in) artikel 101, lid 1, VWEU toe te passen *binnen hun respectieve bevoegdheden en in het kader van de bij hen aanhangige procedures*. In de context van deze zaak hoeft het Hof derhalve eigenlijk niet te beoordelen of, en vanaf welke datum juist, er krachtens artikel 6 van verordening nr. 1/2003 ook sprake was van bevoegdheid op basis van afgeleid recht.

92. Andermaal wil ik de nadruk leggen op binnen „de respectieve bevoegdheden” waarover die nationale rechterlijke instanties reeds beschikken op grond van het nationale recht. Zoals verweersters en de Commissie terecht opmerken, zijn door het „overgangsregime” van de artikelen 103 en 104 VWEU geen uitdrukkelijke bevoegdheden aan de nationale rechterlijke instanties toegekend. Bij gebreke van nationaal recht dat zulks uitdrukkelijk bepaalt, kunnen de nationale rechterlijke instanties aan artikel 101, lid 1, VWEU of artikel 53, lid 1, van de EER-Overeenkomst geen onderzoeks- of vervolgingsbevoegdheden ontleen als die welke zijn toevertrouwd aan de bevoegde administratieve autoriteiten van de lidstaten die in de regel belast zijn met het onderzoeken van mededingingsrechtelijke inbreuken in daartoe bestemde administratieve procedures of zelfs strafprocedures. Omgekeerd heeft dat kader echter ook *niets kunnen ontnemen* aan de nationale rechterlijke instanties. Kort gezegd heeft dat constitutionele kader de nationale rechterlijke instanties niets gegeven en niets ontnomen. Geen enkele bepaling

⁶⁵ Zie hierboven de punten 30-33 van deze conclusie.

⁶⁶ Zie punt 29 van de Bekendmaking betreffende de samenwerking tussen de nationale rechterlijke instanties en de Toezichthoudende Autoriteit van de EVA voor de toepassing van de artikelen 53 en 54 van de EER-Overeenkomst (PB 1995, C 112, blz. 7).

van primair of afgeleid Unierecht heeft de bevoegdheid willen beperken van de nationale rechterlijke instanties om artikel 101, lid 1, VWEU of artikel 53, lid 1, van de EER-Overeenkomst rechtstreeks toe te passen ingeval die bepalingen in een bij hen aanhangige zaak worden aangevoerd ter bescherming van de uit het Unierecht voortvloeiende subjectieve rechten.

93. De in casu door verzoeksters ingestelde aansprakelijkheidsvordering illustreert dat punt. Net als iedere andere nationale rechterlijke instantie in de Europese Unie is de verwijzende rechter bevoegd om op grond van de betreffende nationale regelgeving die aansprakelijkheid vast te stellen. In het kader van de beoordeling van onrechtmatig handelen dat een dergelijke aansprakelijkheid doet ontstaan, is de vraag of een onderneming al dan niet in strijd met haar wettelijke verplichtingen heeft gehandeld, doorgaans het eerste aspect dat in dat verband moet worden bepaald. Die beoordeling maakt echter uiteraard deel uit van de (privaatrechtelijke) beslissing over eventuele aansprakelijkheid en niet van een publiekrechtelijk (en door een administratieve autoriteit aangestuurd) handhavingstelsel.

94. Anders zouden dergelijke handhavingsvorderingen altijd slechts het karakter van een *follow-on action* hebben, die in wezen afhankelijk is van een eerdere (en qua strekking wellicht precies dezelfde) publiekrechtelijke verklaring in die zin. In alle andere gevallen zouden *stand-alone actions* (zelfstandige vorderingen) zijn uitgesloten van de werkingssfeer van artikel 101, lid 1, VWEU.

95. Die invalshoek (of in elk geval die uitkomst) is echter eenvoudigweg onverenigbaar met de aard van het systeem en met de rechtspraak van het Hof.⁶⁷ Gelet op de vrij zware bewijslast die op een verzoeker zal rusten in privaatrechtelijke *stand-alone actions* wegens mededingingsrechtelijke inbreuken, zullen dergelijke vorderingen in de praktijk beslist zelden voorkomen. Derhalve is de beslissing van een openbare instantie, zoals de Commissie, in een parallel of voorafgaand onderzoek wellicht van kapitaal belang voor *stand-alone actions*.⁶⁸ Niettemin is het onjuist om te stellen dat de noodzaak van samenhang en coördinatie op dit rechtsgebied uit juridisch oogpunt inhoudt dat nationale rechterlijke instanties hun taken op grond van het Unierecht en het nationale recht, te weten de bescherming van individuele rechten die ook voortvloeien uit Unierechtelijke bepalingen met rechtstreekse werking, niet kunnen uitoefenen.

96. Dat een dergelijke stelling merkwaardig is, wordt nog duidelijker wanneer wordt geanalyseerd hoe handhaving op enig ander gebied van het bestuursrecht normaliter geschiedt, of het nu bijvoorbeeld gaat over milieurecht, volksgezondheid, openbare veiligheid, of regelgeving inzake veiligheid op de werkplek. Op die gebieden bestaat er wellicht op nationaal niveau een specifieke en gespecialiseerde overheidsinstantie die belast is met het toezicht op en de handhaving van de betreffende materiële normen. Is er ook maar iemand die, alleen vanwege het feit dat een bepaalde overheidsinstantie niet tot onderzoek of vervolging is overgegaan (of daartoe wel is overgegaan, maar de administratieve procedure om welke reden dan ook heeft gestaakt of beperkt), zou durven beweren dat dezelfde gedraging geen aanleiding kan zijn voor een privaatrechtelijke schadevordering door de mogelijk benadeelde persoon?

⁶⁷ Zie onder meer arresten van 20 september 2001, Courage (C-453/99, EU:C:2001:465, punt 26); 13 juli 2006, Manfredi e.a. (C-295/04–C-298/04, EU:C:2006:461, punt 60); 6 november 2012, Otis e.a. (C-199/11, EU:C:2012:684, punt 41); 6 juni 2013, Donau Chemie e.a. (C-536/11, EU:C:2013:366, punt 21); 14 juni 2011, Pfeiderer (C-360/09, EU:C:2011:389, punt 28); 5 juni 2014, Kone e.a. (C-557/12, EU:C:2014:1317, punt 21); 14 maart 2019, Skanska Industrial Solutions e.a. (C-724/17, EU:C:2019:204, punt 25), en 12 december 2019, Otis Gesellschaft e.a. (C-435/18, EU:C:2019:1069, punt 22).

⁶⁸ Ook teneinde het risico op tegenstrijdige uitspraken te vermijden – zie in het algemeen arrest van 14 december 2000, Masterfoods en HB (C-344/98, EU:C:2000:689, punten 59 en 60), waar nodig met een „Zwartveld-verzoek” tot gevolg – zie ook beschikking van 13 juli 1990, Zwartveld e.a. (C-2/88-IMM, EU:C:1990:315, punt 22).

97. Om al deze redenen kan ik mij niet vinden in de scherpzinnige analyse van de High Court of Justice (England & Wales), Chancery Division, in de zaak *Emerald Supplies Ltd/British Airways Plc*⁶⁹, die de verwijzende rechter heeft aangehaald en die partijen in deze procedure hebben besproken. Zoals ik in de vorige delen van deze conclusie heb trachten te beklemtonen, was ten eerste voor de bevoegdheid van de nationale rechterlijke instanties om artikel 101, lid 1, VWEU zelfstandig toe te passen binnen hun respectieve bevoegdheden waarin het nationale recht reeds voorziet, zoals bij een vordering tot schadevergoeding, in tegenstelling tot administratieve handhaving, geen uitdrukkelijke Unierechtelijke machtiging vereist.⁷⁰ Ten tweede zijn de arresten in de zaken *de Geus*, *Asjes* en *Saeed* mijns inziens ten dele achterhaald. Zij kunnen niet op de specifieke omstandigheden van de zaak in het hoofdgeding worden toegepast, omdat geen van de kwesties die bepalend waren voor de in die zaken gevolgde benadering, in het hoofdgeding feitelijk aan de orde zijn.⁷¹

98. Met andere woorden, hoewel ik de noodzaak van interne samenhang binnen artikel 101 VWEU ten volle erken, kan ik mij in het specifieke kader van deze zaak eenvoudigweg niet vinden in de door bepaalde belanghebbende partijen aangevoerde „pars-pro-toto-reductie”. Het feit dat *een deel van de procedure* voor de administratieve toepassing van artikel 101 VWEU op een gegeven moment *gecentraliseerd* was, kan niet betekenen dat *niemand anders* toepassing kon geven aan de uit die bepaling voortvloeiende *inhoud*, onder meer in zaken waarin ontheffingen of uitzonderingen duidelijk niet mogelijk zijn.

99. Deze procedure is zeker een fascinerende reis terug in de tijd geweest, zo niet een oefening in juridische archeologie, die teruggaat tot 1962. Deze conclusie is weliswaar grotendeels begrensd door dat thans achterhaalde juridische kader, maar dit geldt niet voor de logica die eraan ten grondslag ligt. Structureel zijn Unierechtelijke bepalingen die rechtstreekse werking hebben, standaard afdwingbaar voor de nationale rechterlijke instanties, ongeacht of (een deel van) de administratieve bevoegdheid voor de handhaving ervan eventueel gecentraliseerd is bij bepaalde administratieve autoriteiten. In de specifieke context van het mededingingsrecht betekent dit dat ondernemingen die handelen in strijd met de regels van eerlijke mededinging zich niet kunnen verschuilen achter het ontbreken van administratieve handhaving, en er rekening mee moeten houden dat de partijen die stellen door hen te zijn benadeeld, schadevorderingen rechtstreeks instellen bij de bevoegde rechterlijke instanties van de lidstaten.

V. Conclusie

100. Derhalve geef ik het Hof in overweging de vraag van de rechtbank Amsterdam als volgt te beantwoorden:

„Een partij die stelt schade te hebben geleden door de afstemming van verschillende onderdelen van de door luchtvervoerders in rekening te brengen prijs voor luchtvrachtdiensten op routes tussen luchthavens binnen de Europese Unie en/of de Europese Economische Ruimte, alsmede tussen luchthavens binnen die gebieden en derde landen, kan zich voor een nationale rechterlijke instantie beroepen op schending van artikel 101, lid 1, VWEU en artikel 53, lid 1, van de

⁶⁹ Arrest van 4 oktober 2017, [2017] EWHC 2420 (Ch), zoals bekrachtigd door de Court of Appeal (England & Wales), Civil Division, op 29 januari 2019 in de zaak *La Gaitana Farms SA & Ors/British Airways Plc* [2019] EWCA Civ 37.

⁷⁰ In tegenstelling tot arrest *Emerald Supplies Ltd/British Airways Plc* [2017] EWHC 2420 (Ch), [41]-[52].

⁷¹ In tegenstelling tot arrest *Emerald Supplies Ltd/British Airways Plc* [2017] EWHC 2420 (Ch), [53]-[63].

Overeenkomst betreffende de Europese Economische Ruimte teneinde vergoeding van die vervoerders te verkrijgen, zelfs voor de periode waarin de artikelen 104 en 105 VWEU nog van toepassing waren.”