

CONCLUSIE VAN ADVOCaat-GENERAAL
J. KOKOTT
van 6 oktober 2011¹

Inhoud

I — Inleiding	I - 13769
II — Toepasselijke bepalingen	I - 13770
A — Internationaal recht	I - 13770
1. Het Verdrag van Chicago	I - 13770
2. Het Protocol van Kyoto	I - 13772
3. De Open Skies-overeenkomst tussen de EU en de VS	I - 13773
B — Recht van de Unie	I - 13776
C — Nationaal recht	I - 13781
III — Hoofdeding	I - 13781
IV — Verzoek om een prejudiciële beslissing en procedure voor het Hof	I - 13782
V — Beoordeling	I - 13784
A — Internationale overeenkomsten en beginselen van internationaal gewoonte- recht als maatstaf voor de toetsing van de geldigheid van richtlijn 2008/101 (eerste prejudiciële vraag)	I - 13786

1 — Oorspronkelijke taal: Duits.

1. Internationale overeenkomsten (eerste prejudiciële vraag, sub e tot en met g) I - 13787
 - a) Het Verdrag van Chicago (eerste prejudiciële vraag, sub e) I - 13787
 - i) Geen gebondenheid aan het Verdrag van Chicago ingevolge artikel 351 VWEU I - 13787
 - ii) Geen gebondenheid aan het Verdrag van Chicago door een functionele opvolging I - 13789
 - iii) Tussenconclusie I - 13790
 - b) Het Protocol van Kyoto en de Open Skies-overeenkomst (eerste prejudiciële vraag, sub f en g) I - 13790
 - i) Inleidende opmerking I - 13791
 - ii) Het Protocol van Kyoto (eerste prejudiciële vraag, sub g) I - 13793
 - Aard en opzet van het Protocol van Kyoto I - 13794
 - Artikel 2, lid 2, van het Protocol van Kyoto I - 13795
 - iii) De Open Skies-overeenkomst (eerste prejudiciële vraag, sub f) I - 13796
 - Aard en opzet van de Open Skies-overeenkomst I - 13796
 - Inhoudelijke onvoorwaardelijkheid en voldoende nauwkeurigheid van de betrokken bepalingen van de Open Skies-overeenkomst I - 13799
 - iv) Tussenconclusie I - 13802
2. Internationaal gewoonterecht (eerste prejudiciële vraag, sub a tot en met d) I - 13802
 - a) Bestaan van de betrokken beginselen van internationaal gewoonterecht en gebondenheid van de Europese Unie daaraan I - 13803

i)	De soevereiniteit van staten over hun luchtruim (eerste prejudiciële vraag, sub a)	I - 13804
ii)	De ongeldigheid van aanspraken op soevereiniteit over de volle zee (eerste prejudiciële vraag, sub b)	I - 13805
iii)	De vrijheid om over de volle zee te vliegen (eerste prejudiciële vraag, sub c)	I - 13806
iv)	De vermeende uitsluitende jurisdictie over luchtvaartuigen die over de volle zee vliegen (eerste prejudiciële vraag, sub d)	I - 13806
b)	Geschiktheid van de besproken beginselen van internationaal gewoonterecht als maatstaf voor een geldigheidstoetsing in een geding dat door natuurlijke of rechtspersonen aanhangig is gemaakt	I - 13808
3.	Tussenconclusie	I - 13809
B —	Verenigbaarheid van richtlijn 2008/101 met de ingeroepen internationale overeenkomsten en beginselen van internationaal gewoonterecht (tweede tot en met vierde prejudiciële vraag)	I - 13809
1.	Verenigbaarheid met bepaalde beginselen van internationaal gewoonterecht (tweede prejudiciële vraag)	I - 13809
a)	Ontbreken van extraterritoriale werking van de Unieregeling	I - 13810
b)	Bestaan van voldoende territoriale aanknopingspunten	I - 13811
c)	Geen aantasting van de soevereiniteit van derde landen	I - 13813
d)	Tussenconclusie	I - 13813
2.	Verenigbaarheid met bepaalde internationale overeenkomsten (derde en vierde prejudiciële vraag)	I - 13814
a)	Rechtmatigheid van de uitbreiding van de Unieregeling tot vluchtgedeelten afgelegd buiten het luchtruim van de Europese Unie (derde prejudiciële vraag)	I - 13814

i)	Verenigbaarheid met de artikelen 1, 11 en 12 van het Verdrag van Chicago (derde prejudiciële vraag, sub a)	I - 13814
ii)	Verenigbaarheid met artikel 7 van de Open Skies-overeenkomst (derde prejudiciële vraag, sub b)	I - 13816
b)	Rechtmatigheid van het solistisch optreden van de Europese Unie buiten de ICAO (vierde prejudiciële vraag, sub a)	I - 13817
i)	Verenigbaarheid met artikel 2, lid 2, van het Protocol van Kyoto	I - 13817
ii)	Verenigbaarheid met artikel 15, lid 3, van de Open Skies-overeenkomst	I - 13820
—	Geen andersluidende milieunormen van de ICAO	I - 13820
—	Geen schending van het discriminatieverbod van de Open Skies-overeenkomst	I - 13822
—	Geen verbod van solistisch optreden buiten het kader van de ICAO	I - 13824
c)	Geen schending van het verbod van heffingen op het binnenvliegen of vertrek van luchtvaartuigen (vierde prejudiciële vraag, sub b)	I - 13825
d)	Geen schending van het verbod van douanerechten en -heffingen op brandstof (vierde prejudiciële vraag, sub c)	I - 13828
i)	Verbod van accijns op brandstof	I - 13829
ii)	Verbod van douanerechten op brandstof	I - 13831
iii)	Tussenconclusie	I - 13831
C —	Samenvatting	I - 13831
VI —	Conclusie	I - 13832
I -	13768	

I — Inleiding

1. De door de Europese Unie in 2003 vastgestelde regeling voor de handel in broeikasgas-emissierechten (hierna: „Unieregeling”) is een centrale bouwsteen van het Europese beleid inzake klimaatverandering². De regeling beoogt enerzijds belangrijke milieustreefdoelen van de Europese instellingen te realiseren, en anderzijds de nakoming te bevorderen van verplichtingen die de Unie en haar lidstaten sinds de jaren negentig van de vorige eeuw in het kader van de Verenigde Naties zijn aangegaan, met name in het zogenoemde Protocol van Kyoto.

2. Richtlijn 2008/101/EG³ bepaalt dat met ingang van 1 januari 2012 ook luchtvaartactiviteiten onder deze Unieregeling vallen.

- 2 — In het Zesde Milieuactieprogramma wordt bijvoorbeeld het „streven naar de totstandbrenging van een communautair kader voor de ontwikkeling van een doeltreffend CO₂-emissiehandelsstelsel met eventuele uitbreiding tot andere broeikasgasemissies” genoemd als „prioritaire actie” van de Europese Unie bij de aanpak van de klimaatverandering (artikel 5, lid 2, sub i, b, van besluit 1600/2002/EG van het Europees Parlement en de Raad van 22 juli 2002 tot vaststelling van het Zesde Milieuactieprogramma van de Europese Gemeenschap, PB L 242, blz. 1); zie ook de mededeling van de Commissie van 9 februari 2005 — Naar de zege in de strijd tegen de wereldwijde klimaatverandering (COM[2005] 35 def.), waar in paragraaf 7, punt 4, wordt aangevoerd dat „voortzetting van het gebruik van marktgeoriënteerde en flexibele instrumenten” inclusief de handel in emissierechten een „element van de toekomstige klimaatveranderingsstrategie van de Europese Unie” moet zijn.
- 3 — Richtlijn 2008/101/EG van het Europees Parlement en de Raad van 19 november 2008 tot wijziging van richtlijn 2003/87/EG teneinde ook luchtvaartactiviteiten op te nemen in de regeling voor de handel in broeikasgasemissierechten in de Gemeenschap (PB 2009, L 8, blz. 3).

3. Dit is op verzet gestuit van diverse luchtvaartmaatschappijen en verenigingen van luchtvaartmaatschappijen uit de Verenigde Staten van Amerika (VS) en Canada. Zij vechten bij de High Court of Justice of England and Wales de maatregelen aan die het Verenigd Koninkrijk heeft genomen ter uitvoering van richtlijn 2008/101. Daarbij voeren zij aan dat de Europese Unie een aantal beginselen van internationaal gewoonterecht alsmede diverse internationale overeenkomsten schendt door internationale luchtvaartactiviteiten — met name de trans-Atlantische — onder de Unieregeling te brengen.

4. Het Hof wordt nu verzocht om in een prejudiciële beslissing uitspraak te doen over de rechtsgeldigheid van richtlijn 2008/101. Die uitspraak is niet alleen van fundamenteel belang voor de toekomstige vormgeving van het Europese beleid inzake klimaatverandering maar ook meer in het algemeen voor de verhouding tussen Unierecht en internationaal recht. Met name moet worden bezien of en in hoeverre particulieren zich voor de rechter kunnen beroepen op bepaalde internationale overeenkomsten en beginselen van internationaal gewoonterecht teneinde een handeling van de Europese Unie opzij te zetten.

II — Toepasselijke bepalingen

A — *Internationaal recht*

5. In het verzoek om een prejudiciële beslissing wordt enerzijds verwezen naar bepaalde beginselen van internationaal gewoonterecht en anderzijds naar verschillende internationale overeenkomsten, met name het Verdrag van Chicago, het Protocol van Kyoto en de zogenoemde Open Skies-overeenkomst tussen de Europese Unie en de Verenigde Staten van Amerika.

1. Het Verdrag van Chicago

6. Bij het op 7 december 1944 te Chicago ter ondertekening opengestelde Verdrag inzake de internationale burgerluchtvaart⁴ (Verdrag van Chicago) zijn weliswaar niet de Europese Unie maar wel alle 27 lidstaten van de Unie partij. In hoofdstuk I daarvan („Algemene beginselen en toepassing van het Verdrag”) bepaalt artikel 1 omtrent de soevereiniteit:

„De Verdragsluitende Staten erkennen dat elke Staat de volledige en uitsluitende soevereiniteit heeft over de luchtruimte boven zijn grondgebied.”

7. In hoofdstuk II van het Verdrag van Chicago („Uitoefening van de luchtvaart boven het grondgebied der Verdragsluitende Staten”) bepaalt artikel 11 onder het opschrift „Toepasselijkheid van luchtvaartvoorschriften”:

„Met inachtneming van de bepalingen van dit Verdrag dienen de wetten en voorschriften van een Verdragsluitende Staat betreffende de toelating tot of het vertrek uit zijn grondgebied van luchtvaartuigen gebruikt in de internationale luchtvaart of betreffende de exploitatie van en het vliegen met zulke luchtvaartuigen, zolang zij zich binnen zijn grondgebied bevinden, zonder onderscheid van nationaliteit, van toepassing te zijn op de luchtvaartuigen van alle Verdragsluitende Staten; deze wetten en voorschriften moeten door deze luchtvaartuigen worden nagekomen bij het binnenvliegen of verlaten van het grondgebied of gedurende het verblijf binnen het grondgebied van die Staat.”

8. Bovendien bepaalt artikel 12 van het Verdrag van Chicago ten aanzien van de „luchtverkeersregels”:

„Elke Verdragsluitende Staat verbindt zich maatregelen te treffen teneinde te verzekeren dat elk luchtvaartuig dat over zijn grondgebied vliegt of zich binnen zijn grondgebied beweegt en elk luchtvaartuig dat zijn nationaliteitskenmerk draagt, waar het zich ook bevindt, de aldaar van kracht zijnde regels en voorschriften inzake het vliegen en het zich bewegen van luchtvaartuigen in acht neemt.

⁴ — *Recueil des Traités des Nations Unies* (RTNU), band 15, blz. 295.

Elke Verdragsluitende Staat verbindt zich zijn eigen voorschriften op dit gebied zo veel mogelijk in overeenstemming te brengen met die, welke van tijd tot tijd uit hoofde van dit Verdrag worden vastgesteld. Boven volle zee zijn de krachtens dit Verdrag vastgestelde bepalingen van kracht. Elke Verdragsluitende Staat verbindt zich de vervolging van allen die de toepasselijke voorschriften overtreden te verzekeren.”

9. Artikel 15 van het Verdrag van Chicago heeft betrekking op luchthavenrechten en soortgelijke heffingen:

„Elke luchthaven in een Verdragsluitende Staat, opengesteld voor openbaar gebruik door zijn eigen luchtvaartuigen, is eveneens [...] onder gelijke voorwaarden opengesteld voor de luchtvaartuigen van alle andere Verdragsluitende Staten. [...]

De heffingen opgelegd door of met toestemming van een Verdragsluitende Staat voor het gebruik van zodanige luchthavens en luchtverkeersfaciliteiten door de luchtvaartuigen van een andere Verdragsluitende Staat mogen niet hoger zijn

a) ten aanzien van niet op geregelde internationale luchtdiensten gebruikte luchtvaartuigen, dan die welke zouden moeten worden betaald door zijn eigen luchtvaartuigen van hetzelfde type gebruikt voor dezelfde doeleinden, en

b) ten aanzien van op geregelde internationale luchtdiensten gebruikte luchtvaartuigen, dan die welke zouden moeten worden betaald door zijn eigen luchtvaartuigen gebruikt in soortgelijke internationale luchtdiensten.

Al deze heffingen worden openbaar gemaakt en medegedeeld aan de Internationale Burgerluchtvaartorganisatie [...]. Geen tarieven, rechten of andere heffingen mogen door een Verdragsluitende Staat worden opgelegd voor het enkele recht van het vliegen over, het binnenvliegen in of het vertrek uit zijn grondgebied door een luchtvaartuig van een Verdragsluitende Staat of van daarmede vervoerde personen of eigendommen.”

10. Artikel 24 van hoofdstuk IV van het Verdrag van Chicago („Maatregelen ter vergemakkelijking van de luchtvaart”) heeft betrekking op „douanerechten” en bepaalt onder meer het volgende:

„a) Luchtvaartuigen op een vlucht naar, van of over het grondgebied van een andere Verdragsluitende Staat, moeten met inachtneming van de douanevoorschriften van die Staat tijdelijk vrij van rechten worden toegelaten. Brandstoffen [...] welke zich aan boord van een luchtvaartuig van een Verdragsluitende Staat bevinden bij aankomst op het grondgebied van een andere Verdragsluitende Staat en welke zich nog aan boord bevinden bij het vertrek van het grondgebied van die Staat worden vrijgesteld van douanerechten, inspectiekosten of soortgelijke nationale of plaatselijke rechten en kosten.

[...]”

11. Bij het Verdrag van Chicago is de Internationale Burgerluchtvaartorganisatie (International Civil Aviation Organisation; hierna „ICAO”) ingesteld, die sinds 1947 de status van gespecialiseerde organisatie van de Verenigde Naties⁵ heeft. Alle 27 lidstaten van de Europese Unie zijn partij, terwijl de Unie zelf binnen de ICAO slechts een status als waarnemer heeft. De ICAO kan niet alleen wettelijk bindende normen uitvaardigen, maar eveneens niet-bindende aanbevelingen doen.

2. Het Protocol van Kyoto

12. Het Protocol van Kyoto bij het Raamverdrag van de Verenigde Naties inzake klimaatverandering (het Protocol van Kyoto)⁶ is vastgesteld op 11 december 1997 en van kracht geworden op 16 februari 2005. Het is zowel door de toenmalige Europese Gemeenschap⁷ als door alle 27 lidstaten van de Europese Unie geratificeerd.

13. In het Protocol van Kyoto zijn de partijen die tot de „ontwikkelde landen” behoren⁸,

verplichtingen aangegaan ter beperking of reductie van hun antropogene broeikasgasemissies. Voor de Europese Unie en haar lidstaten betekent dit voor de periode 2008 tot 2012 een globale verplichting tot reductie van hun broeikasgasemissies met 8% ten opzichte van de niveaus van 1990.⁹

14. Tot de mogelijke maatregelen die de partijen bij het Protocol van Kyoto voor de nakoming van hun verplichtingen tot beperking en reductie van emissies nemen, behoren volgens artikel 2, lid 1, sub a, punt vii, van het Protocol van Kyoto ook:

„maatregelen om de emissies van niet krachtens het Protocol van Montreal beheerste broeikasgassen in de transportsector te beperken en/of te reduceren”.

15. Voorts bepaalt artikel 2, lid 2, van het Protocol van Kyoto:

„De in Bijlage I opgenomen partijen streven naar beperking of reductie van emissies van niet krachtens het Protocol van Montreal beheerste broeikasgassen uit de in de lucht- en

5 — Zie hieromtrent het op 1 oktober 1947 in New York ondertekende protocol (RTNU, band 8, blz. 315).

6 — PB 2002, L 130, blz. 4 (RTNU, band 2303, blz. 148).

7 — Beschikking van de Raad van 25 april 2002 betreffende de goedkeuring namens de Europese Gemeenschap van het Protocol van Kyoto bij het Raamverdrag van de Verenigde Naties inzake Klimaatverandering en de gezamenlijke nakoming van de in dat kader aangegeven verplichtingen (PB L 130, blz. 1).

8 — Een lijst van de partijen die als ontwikkelde landen worden beschouwd, en van enkele landen die een overgang naar een markteconomie doormaken, is te vinden in bijlage I bij het Raamverdrag van de Verenigde Naties inzake Klimaatverandering (op 9 september 1992 aangenomen in New York; PB 1994, L 33, blz. 13; RTNU, band 1771, blz. 107); daartoe behoren met name de voormalige Europese Gemeenschap en al haar lidstaten.

9 — Artikel 3, lid 1, van het Protocol van Kyoto junctis de bijlagen I B en II.

zeevaart gebruikte bunkerbrandstoffen, waarbij zij werken via respectievelijk de Internationale Burgerluchtvaartorganisatie en de Internationale Maritieme Organisatie.”

zij sinds 24 juni 2010 op voorlopige basis van toepassing¹³.

3. De Open Skies-overeenkomst tussen de EU en de VS

16. De Overeenkomst inzake luchtvervoer tussen de Europese Gemeenschap en haar lidstaten enerzijds en de Verenigde Staten van Amerika anderzijds¹⁰ („Open Skies-overeenkomst”) is in april 2007 ondertekend en door een protocol van 24 juni 2010 („wijzigingsprotocol van 2010”) op meerdere punten gewijzigd¹¹. In haar oorspronkelijke versie werd de Open Skies-overeenkomst vanaf 30 maart 2008 voorlopig toegepast¹², in de versie van het wijzigingsprotocol van 2010 is

17. In artikel 2 van de Open Skies-overeenkomst is het beginsel van „eerlijke en gelijke gelegenheid” als volgt vastgelegd:

„Elke partij geeft de luchtvaartmaatschappijen van de andere partij eerlijke en gelijke gelegenheid tot mededinging bij het aanbieden van het internationaal luchtvervoer waarop deze Overeenkomst betrekking heeft.”

18. Onder het opschrift „Verlening van rechten” is in artikel 3 van de Open Skies-overeenkomst, met name in lid 4 daarvan, het volgende bepaald:

„Elke partij laat iedere luchtvaartmaatschappij vrij in de bepaling van frequentie en capaciteit van het internationaal luchtvervoer dat zij op basis van commerciële overwegingen op de markt aanbiedt. Overeenkomstig dit recht legt geen van beide partijen eenzijdig beperkingen op met betrekking tot verkeersvolume, frequentie of regelmaat

10 — PB 2007, L 134, blz. 4.

11 — Protocol tot wijziging van de luchtvervoersovereenkomst tussen de Verenigde Staten van Amerika en de Europese Gemeenschap en haar lidstaten, ondertekend op 25 en 30 april 2007, op 24 juni 2010 ondertekend te Luxemburg (PB 2010, L 223, blz. 3).

12 — Artikel 25, lid 1, van de Open Skies-overeenkomst juncto artikel 1, lid 3, van besluit 2007/339/EG van de Raad en de vertegenwoordigers van de regeringen van de lidstaten van de Europese Unie, in het kader van de Raad bijeen van 25 april 2007 inzake de ondertekening en voorlopige toepassing van de Overeenkomst inzake luchtvervoer tussen de Europese Gemeenschap en haar lidstaten, enerzijds, en de Verenigde Staten van Amerika, anderzijds (PB L 134, blz. 1).

13 — Artikel 9, lid 1, van het Protocol tot wijziging van 2010 juncto artikel 1, lid 3, van besluit 2010/465/EU van de Raad en de vertegenwoordigers van de regeringen van de lidstaten van de Europese Unie, in het kader van de Raad bijeen van 24 juni 2010 inzake de ondertekening en voorlopige toepassing van het Protocol tot wijziging van de luchtvervoersovereenkomst tussen de Verenigde Staten van Amerika, enerzijds, en de Europese Gemeenschap en haar lidstaten, anderzijds (PB L 223, blz. 1).

van de diensten dan wel ten aanzien van het vliegtuigtype of de vliegtuigtypen die door de luchtvaartmaatschappijen van de andere partij wordt, c.q. worden gebruikt, noch eist zij indiening van dienstregelingen, programma's voor chartervluchten of operationele plannen door luchtvaartmaatschappijen van de andere partij, tenzij dit mag worden geëist in verband met de douane of om technische, bedrijfs- of milieu- (overeenkomstig artikel 15) redenen onder gelijke voorwaarden overeenkomstig artikel 15 van het Verdrag."

19. Artikel 7, „Toepassing van wetgeving” van de Open Skies-overeenkomst bepaalt:

„1. De wetten en voorschriften van een partij betreffende de toelating tot of het vertrek uit haar grondgebied van aan de internationale luchtvaart deelnemende luchtvaartuigen of betreffende de exploitatie van en het besturen van deze luchtvaartuigen zolang ze zich binnen haar grondgebied bevinden, dienen te worden toegepast op de door de luchtvaartmaatschappijen van de andere partij gebruikte luchtvaartuigen en moeten door deze luchtvaartuigen worden nageleefd bij hun binnenkomst in of hun vertrek uit, dan wel gedurende hun verblijf binnen het grondgebied van eerstgenoemde partij.

2. Bij binnenkomst in, gedurende het verblijf binnen of bij vertrek vanuit het grondgebied van een partij moeten de wetten en voorschriften die binnen dat grondgebied met betrekking tot de toelating tot of het vertrek uit haar grondgebied van passagiers, bemanning of vracht aan boord van het vliegtuig gelden (met inbegrip van de formaliteiten verbonden aan binnenkomst, inkleding, immigratie, paspoorten, douane en quarantaine of, in het geval van post, postvoorschriften) door of namens deze passagiers, bemanningen of vracht

van de luchtvaartmaatschappijen van de andere partij worden nageleefd."

20. Onder het opschrift „Douanerechten en -heffingen” bepaalt artikel 11 van de Open Skies-overeenkomst:

„1. Luchtvaartuigen die door de luchtvaartmaatschappijen van de andere partij voor internationaal luchtvervoer worden gebruikt, [...] zijn bij binnenkomst op het grondgebied van een partij op basis van wederkerigheid vrijgesteld van alle invoerbepalingen, onroerendgoed- en vermogensbelasting, douanerechten, accijnzen en soortgelijke kosten en lasten, die a) worden opgelegd door de nationale autoriteiten van de Europese Gemeenschap en b) niet gebaseerd zijn op de kosten van de dienstverlening, mits deze uitrusting en voorraden aan boord van het luchtvaartuig blijven.

2. Eveneens vrijgesteld op basis van wederkerigheid van de belastingen, heffingen, rechten, kosten en lasten als bedoeld in lid 1 van dit artikel, met uitzondering van de lasten die gebaseerd zijn op de kosten van de dienstverlening, zijn:

[...]

c) motorbrandstof, smeermiddelen en verbruikbare technische voorraden die worden ingevoerd of geleverd op het grondgebied van een partij voor gebruik door een voor internationaal luchtvervoer gebruikt luchtvaartuig van een luchtvaartmaatschappij van de andere partij, zelfs wanneer deze voorraden zullen

worden gebruikt tijdens het deel van de reis dat wordt gemaakt over het grondgebied van de partij waar zij aan boord zijn genomen;

[...]"

21. Onder het opschrift „Milieu” is in artikel 15 van de Open Skies-overeenkomst — in de versie van het wijzigingsprotocol van 2010 — onder meer het volgende bepaald¹⁴:

„1. De partijen erkennen dat het belangrijk is het milieu te beschermen bij de ontwikkeling en tenuitvoerlegging van internationaal luchtvaartbeleid, waarbij de kosten en baten van milieubeschermsmaatregelen zorgvuldig tegen elkaar moeten worden afgewogen en, waar nodig, samen moet worden gestreefd naar effectieve mondiale oplossingen. De partijen zijn voornemens samen te werken om, op economisch redelijke wijze, het effect van de internationale luchtvaart op het milieu te beperken of terug te dringen.

14 — De tekst van artikel 15, lid 3, van de Open Skies-overeenkomst waarnaar de verwijzende rechter in zijn vragen uitdrukkelijk verwijst, is ten opzichte van de oorspronkelijke versie van de Open Skies-overeenkomst niet gewijzigd. De onbeduidende afwijking in de Duitse versie van artikel 15, lid 3, eerste zin (daar wordt thans gesproken van „Umweltschutzstandards” en niet meer van „Umweltschutznormen”) wordt niet weerspiegeld in anderstalige versies; in de Engelse versie wordt nog steeds gesproken van „aviation environmental standards” en in de Franse versie van „normes sur la protection de l’environnement”.

2. Wanneer een partij voorgestelde milieumaatregelen overweegt op regionaal, nationaal of lokaal niveau, dient zij de mogelijke nadelige gevolgen daarvan voor de uitoefening van de in deze Overeenkomst vervatte rechten te evalueren, en indien bedoelde maatregelen worden aangenomen, passende stappen te ondernemen om dergelijke nadelige gevolgen te verzachten. Op verzoek van een partij geeft de andere partij een beschrijving van deze evaluatie en van de verzachtende maatregelen.

3. Bij de vaststelling van milieumaatregelen moeten de door de Internationale Burgerluchtvaartorganisatie in de bijlagen bij het Verdrag vastgestelde milieunormen voor de luchtvaart worden gevolgd, tenzij mededeling is gedaan van verschillen. De partijen passen milieumaatregelen toe die van invloed zijn op de onder deze Overeenkomst vallende luchtdiensten overeenkomstig artikel 2 en artikel 3, lid 4, van deze Overeenkomst.

4. De partijen bevestigen nogmaals de verbintenis van de lidstaten en de Verenigde Staten van Amerika om het beginsel van de evenwichtige benadering toe te passen.

[...]

7. Indien de partijen dit vragen, ontwikkelt het Gemengd Comité, bijgestaan door deskundigen, beleidsaanbevelingen met betrekking tot de mogelijke overlapping van en

samenhang tussen marktgebaseerde maatregelen inzake luchtvaartemissies die door de partijen worden toegepast, teneinde duplicatie van maatregelen en kosten te vermijden en de administratieve rompslomp voor luchtvaartmaatschappijen zo veel mogelijk te beperken. De tenuitvoerlegging van dergelijke aanbevelingen moet door de partijen worden goedgekeurd en geratificeerd, overeenkomstig hun interne voorschriften.

8. Indien een partij van mening is dat een zaak met betrekking tot milieubescherming in de luchtvaartsector, inclusief voorgestelde nieuwe maatregelen, bezwaarlijk is voor de toepassing of tenuitvoerlegging van deze Overeenkomst, kan zij vragen om een bijeenkomst van het Gemengd Comité, overeenkomstig het bepaalde in artikel 18, om de kwestie te bespreken en passende antwoorden te formuleren voor terecht bevonden bezwaren.”

B — *Recht van de Unie*

22. De in de Europese Unie geldende regeling voor de handel in broeikasgasemissierechten (hierna: „Unieregeling”) beoogt broeikasgasemissies met marktgebaseerde instrumenten te limiteren en te verminderen. Deze regeling, die soms ook met de Engelse uitdrukking „cap and trade” wordt omschreven, werd

ingevoerd door richtlijn 2003/87/EG¹⁵ en geldt voor de gehele Europese Economische Ruimte (EER).¹⁶

23. Volgens punt 5 van de considerans beoogt richtlijn 2003/87 met name de omzetting van de uit het Protocol van Kyoto voortvloeiende verplichtingen van de Unie:

„De Gemeenschap en haar lidstaten zijn overeengekomen gezamenlijk aan hun verplichtingen uit hoofde van het Protocol van Kyoto betreffende de reductie van de antropogene broeikasgasemissies te voldoen, overeenkomstig Beschikking 2002/358/EG. De richtlijn draagt ertoe bij dat de Europese Gemeenschap en haar lidstaten door middel van een efficiënte Europese markt voor broeikasgasemissierechten doeltreffender en met een zo gering mogelijke teruggang van de economische ontwikkeling en de werkgelegenheid aan hun verplichtingen voldoen.”

24. Oorspronkelijk vielen de naar de luchtvaart te herleiden emissies van broeikasgassen niet onder de Unieregeling. In 2008 besloot de Uniewetgever echter om ook

15 — Richtlijn 2003/87/EG van het Europees Parlement en de Raad van 13 oktober 2003 tot vaststelling van een regeling voor de handel in broeikasgasemissierechten binnen de Gemeenschap en tot wijziging van richtlijn 96/61/EG van de Raad (PB L 275, blz. 32).

16 — De uitbreiding tot de gehele EER vond plaats bij besluit 146/2007 van 26 oktober 2007 van het Gemengd Comité van de EER tot wijziging van bijlage XX (Milieu) bij de EER-Overeenkomst (PB 2008, L 100, blz. 92) en, met betrekking tot het luchtvervoer, bij besluit 6/2011 van 1 april 2011 van het Gemengd Comité van de EER tot wijziging van bijlage XX (Milieu) bij de EER-Overeenkomst (PB L 93, blz. 35).

luchtvaartactiviteiten onder de regeling te brengen, en wel met ingang van 1 januari 2012. Voor 2012 zullen dus alle luchtvaartmaatschappijen — ook die uit derde landen — voor de eerste maal emissierechten moeten kopen en inleveren voor hun vluchten van en naar Europese luchthavens. Met dat doel werd richtlijn 2003/87 gewijzigd en aangevuld door richtlijn 2008/101.¹⁷

25. De gewijzigde richtlijn bevat een nieuw hoofdstuk II met het opschrift „Luchtvaart”, dat bestaat uit de artikelen 3 bis tot en met 3 octies. Het toepassingsgebied van dit hoofdstuk wordt in artikel 3 bis als volgt gedefinieerd:

„De bepalingen van dit hoofdstuk zijn van toepassing op het toewijzen en verlenen van emissierechten voor de in bijlage I genoemde luchtvaartactiviteiten.”

Volgens de begripsbepaling in bijlage I van de gewijzigde richtlijn zijn luchtvaartactiviteiten in de zin van de richtlijn „Vluchten die vertrekken vanaf of aankomen op een luchtvaartterrein op het grondgebied van een lidstaat waarop het Verdrag van toepassing is.”¹⁸

17 — Hierna wordt richtlijn 2003/87 zoals gewijzigd bij richtlijn 2008/101 ook aangeduid als „gewijzigde richtlijn”.

18 — Enkele luchtvaartactiviteiten vallen volgens bijlage I van de gewijzigde richtlijn niet onder de Unieregeling, zoals bijvoorbeeld militaire vluchten uitgevoerd door militaire luchtvaartuigen.

In bijlage IV, deel B, van de gewijzigde richtlijn is voorts vastgelegd dat de emissies door luchtvaartactiviteiten met behulp van de formule „brandstofverbruik x emissiefactor” worden berekend. Bovendien volgt uit die bijlage dat de omvang van de luchtvaartactiviteit van vliegtuigexploitanten wordt berekend volgens de formule „tonkilometers = afstand x last”, waarbij als afstand de orthodromische afstand tussen het luchtvaartterrein van vertrek en het luchtvaartterrein van aankomst geldt, plus een extra vaste component van 95 km.

26. Met betrekking tot de „totale hoeveelheid emissierechten voor de luchtvaart” bepaalt artikel 3 quater van de gewijzigde richtlijn:

„1. Voor de periode van 1 januari 2012 tot en met 31 december 2012 is de totale hoeveelheid aan vliegtuigexploitanten toe te wijzen emissierechten gelijk aan 97% van de historische luchtvaartemissies.

2. Voor de [...] periode die ingaat op 1 januari 2013, en, indien er [...] geen wijzigingen zijn aangebracht, voor iedere volgende periode, is de totale hoeveelheid aan vliegtuigexploitanten toe te wijzen emissierechten gelijk aan 95% van de historische luchtvaartemissies

vermenigvuldigd met het aantal jaren in de periode. [...]”¹⁹

betrekking tot de overdracht, inlevering en annulering van rechten het volgende:

27. Artikel 3 quinquies van de gewijzigde richtlijn bepaalt onder het opschrift „Toewijzingsmethode voor emissierechten voor de luchtvaart middels veiling” als volgt:

„1. Voor de in artikel 3 quater, lid 1, bedoelde periode wordt 15 % van de rechten geveild.

2. Vanaf 1 januari 2013 wordt 15 % van de rechten geveild. Dit percentage kan worden verhoogd, als onderdeel van de algehele evaluatie van deze richtlijn.

[...]

4. De lidstaten bepalen hoe de opbrengsten van de veiling van emissierechten worden gebruikt. De opbrengsten zouden moeten worden gebruikt om de klimaatverandering in de Europese Unie en in derde landen aan te pakken, [...]

[...]”

28. In hoofdstuk IV van de gewijzigde richtlijn („Bepalingen voor luchtvaart en vaste installaties”) bepaalt artikel 12, lid 2 bis, met

19 — De historische luchtvaartemissies worden volgens artikel 3, sub s, van de gewijzigde richtlijn berekend op basis van het rekenkundige gemiddelde van de jaarlijkse emissies door vliegtuigen in de kalenderjaren 2004 tot en met 2006. Zij zijn onlangs vastgesteld in besluit 2011/149/EU van de Commissie van 7 maart 2011 (PB L 61, blz. 42).

„De administrerende lidstaten dragen er zorg voor dat elke vliegtuigexploitant uiterlijk 30 april van elk jaar een hoeveelheid emissierechten inlevert die gelijk is aan de totale emissies, gedurende het voorgaande kalenderjaar, van in bijlage I genoemde luchtvaartactiviteiten waarvoor deze de vliegtuigexploitant is, als geverifieerd overeenkomstig artikel 15. De lidstaten dragen er zorg voor dat de overeenkomstig dit lid ingeleverde rechten vervolgens worden geannuleerd.”

29. Overeenkomstig artikel 16 van de gewijzigde richtlijn moeten de lidstaten de regeling voor de handel in broeikasgasemissierechten doeltreffend uitvoeren en voor schendingen doeltreffende, evenredige en afschrikkende sancties vaststellen. Deze sancties kunnen zelfs een exploitatieverbod inhouden, dat de Commissie op verzoek van een lidstaat kan opleggen. De namen van vliegtuigexploitanten die zich niet houden aan hun verplichtingen ingevolge deze regeling worden bekendgemaakt.

30. Artikel 25 bis van de gewijzigde richtlijn bepaalt onder het opschrift „Maatregelen van derde landen om het effect van de luchtvaart op de klimaatverandering te verminderen”:

„1. Indien een derde land maatregelen vaststelt om het klimaatveranderingseffect van vluchten die vanuit dat land vertrekken en in de Gemeenschap aankomen, te verminderen, bekijkt de Commissie na overleg met dat derde land en met de lidstaten [...] welke mogelijkheden er zijn om in een optimale interactie tussen de Gemeenschapsregeling en de maatregelen van dat land te voorzien.

Indien nodig kan de Commissie wijzigingen aannemen om vluchten vanuit het betreffende derde land van de in bijlage I genoemde luchtvaartactiviteiten uit te sluiten, of met het oog op andere wijzigingen van de in bijlage I genoemde luchtvaartactiviteiten [...].

2. De Gemeenschap en haar lidstaten blijven ijveren om een akkoord te bereiken over algemene maatregelen met het oog op het verminderen van de uitstoot van broeikasgassen door de luchtvaart. In het licht van dat akkoord gaat de Commissie na of wijzigingen van deze richtlijn nodig zijn wat betreft de toepassing ervan op vliegtuigexploitanten.”

31. Aanvullend wil ik verwijzen naar de considerans van richtlijn 2008/101 waar in de punten 8, 9, 10, 11 en 17 het volgende wordt opgemerkt:

„(8) Het Protocol van Kyoto [...] schrijft voor dat de geïndustrialiseerde landen streven naar beperking of reductie van emissies

van niet krachtens het Protocol van Montreal beheerste broeikasgassen door de luchtvaart, waarbij zij werken via de Internationale Burgerluchtvaartorganisatie (ICAO).

- (9) De Gemeenschap is weliswaar geen verdragsluitende partij bij het [Verdrag van Chicago], maar alle lidstaten zijn partij bij dat verdrag en lid van de ICAO. Samen met andere staten blijven de lidstaten in het kader van de ICAO samenwerken bij de ontwikkeling van maatregelen, waaronder marktgebaseerde instrumenten, om de bijdrage aan de klimaatverandering van de luchtvaart aan te pakken. Tijdens de zesde vergadering van het Comité milieubescherming en luchtvaart van de ICAO in 2004 werd men het erover eens dat een luchtvaartspecifieke regeling voor de handel in emissierechten op basis van een nieuw juridisch instrument onder auspiciën van de ICAO dermate onaantrekkelijk leek dat die toen niet verder hoefde te worden nagestreefd. In haar Resolutie A35-5 heeft de 35e Algemene Vergadering van de ICAO in september 2004 dan ook, in plaats van een nieuw juridisch instrument voor te stellen, een open handel in emissierechten onderschreven, alsmede de mogelijkheid voor staten om de emissies door de internationale luchtvaart op te nemen in hun regelingen voor de handel in emissierechten. In bijlage L bij Resolutie

A36-22 van de 36e Algemene Vergadering van de ICAO van september 2007 worden de verdragsluitende partijen opgeroepen geen systeem voor handel in emissierechten op vliegtuigexploitanten van andere verdragsluitende partijen toe te passen, tenzij in onderlinge overeenstemming tussen de betrokken staten. Onder verwijzing naar het feit dat in het Verdrag van Chicago uitdrukkelijk wordt erkend dat elke verdragsluitende partij het recht heeft om op niet-discriminerende wijze haar eigen wet- en regelgeving inzake luchtvaart toe te passen op de vliegtuigen van alle staten, hebben de lidstaten van de Europese Gemeenschap en vijftien andere Europese staten bij deze resolutie een voorbehoud gemaakt en zich op basis van het Verdrag van Chicago het recht voorbehouden om op niet-discriminerende wijze marktinstrumenten aan te nemen en toe te passen op alle vliegtuigexploitanten van alle staten die naar, vanuit of op hun grondgebied diensten leveren.

2003 en oktober 2004 heeft de Raad de Commissie herhaaldelijk opgeroepen om maatregelen voor te stellen om het effect van het internationale luchtvervoer op de klimaatverandering terug te dringen.

- (11) Er moeten op lidstaat- en Gemeenschapsniveau in alle sectoren van de economie van de Gemeenschap beleidsmaatregelen worden uitgevoerd om de aanmerkelijke verminderingen die nodig zijn, te bewerkstelligen. Als het effect van de luchtvaartsector op de klimaatverandering in het huidige tempo blijft toenemen, zal dit de verminderingen die in andere sectoren zijn bereikt om de klimaatverandering tegen te gaan, in aanzienlijke mate teniet doen.
- [...]
- (17) De Gemeenschap en haar lidstaten moeten blijven ijveren om een akkoord te bereiken over algemene maatregelen met het oog op het verminderen van de uitstoot van broeikasgassen door de luchtvaart. De Gemeenschapsregeling kan daarbij als blauwdruk dienen voor het gebruik van emissiehandel op mondiaal niveau. De Gemeenschap en haar lidstaten moeten bij de uitvoering van deze richtlijn in contact blijven met derden en derde landen verder aanmoedigen om equivalente maatregelen te nemen.
- (10) In het zesde milieuactieprogramma van de Gemeenschap, dat werd vastgesteld bij Besluit nummer 1600/2002/EG van het Europees Parlement en de Raad werd bepaald dat de Gemeenschap specifieke maatregelen zou vaststellen en invoeren ter beperking van broeikasgasemissies van de luchtvaart, indien daarover in 2002 binnen de ICAO nog geen overeenstemming zou zijn bereikt. In zijn conclusies van oktober 2002, december

Indien een derde land maatregelen vaststelt met minstens aan deze richtlijn gelijkwaardige gevolgen voor het milieu, om het klimaatveranderingseffect van vluchten naar de Gemeenschap te verminderen, bekijkt de Commissie na overleg met dat land, welke mogelijkheden er zijn om in een optimale interactie tussen de Gemeenschapsregeling en de maatregelen van dat land te voorzien. De regelingen voor handel in emissierechten die in derde landen worden ontworpen, worden, wat de luchtvaart betreft, gaandeweg door optimale interactie met de Gemeenschapsregeling gekenmerkt. Bilaterale akkoorden die betrekking hebben op een koppeling van de Gemeenschapsregeling aan andere verhandelingsstelsels om een gemeenschappelijk stelsel te vormen of waarbij rekening wordt gehouden met gelijkwaardige maatregelen om dubbele regelgeving te voorkomen, kunnen een stap in de richting van een mondiaal akkoord zijn. Waar dergelijke bilaterale akkoorden worden gesloten, kan de Commissie de soorten van luchtvaartactiviteiten die in de Gemeenschapsregeling zijn opgenomen, wijzigen, inclusief overeenkomstige wijzigingen in de totale hoeveelheid aan vliegtuigexploitanten te vergeven rechten.”

C — Nationaal recht

32. In het recht van het Verenigd Koninkrijk is de Aviation Greenhouse Gas Emissions

Trading Scheme Regulations 2009²⁰ (regeling voor de handel in broeikasgasemissierechten betreffende de luchtvaart van 2009; hierna: „regeling van 2009”) relevant, die een deel bevat van de maatregelen tot omzetting van richtlijn 2008/101²¹ in nationaal recht.

III — Hoofdingeding

33. Bij de High Court of Justice of England and Wales (Queen’s Bench Division, Administrative Court), de verwijzende rechter, is een beroep aanhangig tegen de regeling van 2009.

34. Dit beroep is op 16 december 2009 ingesteld door vier partijen gevestigd in de VS. Het gaat om The Air Transport Association of America (ATAA), American Airlines (AA), Continental Airlines (Continental) en United Air Lines (UAL). ATAA is een handels- en dienstenassociatie van luchtvaartmaatschappijen in de VS, zonder winstoogmerk. AA, Continental en UAL zijn drie in de VS gevestigde luchtvaartmaatschappijen die wereldwijd vluchten uitvoeren, met inbegrip van vluchten naar bestemmingen in de Europese Unie. Het Verenigd Koninkrijk is voor deze

²⁰ — SI 2009/2301.

²¹ — Verdere maatregelen tot omzetting in nationaal recht zijn te vinden in de Aviation Greenhouse Gas Emissions Trading Scheme Regulations 2010 (hierna: „regeling van 2010”; SI 2010/1996). Volgens de regering van het Verenigd Koninkrijk heeft de regeling van 2010 die van 2009 deels vervangen en aangevuld, zodat in het vervolg de regeling van 2010 als het nieuwe voorwerp van het hoofdingeding kan worden beschouwd.

partijen de bevoegde administrerende lidstaat in de zin van de Unieregeling.²²

Nature (WWF-UK), The European Federation for Transport and Environment (EFTE), The Environmental Defense Fund (EDF) en Earthjustice.

35. Verweerder is de minister van Energie en Klimaatverandering²³ van het Verenigd Koninkrijk, de in eerste instantie bevoegde nationale autoriteit voor de omzetting van richtlijn 2008/101.

37. In wezen betogen verzoeksters, ondersteund door hun interveniënten, dat richtlijn 2008/101 zoals omgezet door de regeling van 2009 niet verenigbaar is met het internationale recht en dus niet geldig is. Verweerder en zijn interveniënten nemen een volstrekt tegenovergesteld standpunt in.

36. Beide partijen worden ondersteund door interveniënten. Aan de kant van verzoeksters zijn dit twee andere verenigingen²⁴ te weten The International Air Transport Association (IATA), een internationale vereniging van luchtvaartmaatschappijen, en The National Airlines Council of Canada (NACC), een vereniging van Canadese luchtvaartmaatschappijen. Verweerder wordt ondersteund door in totaal vijf milieuverenigingen²⁵, namelijk The Aviation Environment Federation (AEF), de Britse afdeling van het World Wide Fund For

IV — Verzoek om een prejudiciële beslissing en procedure voor het Hof

38. Bij beschikking van 8 juli 2010, bij het Hof ingekomen op 22 juli 2010, heeft de High Court of Justice of England and Wales (Queen's Bench Division, Administrative Court) het Hof de volgende prejudiciële vragen gesteld:

22 — Zie voor de administrerende lidstaat, artikel 3, sub q, en artikel 18 bis van de gewijzigde richtlijn en — ten slotte — verordening (EU) nr. 115/2011 van de Commissie van 2 februari 2011 houdende wijziging van verordening (EG) nr. 748/2009 betreffende de lijst van vliegtuigexploitanten die op of na 1 januari 2006 een in bijlage I bij richtlijn 2003/87/EG van het Europees Parlement en de Raad genoemde luchtvaartactiviteit hebben uitgeoefend, met specificatie van de administrerende lidstaat van elke vliegtuigexploitant (PB L 39, blz. 1).

23 — The Secretary of State for Energy and Climate Change.

24 — Beide treden op als „één enkele interveniënt” („single intervener”).

25 — Ook zij treden op als „één enkele interveniënt” („single intervener”).

„1) Kan in deze zaak op een of alle volgende regels van internationaal recht een beroep worden gedaan om op te komen tegen de geldigheid van richtlijn 2003/87/EG, zoals gewijzigd bij richtlijn 2008/101/

EG teneinde ook luchtvaartactiviteiten onder de Unieregeling te brengen:

- a) het beginsel van internationaal gewoonterecht dat iedere staat de volledige en uitsluitende soevereiniteit heeft over zijn luchtruim;
- b) het beginsel van internationaal gewoonterecht dat geen staat rechtsgeldig enig deel van de volle zee aan zijn soevereiniteit kan onderwerpen;
- c) het beginsel van internationaal gewoonterecht inzake de vrijheid om over volle zee te vliegen;
- d) het beginsel van internationaal gewoonterecht (waarvan het bestaan door verweerder niet wordt erkend) dat luchtvaartuigen die over de volle zee vliegen uitsluitend onder de jurisdictie vallen van het land waar zij zijn ingeschreven, tenzij bij internationaal verdrag uitdrukkelijk anders is bepaald;
- e) het Verdrag van Chicago (met name de artikelen 1, 11, 12, 15 en 24);
- f) de ‚Open Skies‘-overeenkomst (met name de artikelen 7, 11, lid 2, sub c, en 15, lid 3);
- g) het Protocol van Kyoto (met name artikel 2, lid 2)?

Voor zover de eerste prejudiciële vraag bevestigend wordt beantwoord:

2) Is de gewijzigde richtlijn ongeldig indien en voor zover de Unieregeling daarin wordt toegepast op die delen van vluchten (hetzij in het algemeen hetzij door in derde landen geregistreerde luchtvaartuigen) die plaatsvinden buiten het luchtruim van lidstaten van de Unie, omdat dat in strijd is met een of meer van de hierboven genoemde beginselen van internationaal gewoonterecht?

3) Is de gewijzigde richtlijn ongeldig indien en voor zover de Unieregeling daarin wordt toegepast op die delen van vluchten (hetzij in het algemeen hetzij door in derde landen geregistreerde luchtvaartuigen) die plaatsvinden buiten het luchtruim van lidstaten van de Unie:

a) omdat dat in strijd is met de artikelen 1, 11 en/of 12 van het Verdrag van Chicago;

- b) omdat dat in strijd is met artikel 7 van de ‚Open Skies’-overeenkomst? Polen, Zweden, het Verenigd Koninkrijk, IJsland en Noorwegen, alsmede het Europees Parlement, de Raad van de Europese Unie en de Europese Commissie.

4) Is de gewijzigde richtlijn ongeldig voor zover de Unieregeling daarin wordt toegepast op luchtvaartactiviteiten:

- a) omdat dat in strijd is met artikel 2, lid 2, van het Protocol van Kyoto en artikel 15, lid 3, van de ‚Open Skies’-overeenkomst;

- b) omdat dat in strijd is met artikel 15 van het Verdrag van Chicago, op zichzelf of junctis de artikelen 3, lid 4, en 15, lid 3, van de ‚Open Skies’-overeenkomst;

- c) omdat dat in strijd is met artikel 24 van het Verdrag van Chicago, op zichzelf of juncto artikel 11, lid 2, sub c, van de ‚Open Skies’-overeenkomst?”

40. Op 5 juli 2011 vond voor het Hof een terechtzitting plaats, tijdens welke met uitzondering van de regeringen van België, Duitsland, Italië, Nederland, Oostenrijk en IJsland alle deelnemers aan de schriftelijke behandeling alsmede de Deense regering vertegenwoordigd waren.

V — Beoordeling

41. Verzoeksters in het hoofdgeding en de hen ondersteunende verenigingen zijn van mening dat de uitbreiding van de Unieregeling tot internationale luchtvaartactiviteiten onverenigbaar is met een aantal beginselen van internationaal gewoonterecht en met verschillende internationale overeenkomsten. Om die reden zou richtlijn 2008/101, waarbij die uitbreiding heeft plaatsgevonden, ongeldig zijn.

39. Aan de schriftelijke behandeling voor het Hof hebben deelgenomen: verzoeksters in het hoofdgeding, de interveniënten ter beider zijde van de partijen in het hoofdgeding, de regeringen van België, Duitsland, Spanje, Frankrijk, Italië, Nederland, Oostenrijk,

42. Het komt erop neer dat deze partijen richtlijn 2008/101 bestrijden vanuit drie invalshoeken: ten eerste voeren zij aan dat de Europese Unie haar bevoegdheden volgens het internationaal recht overschrijdt wanneer zij de Unieregeling niet beperkt tot enkel

Europese vluchten, maar ook toepast op trajecten van internationale vluchten die over de volle zee of over het grondgebied van derde landen plaatsvinden.²⁶ Ten tweede zijn zij van mening dat een regeling voor de handel in broeikasgasemissierechten voor de internationale luchtvaart in het kader van de ICAO moet worden onderhandeld en vastgesteld; een dergelijke regeling mag niet eenzijdig worden ingevoerd.²⁷ Ten derde zijn zij van mening dat de Unieregeling neerkomt op een door internationale overeenkomsten verboden belasting of heffing.²⁸

43. Het staat vast dat de Europese Unie gebonden is aan het internationaal recht. Enerzijds bezit de Unie rechtspersoonlijkheid (artikel 47 VEU) en kan dus drager zijn van rechten en plichten van internationaal recht. Anderzijds spreekt de Unie uitdrukkelijk uit dat haar streven erop is gericht een bijdrage te leveren aan de strikte eerbiediging en ontwikkeling van het internationaal recht (artikel 3, lid 5, tweede zin, VEU), en de inachtneming van de beginselen van het internationaal recht in de wereld te bevorderen (artikel 21, lid 1, eerste alinea, VEU).

44. Dienovereenkomstig moet de Unie volgens vaste rechtspraak haar bevoegdheden uitoefenen met inachtneming van het

internationale recht.²⁹ In het kader van zijn bevoegdheden in de prejudiciële procedure (artikel 19, lid 3, sub b, VEU en artikel 267, eerste alinea, sub b, VWEU) is het de taak van het Hof te onderzoeken, of de geldigheid van handelingen van de organen van de Unie kan zijn aangetast ten gevolge van strijd met een regel van internationaal recht.³⁰

45. Dit betekent echter niet dat particulieren (dat wil zeggen natuurlijke of rechtspersonen) zich in gerechtelijke procedures naar believen kunnen beroepen op bepalingen of beginselen van internationaal recht om handelingen van organen van de Unie te passeren. Veeleer moet voor elke concrete bepaling en voor elk concreet beginsel van internationaal recht steeds afzonderlijk worden vastgesteld of en in hoeverre er in een door een natuurlijke of rechtspersoon ahangig gemaakt geding een beroep op kan worden gedaan als maatstaf voor de toetsing van de rechtmatigheid van handelingen van de Unie.³¹ Deze problematiek, waaraan de eerste prejudiciële vraag is gewijd, gaat logisch vooraf aan de eigenlijke toetsing van de geldigheid van richtlijn 2008/101 (respectievelijk van richtlijn 2003/87 zoals gewijzigd bij

26 — Deze invalshoek is het voorwerp van de tweede en de derde prejudiciële vraag.

27 — Deze invalshoek is het voorwerp van de vierde prejudiciële vraag, sub a.

28 — Deze invalshoek is het voorwerp van de vierde prejudiciële vraag, sub b en c.

29 — Arresten van 24 november 1992, Poulsen en Diva Navigation (C-286/90, Jurispr. blz. I-6019, punt 9); 16 juni 1998, Racke (C-162/96, Jurispr. blz. I-3655, punt 45); 3 juni 2008, Intertanko e.a. („Intertanko”, C-308/06, Jurispr. blz. I-4057, punt 51), en 3 september 2008, Kadi en Al Barakaat International Foundation/Raad en Commissie („Kadi”, C-402/05 P en C-415/05 P, Jurispr. blz. I-6351, punt 291).

30 — Arrest van 12 december 1972, International Fruit Company e.a. („International Fruit Company”, 21/72–24/72, Jurispr. blz. 1219, punt 6), en arrest Racke (aangehaald in voetnoot 29, punt 27).

31 — Arrest International Fruit Company (aangehaald in voetnoot 30, punt 8); in die zin ook arrest Intertanko (aangehaald in voetnoot 29, met name punten 43 en 45).

richtlijn 2008/101) en moet dus eerst worden besproken.

overeenkomsten wel herhaaldelijk genoemd, maar de verwijzende rechter heeft deze geen onderdeel gemaakt van zijn verzoek om geldigheidstoetsing door het Hof.

46. Bij de beoordeling van de gerezen rechtsvragen zal ik mij overigens beperken tot de beginselen en bepalingen van internationaal recht die de nationale rechter in zijn vragen heeft genoemd. Het lijkt mij niet doelmatig om in te gaan op andere internationale overeenkomsten, met name die aangevoerd door de interveniënten aan de zijde van verzoeksters in het hoofdeding.³² Het is weliswaar theoretisch mogelijk dat het Hof in een prejudiciële procedure ambtshalve ingaat op eventuele ongeldigheidsgronden die de verwijzende rechter niet aan het Hof heeft voorgelegd.³³ In het geval van prejudiciële vragen over de geldigheid zou het Hof echter terughoudend gebruik moeten maken van deze mogelijkheid. Wanneer uit het dossier blijkt dat de nationale rechter impliciet heeft geweigerd een bepaling voor te leggen aan het Hof, behoort het Hof daar ook niet op in te gaan.³⁴ Dat is in casu het geval: in de verwijzingsbeschikking van de High Court worden de andere door de interveniënten aangehaalde internationale

A — Internationale overeenkomsten en beginselen van internationaal gewoonterecht als maatstaf voor de toetsing van de geldigheid van richtlijn 2008/101 (eerste prejudiciële vraag)

47. In het kader van de eerste prejudiciële vraag moet het fundamentele probleem worden besproken of en in hoeverre de door de verwijzende rechter aangehaalde internationale overeenkomsten en beginselen van internationaal gewoonterecht eigenlijk wel kunnen worden gebruikt als maatstaf voor de toetsing van de geldigheid van richtlijn 2008/101 in een geding bij de nationale rechter dat door natuurlijke of rechtspersonen — in casu ondernemingen en ondernemersverenigingen — aanhangig is gemaakt.

32 — Daarbij gaat het met name om de Euro-mediterrane luchtvaartovereenkomst tussen de Europese Gemeenschap en haar lidstaten, enerzijds, en het Koninkrijk Marokko, anderzijds (ondertekend te Brussel op 12 december 2006; PB 2006, L 386, blz. 57) en om de Overeenkomst inzake luchtvervoer tussen de regering van Canada en de Europese Unie en haar lidstaten (ondertekend te Brussel op 17 december 2009; PB 2010, L 207, blz. 32). Bovendien verwijzen de interveniënten naar enkele door de lidstaten gesloten bilaterale luchtvaartovereenkomsten.

33 — Arrest van 7 september 1999, De Haan (C-61/98, Jurispr. blz. I-5003, punt 47).

34 — In die zin arresten van 5 oktober 1988, Alsatel (247/86, Jurispr. blz. 5987, punten 7 en 8), en 11 november 1997, Eurotunnel e.a. (C-408/95, Jurispr. blz. I-6315, punt 34 juncto punt 33).

48. Ik zal deze thematiek eerst bespreken voor de drie internationale overeenkomsten in kwestie — het Verdrag van Chicago, het Protocol van Kyoto en de Open Skies-overeenkomst — (zie hierna, paragraaf 1) en vervolgens voor de verschillende door de verwijzende rechter aan de orde gestelde beginselen van internationaal gewoonterecht (zie hierna, paragraaf 2).

1. Internationale overeenkomsten (eerste prejudiciële vraag, sub e tot en met g)

a) Het Verdrag van Chicago (eerste prejudiciële vraag, sub e)

49. Internationale overeenkomsten kunnen volgens vaste rechtspraak onder twee voorwaarden worden gebruikt als maatstaf voor de toetsing van de geldigheid van handelingen van de organen van de Unie³⁵:

51. Wat het Verdrag van Chicago betreft is reeds niet voldaan aan het eerste van de hierboven in punt 49 genoemde criteria.

— ten eerste moet de Europese Unie gebonden worden door de betrokken overeenkomst,

52. De Europese Unie is namelijk geen partij bij het Verdrag van Chicago. Uit dit Verdrag vloeien dus formeel geen rechten en plichten voort voor de Unie.

— ten tweede mogen de aard en opzet van de overeenkomst zich niet verzetten tegen een dergelijke geldigheidstoetsing en moeten bovendien haar bepalingen inhoudelijk onvoorwaardelijk en voldoende nauwkeurig zijn.

53. Verzoeksters in het hoofdgeding en de hen ondersteunende verenigingen zijn evenwel van mening dat de Unie materieel gebonden wordt door het Verdrag van Chicago. Daartoe baseren zij zich enerzijds op artikel 351 VWEU en beroepen zij zich anderzijds op de theorie van de functionele opvolging.

50. Daarbij moet in het kader van het tweede criterium rekening worden gehouden met het feit dat de vraag betreffende de geldigheid van richtlijn 2008/101 in de onderhavige zaak moet worden beantwoord in een geding dat door particulieren — verschillende luchtvaartmaatschappijen en een vereniging van luchtvaartmaatschappijen — aanhangig is gemaakt.³⁶

54. Beide argumenten houden echter geen stand.

35 — Arrest Intertanko (aangehaald in voetnoot 29, punten 43-45); zie ook arrest International Fruit Company (aangehaald in voetnoot 30, punten 7 en 8); arrest van 9 oktober 2001, Nederland/Parlement en Raad (C-377/98, Jurispr. blz. I-7079, punt 52), en — met name met betrekking tot het tweede criterium — arresten van 10 januari 2006, IATA en ELFAA (C-344/04, Jurispr. blz. I-403, punt 39), en 9 september 2008, FIAMM e.a./Raad en Commissie („FIAMM”, C-120/06 P en C-121/06 P, Jurispr. blz. I-6513, punt 110).

36 — In die zin ook arrest International Fruit Company (aangehaald in voetnoot 30, punt 8).

i) Geen gebondenheid aan het Verdrag van Chicago ingevolge artikel 351 VWEU

55. Uit artikel 351, eerste alinea, VWEU (voorheen artikel 307 EG-Verdrag respectievelijk artikel 234 EEG-Verdrag) vloeit voort dat de rechten en plichten van de lidstaten

jegens derde landen niet worden aangetast door de Verdragen (dat wil zeggen door het VEU en het VWEU³⁷), indien en voor zover het gaat om rechten en plichten uit internationale overeenkomsten die vóór de datum van toetreding van de betrokken lidstaat tot de Europese Unie zijn gesloten.

betrokken derde landen.⁴⁰ Van toepassing is het ook in het internationaal recht erkende beginsel van de relatieve werking van overeenkomsten, volgens hetwelk overeenkomsten geen rechten en verplichtingen kunnen scheppen voor derden („pacta tertiis nec nocent nec prosunt”).⁴¹

56. Doordat het Unierecht in artikel 351, eerste alinea VWEU dergelijke eerdere overeenkomsten van lidstaten met derde landen erkent, houdt het rekening met het beginsel van internationaal recht „pacta sunt servanda”.³⁸ Met andere woorden het lidmaatschap van de Europese Unie verplicht de lidstaten niet ten opzichte van derde landen contractbreuk te plegen met betrekking tot eerder gesloten internationale overeenkomsten.³⁹

57. De organen van de Unie van hun kant zijn slechts verplicht de nakoming van de verplichtingen van de lidstaten uit dergelijke eerdere overeenkomsten niet te beletten; door eerdere overeenkomsten van de lidstaten wordt de Unie zelf echter niet op basis van het internationale recht gebonden jegens de

58. Het niet gebonden zijn van de Unie aan eerdere overeenkomsten van de lidstaten wordt overigens helemaal duidelijk wanneer de voor eerdere overeenkomsten geldende regels van artikel 351 VWEU worden vergeleken met de regels van artikel 216 VWEU voor overeenkomsten die door de Unie zelf zijn gesloten. Terwijl artikel 216, lid 2, VWEU namelijk bepaalt dat de door de Unie zelf gesloten overeenkomsten verbindend zijn voor de instellingen van de Unie en voor de lidstaten, ontbreekt er in artikel 351 VWEU een vergelijkbare bepaling met betrekking tot eerdere overeenkomsten van de lidstaten. Uit artikel 351 VWEU volgt geen verplichting van de organen van de Unie om het Unierecht aan te passen aan de eerdere overeenkomsten van haar lidstaten. De lidstaten zijn daarentegen volgens artikel 351, tweede alinea, VWEU gehouden om alle passende middelen te gebruiken om eventuele onverenigbaarheden tussen hun eerdere overeenkomsten en de basisverdragen van de Unie (VEU en VWEU) op te heffen. Zo nodig moeten de lidstaten hun

37 — Zie artikel 1, derde alinea, eerste zin, VEU en artikel 1, lid 2, tweede zin, VWEU.

38 — Met betrekking tot het beginsel „pacta sunt servanda”, zie artikel 26 en aanvullend artikel 30, lid 4, sub b, van het Verdrag van Wenen van 23 mei 1969 inzake het verdragenrecht (RTNU, band 1155, blz. 331).

39 — In die zin arresten van 14 oktober 1980, *Burgoa* (812/79, Jurispr. blz. 2787, punt 8); 14 januari 1997, *Centro-Com* (C-124/95, Jurispr. blz. I-81, punt 56); 4 juli 2000, *Commissie/Portugal* (C-62/98, Jurispr. blz. I-5171, punt 44); 18 november 2003, *Budejovický Budvar* (C-216/01, Jurispr. blz. I-13617, punten 144 en 145), en 19 november 2009, *Commissie/Finland* (C-118/07, Jurispr. blz. I-10889, punt 27).

40 — Arrest *Burgoa* (aangehaald in voetnoot 39, punt 9).

41 — Arrest van 25 februari 2010, *Brita* (C-386/08, Jurispr. blz. I-1289, punt 44).

eerdere overeenkomsten met derde landen aanpassen of opzeggen.⁴²

59. Uit artikel 351 VWEU volgt dus geen gebondenheid van de Unie aan het Verdrag van Chicago.

ii) Geen gebondenheid aan het Verdrag van Chicago door een functionele opvolging

60. Ook met behulp van de theorie van de functionele opvolging kan geen gebondenheid van de Unie aan het Verdrag van Chicago worden geconstrueerd.

61. De theorie van de functionele opvolging heeft haar oorsprong in het arrest van het Hof in de zaak *International Fruit Company*. Daarin heeft het Hof vastgesteld dat de toenmalige Europese Economische Gemeenschap gebonden was aan de bepalingen van de GATT 1947, ook zonder formeel lidmaatschap bij die overeenkomst, namelijk voor zover zij op het desbetreffende gebied op grond van het EEG-Verdrag bevoegdheden had overgenomen die voorheen door haar lidstaten werden uitgeoefend.⁴³

62. Deze rechtspraak betreffende de GATT kan echter niet zonder meer worden toegepast op andere internationale overeenkomsten⁴⁴, met name niet op het in casu relevante gebied van de luchtvaart.

63. Enerzijds zijn namelijk in de luchtvaart — in tegenstelling tot de mening van verzoeksters in het hoofdgeding en de hen ondersteunende verenigingen — weliswaar veel, maar nog niet alle bevoegdheden van de lidstaten overgegaan op de Unie.⁴⁵ Zo werden bijvoorbeeld luchtvaartovereenkomsten tot voor kort gesloten als „gemengde overeenkomsten”, waaraan behalve de Unie ook haar lidstaten als verdragsluitende partijen deelnemen.⁴⁶

64. Anderzijds zijn er geen aanwijzingen dat de Europese Unie, of voorheen de Europese Gemeenschap, als opvolgster van haar lidstaten optreedt in het kader van de ICAO en dat de andere verdragsluitende partijen bij het Verdrag van Chicago instemmen met een dergelijk optreden, zoals bij de GATT

42 — Arresten *Commissie/Portugal* (aangehaald in voetnoot 39, punten 49 en 52) en *Budejovický Budvar* (aangehaald in voetnoot 39, punt 170).

43 — Arrest *International Fruit Company* (aangehaald in voetnoot 30, met name punt 18); over de theorie van de functionele opvolging, zie ook arresten van 22 oktober 2009, *Bogiatzi* (C-301/08, Jurispr. blz. I-10185, punt 25), en 4 mei 2010, *TNT Express Nederland* (C-533/08, Jurispr. blz. I-4107, punt 62).

44 — Arresten van 14 juli 1994, *Peralta* (C-379/92, Jurispr. blz. I-3453, punt 16), en 24 juni 2008, *Commune de Mesquer* (C-188/07, Jurispr. blz. I-4501, punt 85), en arrest *Intertanko* (aangehaald in voetnoot 29, punt 48).

45 — Eveneens in die zin — met betrekking tot het Verdrag van Warschau van 12 oktober 1929 tot het brengen van eenheid in enige bepalingen inzake het internationale luchtvervoer — het arrest *Bogiatzi* (aangehaald in voetnoot 43, punten 32 en 33).

46 — Zie hieromtrent bijvoorbeeld de in voetnoot 32 aangehaalde luchtvaartovereenkomsten met Marokko en Canada.

1947 het geval was.⁴⁷ Zoals uit de processtukken blijkt, heeft de Unie in het kader van de ICAO slechts de status van waarnemer en coördineert zij voorafgaand aan de vergaderingen van de ICAO-organen de standpunten van haar lidstaten, maar treedt zij — in elk geval tot op heden — in deze gremia niet op in de plaats van haar lidstaten.⁴⁸ Dit hebben verzoeksters in het hoofdgeding en de hen ondersteunende verenigingen desgevraagd toegegeven tijdens de terechtzitting voor het Hof.

65. Onder deze omstandigheden kan er geen sprake zijn van een functionele opvolging volgens welke de Unie in het kader van de ICAO de rol van haar lidstaten heeft overgenomen en daardoor zelf — materieel — door het Verdrag van Chicago wordt gebonden. De omstandigheid dat alle lidstaten van de Europese Unie partij zijn bij het Verdrag van Chicago, is als zodanig niet voldoende om een gebondenheid van de Unie aan deze overeenkomst te doen ontstaan.⁴⁹

iii) Tussenconclusie

66. Omdat de Europese Unie dus niet aan het Verdrag van Chicago is gebonden, kan deze

overeenkomst niet als maatstaf voor de toetsing van de geldigheid van richtlijn 2008/101 dienen. De omstandigheid dat alle lidstaten van de Unie partij bij het Verdrag van Chicago zijn, kan echter gevolgen hebben voor de uitlegging van de Uniebepalingen⁵⁰; dit vloeit voort uit het eveneens in het internationale recht geldende algemene beginsel van de goede trouw, dat in het Unierecht een bijzondere uitdrukking heeft gevonden in artikel 4, lid 3, VEU⁵¹.

b) Het Protocol van Kyoto en de Open Skies-overeenkomst (eerste prejudiciële vraag, sub f en g)

67. Aan het Protocol van Kyoto en de Open Skies-overeenkomst is de Europese Unie — voorheen Europese Gemeenschap — als verdragsluitende partij bij deze overeenkomsten onbetwistbaar gebonden (zie ook artikel 216, lid 2, VWEU juncto artikel 1, derde alinea, derde zin, VEU). Daarmee is voldaan aan het eerste van de twee hierboven in punt 49 genoemde criteria. Getoetst moet echter nog worden of ook is voldaan aan het tweede, dat wil zeggen of het Protocol van Kyoto en de Open Skies-overeenkomst naar hun aard en opzet geschikt zijn om als maatstaf voor de toetsing van de geldigheid van een handeling van de Unie te dienen en of de betrokken bepalingen

47 — Zie ook in die zin mijn conclusie van 20 november 2007 bij het arrest Intertanko (aangehaald in voetnoot 29, punt 44).

48 — Zie ook de toelichting van de Commissie op haar website, in het Engels op te vragen onder http://ec.europa.eu/transport/air/international_aviation/european_community_icao/european_community_icao_en.htm (laatste keer bezocht op 30 juni 2011).

49 — Eveneens in die zin de arresten Intertanko (aangehaald in voetnoot 29, punt 49) en Bogiatzi (aangehaald in voetnoot 43, punt 33).

50 — Zie hieromtrent mijn opmerkingen met betrekking tot de derde en de vierde prejudiciële vraag (punten 161-236 van deze conclusie).

51 — Arrest Intertanko (aangehaald in voetnoot 29, einde punt 52).

van deze overeenkomsten inhoudelijk onvoorwaardelijk en voldoende nauwkeurig zijn.

geldigheid van handelingen van de organen van de Unie.

i) Inleidende opmerking

68. Elke internationale overeenkomst die de Europese Unie heeft gesloten, is voor haar in de zin van het internationaal recht bindend jegens de andere partijen. De gelding van dergelijke overeenkomsten binnen de Unie is echter geen kwestie van internationaal recht, maar een kwestie van Unierecht. Volgens vaste rechtspraak van het Hof vormen de door de Unie gesloten internationale overeenkomsten vanaf hun inwerkingtreding een („integreerend”) bestanddeel van de Unierechtsorde.⁵² Uit artikel 216, lid 2, VWEU volgt bovendien dat deze overeenkomsten de organen van de Unie en de lidstaten binden. De gelding van een internationale overeenkomst moet echter worden onderscheiden van de werking van haar bepalingen in een concreet rechtsgeding. Want uit de aard en de opzet van een overeenkomst kan voortvloeien dat haar bepalingen binnen de Unie helemaal niet of slechts in beperkte mate kunnen worden gebruikt voor de rechterlijke toetsing van de

69. Wat de werking binnen de Unie is van de bepalingen van een overeenkomst die de Europese Unie met derde landen heeft gesloten, kan niet worden vastgesteld zonder rekening te houden met de internationale oorsprong van deze bepalingen. Wanneer een overeenkomst — wat regelmatig voorkomt — geen uitdrukkelijke regeling bevat omtrent de werking die haar bepalingen in de interne rechtsorde van de verdragsluitende partijen moet hebben, dan is het aan de bevoegde rechter dit door middel van uitlegging te bepalen⁵³, met name op basis van de geest, de opzet of de bewoordingen van de overeenkomst⁵⁴. In elk geval is het aan het Hof om met name op basis van de voormelde criteria vast te stellen of de justitiabelen van de Unie aan de bepalingen van een internationale overeenkomst het recht ontlenen om zich daarop in rechte te beroepen teneinde de geldigheid van een handeling van de Unie te betwisten.⁵⁵

70. Zo heeft het Hof bijvoorbeeld met betrekking tot de regels van de WTO en de

52 — Arrest van 30 april 1974, Haegeman (181/73, Jurispr. blz. 449, punt 5); arresten IATA en ELFAA (aangehaald in voetnoot 35, punt 36) en Brita (aangehaald in voetnoot 41, punt 39), en arrest van 8 maart 2011, Lesoochranárske zoskupenie (C-240/09, Jurispr. blz. 1-1255, punt 30).

53 — Arresten van 26 oktober 1982, Kupferberg (104/81, Jurispr. blz. 3641, punt 17), en 23 november 1999, Portugal/Raad (C-149/96, Jurispr. blz. I-8395, punt 34), en arrest FIAMM (aangehaald in voetnoot 35, punt 108).

54 — Arrest International Fruit Company (aangehaald in voetnoot 30, punt 20); arrest van 5 oktober 1994, Duitsland/Raad (C-280/93, Jurispr. blz. I-4973, punt 110), en arrest FIAMM (aangehaald in voetnoot 35, einde punt 108); zie ook arrest Kupferberg (aangehaald in voetnoot 53, punt 18).

55 — Arrest FIAMM (aangehaald in voetnoot 35, punt 109).

besluiten van de WTO-organen in vaste rechtspraak beslist dat die op grond van hun aard en systematiek helemaal niet als maatstaf voor de toetsing van de geldigheid van handelingen van de Unie kunnen worden gebruikt. In wezen baseert het Hof dit op de grote „soepelheid” (of „flexibiliteit”; in het Frans: „souplesse”) van de GATT (respectievelijk thans het WTO-recht), dat uitgaat van het vinden van oplossingen door onderhandelingen en berust op het wederkerigheidsbeginsel (reciprociteit).⁵⁶

71. Meer in het algemeen geldt bovendien dat een internationale overeenkomst in een door particulieren (dat wil zeggen door natuurlijke of rechtspersonen) aanhangig gemaakt geding alleen als maatstaf kan fungeren voor de toetsing van de geldigheid van handelingen van de organen van de Unie wanneer zij naar haar aard en opzet geschikt is rechten te scheppen waarop particulieren zich in rechte kunnen beroepen.⁵⁷ Met andere woorden, de betrokken internationale

overeenkomst moet dus de rechtspositie van particulieren raken.⁵⁸

72. De rechtspositie van particulieren wordt met name geraakt wanneer hun in een internationale overeenkomst autonome rechten en vrijheden worden verleend⁵⁹, zoals bijvoorbeeld in talrijke door de Europese Unie gesloten associatie-, samenwerkings- of partnerschapsovereenkomsten het geval is.⁶⁰ Milieuovereenkomsten kunnen eveneens bepalingen bevatten waarop betrokkenen zich in rechte kunnen beroepen.⁶¹

73. De slechts beperkte mogelijkheid voor particulieren om zich in rechte op

56 — Zie onder vele andere, de arresten *International Fruit Company* (aangehaald in voetnoot 30, punten 19-27, met name punt 21) en *Duitsland/Raad* (aangehaald in voetnoot 54, punten 106-109); arrest van 12 december 1995, *Chiquita Italia* (C-469/93, Jurispr. blz. I-4533, punten 26-29); arrest *Portugal/Raad* (aangehaald in voetnoot 53, met name punt 47); arresten van 30 september 2003, *Biret International/Raad* (C-93/02 P, Jurispr. blz. I-10497, met name punt 52), en *Biret et Cie/Raad* (C-94/02 P, Jurispr. blz. I-10565, met name punt 55); arrest van 1 maart 2005, *Van Parys* (C-377/02, Jurispr. blz. I-1465, met name punt 39), alsmede arrest *FIAMM* (aangehaald in voetnoot 35, met name punt 111).

57 — Arrest *International Fruit Company* (aangehaald in voetnoot 30, punten 8 en 19). Het Hof volgt een vergelijkbare lijn voor de beslissing of particulieren zich jegens nationale instanties of nationale maatregelen kunnen beroepen op bepalingen in internationale overeenkomsten die de Europese Unie heeft gesloten: zie recent het arrest van 20 mei 2010, *Ioannis Katsivardas — Nikolaos Tsitsikas* (C-160/09, Jurispr. blz. I-4591, punt 45).

58 — Naargelang het concrete geval verdient dit punt een meer of minder intensieve bespreking. In het arrest *IATA en ELFAA* (aangehaald in voetnoot 35, punt 39) kon bijvoorbeeld als vanzelfsprekend worden verondersteld dat het verdrag van Montreal van 28 mei 1999 (verdrag tot het brengen van eenheid in enige bepalingen inzake het internationaal luchtvervoer; PB 2001, L 194, blz. 39; *RTNU*, band 2242, blz. 369) geschikt was om de rechtspositie van particulieren te raken. Want de betrokken bepalingen van het verdrag hadden betrekking op de civielrechtelijke rechten van particulieren op schadevergoeding jegens luchtvaartmaatschappijen en de beperking van de civielrechtelijke aansprakelijkheid van deze maatschappijen.

59 — Zo ook het arrest *Intertanko* (aangehaald in voetnoot 29, punt 59).

60 — Zie onder vele andere, de arresten van 31 januari 1991, *Kziber* (C-18/90, Jurispr. blz. I-199, punten 15-23); 29 januari 2002, *Pokrzepowicz-Meyer* (C-162/00, Jurispr. blz. I-1049, punten 19-30), en 12 april 2005, *Simutenkov* (C-265/03, Jurispr. blz. I-2579, punten 22-29); eveneens in die zin het arrest van 9 december 2010, *Toprak* (C-300/09 en C-301/09, Jurispr. blz. I-12845); reeds in het arrest van 30 september 1987, *Demirel* (12/86, Jurispr. blz. 3719, punt 14), heeft het Hof erkend dat dergelijke overeenkomsten in principe geschikt zijn om rechtstreeks toegepast te worden.

61 — Arrest van 15 juli 2004, *Pêcheurs de l'étang de Berre* (C-213/03, Jurispr. blz. I-7357, met name punt 47).

internationale overeenkomsten als geldigheidsmaatstaf te beroepen, is te verklaren met het doel van de rechtsbescherming van het individu: particulieren genieten in het Unierecht — zoals ook in de meeste nationale rechtsordes — doorgaans rechtsbescherming voor zover dit voor de handhaving van de hun gewaarborgde rechten of vrijheden vereist is (zie ook artikel 47, lid 1, van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie).

verplichtingen van de Unie.⁶² Daarvoor zou pleiten dat het internationale recht bestanddeel is van de Unierechtsorde en dat bevoorrechte partijen in het systeem van de basisverdragen van de Europese Unie niet alleen hun eigen rechten mogen claimen, maar in het algemeen belang een bijdrage leveren aan de rechtmatigheidstoetsing van de handelingen van de organen van de Unie. Daartoe behoort volgens artikel 3, lid 5, tweede zin, VEU niet in de laatste plaats ook de handhaving van een strikte eerbiediging van het internationaal recht.

74. Tegen deze achtergrond moet ook in de onderhavige zaak eerst worden onderzocht of de Open Skies-overeenkomst en het Protocol van Kyoto naar aard en opzet geschikt zijn om rechten te scheppen waarop particulieren zich in rechte kunnen beroepen; vervolgens moet concreet worden getoetst of de betrokken bepalingen van deze overeenkomsten inhoudelijk onvoorwaardelijk en voldoende nauwkeurig zijn opdat particulieren zich in rechte daarop kunnen beroepen.

ii) Het Protocol van Kyoto (eerste prejudiciële vraag, sub g)

76. Wat het Protocol van Kyoto betreft, zijn alleen verzoeksters in het hoofdgeding en de hen ondersteunende verenigingen van mening dat dit rechtstreeks kan worden toegepast. De aan de prejudiciële procedure deelnemende organen en regeringen alsmede de milieuverenigingen huldigen een volstrekt tegenovergesteld standpunt en menen dat het Protocol van Kyoto geen maatstaf kan zijn

75. In de onderhavige zaak hoeft niet te worden nagegaan of andere gunstiger voorwaarden moeten gelden wanneer bevoorrechte partijen in de zin van artikel 263, tweede alinea, VWEU met een beroep tot nietigverklaring zouden stellen dat een handeling van de Unie strijdig is met internationale

62 — In arrest Nederland/Parlement en Raad (aangehaald in voetnoot 35, met name punten 53 en 54) heeft het Hof het toelaatbaar geacht dat een lidstaat in een beroep tegen een door het Parlement en de Raad vastgestelde richtlijn aanvoert dat die richtlijn strijdig is met de internationale verplichtingen van de Europese Gemeenschap (thans: Europese Unie) uit het Verdrag inzake biologische diversiteit, ondertekend te Rio de Janeiro op 5 juni 1992 (PB 1993, L 309, blz. 3; *RTNU*, band 1760, blz. 79). Die toetsing achtte het Hof uitdrukkelijk ook mogelijk wanneer de bepalingen van dat verdrag rechtstreekse werking missen, dus geen rechten scheppen die door particulieren in rechte kunnen worden ingeroepen (punt 54 van dat arrest).

voor de toetsing van de geldigheid van richtlijn 2008/101.

77. Laatstgenoemde mening overtuigt. Noch uit de aard en opzet van het Protocol van Kyoto in het algemeen noch uit het concreet aan de orde zijnde voorschrift (artikel 2, lid 2, ervan) in het bijzonder vloeien aanwijzingen voort die pleiten voor een rechtstreekse toepasselijkheid.

— Aard en opzet van het Protocol van Kyoto

78. Het Protocol van Kyoto is een overeenkomst inzake het milieu en klimaatverandering. Het is een aanvullend protocol bij het Raamverdrag van de Verenigde Naties inzake klimaatverandering.⁶³

79. Het uiteindelijke doel van het Raamverdrag en alle daarmee verband houdende instrumenten is stabilisering van de concentraties van broeikasgassen in de atmosfeer op een niveau waarop een gevaarlijke antropogene verstoring van het klimaatsysteem wordt voorkomen.⁶⁴ De preambule van het Raamverdrag benadrukt onder meer de

bezorgdheid van de mensheid over de nadelige gevolgen van veranderingen van het klimaat op aarde⁶⁵, roept alle landen op zo breed mogelijk samen te werken⁶⁶ en benadrukt de soevereiniteit van staten bij de internationale samenwerking om klimaatverandering tegen te gaan⁶⁷.

80. Alleen al deze doelstelling en de algemene context waarin het Protocol van Kyoto is ingebed, wijzen erop dat het gaat om een rechtsinstrument dat alleen een regeling geeft voor de relatie tussen staten⁶⁸ en hun verplichtingen in het kader van de wereldwijde inspanningen om klimaatverandering tegen te gaan.

81. Kijkend naar de belangrijkste bepalingen van het Protocol van Kyoto zelf wordt deze indruk nog verder versterkt: daar wordt een niet exclusieve lijst van beleidspunten en maatregelen vermeld, die bepaalde partijen (voornamelijk de ontwikkelde landen) voor de nakoming van hun verplichtingen inzake emissiebeperking en -reductie moeten uitvoeren.⁶⁹

63 — Zie bijvoorbeeld de titel van het Protocol van Kyoto en punt 1 van de preambule daarvan.

64 — Zie artikel 2 van het Raamverdrag, waarnaar wordt verwezen in de preambule van het Protocol van Kyoto.

65 — Eerste alinea van de preambule van het Raamverdrag.

66 — Zesde alinea van de preambule van het Raamverdrag.

67 — Negende alinea van de preambule van het Raamverdrag.

68 — Behalve staten kunnen organisaties voor regionale economische integratie partij zijn bij het Protocol van Kyoto. Dit is uiteraard het geval bij de Europese Unie (voorheen Europese Gemeenschap).

69 — Artikel 2, leden 1 en 3, juncto artikel 3 van het Protocol van Kyoto.

82. Zeker zullen de in het kader van het Protocol van Kyoto door de partijen genomen maatregelen tegen klimaatverandering op middellange en lange termijn gunstig zijn voor particulieren omdat zij het behoud van het milieu bevorderen. Ook is het waarschijnlijk dat aan sommige van de genomen maatregelen kosten verbonden zijn voor particulieren. Dergelijke gevolgen zijn echter indirect. Het Raamverdrag en het Protocol van Kyoto bevatten geen concrete bepalingen die rechtstreeks de van particulieren rechtspositie kunnen raken. Meer dan enkele algemene verwijzingen naar „de mensheid” en „de mens”⁷⁰ zijn er niet in te vinden.

83. Dit pleit tegen de veronderstelling dat particulieren zich in rechte kunnen beroepen op het Protocol van Kyoto, met name wanneer zij onderdaan zijn van een staat die dit Protocol niet heeft geratificeerd.⁷¹

84. Daarbij komt dat de in het Protocol van Kyoto overeengekomen verplichtingen tot emissiebeperking en -reductie weliswaar gekwantificeerd zijn, maar de partijen een ruime discretionaire bevoegdheid laten wat betreft het concreet te realiseren beleid en de concreet te nemen maatregelen in

overeenstemming met hun nationale omstandigheden.⁷² De verplichtingen van het Protocol van Kyoto vereisen alle nationaal uitvoeringsmaatregelen en zijn overigens ook niet voldoende nauwkeurig om rechtstreeks ten gunste of ten laste van particulieren te kunnen werken.⁷³

— Artikel 2, lid 2, van het Protocol van Kyoto

85. De concrete bepaling die de verwijzende rechter heeft genoemd — artikel 2, lid 2, van het Protocol van Kyoto — past volkomen in het hierboven beschreven algemene beeld. De partijen komen daarin overeen (voor zover hier van belang) te streven naar beperking of reductie van emissies van bepaalde broeikasgassen uit de in de luchtvaart gebruikte bunkerbrandstoffen, waarbij zij werken via de ICAO.

86. Het betrokken voorschrift beperkt zich er dus toe bepaalde rechtsrelaties tussen de

70 — Zie bijvoorbeeld de eerste, de tweede en de zevende alinea van de preambule van het Raamverdrag.

71 — Verzoeksters in het hoofdgeding zijn gevestigd in de VS, een land dat het Protocol van Kyoto niet heeft geratificeerd.

72 — Zie met name de formulering in artikel 2, lid 1, sub a, van het Protocol van Kyoto, volgens welk elke in bijlage I bij het Raamverdrag opgenomen partij „in overeenstemming met haar nationale omstandigheden beleid en maatregelen uitvoeren en/of verder uitwerken” zal.

73 — In die zin bijvoorbeeld *arresten Demirel* (aangehaald in voetnoot 60, punt 14), *Pêcheurs de l'étang de Berre* (aangehaald in voetnoot 61, punt 39) en *Lesoochranárske zoskupenie* (aangehaald in voetnoot 52, punt 44); volgens deze uitspraken moet een bepaling van een door de Unie met derde landen gesloten internationale overeenkomst worden geacht rechtstreeks toepasselijk te zijn wanneer zij een duidelijke en nauwkeurig omschreven verplichting behelst, voor welke uitvoering en werking geen verdere handeling vereist is.

partijen van het Protocol van Kyoto te regelen. Het geeft een beschrijving van het organisatorische kader waarbinnen de partijen willen samenwerken ten behoeve van de beperking of reductie van emissies van bepaalde broeikasgassen uit de in de luchtvaart gebruikte bunkerbrandstoffen. De rechtspositie van particulieren wordt daardoor echter niet geraakt. In het bijzonder heeft de in artikel 2, lid 2, van het Protocol van Kyoto beschreven aanpak — samenwerking van de partijen in ICAO-verband — niet het karakter van een proceduregarantie, bedoeld of zelfs maar geschikt om rechten of belangen van particulieren te beschermen.

87. Bijgevolg kunnen particulieren zich niet in rechte beroepen op artikel 2, lid 2, van het Protocol van Kyoto, zodat deze bepaling in casu niet als maatstaf voor de toetsing van de geldigheid van richtlijn 2008/101 kan worden gebruikt.

iii) De Open Skies-overeenkomst (eerste prejudiciële vraag, sub f)

88. Wat vervolgens de Open Skies-overeenkomst betreft, ontzeggen de meeste bij de prejudiciële procedure betrokken organen en regeringen haar in het algemeen de geschiktheid om de rechtspositie van particulieren te raken. De Commissie en de Franse regering erkennen evenwel in beginsel dat natuurlijke

en rechtspersonen zich in rechte kunnen beroepen op de Open Skies-overeenkomst.⁷⁴

89. Ik sluit mij aan bij laatstgenoemde mening. Zij doet meer recht aan de aard en de opzet van de Open Skies-overeenkomst en aan de verschillende relevante bepalingen ervan.

— Aard en opzet van de Open Skies-overeenkomst

90. Enkele formuleringen in de Open Skies-overeenkomst kunnen zeker aldus worden uitgelegd dat deze overeenkomst de relaties regelt tussen de overeenkomstsluitende partijen, dus tussen de Europese Unie — voorheen Europese Gemeenschap — en haar lidstaten enerzijds en de VS anderzijds.⁷⁵

74 — Om precies te zijn, kunnen volgens de Commissie alle bepalingen van de Open Skies-overeenkomst waarnaar de verwijzende rechter heeft verwezen, als maatstaf worden gebruikt voor de toetsing van de geldigheid van richtlijn 2008/101, terwijl de Franse regering alleen artikel 7 en artikel 11, lid 2, van die overeenkomst maar niet artikel 15, lid 3, als toetsingsmaatstaf erkent.

75 — Zie bijvoorbeeld artikel 3, lid 1 („Elke partij verleent de andere partij de volgende rechten voor het verrichten van internationaal luchtvervoer door de luchtvaartmaatschappijen van de andere partij: [...]”), artikel 3, lid 4 („Elke partij laat iedere luchtvaartmaatschappij vrij in de bepaling van frequentie en capaciteit van het internationaal luchtvervoer dat zij aanbiedt”) of artikel 11, lid 7, van de Open Skies-overeenkomst („Een partij kan namens haar luchtvaartmaatschappij of luchtvaartmaatschappijen de hulp van de andere partij inroepen [...]).”

91. Een groot aantal andere formuleringen in de Open Skies-overeenkomst verwijst echter gericht naar rechten en plichten van particulieren, in het bijzonder richt de overeenkomst zich rechtstreeks tot luchtvaartmaatschappijen en andere dienstverleners.⁷⁶ De overeenkomst voorziet deels zelfs in rechten voor „eenieder”.⁷⁷ Dergelijke formuleringen wijzen erop dat de Open Skies-overeenkomst in elk geval ook betrekking heeft op de rechtspositie van particulieren, met name van ondernemingen.

moet worden⁸⁰. Het voornemen wordt geformuleerd om „de toegang tot markten te openen”⁸¹, en de wens wordt geuit „het de luchtvaartmaatschappijen mogelijk te maken om reizigers en vervoerders concurrerende prijzen en diensten aan te bieden op open markten”⁸²; bovendien moet de toegang van luchtvaartmaatschappijen tot de mondiale kapitaalmarkten verbeterd worden⁸³. Het gaat dus om het realiseren van klassieke economische vrijheden. Dergelijke doelstellingen zijn karakteristiek voor internationale overeenkomsten, waarvan de inhoud zich niet beperkt tot regeling van relaties tussen de partijen maar daarnaast ook rekening houdt met de rechtspositie van individuele marktdeelnemers. Bijzonder opvallend is bovendien de rol van het individu in de Open Skies-overeenkomst overall waar sprake is van (luchtvaart-)maatschappijen, passagiers, reizigers, vervoerders, consumenten of zelfs van personeel en werknemers.⁸⁴

92. Deze indruk wordt versterkt wanneer de preambule van de Open Skies-overeenkomst bij de overweging wordt betrokken. Daar is sprake van „mededinging tussen luchtvaartmaatschappijen”, die „met een minimum aan overheidsbemoeienis en -regulering” bevordert⁷⁸, versterkt⁷⁹ en tegen nadelige beïnvloeding door overheidssubsidies beschermd

93. Het arrest Intertanko⁸⁵, waarnaar verschillende organen en regeringen in hun opmerkingen voor het Hof hebben verwezen, pleit niet tegen de veronderstelling dat de Open Skies-overeenkomst betrekking heeft op de rechtspositie van particulieren.

76 — Zie bijvoorbeeld artikel 3, lid 2, („Iedere luchtvaartmaatschappij kan bij een vlucht of alle vluchten en naar keuze [...]”), artikel 3, lid 5, („Een luchtvaartmaatschappij mag internationaal luchtvervoer verrichten zonder enige beperking met betrekking tot [...]”), artikel 10, lid 1, („De luchtvaartmaatschappijen van elke partij hebben het recht om op het grondgebied van de andere partij kantoren te vestigen voor de promotie en verkoop van luchtvervoer en aanverwante activiteiten”), artikel 10, lid 4, tweede zin, („Iedere luchtvaartmaatschappij heeft het recht, [...] vervoer te verkopen [...]”). Artikel 10, lid 5, („Iedere luchtvaartmaatschappij heeft het recht, [...] inkomsten in te wisselen en over te maken [...] naar het eigen grondgebied”) en artikel 17, lid 1 van de Open Skies-overeenkomst („[...] verkopers van geautomatiseerde boekingsystemen zijn gerechtigd [...]”).

77 — Artikel 10, lid 4, tweede zin, van de Open Skies-overeenkomst: „[...] eenieder kan [...] vrijelijk [...]”.

78 — Punt 1 van de preambule van de Open Skies-overeenkomst.

79 — Punt 11 van de preambule van de Open Skies-overeenkomst.

80 — Punt 7 van de preambule van de Open Skies-overeenkomst.

81 — Punt 10 van de preambule van de Open Skies-overeenkomst.

82 — Punt 3 van de preambule van de Open Skies-overeenkomst.

83 — Punt 11 van de preambule van de Open Skies-overeenkomst.

84 — Zie de punten 2, 3, 4 en 10 van de preambule van de Open Skies-overeenkomst.

85 — Hierboven aangehaald in voetnoot 29.

94. Het is juist dat het Hof in de zaak *Intertanko* uit de aard en de opzet van het Verdrag van de Verenigde Naties inzake het recht van de zee⁸⁶ (hierna: „Zeerechtverdrag”) concludeerde dat dit verdrag alleen de relaties tussen de verdragsluitende partijen regelt en particulieren geen autonome rechten en vrijheden verleent, hoewel er incidenteel sprake is van schepen en hun rechten.⁸⁷ De rechten en plichten van personen die met schepen door mariene wateren varen, worden in het arrest *Intertanko* slechts als uitvloeisel van de rechten en plichten van hun vlagstaat aangemerkt.⁸⁸

95. De enkele omstandigheid dat de uitoefening van bepaalde rechten uit een internationale overeenkomst gekoppeld is aan de nationaliteit van de betrokken persoon of van een schip of luchtvaartuig pleit echter niet tegen de rechtstreekse toepasselijkheid van de betrokken bepaling van de overeenkomst.⁸⁹ Ook het algemeen erkende beginsel dat elke staat de voorwaarden vaststelt voor

het verlenen van zijn nationaliteit⁹⁰ sluit op zich niet uit dat op de nationaliteit betrekking hebbende bepalingen van internationale overeenkomsten de rechtspositie van particulieren raken.

96. Het merendeel van de internationale overeenkomsten voorziet alleen in rechten en plichten voor onderdanen van de overeenkomstsluitende partijen. Wanneer de rechtstreekse toepasselijkheid alleen al vanwege deze koppeling aan de nationaliteit wordt uitgesloten, kunnen particulieren zich bijna nooit op de hen betreffende bepalingen uit internationale overeenkomsten beroepen.

97. Maar ook onafhankelijk daarvan kan de in het arrest *Intertanko* voor het Zeerechtverdrag gevonden oplossing niet kortweg worden overgeheveld naar de hier aan de orde zijnde *Open Skies*-overeenkomst.

86 — Het Verdrag van de Verenigde Naties inzake het recht van de zee (PB 1998, L 179, blz. 3; *RTNLU*, band 1833, blz. 397) is op 10 december 1982 ondertekend te Montego Bay en op 16 november 1994 in werking getreden. Bij besluit 98/392/EG van de Raad van 23 maart 1998 (PB L 179, blz. 1) is het namens de toenmalige Europese Gemeenschap goedgekeurd.

87 — Arrest *Intertanko* (aangehaald in voetnoot 29, met name punten 58, 59, 61 en 64).

88 — Arrest *Intertanko* (aangehaald in voetnoot 29, met name punten 60-62).

89 — In die zin bijvoorbeeld het arrest van het Internationaal Gerechtshof (IGH) van 27 juni 2001 in de zaak *LaGrand* (Duitsland/Verenigde Staten van Amerika), *C.I.J. Recueil* 2001, blz. 466 (einde punt 77 juncto einde punt 76), waar wordt aangevoerd dat er in artikel 36, lid 1, van het Weens Verdrag van 24 april 1963 inzake consulaire betrekkingen (*RTNLU*, band 596, blz. 261) sprake is van onvervreembare rechten van de mens in tegenstelling tot individuele rechten die van de rechten van de staten zijn afgeleid (in het Frans: „des droits intransgressibles de l'individu par opposition à des droits individuels dérivés des droits des États”; in het Engels: „immutable individual rights, as opposed to individual rights derivative of the rights of States”).

98. Want het Zeerechtverdrag legt een veel grotere nadruk op regeling van de relaties tussen staten en kent de rechtspositie van particulieren een veel geringere betekenis toe dan in de *Open Skies*-overeenkomst het geval is. Het Zeerechtverdrag heeft namelijk primair tot doel de regels van het algemene internationale recht betreffende de vreedzame samenwerking van de internationale gemeenschap bij de exploratie, de benutting en de exploitatie van de zee te codificeren, nader te bepalen

90 — Dit beginsel komt bijvoorbeeld tot uitdrukking in artikel 19 van het Verdrag van Chicago en in artikel 91, lid 1, van het Zeerechtverdrag.

en verder te ontwikkelen⁹¹ en een „Grondwet der zeeën” in te stellen⁹². Het gaat erom een rechtvaardig evenwicht tot stand te brengen tussen de belangen van de staten in hun hoedanigheid van kuststaat en hun hoedanigheid van vlagstaat, die tegenover elkaar kunnen staan; daarbij beogen de verdragsluitende staten de materiële en territoriale grenzen van hun respectieve soevereine rechten vast te stellen.⁹³

99. In de Open Skies-overeenkomst zijn de verwijzingen naar particulieren en ondernemingen duidelijk sterker geprofileerd dan in het Zeerechtverdrag⁹⁴, en de preambule van de Open Skies-overeenkomst benadrukt, zoals reeds vermeld⁹⁵, de betekenis van het individu en van ondernemingen met een duidelijkheid die in het Zeerechtverdrag geen tegenhanger vindt.

100. Overigens sluit ook het bestaan van een gemengd comité en een arbitrageprocedure voor geschillen tussen de partijen over de toepassing of uitlegging van de Open Skies-overeenkomst⁹⁶ niet noodzakelijk uit, dat deze overeenkomst de rechtspositie van particulieren kan raken en dat enkele voorschriften op natuurlijke of rechtspersonen

rechtstreeks toepassing kunnen vinden⁹⁷. Want anders dan het WTO-recht is de Open Skies-overeenkomst veel minder gebaseerd op onderhandelingen tussen de overeenkomstsluitende partijen en reciprociteit.⁹⁸

101. Al met al ben ik derhalve van mening dat de Open Skies-overeenkomst naar aard en opzet de rechtspositie van particulieren kan raken. In een geding dat door particulieren aanhangig is gemaakt, kan de Open Skies-overeenkomst dus in beginsel worden gebruikt als maatstaf voor de toetsing van de geldigheid van handelingen van de Unie.

— Inhoudelijke onvoorwaardelijkheid en voldoende nauwkeurigheid van de betrokken bepalingen van de Open Skies-overeenkomst

102. De verwijzende rechter noemt met name drie bepalingen van de Open Skies-overeenkomst: artikel 7, artikel 11, lid 2, sub c, en artikel 15, lid 3. Voor elk van deze

91 — Arrest Intertanko (aangehaald in voetnoot 29, punt 55); zie ook punt 4 van de considerans van het Zeerechtverdrag.

92 — Zie hieromtrent mijn conclusie bij het arrest Intertanko (aangehaald in voetnoot 29, punt 55).

93 — Arrest Intertanko (aangehaald in voetnoot 29, punt 58).

94 — Zie hieromtrent hierboven, punt 91 van deze conclusie.

95 — Zie hieromtrent hierboven, punt 92 van deze conclusie.

96 — Artikel 18 en 19 van de Open Skies-overeenkomst.

97 — Ook in talrijke door de Europese Unie met derde landen gesloten associatie-, samenwerkings- of partnerschaps-overeenkomsten zijn dergelijke bepalingen te vinden over gemengde comités en arbitrageprocedures zonder dat het Hof daarin een argument tegen een rechtstreekse toepassing van die overeenkomst ziet; zie onder meer de artikelen 22 tot en met 25 van de Overeenkomst van 12 september 1963 waarbij een associatie tussen de Europese Economische Gemeenschap en Turkije tot stand wordt gebracht (PB 1964, nr. 217, blz. 3687) en de artikelen 105 en 111 van de Overeenkomst van 2 mei 1992 betreffende de Europese Economische Ruimte (PB 1994, L 1, blz. 3).

98 — Om die reden heeft ook geen van de betrokkenen bij deze prejudiciële procedure zich gebaseerd op de bepalingen over het gemengd comité of de arbitrageprocedure om rechtstreekse toepasselijkheid te ontzeggen aan de Open Skies-overeenkomst.

bepalingen moet apart worden onderzocht of ze inhoudelijk onvoorwaardelijk en voldoende nauwkeurig is om als maatstaf te dienen voor de toetsing van de geldigheid van richtlijn 2008/101.

103. Artikel 7 van de Open Skies-overeenkomst bepaalt — kort samengevat — dat de wetten en voorschriften van een partij op haar grondgebied ook gelden voor de luchtvaartuigen en de passagiers, bemanningen en vracht aan boord van luchtvaartuigen van de andere partij en door hen moeten worden nageleefd. Dit voorschrift is inhoudelijk onvoorwaardelijk en vereist met name niet noodzakelijk dat de partijen bij de Open Skies-overeenkomst uitvoeringsbepalingen vaststellen. Bovendien is het voldoende nauwkeurig om daaruit concrete rechtsgevolgen voor particulieren af te kunnen leiden: gedetailleerd wordt beschreven om welke soort wetten en bepalingen het gaat⁹⁹, en categorisch wordt bepaald dat deze wetten en bepalingen „dienen te worden toegepast” en „moeten worden nageleefd”. Bovendien richt het zich concreet tot particulieren als adressaten, want het zijn met name de luchtvaartmaatschappijen (respectievelijk hun luchtvaartuigen en vracht) alsmede de passagiers en bemanningen voor wie de betrokken wetten en bepalingen gelden en door wie deze moeten worden nageleefd. Daarmee

voldoet artikel 7 van de Open Skies-overeenkomst aan alle voorwaarden voor rechtstreekse toepassing.

104. Artikel 11, lid 2, sub c, van de Open Skies-overeenkomst voorziet — kort samengevat — in een vrijstelling van belastingen, heffingen, rechten, kosten en lasten op motorbrandstof, smeermiddelen en verbruikbare technische voorraden voor de luchtvaartuigen van de overeenkomstsluitende partijen. Dit voorschrift is weliswaar voldoende nauwkeurig om rechtstreeks toegepast te kunnen worden, want het geeft concreet aan welke goederen in aanmerking komen voor vrijstelling en waarvan ze worden vrijgesteld. Daarentegen is het niet onvoorwaardelijk aangezien de vrijstelling alleen wordt verleend „op grondslag van wederkerigheid”¹⁰⁰. Of een luchtvaartmaatschappij zich op een bepaald moment jegens een bepaalde partij bij de Open Skies-overeenkomst op de vrijstelling kan beroepen, is dus afhankelijk van het gedrag van de andere partij op dat moment. Een in de VS gevestigde luchtvaartmaatschappij kan zich jegens Europese overheidsinstanties alleen beroepen op de in de Open Skies-overeenkomst voorziene vrijstelling indien en voor zover op dat moment ook de overheidsinstanties in haar vestigingsstaat overeenkomstige vrijstellingen verlenen aan Europese luchtvaartmaatschappijen. Gelet op het bestaan van deze voorwaarde is niet voldaan aan de voorwaarden voor rechtstreekse

⁹⁹ — Het gaat om wetten en voorschriften betreffende de toelating en het vertrek alsook betreffende de exploitatie en het besturen van luchtvaartuigen (artikel 7, leden 1 en 2, van de Open Skies-overeenkomst); daarbij komen voorschriften over binnenkomst, inkling, immigratie, paspoorten, douane, quarantaine en post (artikel 7, lid 2, van de Open Skies-overeenkomst).

¹⁰⁰ — In het arrest *International Fruit Company* (aangehaald in voetnoot 30, punt 21) heeft het Hof het beginsel van wederkerigheid in de preambule van de GATT 1947 („op grondslag van wederkerigheid en wederzijds voordeel”) aangemerkt als één van meer indicaties die pleiten tegen de rechtstreekse toepasselijkheid van de bepalingen van de GATT 1947.

toepassing van artikel 11, lid 2, sub c, van de Open Skies-overeenkomst.

105. Artikel 15, lid 3, eerste zin, van de Open Skies-overeenkomst bepaalt dat bij de vaststelling van milieumaatregelen de door de ICAO vastgestelde milieunormen voor de luchtvaart moeten worden gevolgd „tenzij mededeling is gedaan van verschillen”. Dit voorschrift lijkt onvoorwaardelijk noch voldoende nauwkeurig om rechtstreeks te worden toegepast: in het laatste zinsdeel („tenzij [...]”) wordt verwezen naar het recht van de ICAO en wordt niet bepaald onder welke voorwaarden kan worden afgeweken van de milieunormen van de ICAO. Bovendien is niet duidelijk of dit voorschrift de rechtspositie van particulieren eigenlijk wel kan raken: het gaat om de in het algemeen belang plaatsvindende „vaststelling” van milieumaatregelen, daarentegen niet om de toepassing op luchtvaartmaatschappijen.

106. In artikel 15, lid 3, tweede zin, van de Open Skies-overeenkomst verplichten de partijen zich om milieumaatregelen die van invloed zijn op de luchtdiensten, overeenkomstig artikel 2 en artikel 3, lid 4, van de Open Skies-overeenkomst toe te passen. Dit voorschrift heeft, anders dan artikel 15,

lid 3, eerste zin, met name betrekking op de toepassing van milieumaatregelen op luchtvaartmaatschappijen en kan dus concreet van invloed zijn op hun rechtspositie. Inhoudelijk moeten volgens deze bepaling milieumaatregelen op luchtvaartmaatschappijen worden toegepast in overeenstemming met het beginsel van eerlijke en gelijke gelegenheid voor mededinging (artikel 2 van de Open Skies-overeenkomst). Bovendien verdient met name het recht van de luchtvaartmaatschappijen bescherming, de frequentie en capaciteit te bepalen van het internationale luchtvervoer dat zij op basis van commerciële overwegingen op de markt aanbieden (artikel 3, lid 4, eerste zin van de Open Skies-overeenkomst). Voorts dienen gelijke voorwaarden overeenkomstig artikel 15 van het Verdrag van Chicago („ICAO-overeenkomst”) toegepast te worden (artikel 3, lid 4, tweede zin, van de Open Skies-overeenkomst). Al deze eisen hebben uiteindelijk gemeen dat milieumaatregelen jegens luchtvaartmaatschappijen op niet-discriminerende wijze moeten worden toegepast en de kansen van de luchtvaartmaatschappijen op het gebied van de onderlinge mededinging niet mogen beïnvloeden. Dergelijke eisen zijn onvoorwaardelijk en voldoende nauwkeurig. Evenals de uit verschillende associatie-, samenwerkings- en partnerschapsovereenkomsten bekende discriminatieverboden en de op de Europese interne markt geldende mededingingsbeginselen¹⁰¹ zijn deze eisen vatbaar voor rechtstreekse toepassing.

101 — Voor de discriminatieverboden, zie de in voetnoot 60 aangehaalde rechtspraak. Wat de mededingingsbeginselen betreft, zijn de artikelen 101 VWEU en 102 VWEU, zoals algemeen erkend wordt, rechtstreeks toepasselijk (zie het arrest van 30 januari 1974, BRT en Société belge des auteurs, compositeurs und éditeurs, 127/73, Jurispr. blz. 51, punten 15-17).

iv) Tussenconclusie

107. Dientengevolge kunnen alleen artikel 7 en artikel 15, lid 3, tweede zin, van de Open Skies-overeenkomst in de onderhavige zaak worden gebruikt als maatstaf voor de toetsing van de geldigheid van richtlijn 2008/101.

2. Internationaal gewoonterecht (eerste prejudiciële vraag, sub a tot en met d)

108. Dat de Europese Unie behalve aan de voor haar geldende internationale overeenkomsten ook aan het internationaal gewoonterecht gebonden is, wordt algemeen erkend¹⁰² en wordt bevestigd door artikel 3, lid 5, tweede zin, VEU („strikte eerbiediging en ontwikkeling van het internationaal recht”). De desbetreffende beginselen van internationaal gewoonterecht maken deel uit van de Unierechtsorde.¹⁰³

109. Uit de rechtspraak van de Unierechters kunnen tot nu toe echter geen duidelijke

criteria worden afgeleid volgens welke kan worden beoordeeld of en in hoeverre een beginsel van internationaal gewoonterecht maatstaf kan zijn voor de toetsing van de geldigheid van Uniehandelingen. Tot dusver lijkt er voor de Unierechters namelijk nog geen aanleiding tot een dergelijke geldigheidstoetsing te zijn geweest; het internationaal gewoonterecht is tot nu toe in de rechtspraak alleen gebruikt ter uitlegging van de voorschriften en beginselen van het Unierecht.¹⁰⁴

110. Zoals talrijke bij de procedure betrokken organen en regeringen terecht aanvoeren, zullen deze criteria niet verschillen van de criteria die van toepassing zijn wanneer het erom gaat of en in hoeverre de geldigheid

102 — Arresten Poulsen en Diva Navigation (punten 9 en 10), Racke (punten 45 en 46) en Intertanko (punt 51), alle aangehaald in voetnoot 29, en arrest Brita (aangehaald in voetnoot 41, punten 40-42); zie aanvullend, arrest van het Gerecht van eerste aanleg van 22 januari 1997, Opel Austria/Raad (T-115/94, Jurispr. blz. II-39, met name punt 90).

103 — Arrest Racke (aangehaald in voetnoot 29, punt 46).

104 — In het arrest van 24 november 1993, Mondiet (C-405/92, Jurispr. blz. I-6133, punten 11-16), de arresten Poulsen en Diva Navigation (aangehaald in voetnoot 29, punt 11, laatste zin) en Brita (aangehaald in voetnoot 41, met name punt 45) wordt het internationaal gewoonterecht slechts gebruikt voor de uitlegging van handelingen van de Unie-organen. In het arrest Racke (aangehaald in voetnoot 29, punt 47) werd benadrukt dat de geldigheid van een verordening slechts incidenteel werd betwist, terwijl verzoekster haar eigenlijke rechten rechtstreeks ontleende aan een overeenkomst tussen de Gemeenschap en een derde land. In het arrest Opel Austria/Raad (aangehaald in voetnoot 102, punten 93 en 94) heeft het Gerecht van eerste aanleg het in de communautaire rechtsorde erkende algemene rechtsbeginsel van bescherming van gewettigd vertrouwen toegepast, dat naar zijn mening overeenkomt met het beginsel van de goede trouw uit het internationaal gewoonterecht. Maatstaf voor de geldigheid van de bestreden Uniehandeling was echter uiteindelijk een internationale overeenkomst (de EER-Overeenkomst) en niet een algemeen beginsel van het Unierecht of het internationaal gewoonterecht (arrest Opel Austria/Raad, punt 95).

van Uniehandelingen kan worden getoetst aan internationale overeenkomsten.

de geldigheid van Uniehandelingen wanneer aan twee voorwaarden is voldaan:

111. Want enerzijds lijkt er geen gegronde reden te zijn om particulieren een beroep op beginselen van internationaal gewoonterecht onder minder strenge voorwaarden toe te staan dan een beroep op internationale overeenkomsten. Verzoeksters in het hoofdgeding en de hen ondersteunende verenigingen hebben dit in de procedure voor het Hof ook niet gesteld.

- ten eerste moet er sprake zijn van een beginsel van internationaal gewoonterecht waaraan de Europese Unie gebonden is,
- ten tweede mogen de aard en de opzet van dat beginsel van internationaal gewoonterecht zich niet verzetten tegen een dergelijke geldigheidstoetsing, waarbij dat beginsel bovendien inhoudelijk onvoorwaardelijk en voldoende nauwkeurig moet zijn.

112. Anderzijds zijn talrijke beginselen van internationaal gewoonterecht intussen gecodificeerd in internationale overeenkomsten.¹⁰⁵ Het ware niet erg logisch wanneer voor een beroep van particulieren op hetzelfde beginsel van internationaal recht verschillende voorwaarden zouden gelden al naargelang of het als beginsel van internationaal gewoonterecht of als beginsel van internationaal overeenkomstenrecht wordt aangevoerd.

114. In het kader van het tweede criterium moet weer rekening worden gehouden met het feit dat de vraag betreffende de geldigheid van richtlijn 2008/101 in de onderhavige zaak moet worden beantwoord in een geding dat door particulieren — door verschillende luchtvaartmaatschappijen en een vereniging van luchtvaartmaatschappijen — aangehangig is gemaakt.¹⁰⁷

a) Bestaan van de betrokken beginselen van internationaal gewoonterecht en gebondenheid van de Europese Unie daaraan

113. In lijn met de reeds besproken rechtspraak inzake internationale overeenkomsten¹⁰⁶ stel ik het Hof dus voor om beginselen van internationaal gewoonterecht alleen dan te erkennen als maatstaf voor de toetsing van

115. Zoals onder meer kan worden afgeleid uit artikel 38, lid 1, sub b, van het Statuut van het Internationaal Gerechtshof (hierna: „IGH”)¹⁰⁸ is het internationaal gewoonterecht

105 — Zie hieromtrent bijvoorbeeld de arresten *Poulsen en Diva Navigation* (aangehaald in voetnoot 29, punt 10), *Mondiet* (aangehaald in voetnoot 104, punt 13) en *Brita* (aangehaald in voetnoot 41, punt 40).

106 — Hierboven aangehaald in voetnoot 35; ook in die zin de conclusie van advocaat-generaal Jacobs van 4 december 1997 bij het arrest *Racke* (aangehaald in voetnoot 29, met name de punten 84 en 85).

107 — Zie ook hierboven, punt 50 van deze conclusie; ook in die zin de conclusie van advocaat-generaal Jacobs bij het arrest *Racke* (aangehaald in voetnoot 29, met name de punten 71 en 84).

108 — Het Statuut van het Internationaal Gerechtshof van 26 juni 1945 maakt deel uit van het Handvest van de Verenigde Naties (*RTNU*, band 1, blz. XVI).

een van de algemeen erkende bronnen van het internationaal recht. Voor het ontstaan daarvan is een algemene praktijk vereist van de betrokken subjecten van internationaal recht (*consuetudo*; objectief element), die als recht wordt erkend (*opinio iuris sive necessitatis*; subjectief element).¹⁰⁹

116. In multilaterale overeenkomsten waaraan een zeer groot, representatief aantal subjecten van internationaal recht deelnemen, zijn soms bepaalde beginselen van internationaal gewoonterecht gecodificeerd. Dit is met name het geval bij enkele bepalingen van het Verdrag van Chicago¹¹⁰, het Verdrag inzake de volle zee¹¹¹ en delen van het Zeerechtverdrag¹¹².

109 — Zie hieromtrent met name de uitspraken van het IGH van 20 februari 1969 in de zaken betreffende het continentaal plat van de Noordzee (Duitsland/Nederland en Duitsland/Denemarken), *C.I.J. Recueil* 1969, blz. 4 (punt 77), en van 27 juni 1986 in de zaak Militaire en paramilitaire activiteiten in en tegen Nicaragua (Nicaragua/Verenigde Staten van Amerika), „Nicaragua”, *C.I.J. Recueil* 1986, blz. 14 (punten 183 en 184).

110 — Het hier relevante artikel 1 van het Verdrag van Chicago bevat de zinsnede „De Verdragsluitende Staten erkennen [...]”, wat wijst op de codificatie van een reeds eerder bestaand beginsel van internationaal recht.

111 — Het internationale Verdrag inzake de volle zee, ter ondertekening opengesteld te Wenen op 29 april 1958 en op 30 september 1962 in werking getreden (*RTNU*, band 450, blz. 11 [82]), wijst reeds in de eerste alinea van de preambule op de wens van de partijen „de regels van het internationaal recht inzake de volle zee te codificeren”; dit wordt ook door het Hof erkend in het arrest Poulsen en Diva Navigation (aangehaald in voetnoot 29, punt 10).

112 — In de zevende alinea van de preambule van het Zeerechtverdrag wordt gesproken van „de codificatie en de geleidelijke ontwikkeling van het recht van de zee, die in dit verdrag zijn bereikt”. Dit wordt ook bevestigd door de rechtspraak; zie bijvoorbeeld de uitspraak van het IGH in de zaak Nicaragua (aangehaald in voetnoot 109, punt 212) en de arresten van het Hof Poulsen en Diva Navigation (aangehaald in voetnoot 29, punt 10), Mondiet (aangehaald in voetnoot 104, punt 13) en Intertanko (aangehaald in voetnoot 29, punt 55).

117. De deelnemers aan de onderhavige prejudiciële procedure zijn het er in beginsel over eens dat niet in de laatste plaats het Verdrag van Chicago en het Zeerechtverdrag uitsluitend kunnen geven over het al dan niet bestaan van de betrokken beginselen van internationaal gewoonterecht en hun verbindendheid voor de Europese Unie.

i) De soevereiniteit van staten over hun luchtruim (eerste prejudiciële vraag, sub a)

118. Het beginsel van de soevereiniteit van staten over hun luchtruim (soms ook aangeduid als „soevereiniteit in de lucht”) is een uitvloeisel van de soevereiniteit van staten op hun eigen grondgebied.¹¹³ Het werd reeds in 1919 neergelegd in artikel 1 van het Luchtvaartverdrag van Parijs¹¹⁴ en is thans gecodificeerd in artikel 1 van het Verdrag van Chicago waarbij momenteel 190 staten partij zijn, waaronder alle lidstaten van de Europese Unie. Zoals ook het Internationaal Gerechtshof heeft erkend, zijn de internationaalrechtelijke regels van het Verdrag van

113 — IGH, uitspraak Nicaragua (aangehaald in voetnoot 109, punt 212).

114 — *Convention portant réglementation de la navigation aérienne* (gesloten te Parijs op 13 oktober 1919 en in werking getreden in 1922, *Recueil des Traités de la Société des Nations*, serie XI [1922], blz. 173 e.v.). Dit verdrag is destijds door in totaal 33 staten geratificeerd. Artikel 1 daarvan en artikel 1 van het Verdrag van Chicago zijn in wezen eensluidend.

Chicago slechts de afspiegeling van een sinds lang vaststaand beginsel van internationaal gewoonterecht.¹¹⁵

119. Dat de Europese Unie zelf geen partij is bij het Verdrag van Chicago verzet zich niet tegen haar gebondenheid aan het in dit verdrag gecodificeerde beginsel van internationaal gewoonterecht inzake de soevereiniteit van de staten over hun luchtruim.¹¹⁶ Want een beginsel van internationaal gewoonterecht bestaat zelfstandig voort naast de internationale overeenkomst waarin het is gecodificeerd.¹¹⁷

ii) De ongeldigheid van aanspraken op soevereiniteit over de volle zee (eerste prejudiciële vraag, sub b)

120. Het beginsel dat geen enkele staat aanspraak kan maken op de soevereiniteit over een deel van de volle zee is een uitwerking

115 — In het Frans: „Il est hors de doute pour la Cour que ces prescriptions du droit conventionnel ne font que correspondre à des convictions qui, depuis longtemps, sont bien établies en droit international coutumier”; in het Engels: „The Court has no doubt that these prescriptions of treaty-law merely respond to firmly established and longstanding tenets of customary international law” (IGH, uitspraak Nicaragua, aangehaald in voetnoot 109, slot van punt 212).

116 — In dezelfde zin, voor het Verdrag van Wenen inzake het verdragenrecht, arresten Racke (aangehaald in voetnoot 29, punten 24, 45 en 46) en Brita (aangehaald in voetnoot 41, punt 42); vergelijkbaar betreffende het zeerecht, arrest Mondiet (aangehaald in voetnoot 104, punt 13).

117 — Eveneens in die zin IGH, uitspraak Nicaragua (aangehaald in voetnoot 109, punten 174-179).

van de vrijheid van de volle zee, waarvan de conceptuele oorsprong ten minste teruggaat tot het jaar 1609.¹¹⁸ Op zijn laatst sinds het begin van de 20e eeuw wordt de vrijheid van de volle zee internationaal erkend.¹¹⁹

121. In 1958 werd het beginsel dat geen enkele staat aanspraak kan maken op de soevereiniteit van een deel van de volle zee gecodificeerd in artikel 2, eerste zin, van het Verdrag inzake de volle zee en later onder het opschrift „Ongeldigheid van aanspraken op soevereiniteit over de volle zee” opgenomen in artikel 89 van het Zeerechtverdrag. Het Zeerechtverdrag heeft momenteel 162 partijen, waaronder de Europese Unie — voorheen Europese Gemeenschap —¹²⁰ en al haar lidstaten.

122. Gelet op het feit dat hier sprake is van een door de staten al minstens een eeuw — zo niet langer — uitgeoefende praktijk en de brede erkenning daarvan onder meer door de Europese Unie en al haar lidstaten, kan worden aangenomen dat artikel 89 van het Zeerechtverdrag de codificatie is van een beginsel van

118 — Zie hieromtrent het ook nu nog gezaghebbende werk „*Mare liberum*” („De vrije zee”) van Hugo de Groot (1609).

119 — Zie hieromtrent de uitspraak van het Permanente Hof van Internationale Justitie van 7 september 1927 in de zaak Lotus (Frankrijk/Turkije), *C.P.J.I. Recueil* 1927, serie A, nr. 10 (blz. 25).

120 — Zie hieromtrent het in voetnoot 86 aangehaalde goedkeuringbesluit van de Raad.

internationaal gewoonterecht¹²¹, dat bindend is voor de Unie. Geen van de betrokkenen bij de onderhavige prejudiciële procedure heeft dit in twijfel getrokken.

derde zin, punt 4, van het Verdrag inzake de volle zee en is thans gecodificeerd in artikel 87, lid 1, derde zin, sub b, van het Zeerechtverdrag.

123. Incidenteel werd tijdens de prejudiciële procedure wel betwijfeld of het beginsel betreffende de ongeldigheid van aanspraken op soevereiniteit over de volle zee van belang is voor de toetsing van de geldigheid van richtlijn 2008/101. Daartoe volstaat echter de aantekening dat volgens vaste rechtspraak op de vragen van de verwijzende rechter een vermoeden van relevantie rust.¹²² Omdat niet duidelijk is dat de eerste prejudiciële vraag, sub b, niet relevant is voor de uitspraak in het hoofdgeding, dient deze vraag door het Hof besproken te worden.

125. Om dezelfde redenen die zojuist in verband met de ongeldigheid van aanspraken op soevereiniteit over de volle zee uiteen zijn gezet¹²³, moet ook de vrijheid om over de volle zee te vliegen worden aangemerkt als een beginsel van internationaal gewoonterecht dat voor de Unie bindend is.

iii) De vrijheid om over de volle zee te vliegen (eerste prejudiciële vraag, sub c)

iv) De vermeende uitsluitende jurisdictie over luchtvaartuigen die over de volle zee vliegen (eerste prejudiciële vraag, sub d)

124. De vrijheid om over de volle zee te vliegen („vrijheid van overvliegen”) werd eveneens reeds in 1958 vermeld in artikel 2,

126. Anders dan ten aanzien van de tot nu toe besproken beginselen van internationaal gewoonterecht het geval was, is het bestaan van het vierde door de verwijzende rechter aan de orde gestelde beginsel omstreden.

121 — In die zin ook IGH, uitspraak van 25 juli 1974 betreffende visserijbevoegdheden (Verenigd Koninkrijk/IJsland), *C.I.J. Recueil* 1974, blz. 3 (punt 50).

122 — Arresten van 22 december 2008, *Régie Networks* (C-333/07, Jurispr. blz. I-10807, punten 46 en 47); 12 oktober 2010, *Rosenblatt* (C-45/09, Jurispr. blz. I-9391, punt 33), en 5 april 2011, *Société fiduciaire nationale d'expertise comptable* (C-119/09, Jurispr. blz. I-2551, punt 21).

127. Verzoeksters in het hoofdgeding en de hen ondersteunende verenigingen voeren aan dat uit het internationaal gewoonterecht voortvloeit dat luchtvaartuigen die over de volle zee vliegen uitsluitend onder de jurisdictie vallen van de staat waar zij zijn

123 — Punten 120-122 van deze conclusie.

ingeschreven, tenzij bij internationaal verdrag uitdrukkelijk anders is bepaald. Terwijl enkele regeringen en organen hier niet nader op zijn ingegaan, verdedigen andere partijen — namelijk de regeringen van Duitsland, Frankrijk, het Verenigd Koninkrijk en Noorwegen, maar ook de Commissie en de milieuverenigingen — met kracht dat een dergelijk beginsel van internationaal gewoonterecht niet bestaat.

vaartuigen of speciaal voor luchtvaartuigen gelden, de luchtvaartuigen uitdrukkelijk vermeld.¹²⁴

128. Inderdaad is een beginsel volgens hetwelk — kort samengevat — vaartuigen op de volle zee uitsluitend vallen onder de jurisdictie van hun vlagstaat alleen gecodificeerd voor schepen en niet voor luchtvaartuigen. Dit is te lezen in artikel 92, lid 1, eerste zin, van het Zeerechtverdrag, maar ook in de voorloper daarvan, artikel 6, lid 1, eerste zin, van het Verdrag van 1958 inzake de volle zee.

130. Onder deze omstandigheden kunnen artikel 6 van het Verdrag inzake de volle zee en artikel 92 van het Zeerechtverdrag wat betreft de daarin niet genoemde luchtvaartuigen niet worden aangemerkt als een betrouwbaar bewijs voor het bestaan van een vermeend beginsel van internationaal gewoonterecht. Dit geldt des te meer omdat in het Verdrag van Chicago, dat met name gericht is op de luchtvaart, evenmin een beginsel van uitsluitende jurisdictie van de staten van registratie is opgenomen over hun luchtvaartuigen die over de volle zee vliegen. Bovendien bevat het Verdrag van Tokio¹²⁵, dat net als het Verdrag van Chicago een nagenoeg mondiale werking heeft, in artikel 4 een bepaling die het staten in een strafrechtelijk kader binnen bepaalde grenzen zeer zeker toestaat om luchtvaartuigen tijdens de vlucht te belemmeren, ook wanneer zij niet de registratiestaat zijn.

129. De bepalingen van artikel 6, lid 1, van het Verdrag inzake de volle zee en van artikel 92 van het Zeerechtverdrag zijn niet zonder meer naar analogie toepasbaar op luchtvaartuigen. Zoals namelijk blijkt uit een beschouwing van deze twee multilaterale overeenkomsten in hun geheel hebben de opstellers daarvan een duidelijk verschil gemaakt tussen schepen en luchtvaartuigen en in tal van bepalingen die voor beide soorten

124 — Zie bijvoorbeeld de artikelen 15, 17, 19-21, 23, lid 4, en lid 5, sub b, van het Verdrag inzake de volle zee, alsmede de artikelen 1, punt 5, 18, lid 2, 19, lid 2, sub e, 38, 39, 42, lid 4, 53, leden 1, 5 en 12, 54, 58, lid 1, 87, lid 1, sub b, 101-107, 110, leden 4 en 5, 111, 212, lid 1, 216, lid 1, sub b, 222, 224, 236, 262 en 298, lid 1, sub b, van het Zeerechtverdrag.

125 — Het Verdrag inzake strafbare feiten en bepaalde andere handelingen begaan aan boord van luchtvaartuigen („Verdrag van Tokio”, *RTNU*, band 704, blz. 219) is op 14 september 1963 te Tokio gesloten en op 4 december 1969 in werking getreden. Het telt momenteel 185 verdragsluitende staten.

131. De relevante rechtspraak tot nu toe inzake het litigieuze beginsel had — zo lijkt het — alleen betrekking op schepen en niet op luchtvaartuigen.¹²⁶

132. Tegen deze achtergrond geef ik het Hof in overweging te beslissen dat er bij de huidige stand van het recht onvoldoende aanknopingspunten zijn voor het bestaan van een beginsel van internationaal gewoonterecht volgens hetwelk „luchtvaartuigen die boven de volle zee vliegen uitsluitend onder de jurisdictie vallen van de staat waar zij zijn ingeschreven, tenzij bij internationaal verdrag uitdrukkelijk anders is bepaald”.

133. Een dergelijk beginsel kan dus ook niet tot maatstaf voor de toetsing van de geldigheid van Uniehandelingen zoals richtlijn 2008/101 worden gemaakt.

b) Geschiktheid van de besproken beginselen van internationaal gewoonterecht als maatstaf voor een geldigheidstoetsing in een geding dat door natuurlijke of rechtspersonen aanhangig is gemaakt

134. Ook wanneer ieder beginsel van internationaal gewoonterecht waardoor de Europese

Unie gebonden wordt, internationaalrechtelijk verbindend voor haar is, kan uit de aard en de opzet van het beginsel voortvloeien dat het binnen de Unie helemaal niet of slechts in beperkte mate kan worden gebruikt voor toetsing van de geldigheid van de handelingen van de organen van de Unie¹²⁷, met name in een geding dat door natuurlijke of rechtspersonen aanhangig is gemaakt.

135. De drie beginselen van internationaal gewoonterecht die de High Court in de eerste prejudiciële vraag 1, sub a tot en met c, tot voorwerp van zijn verzoek om een prejudiciële beslissing heeft gemaakt, hebben gemeen dat zij de reikwijdte van de soevereine rechten van staten bepalen en hun jurisdictiesfeer afgrenzen.

136. Dergelijke beginselen zijn naar hun aard en opzet op geen enkele wijze geschikt om de rechtspositie van particulieren te raken.¹²⁸ Daarop is terecht gewezen door de bij de procedure betrokken organen en de meeste deelnemende regeringen.

137. Bijgevolg kunnen dergelijke beginselen in een geding dat door natuurlijke of rechtspersonen aanhangig is gemaakt, niet als maatstaf voor de toetsing van de geldigheid van handelingen van de Unie worden gebruikt.¹²⁹

126 — Zie met name de uitspraak van het Permanente Hof van Internationale Justitie in de zaak *Lotus* (aangehaald in voetnoot 119) en het arrest *Poulsen en Diva Navigation* (aangehaald in voetnoot 29). En voor zover van belang, het arrest van het Hof van Beroep van Nieuw Zeeland (New Zealand Court of Appeal) van 5 november 1998 in de zaak *Sellers/Maritime Safety Inspector* ([1999] 2 NZLR 44), waarnaar verzoeksters in het hoofdeding verwijzen, betrof — als ik goed zie — evenmin luchtvaartuigen.

127 — Zie daaromtrent — met betrekking tot internationale overeenkomsten — de punten 68 en 69 van deze conclusie.

128 — Dit kan echter anders zijn met bepaalde regels van het internationaal humanitair gewoonterecht; zie hieromtrent de conclusie van advocaat-generaal Jacobs bij het arrest *Racke* (aangehaald in voetnoot 29, punt 84, laatste zin).

129 — Dit kan anders zijn in beroepen van bevoorrechte partijen in de zin van artikel 263, tweede alinea, VWEU (zie hierboven, punt 75).

3. Tussenconclusie

138. Al met al kunnen dus van de in de eerste prejudiciële vraag genoemde internationaal-rechtelijke bepalingen en beginselen alleen artikel 7 en artikel 15, lid 3, tweede zin, van de Open Skies-overeenkomst worden gebruikt als maatstaf voor de toetsing van de geldigheid van handelingen van de Unie in een geding dat door natuurlijke of rechtspersonen aanhangig is gemaakt.

B — *Verenigbaarheid van richtlijn 2008/101 met de ingeroepen internationale overeenkomsten en beginselen van internationaal gewoonterecht (tweede tot en met vierde prejudiciële vraag)*

139. De tweede tot en met de vierde prejudiciële vraag zijn gewijd aan de verenigbaarheid van richtlijn 2008/101 met de door de verwijzende rechter genoemde internationale overeenkomsten en beginselen van internationaal gewoonterecht. Zij zijn alleen gesteld voor het geval dat de eerste vraag bevestigend wordt beantwoord. Na mijn bovenstaande opmerkingen is dit alleen het geval met betrekking tot artikel 7 en artikel 15, lid 3, tweede zin, van de Open Skies-overeenkomst. Ik zal niettemin subsidiair en voor de volledigheid ook de verenigbaarheid van richtlijn 2008/101 met de overige door de verwijzende rechter aan de orde gestelde bepalingen en beginselen van internationaal recht toetsen.

140. In de procedure voor het Hof zijn met betrekking tot dit punt zeer contraire

rechtsopvattingen verdedigd. Terwijl namelijk verzoeksters in het hoofdgeding en de hen ondersteunende verenigingen alle betrokken internationale overeenkomsten en beginselen van internationaal gewoonterecht geschonden achten, huldigen de bij de procedure betrokken organen en regeringen alsmede de milieuverenigingen eenstemmig een volstrekt tegenovergesteld standpunt.

1. Verenigbaarheid met bepaalde beginselen van internationaal gewoonterecht (tweede prejudiciële vraag)

141. Met zijn tweede prejudiciële vraag wenst de verwijzende rechter te vernemen of de beginselen van internationaal gewoonterecht waarop verzoeksters in het hoofdgeding zich beroepen, leiden tot ongeldigheid van richtlijn 2008/101 voor zover deze richtlijn de Unieregeling ook toepast op delen van vluchten die plaatsvinden buiten het luchtruim van de lidstaten van de Europese Unie.

142. Dat de Europese Unie haar bevoegdheden moet uitoefenen in overeenstemming met internationaal gewoonterecht¹³⁰ wordt algemeen erkend.

130 — Arresten Poulsen en Diva Navigation (aangehaald in voetnoot 29, punt 9) en Racke (aangehaald in voetnoot 29, punt 45), en arrest van 27 september 1988, Ahlström Osakeyhtiö e.a./Commissie („houtslip”, 89/85, 104/85, 114/85, 116/85, 117/85 en 125/85–129/85, Jurispr. blz. 5193, punten 15-18).

143. In de onderhavige zaak verwijten verzoeksters in het hoofdgeding en de hen ondersteunende verenigingen de Uniewetgever in wezen dat hij de grenzen van de bevoegdheden van de staten heeft overschreden, in strijd met de beginselen van internationaal gewoonterecht. Door het opnemen van delen van vluchten die buiten het luchtruim van de Europese Unie plaatsvinden, is namelijk een extraterritoriale regeling vastgesteld die enerzijds de soevereine rechten van derde landen en anderzijds de vrijheid van de volle zee schendt.

144. Dit verwijt treft geen doel. Het berust op een verkeerde en uiterst oppervlakkige lezing van de bepalingen van richtlijn 2008/101.

a) Ontbreken van extraterritoriale werking van de Unieregeling

145. Zoals vele bij de procedure betrokken organen en regeringen terecht hebben benadrukt, bevat richtlijn 2008/101 geen extraterritoriale voorschriften. Deze richtlijn onderwerpt de activiteiten van luchtvaartmaatschappijen noch in het luchtruim van derde landen noch boven de volle zee aan dwingende bepalingen van Unierecht. Richtlijn 2008/101 leidt met name niet tot verplichtingen voor luchtvaartmaatschappijen om met hun luchtvaartuigen bepaalde trajecten

te vliegen, zich te houden aan bepaalde maximumsnelheden of bepaalde grenswaarden voor brandstofverbruik en emissies in acht te nemen.

146. Voorwerp van richtlijn 2008/101 zijn enkel en alleen de vluchten die vertrekken vanaf en aankomen op luchtvaartterreinen in de Europese Unie, en alleen met betrekking tot die vluchten heeft uitoefening van jurisdictie jegens de luchtvaartmaatschappijen plaats: per vlucht moeten deze maatschappijen emissierechten van verschillende hoogte inleveren¹³¹, waarbij hun in het geval van nietnaleving sancties te wachten staan, die zelfs kunnen bestaan uit een exploitatieverbod¹³².

147. Dat bij de berekening van de in te leveren emissierechten rekening wordt gehouden met het totale ten behoeve van de desbetreffende vlucht afgelegde traject verleent de bepalingen van richtlijn 2008/101 geen extraterritoriaal karakter. Ongetwijfeld wordt op deze wijze tot op zekere hoogte *rekening gehouden met gebeurtenissen* die zich over de volle zee of op het grondgebied van derde landen afspeelen. Indirect kunnen daarvan prikkels uitgaan voor luchtvaartmaatschappijen om zich

131 — Zie artikel 12, lid 2 bis, juncto bijlage IV, deel B, bij richtlijn 2003/87 zoals gewijzigd bij richtlijn 2008/101.

132 — Artikel 16 van richtlijn 2003/87 zoals gewijzigd bij richtlijn 2008/101.

bij vluchten over de volle zee of op het grondgebied van derde landen op een bepaalde wijze te gedragen, met name zo weinig mogelijk brandstof te verbruiken en zo weinig mogelijk broeikasgassen uit te stoten. Een concrete *regeling* van hun gedrag in het luchtruim buiten de Europese Unie vindt echter niet plaats.

onder de vlag van een derde staat, een haven binnen de Europese Unie aandeed.¹³⁴

149. Beslissend vanuit het oogpunt van het internationale recht is dat de feiten een voldoende nauwe band hebben met de desbetreffende staat respectievelijk de desbetreffende internationale organisatie. Het relevante aanknopingspunt kan berusten op het territorialiteitsbeginsel¹³⁵, het personaliteitsbeginsel¹³⁶ of — zeldzamer — het universaliteitsbeginsel.

148. Het is geenszins ongebruikelijk dat een staat of internationale organisatie bij de uitoefening van jurisdictie rekening houdt met omstandigheden die zich buiten zijn respectievelijk haar territoriale bevoegdheidsgebied afspeelen of hebben afgespeeld. Zo geldt op het gebied van de inkomstenbelasting in veel staten het beginsel van het wereldinkomen. Ook in het kartelrecht en bij de controle op concentraties is het wereldwijd gebruikelijk dat mededingingsautoriteiten optreden tegen afspraken tussen ondernemingen ook indien deze buiten hun territoriale bevoegdheidsgebied zijn gemaakt en mogelijk zelfs in een aanzienlijke omvang gevolgen hebben buiten dit bevoegdheidsgebied.¹³³ In een visserijzaak heeft het Hof zelfs geoordeeld dat op volle zee gevangen vis in beslag mocht worden genomen zodra het desbetreffende schip, varend

b) Bestaan van voldoende territoriale aanknopingspunten

150. In de onderhavige zaak kan de Europese Unie zich op het territorialiteitsbeginsel baseren.

151. In het algemeen mag de Unie van alle ondernemingen die op haar grondgebied

133 — Twee bekende voorbeelden op het gebied van de Europese controle op concentraties zijn te vinden in de arresten van het Gerecht van 25 maart 1999, *Gencor/Commissie* (T-102/96, Jurispr. blz. II-753, punten 88 en 90), en 14 december 2005, *General Electric/Commissie* (T-210/01, Jurispr. blz. II-5575).

134 — Arrest *Poulsen en Diva Navigation* (aangehaald in voetnoot 29, punten 3, 4 en 30-34); zie ook het arrest *Commune de Mesquer* (aangehaald in voetnoot 44, punten 60 en 61) met betrekking tot de aardolie die bij een scheepsongeval in de exclusieve economische zone van een lidstaat weggelekt en vervolgens op diens kust aangespoeld was.

135 — Arrest *houtslijp* (aangehaald in voetnoot 130, punt 18); ook in het reeds genoemde arrest *Poulsen en Diva Navigation* (aangehaald in voetnoot 29, punten 30-34) is de bevoegdheid tot inbeslagneming van de scheepslanding uiteindelijk te herleiden naar het territorialiteitsbeginsel.

136 — In die zin arrest *Mondiet* (aangehaald in voetnoot 104, punt 15), waar uit de bevoegdheid van de vlagstaat een bevoegdheid van de voormalige Europese Gemeenschap is afgeleid voor het vaststellen van maatregelen voor de instandhouding van het visbestand in de volle zee.

diensten willen verrichten, verlangen dat zij zich houden aan bepaalde in het Unierecht vastgelegde standaarden. Zo mag zij van luchtvaartmaatschappijen verlangen dat zij zich met betrekking tot alle vluchten die vertrekken vanaf en aankomen op een luchtvaartterrein in de Europese Unie houden aan de maatregelen van het Unierecht betreffende milieu- en klimaatbescherming¹³⁷, in casu aan de regeling inzake de handel in broeikasgasemissierechten.

152. Want vertrek en aankomst zijn een wezenlijk en bijzonder karakteristiek onderdeel van elke vlucht. Indien het punt van vertrek of van aankomst een luchtvaartterrein op het grondgebied van de Europese Unie is, zijn er voldoende territoriale aanknopingspunten om op die vlucht de Unieregeling toe te passen.

153. Krachtens de Unieregeling mag van de desbetreffende luchtvaartmaatschappijen worden verlangd dat zij bij vluchten die vertrekken vanaf en aankomen op een Europees luchtvaartterrein hogere emissierechten inleveren naarmate het punt van vertrek van een vlucht verder verwijderd is van het punt van aankomst. Inachtneming van het totale afgelegde traject is per saldo in overeenstemming met het beginsel van evenredigheid en

voldoet aan het op het milieurecht gebaseerde beginsel „de vervuiler betaalt”.

154. Het territorialiteitsbeginsel verbiedt niet dat bij de toepassing van de Unieregeling ook rekening wordt gehouden met vluchtgedeelten die buiten het grondgebied van de Europese Unie zijn afgelegd. Dit beantwoordt ook aan de aard alsmede de geest en het doel van maatregelen ten behoeve van de milieu- en klimaatbescherming. Het is bekend dat luchtvervuiling geen grenzen heeft en dat broeikasgassen onafhankelijk van de plaats waar ze uitgestoten worden wereldwijd bijdragen aan de klimaatverandering; zij kunnen gevolgen hebben voor het milieu en het klimaat van elke staat of groep staten, ook in de Europese Unie.

155. Ook een vergelijking met de reeds genoemde visserijzaak is in dit verband de moeite waard. Wanneer het volgens het territorialiteitsbeginsel is toegestaan om buiten de Europese Unie gevangen vis op een onder de vlag van een derde land varend schip in een haven binnen de Europese Unie in beslag te nemen¹³⁸, dan kan het niet verboden zijn om voor de berekening van de in te leveren emissierechten rekening te houden met de buiten het luchtruim van de Europese Unie uitgestoten emissies van een luchtvaartuig bij diens vertrek vanaf of aankomst op een luchtvaartterrein in de Europese Unie.

137 — Of deze bevoegdheid in een concreet geval op grond van internationale overeenkomsten aan beperkingen is onderworpen, zal in het kader van de derde en de vierde prejudiciële vraag afzonderlijk worden besproken; zie hierna, punten 161-236.

138 — Arrest Poulsen en Diva Navigation (aangehaald in voetnoot 29, punten 3, 4 en 30-34).

c) Geen aantasting van de soevereiniteit van derde landen

wijdverbreide fenomeen van de dubbele belasting wordt geaccepteerd.¹³⁹

156. In tegenspraak met de mening van verzoeksters in het hoofdgeding en de hen ondersteunende verenigingen belet richtlijn 2008/101 derde landen juridisch noch feitelijk om in voorkomend geval hun eigen regelingen voor de handel in broeikasgas-emissierechten voor de luchtvaart in werking te stellen en toe te passen.

159. Alleen door eenzijdige maatregelen of akkoorden tussen de betrokken landen en internationale organisaties kan de dubbelstelling van een en dezelfde vlucht in twee verschillende emissierechtenregelingen worden vermeden. Daartoe heeft de Uniewetgever — hoewel het internationaal gewoonterecht hem wat dit betreft geen verplichting oplegt — zich in richtlijn 2008/101 uitdrukkelijk bereid getoond en ook voorzien in een concrete openingsclausule.¹⁴⁰

157. Toegegeven, indien vluchtgedeelten worden meegerekend die over de volle zee en op het grondgebied van derde landen zijn afgelegd, bestaat het risico van een „dubbele regeling”, dat wil zeggen dubbelstelling van een en hetzelfde traject in de emissierechtenregeling van twee landen. Dit kan met name het geval zijn wanneer zowel op het punt van vertrek als op het punt van aankomst van een internationale vlucht een regeling geldt die — zoals richtlijn 2008/101 — rekening houdt met het totale vluchttraject.

d) Tussenconclusie

160. Al met al geeft de toepassing van de Unieregeling op vluchtgedeelten die buiten het grondgebied van de Europese Unie worden afgelegd, dus geen aanleiding tot bezwaren met betrekking tot de verenigbaarheid van richtlijn 2008/101 met de betrokken beginselen van internationaal gewoonterecht.

158. Een dergelijke dubbelstelling, hoe belastend die voor de betrokken luchtvaartmaatschappijen ook moge zijn, is volgens de hier aan de orde zijnde beginselen van internationaal gewoonterecht echter niet verboden. Veeleer wordt zij door het internationaal gewoonterecht geaccepteerd, zoals ook op het gebied van de directe belastingen het

139 — Zelfs binnen de Europese Unie is er bij de huidige stand op het gebied van de directe belastingen geen algemeen verbod op dubbele belasting (arresten van 14 november 2006, Kerckhaert en Morres, C-513/04, Jurispr. blz. I-10967, punten 20-24, en 12 februari 2009, Block, C-67/08, Jurispr. blz. I-883, punten 28-31).

140 — Zie punt 17 van de considerans van richtlijn 2008/101 en artikel 25 bis van richtlijn 2003/87 zoals gewijzigd bij richtlijn 2008/101.

2. Verenigbaarheid met bepaalde internationale overeenkomsten (derde en vierde prejudiciële vraag)

leiden tot ongeldigheid van richtlijn 2008/101, voor zover deze richtlijn vluchtgedeelten die plaatsvinden buiten het luchtruim van de lidstaten van de Europese Unie onder de Unieregeling brengt.

161. Met zijn derde en vierde prejudiciële vraag wil de verwijzende rechter in wezen vernemen of richtlijn 2008/101 verenigbaar is met verschillende bepalingen in internationale overeenkomsten. Daarbij wordt het Hof gevraagd de rechtmatigheid van de uitbreiding van de Unieregeling bij richtlijn 2008/101 tot de internationale luchtvaart op vier punten te toetsen: ten eerste de meetelling van vluchtgedeelten buiten het luchtruim van de Europese Unie (derde prejudiciële vraag), ten tweede het solistisch optreden van de Europese Unie buiten de ICAO (vierde prejudiciële vraag, sub a), ten derde het verbod van heffingen op vertrek of aankomst (vierde prejudiciële vraag, sub b), en ten vierde het verbod van belastingen en douanerechten op brandstof in het internationale luchtvervoer (vierde prejudiciële vraag, sub c).

i) Verenigbaarheid met de artikelen 1, 11 en 12 van het Verdrag van Chicago (derde prejudiciële vraag, sub a)

163. Zoals reeds vermeld in het kader van de bespreking van de eerste prejudiciële vraag is de Europese Unie niet gebonden door het Verdrag van Chicago; dit Verdrag kan dus geen maatstaf zijn voor de geldigheidstoetsing van Uniehandelingen.¹⁴¹ Omdat echter alle lidstaten van de Unie verdragsluitende partij bij het Verdrag van Chicago zijn, moet hiermee wel rekening worden gehouden bij de uitlegging van bepalingen van afgeleid Unierecht.¹⁴² Richtlijn 2008/101 (respectievelijk richtlijn 2003/87 zoals gewijzigd bij richtlijn 2008/101) moet dus zo veel mogelijk zo worden uitgelegd dat zij overeenstemt met het Verdrag van Chicago.

a) Rechtmatigheid van de uitbreiding van de Unieregeling tot vluchtgedeelten afgeleid buiten het luchtruim van de Europese Unie (derde prejudiciële vraag)

164. Bezieet men de door de verwijzende rechter genoemde bepalingen van het Verdrag van Chicago, dan blijken deze zich hoe dan ook niet te verzetten tegen richtlijn 2008/101.

162. Met zijn derde prejudiciële vraag wenst de verwijzende rechter te vernemen of verschillende bepalingen van het Verdrag van Chicago en de Open Skies-overeenkomst

¹⁴¹ — Zie hierboven, punten 51-66.

¹⁴² — In die zin arrest Intertanko (aangehaald in voetnoot 29, slot van punt 52).

165. In de eerste plaats geeft artikel 1 van het Verdrag van Chicago slechts uitdrukking aan het beginsel van de soevereiniteit van staten en met name de soevereiniteit over hun luchtruim.¹⁴³ Zoals hierboven¹⁴⁴ reeds gezegd in verband met het internationale gewoonterecht zijn in richtlijn 2008/101 geen extraterritoriale bepalingen opgenomen en worden geen soevereine rechten van derde landen geschonden. Ditzelfde geldt zonder meer ook ten opzichte van artikel 1 van het Verdrag van Chicago.

166. Over artikel 11 van het Verdrag van Chicago wil ik opmerken dat de daarin opgenomen bepalingen alleen al volgens hun bewoordingen uitsluitend betrekking hebben op de toelating tot of het vertrek uit het grondgebied van de verdragsluitende staten van luchtvaartuigen gebruikt in de internationale luchtvaart of betreffende de exploitatie van en het vliegen met deze luchtvaartuigen op het grondgebied van de verdragsluitende staten. Dit wordt ook bevestigd door de context van artikel 11: de bepaling behoort tot hoofdstuk II van het Verdrag van Chicago, dat is gewijd aan de uitoefening van de luchtvaart boven het grondgebied van de verdragsluitende staten. Voor het antwoord op de vraag of een door een verdragsluitende staat toegepaste regeling voor de handel in broeikasgasemissierechten rekening mag houden met buiten het grondgebied van deze staat afgelegde vluchtgedeelten, is in artikel 11 van het Verdrag van Chicago niets te vinden.

167. De enige inhoudelijke eis die artikel 11 van het Verdrag van Chicago stelt aan de

wetten en voorschriften van de verdragsluitende staten over toelating of vertrek en de exploitatie van luchtvaartuigen is het verbod van discriminatie van luchtvaartuigen op grond van nationaliteit: de desbetreffende wetten en voorschriften dienen „zonder onderscheid van nationaliteit van toepassing te zijn op de luchtvaartuigen van alle verdragsluitende staten”. Dat de Unieregeling voldoet aan deze eis is door geen van de partijen bij de procedure in twijfel getrokken.

168. Ook uit het laatste zinsdeel van artikel 11 van het Verdrag van Chicago volgt geen verbod voor een verdragsluitende staat om in het kader van de regeling voor de handel in broeikasgasemissierechten rekening te houden met de buiten zijn grondgebied afgelegde vluchtgedeelten. Daarin wordt slechts bepaald dat de wetten en voorschriften van een verdragsluitende staat „moeten worden nagekomen bij het binnenvliegen of verlaten van het grondgebied of gedurende het verblijf binnen het grondgebied van die staat”. Het is juist dit en niets meer — nakoming van de voorschriften bij binnenkomst en vertrek — dat de Europese Unie van de luchtvaartmaatschappijen verlangt in het kader van haar regeling voor de handel in broeikasgasemissierechten. De Unieregeling bevat geen voorschriften waarmee rekening moet worden gehouden bij vluchtgedeelten buiten het grondgebied van de Europese Unie.

169. Artikel 12 van het Verdrag van Chicago, ten slotte, heeft betrekking op luchtverkeersregels. Richtlijn 2003/87 zoals gewijzigd bij richtlijn 2008/101 kent dergelijke luchtverkeersregels echter niet, noch voor het grondgebied van de Europese Unie noch voor het luchtruim boven derde landen of boven de in

143 — Zie hierboven, punt 118.

144 — Zie mijn opmerkingen betreffende de tweede prejudiciële vraag (punten 145-160 van deze conclusie).

artikel 12, derde zin, van het verdrag apart genoemde volle zee. Zoals eerder vermeld, bevat de Unieregeling met name geen verplichtingen voor de luchtvaartmaatschappijen en de door hen geëxploiteerde luchtvaartuigen betreffende een bepaald vluchttraject, bepaalde maximumsnelheden of grenswaarden voor brandstofverbruik en emissies.

toe te passen. Gelet op dit Verdrag is het met name niet nodig om de werkingssfeer van de Unieregeling te beperken tot vluchtgedeelten die op het grondgebied van de Europese Unie plaatsvinden.

ii) Verenigbaarheid met artikel 7 van de Open Skies-overeenkomst (derde prejudiciële vraag, sub b)

170. Ook de verwijzing van verzoeksters in het hoofdgeding naar bijlage 2 bij het Verdrag van Chicago¹⁴⁵, waarin bepaalde luchtverkeersregels zijn genoemd, biedt geen steun aan hun stelling. Weliswaar is in paragraaf 3.1.4 van die bijlage een voorschrift opgenomen over het „afwerpen en sproeien”¹⁴⁶ door luchtvaartuigen tijdens de vlucht. De Unieregeling is echter op geen enkele wijze vergelijkbaar met een regeling over het afwerpen of sproeien van stoffen, omdat zij juist geen voorschriften of grenswaarden bevat inzake de uitstoot van broeikasgassen uit de motoren van individuele luchtvaartuigen tijdens de vlucht van en naar luchtvaartterreinen in de Europese Unie.

171. Omdat er dus geen strijdigheid met de artikelen 1, 11 en 12 van het Verdrag van Chicago te vrezen is, is er ook geen reden om richtlijn 2008/101 in het licht van het Verdrag van Chicago restrictief uit te leggen en

172. Anders dan de zojuist besproken bepalingen van het Verdrag van Chicago kan artikel 7 van de Open Skies-overeenkomst rechtstreeks als maatstaf voor de toetsing van de geldigheid van richtlijn 2008/101 worden gebruikt.¹⁴⁷

173. In de onderhavige zaak zijn echter geen bezwaren gemaakt wat betreft de verenigbaarheid van de Unieregeling met dit voorschrift van internationaal recht. Want artikel 7 van de Open Skies-overeenkomst schrijft in wezen voor dat de wetten en voorschriften van een partij betreffende de toelating tot, het vertrek uit en de exploitatie op haar grondgebied van aan het internationale luchtverkeer deelnemende luchtvaartuigen van toepassing zijn en moeten worden nageleefd. Daarmee bevat artikel 7 van de Open Skies-overeenkomst, voor zover hier van belang, een voorschrift dat qua inhoud in hoge mate gelijk is aan artikel 11 van het Verdrag van Chicago. De ten aanzien van laatstgenoemd artikel

145 — Door de ICAO gepubliceerd in „Rules of the Air”, 10e druk, juli 2005.

146 — In het Engels: „dropping or spraying”.

147 — Zie hierboven, met name punt 103.

gemaakte opmerkingen¹⁴⁸ zijn dus zonder meer toepasbaar op artikel 7 van de Open Skies-overeenkomst.

ondersteunende verenigingen verbiedt artikel 2, lid 2, van het Protocol van Kyoto de Europese Unie buiten het kader van de ICAO te streven naar een beperking of reductie van emissies van broeikasgassen in de luchtvaart.

b) Rechtmatigheid van het solistisch optreden van de Europese Unie buiten de ICAO (vierde prejudiciële vraag, sub a)

174. Het eerste deel van de vierde prejudiciële vraag (vierde vraag, sub a) houdt in of de Europese Unie haar regeling voor de handel in broeikasgasemissierechten op eigen gezag mocht uitbreiden tot de internationale luchtvaart zonder eerst een multilaterale oplossing binnen de ICAO af te wachten. Hiertoe verzoekt de verwijzende rechter het Hof, de geldigheid van richtlijn 2008/101 vanuit twee gezichtspunten te beoordelen: ten eerste de verenigbaarheid met artikel 2, lid 2, van het Protocol van Kyoto, en ten tweede een eventuele schending van artikel 15, lid 3, van de Open Skies-overeenkomst.

176. Deze opvatting overtuigt mij niet. Zoals tal van aan de procedure deelnemende organen en regeringen namelijk terecht hebben benadrukt, is beperking en reductie van emissies van broeikasgassen in de luchtvaart geen exclusieve bevoegdheid van de ICAO volgens artikel 2, lid 2, van het Protocol van Kyoto. Dit blijkt zowel uit de bewoordingen als uit de context en de doelstelling van deze bepaling.

i) Verenigbaarheid met artikel 2, lid 2, van het Protocol van Kyoto

177. Reeds in de bewoordingen van artikel 2, lid 2, van het Protocol van Kyoto ontbreekt elke verwijzing naar enigerlei vorm van exclusiviteit. De beperking of reductie van emissies van broeikasgassen door luchtvaartactiviteiten moet juist niet „uitsluitend” of „alleen” via de ICAO verlopen. Indien de partijen bij het Protocol van Kyoto een uitsluitende bevoegdheid aan de ICAO hadden willen verlenen, dan had het in de lijn der verwachtingen gelegen dat dit met de vereiste duidelijkheid tot uitdrukking was gebracht in de bewoordingen van de bepaling.

175. Volgens de interpretatie van verzoeksters in het hoofdgeding en de hen

178. Bovendien is het Protocol van Kyoto ingebed in de context van het Raamverdrag van de Verenigde Naties inzake

148 — Zie hierboven, punten 166-168.

klimaatverandering, tot uitvoering waarvan het is gesloten¹⁴⁹ en in het licht waarvan het dus moet worden uitgelegd. Dat Raamverdrag laat ter begrenzing of reductie van emissies van broeikasgassen niet alleen multilateraal beleid en maatregelen toe, maar ook nationaal en regionaal beleid en maatregelen.

179. Zo bepaalt artikel 4, lid 1, sub b, van het Raamverdrag uitdrukkelijk dat de partijen „nationale en, indien van toepassing, regionale programma’s [opstellen, uitvoeren, openbaar maken en regelmatig bijwerken], die maatregelen bevatten ter beperking van klimaatverandering, toegespitst op antropogene emissies per bron en verwijderingen per put van alle broeikasgassen die niet worden beheerst krachtens het Protocol van Montreal”. Eveneens in die zin bepaalt artikel 4, lid 2, sub a, van het Raamverdrag dat elk van de partijen die tot de ontwikkelde landen behoren, „nationaal beleid” aanneemt en „maatregelen inzake inperking van klimaatverandering” treft, waarbij in een voetnoot uitdrukkelijk wordt verklaard dat dit met inbegrip is van beleid en maatregelen aangenomen door regionale organisaties voor economische integratie.

180. In tegenspraak met de door verzoeksters in het hoofdgeding tijdens de mondelinge behandeling voor het Hof geuite mening wijst niets erop dat met artikel 2, lid 2, van het Protocol van Kyoto wordt afgeweken van de in artikel 4 van het Raamverdrag genoemde beginselen.

181. Want het zou indruisen tegen de doelstellingen van het Raamverdrag in het algemeen en die van het Protocol van Kyoto in het bijzonder om eventuele maatregelen ter begrenzing of reductie van emissies van broeikasgassen door luchtvaartactiviteiten alleen op multilateraal niveau via de ICAO te nemen. Er is namelijk geen congruentie tussen de kring van de partijen bij het Raamverdrag en het Protocol van Kyoto enerzijds en die bij het Verdrag van Chicago en de daarop gebaseerde ICAO anderzijds. Indien de ICAO exclusief bevoegd zou zijn, dan kunnen de ICAO-leden, die niet zelf gebonden zijn door het Protocol van Kyoto, de verwezenlijking van de Kyoto-doelen verhinderen. Omgekeerd zou het voor de partijen bij het Protocol van Kyoto moeilijker worden om een actieve bijdrage te leveren aan de verwezenlijking van de Kyoto-doelen wanneer zij zelf — zoals de Europese Unie — geen ICAO-lid zijn.

182. Tegen deze achtergrond moet ervan worden uitgegaan dat de partijen bij het Protocol van Kyoto zich in artikel 2, lid 2, daarvan *niet* hebben verplicht *uitsluitend* via de ICAO te werken bij hun streven naar limitering of reductie van emissies van broeikasgassen door luchtvaartactiviteiten.

183. Het moge juist zijn dat artikel 2, lid 2, van het Protocol van Kyoto de voorkeur van de verdragsluitende partijen tot uitdrukking brengt om voor de limitering of reductie van emissies van broeikasgassen door luchtvaartactiviteiten een multilaterale oplossing via de ICAO te vinden. Dit kan ook de Europese

149 — Zie bijvoorbeeld de titel en de eerste alinea van de preambule van het Protocol van Kyoto.

Unie bij de vormgeving en uitvoering van haar beleid inzake milieu en klimaatverandering niet buiten beschouwing laten, hoewel niet zij zelf lid is van de ICAO, maar alleen haar lidstaten.¹⁵⁰

184. De voorkeur van de verdragsluitende partijen voor een multilaterale oplossing via de ICAO is evenwel in artikel 2, lid 2, van het Protocol van Kyoto slechts in een uiterst algemeen gehouden inspanningsverplichting (in het Frans: „obligation de moyen”, in het Engels: „obligation of conduct”) omgezet. Indien overeenstemming via de ICAO niet binnen een redelijke termijn tot stand komt, dan moeten de partijen bij het Protocol van Kyoto de vrijheid hebben om op nationaal of regionaal niveau de vereiste maatregelen te nemen ter verwezenlijking van de Kyoto-doelen.¹⁵¹ Anders bestaat het ernstige risico dat deze doelstellingen niet worden gerealiseerd.

185. Of en op welk moment de Europese Unie buiten het kader van de ICAO eenzijdig maatregelen neemt ter begrenzing of reductie van de emissies van broeikasgassen door luchtvaartactiviteiten is uiteindelijk een kwestie van doelmatigheid, de beoordeling

waarvan een zaak is van de politieke organen van de Unie. Dit betekent weliswaar niet dat de betrokken organen van de Unie in dit opzicht vrij van rechterlijk toezicht kunnen opereren. Er moet echter rekening mee worden gehouden dat zij bij beslissingen die een beoordeling van ingewikkelde economische en sociale situaties vereisen, evenals bij ingewikkelde beslissingen op het gebied van het externe optreden, over een ruime discretionaire bevoegdheid beschikken.¹⁵² Juist bij de afweging van de voor- en nadelen van een regionaal solistisch optreden ter begrenzing of reductie van de emissies van broeikasgassen door luchtvaartactiviteiten en bij de keuze van het moment van een dergelijk solistisch optreden moeten de bevoegde organen van de Unie kunnen beschikken over een discretionaire bevoegdheid.

186. In de onderhavige zaak staat vast, en wordt ook niet bestreden, dat de lidstaten van de Europese Unie gedurende meerdere jaren hebben deelgenomen aan multilaterale onderhandelingen in het kader van de ICAO over eventuele maatregelen ter begrenzing of reductie van de emissies van broeikasgassen door luchtvaartactiviteiten.¹⁵³ Van de organen van de Unie kon redelijkerwijs niet verlangd worden dat zij de ICAO-gremia onbeperkt de tijd zouden geven voor de ontwikkeling van een multilaterale oplossing. Hierbij is de tijdsdruk relevant die het Protocol

150 — In die zin arrest Intertanko (aangehaald in voetnoot 29, slot van punt 52).

151 — In die zin kan ook artikel 4, lid 2, sub e, punt i, van het Raamverdrag worden uitgelegd, volgens hetwelk elk der partijen met de andere partijen relevante economische en administratieve instrumenten „coördineert, indien van toepassing”.

152 — Over de discretionaire bevoegdheid respectievelijk beoordelingsmarge van de organen van de Unie bij de beoordeling van ingewikkelde economische en sociale situaties, zie arrest IATA en ELFAA (aangehaald in voetnoot 35, punt 80); arresten van 10 juli 2008, Bertelsmann en Sony Corporation of America/Impala (C-413/06 P, Jurispr. blz. I-4951, punten 69 en 144), en 8 juni 2010, Vodafone e.a. (C-58/08, Jurispr. blz. I-4999, punt 52); over de discretionaire bevoegdheid van organen van de Unie op het gebied van het externe optreden, zie arrest Racke (aangehaald in voetnoot 29, punt 52) en arrest van 27 september 2007, Ikea Wholesale (C-351/04, Jurispr. blz. I-7723, punt 40).

153 — Zie ook punt 9 van de considerans van richtlijn 2008/101.

van Kyoto oplegt aan de Europese Unie en aan talrijke andere verdragspartijen voor het realiseren van hun gekwantificeerde doelstellingen op het vlak van limitering en reductie van emissies: in het Protocol van Kyoto wordt een heel concrete verbintenisperiode vastgesteld, die zich uitstrekt over de jaren 2008 tot en met 2012.

lid 2, van het Protocol van Kyoto toekomstige beoordelingsmarge dus niet overschreden bij de goedkeuring van richtlijn 2008/101. De richtlijn schendt artikel 2, lid 2, van het Protocol van Kyoto niet.

ii) Verenigbaarheid met artikel 15, lid 3, van de Open Skies-overeenkomst

187. Onder deze omstandigheden kan het volstrekt niet als te vroeg worden aange merkt, dat de Nieuwetgever in 2008 besloot om vanaf 2012 luchtvaartactiviteiten onder de Unieregeling te brengen. Dit geldt des te meer nu met richtlijn 2008/101 de deur voor een latere multilaterale oplossing via de ICAO geenszins is gesloten. Integendeel, de Unie en de lidstaten blijven uitdrukkelijk „ijveren om een akkoord te bereiken over algemene maatregelen met het oog op het vermindere ren van de uitstoot van broeikasgassen door de luchtvaart”.¹⁵⁴ Met een openingsclausule in de gewijzigde richtlijn¹⁵⁵ wordt bovendien de mogelijkheid geschapen op korte termijn maatregelen te nemen om een dubbele rege ling te vermijden.

189. In de Open Skies-overeenkomst is be paald dat bij de vaststelling van milieumaatregelen de door de ICAO in de bijlagen bij het Verdrag van Chicago¹⁵⁶ aanvaarde milieu normen voor de luchtvaart moeten wor den gevolgd, tenzij mededeling is gedaan van verschillen (artikel 15, lid 3, eerste zin, van de Open Skies-overeenkomst). Bovendien moeten milieumaatregelen overeen komstig artikel 2 en artikel 3, lid 4, van de Open Skies-overeenkomst worden toegepast (artikel 15, lid 3, tweede zin, van de Open Skies-overeenkomst).

— Geen andersluidende milieunormen van de ICAO

188. Al met al hebben het Europees Parle ment en de Raad van de Europese Unie de grenzen van de hun in verband met artikel 2,

190. In de eerste plaats kan wat betreft arti kel 15, lid 3, eerste zin, van de Open Skies-overeenkomst worden vastgesteld dat er op

154 — Punt 17 van de considerans van richtlijn 2008/101.

155 — Artikel 25 bis van richtlijn 2003/87 zoals gewijzigd bij richtlijn 2008/101.

156 — In artikel 15, lid 3, van de Open Skies-overeenkomst wordt het Verdrag van Chicago op een wat ongebruikelijke wijze aangeduid als „het Verdrag”.

dit moment — in elk geval volgens de in deze prejudiciële procedure aan het Hof voorgelegde informatie — geen milieunormen voor de luchtvaart van de ICAO zijn, die zich verzetten tegen het opnemen van luchtvaartactiviteiten in een regeling voor de handel in broeikasgasemissierechten zoals die van de Europese Unie; dit geldt ook voor bijlage 16 bij het Verdrag van Chicago.

van verdragsluitende partij bij het Verdrag van Chicago een voorbehoud bij deze resolutie hebben gemaakt; zij hebben zich uitdrukkelijk het recht voorbehouden om op niet-discriminerende wijze marktgebaseerde instrumenten aan te nemen en toe te passen op alle vliegtuigexploitanten van alle staten die naar, vanuit of op hun grondgebied diensten leveren.¹⁵⁸

191. De 36e Algemene Vergadering van de ICAO heeft de partijen bij het Verdrag van Chicago in september 2007 weliswaar opgeroepen geen systeem voor de handel in emissierechten toe te passen op vliegtuigexploitanten van andere verdragsluitende partijen, tenzij in onderlinge overeenstemming tussen de betrokken staten.¹⁵⁷ Daarmee is echter geen juridisch bindende norm voor de luchtvaart vastgesteld en al helemaal geen milieunorm in de zin van artikel 15, lid 3, eerste zin, van de Open Skies-overeenkomst. Veeleer gaat het slechts om een niet-bindende politieke verklaring van de verdragsluitende partijen vertegenwoordigd in de Algemene Vergadering van de ICAO.

192. Zelfs wanneer men echter juridische betekenis wil toekennen aan de genoemde resolutie van de 36e Algemene Vergadering van de ICAO, dan nog is deze resolutie in elk geval niet van belang voor de Europese Unie, omdat al haar lidstaten in hun hoedanigheid

193. Bovendien is de reeds genoemde resolutie van de 36e Algemene Vergadering van de ICAO uit 2007 inmiddels ingehaald door een latere resolutie van de 37e Algemene Vergadering van de ICAO uit 2010.¹⁵⁹ Laatstgenoemde resolutie, waarmee de Europese ICAO-leden zich in beginsel konden verenigen, erkent de belangrijke rol van marktgebaseerde maatregelen zoals regelingen voor de handel in broeikasgasemissierechten en geeft in haar bijlage aanbevelingen voor de invoering van dergelijke regelingen door de partijen bij het Verdrag van Chicago. Afgezien van het feit dat de resolutie van de 37e Algemene Vergadering van de ICAO evenmin juridisch bindend is, heeft geen van de deelnemers aan de onderhavige prejudiciële procedure aangevoerd dat richtlijn 2008/101 niet verenigbaar is met deze resolutie. Bovendien blijkt uit de laatstgenoemde resolutie dat er binnen de ICAO nu een positievere instelling terrein wint ten aanzien van het opnemen van luchtvaartactiviteiten in

157 — Resolutie A36-22 van de 36e Algemene Vergadering van de ICAO, bijlage L, punt 1, sub b, onder 1 (waarnaar wordt verwezen in punt 9 van de considerans van richtlijn 2008/101).

158 — Zie hieromtrent punt 9 van de considerans van richtlijn 2008/101.

159 — Resolutie A37-19 van de 37e Algemene Vergadering van de ICAO van oktober 2010.

nationale en regionale regelingen voor de handel in broeikasgasemissierechten.

op niet-discriminerende wijze moeten worden toegepast¹⁶¹ en niet van invloed mogen zijn op de kansen van de luchtvaartmaatschappijen op het gebied van de onderlinge mededinging.

194. Al met al is er uit de verwijzing in artikel 15, lid 3, eerste zin, van de Open Skies-overeenkomst naar milieunormen van de ICAO niets af te leiden dat zich verzet tegen de geldigheid van richtlijn 2008/101.

— Geen schending van het discriminatieverbod van de Open Skies-overeenkomst

195. Wat vervolgens artikel 15, lid 3, tweede zin, van de Open Skies-overeenkomst betreft, wordt de toepassing van milieumaatregelen op de luchtvaart daar gekoppeld aan de nakoming van het beginsel van eerlijke en gelijke gelegenheid tot mededinging voor luchtvaartmaatschappijen (artikel 2 van de Open Skies-overeenkomst) en het recht van de luchtvaartmaatschappijen de frequentie en capaciteit van het door hen aangeboden internationale luchtvervoer te bepalen (artikel 3, lid 4, van de Open Skies-overeenkomst). Zoals reeds vermeld¹⁶⁰, hebben al deze eisen uiteindelijk gemeen dat milieumaatregelen tegen luchtvaartondernemingen

196. Het in de artikelen 2 en 3, lid 4, van de Open Skies-overeenkomst voorziene discriminatieverbod is de uitdrukking van een algemeen rechtsbeginsel dat ook in het Unierecht wordt erkend en in de artikelen 20 en 21 van het Handvest van de grondrechten is vastgelegd.¹⁶² Er zijn geen aanwijzingen dat dit beginsel in het kader van de Open Skies-overeenkomst anders moet worden uitgelegd dan elders in het Unierecht. In het Unierecht vereist het non-discriminatiebeginsel volgens vaste rechtspraak dat vergelijkbare situaties niet verschillend en verschillende situaties niet gelijk worden behandeld, tenzij een dergelijke behandeling objectief gerechtvaardigd is.¹⁶³

197. Richtlijn 2008/101 brengt de luchtvaartactiviteiten van alle luchtvaartmaatschappijen van en naar Europese luchtvaartterreinen

161 — Zie hieromtrent ook de verwijzing naar „gelijke voorwaarden”, artikel 3, lid 4, tweede zin, slot, van de Open Skies-overeenkomst.

162 — Arrest van 14 september 2010, Akzo Nobel Chemicals en Akros Chemicals/Commissie e.a. („Akzo”, C-550/07 P, Jurispr. blz. I-8301, punt 54).

163 — Arrest IATA en ELFAA (aangehaald in voetnoot 35, punt 95); arrest van 16 december 2008, Arcelor Atlantique en Lorraine e.a. („Arcelor”, C-127/07, Jurispr. blz. I-9895, punt 23); arrest Akzo (aangehaald in voetnoot 162, punt 55), en arrest van 1 maart 2011, Belgische Verbruikersunie Test-Aankoop e.a. („Test-Aankoop”, C-236/09, Jurispr. blz. I-773, punt 28).

160 — Zie hierboven, punt 106.

onder de Unieregeling, zonder daarbij een onderscheid te maken naar hun nationaliteit of naar het punt van vertrek of het punt van aankomst van een vlucht. Een volgens de artikelen 2 en 3, lid 4, van de Open Skies-overeenkomst verboden discriminatie kan de richtlijn dus alleen doen ontstaan wanneer de situaties niet vergelijkbaar zijn.

De situaties zijn vergelijkbaar. Bijgevolg moesten de betrokken situaties gelijk worden behandeld volgens de artikelen 2 en 3, lid 4, van de Open Skies-overeenkomst, zoals ook is gebeurd in richtlijn 2008/101.

198. De vergelijkbaarheid van de situaties moet met name worden beoordeeld tegen de achtergrond van het doel en het voorwerp van de Uniehandeling die het betrokken onderscheid invoert.¹⁶⁴ Als maatregel ter beperking van het effect van de internationale luchtvaartsector op de klimaatverandering beoogt richtlijn 2008/101 de door deze economische sector veroorzaakte broeikasgasemissies te verminderen¹⁶⁵. De richtlijn beoogt uitvoering te geven aan het Raamverdrag van de Verenigde Naties inzake klimaatverandering en aan het Protocol van Kyoto.¹⁶⁶ In het licht van deze doelstellingen is het onbelangrijk welke nationaliteit een luchtvaartmaatschappij heeft. Net zo min is het voor de genoemde doelstellingen van belang welk punt van vertrek een vlucht naar een Europees luchtvaartterrein heeft, en welk punt van aankomst een vlucht vanuit een Europees luchtvaartterrein.

199. Indien de Uniewetgever van de Unieregeling luchtvaartmaatschappijen zou hebben uitgezonderd die de nationaliteit van een derde land bezitten, dan zouden deze ondernemingen ten opzichte van hun Europese concurrenten een niet gerechtvaardigd mededingingsvoordeel hebben verkregen. Een dergelijke gang van zaken is niet verenigbaar met het beginsel van eerlijke en gelijke mededingingsvoorwaarden, zoals neergelegd in artikel 2 van de Open Skies-overeenkomst en overigens ook ten grondslag ligt aan richtlijn 2008/101 zelf.¹⁶⁷

200. Indien de Uniewetgever vluchten van of naar een luchtvaartterrein in een derde land had uitgezonderd van de Unieregeling, dan zou — bijvoorbeeld wat trans-Atlantische vluchten aangaat — het gevaar van een bevoordeling van langeafstandsvluchten vergeleken met korteaftandsvluchten hebben bestaan. Een dergelijke bevoordeling zou gezien de doelstelling van richtlijn 2008/101 evenmin gerechtvaardigd zijn geweest: de Uniewetgever wilde de luchtvaartactiviteiten

164 — Arresten Arcelor (aangehaald in voetnoot 163, punt 26) en Test-Aankoop (aangehaald in voetnoot 163, punt 29); arresten van 17 maart 2011, AJD Tuna (C-221/09, Jurispr. blz. I-1655, punt 93), en 12 mei 2011, Luxemburg/Parlement en Raad (C-176/09, Jurispr. blz. I-3727, punt 32).

165 — Punten 3, 4, 10 en 11 van de considerans van richtlijn 2008/101.

166 — Punten 2, 7 en 8 van de considerans van richtlijn 2008/101, te lezen in samenhang met punt 5 van de considerans van richtlijn 2003/87.

167 — Punt 16 van de considerans van richtlijn 2008/101.

in de grootst mogelijke mate in de Unieregeling betrekken met het doel broeikasgasemissies van de luchtvaart te verminderen.

201. Al met al kan dus geen schending van het in de artikelen 2 en 3, lid 4, van de Open Skies-overeenkomst neergelegde beginsel van non-discriminatie worden vastgesteld.

— Geen verbod van solistisch optreden buiten het kader van de ICAO

202. Verzoeksters in het hoofdgeding beroepen zich ook nog op artikel 15, lid 3, van de Open Skies-overeenkomst omdat daarin — via de omweg van de verwijzing naar artikel 3, lid 4, van de Open Skies-overeenkomst — wordt verwezen naar artikel 15 van het Verdrag van Chicago. Op basis van deze verwijzingsketen zijn zij, net zoals eerder in verband met artikel 2, lid 2, van het Protocol van Kyoto, van mening dat de Europese Unie de luchtvaartactiviteiten niet via een solistisch optreden had mogen onderwerpen aan een regeling voor de handel in broeikasgas-emissierechten, maar een multilaterale oplossing via de ICAO had moeten afwachten.

203. Hier wil ik opmerken dat artikel 15 van het Verdrag van Chicago, dat betrekking heeft op luchthavenrechten en soortgelijke heffingen en meer algemeen op de toegang

tot luchthavens, geen concrete regel bevat over het al dan niet toelaatbaar zijn van een eenzijdig optreden bij de invoering van een regeling voor de handel in broeikasgasemissierechten voor de luchtvaart. Het is dus niet erg aannemelijk dat de partijen bij de Open Skies-overeenkomst louter door verwijzing naar artikel 15 van het Verdrag van Chicago een dergelijke regel „via de achterdeur” zouden hebben willen invoeren, temeer niet daar er tussen hen op dit punt toch al geen overeenstemming bestond.¹⁶⁸

204. Veeleer toont een blik op het nieuwe artikel 15, lid 7, van de Open Skies-overeenkomst in de versie van het wijzigingsprotocol van 2010 dat de partijen geenszins de toepassing van „marktgebaseerde maatregelen inzake luchtvaartemissies” wilden uitsluiten, zelfs wanneer deze eenzijdig werden ingevoerd.

168 — In punt 54 van het memorandum van overleg bij de Open Skies-overeenkomst (PB 2007, L 134, blz. 33) en in punt 11 van het memorandum van overleg bij het Protocol tot wijziging van 2010 (PB 2010, L 223, blz. 16) erkennen beide delegaties dat niets in de bepalingen van de Open Skies-overeenkomst „op enige wijze hun respectieve juridische en beleidsstandpunten over diverse luchtvaartgerelateerde milieukwesties beïnvloedt”. Weliswaar wordt in punt 35 van het memorandum van 2007 met betrekking tot artikel 15 van de Open Skies-overeenkomst de betekenis van een internationale consensus over milieukwesties in het kader van de ICAO benadrukt en aangespoord tot nakoming van resolutie A35-5 van de 35e Algemene Vergadering van de ICAO van september 2004. Noch uit dat memorandum noch uit resolutie A35-5 kan echter een expliciet, juridisch bindend verbod van eenzijdige maatregelen met het oog op de handel in emissierechten worden afgeleid. Resolutie A35-5 bepleit daarentegen in bijlage H, punt 2, sub c, een open handel in emissierechten en sluit niet uit dat staten emissies door de internationale luchtvaart opnemen in hun regelingen voor de handel in broeikasgasemissierechten (zie hieromtrent ook punt 9 van de considerans van richtlijn 2008/101).

Want in dit nieuwe artikellid is uitdrukkelijk sprake van overlappingsen en van aanbevelingen van het Gemengd Comité teneinde „duplicatie van maatregelen en kosten” te vermijden.

205. Uiteindelijk kan artikel 15 van het Verdrag van Chicago in het kader van artikel 3, lid 4, juncto artikel 15, lid 3, van de Open Skies-overeenkomst dus slechts een rol spelen voor zover door een partij om redenen van milieubescherming eenzijdig beperkingen met betrekking tot verkeersvolume, frequentie of regelmatigheid van de luchtdiensten of het gebruikte vliegtuigtype worden vastgesteld of wordt geëist dat dienstregelingen, programma's voor chartervluchten of operationele plannen voor luchtvaartmaatschappijen worden ingediend. Voor dergelijke gevallen schrijft artikel 3, lid 4, van de Open Skies-overeenkomst „gelijke voorwaarden overeenkomstig artikel 15 van het [Verdrag van Chicago]” voor en herinnert dus slechts aan het discriminatieverbod dat — zoals zojuist besproken¹⁶⁹ — niet wordt geschonden door richtlijn 2008/101.

206. Tot slot, wat betreft de kwestie of de Unieregeling moet worden beschouwd als luchthavenrecht of soortgelijke heffing in de zin van artikel 15 van het Verdrag van Chicago, verwijs ik naar mijn hierna volgende opmerkingen over het tweede deel van de vierde prejudiciële vraag (vierde prejudiciële vraag, sub b)¹⁷⁰.

c) Geen schending van het verbod van heffingen op het binnenvliegen of vertrek van luchtvaartuigen (vierde prejudiciële vraag, sub b)

207. Het tweede deel van de vierde prejudiciële vraag betreft de kwestie of de uitbreiding van de Unieregeling tot internationale luchtvaartactiviteiten in strijd is met het op het internationale recht gebaseerde verbod van heffingen op de binnenkomst of vertrek van luchtvaartuigen, zoals voortvloeiend uit artikel 15 van het Verdrag van Chicago, waarbij laatstgenoemde bepaling „op zichzelf of junctis” artikel 3, lid 4, en artikel 15, lid 3, van de Open Skies-overeenkomst aan de orde wordt gesteld.

208. Op zich is het Verdrag van Chicago, zoals reeds vermeld, geen maatstaf voor de toetsing van de geldigheid van Uniehandelingen.¹⁷¹ Artikel 15 ervan is echter van toepassing via de verwijzing in artikel 3, lid 4, juncto artikel 15, lid 3, van de Open Skies-overeenkomst.

209. In casu is met name de laatste zin van artikel 15 van het Verdrag van Chicago van belang, volgens welke een verdragsluitende staat geen tarieven, rechten of andere heffingen mag opleggen voor het enkele recht van het vliegen over, het binnenvliegen in of het vertrek uit zijn grondgebied door een luchtvaartuig van een andere verdragsluitende

169 — Zie hierboven, punten 195-201.

170 — Zie hierna, punten 207-221.

171 — Zie hierboven, punten 51-66.

staat of van daarmee vervoerde personen of eigendommen.

210. Verzoeksters in het hoofdgeding en de hen ondersteunende verenigingen zijn van mening dat met de Unieregeling juist wel een dergelijke heffing op de binnenkomst of vertrek wordt ingevoerd, wat in strijd is met de laatste zin van artikel 15 van het Verdrag van Chicago.

211. Ik wil hierbij opmerken dat de laatste zin van artikel 15 van het Verdrag van Chicago niet los van de algehele context van deze bepaling mag worden beschouwd. Uit de eerste alinea van artikel 15 kan namelijk worden afgeleid dat het algemene doel van deze bepaling is dat aan alle luchtvaartuigen onafhankelijk van hun nationaliteit „onder gelijke voorwaarden” toegang wordt verleend tot de voor openbaar gebruik opengestelde luchthavens van de verdragsluitende staten. Daarop aansluitend wordt in de tweede alinea van artikel 15 bepaald dat heffingen voor het gebruik van luchthavens en luchtverkeersfaciliteiten door luchtvaartuigen van een andere verdragsluitende staat niet hoger mogen zijn dan de heffingen die worden opgelegd aan eigen luchtvaartuigen. Uiteindelijk is dus in artikel 15 met betrekking tot de toegang tot luchthavens van de verdragsluitende staten een verbod van discriminatie van luchtvaartuigen op grond van hun nationaliteit verankerd. Daarop sluit de derde alinea van artikel 15 met de formulering „Al deze heffingen [...]” volkomen aan.

212. Indien artikel 15 als geheel wordt uitgelegd als enkel de uitdrukking van een verbod van discriminatie op grond van nationaliteit, dan zijn er geen twijfels met betrekking tot de verenigbaarheid van de Unieregeling met deze bepaling, omdat deze regeling op dezelfde wijze van toepassing is op alle luchtvaartuigen, onafhankelijk van hun nationaliteit.

213. Maar zelfs in het geval dat de laatste zin van artikel 15 van het Verdrag van Chicago meer is dan slechts een uitdrukking van het discriminatieverbod en daaruit een verdergaand verbod van bepaalde tarieven en heffingen moet worden afgeleid, verzet het zich niet tegen de Unieregeling. Want in het kader van de Unieregeling worden geen tarieven of andere heffingen aan luchtvaartondernemingen opgelegd, en al helemaal geen tarieven of rechten „voor het enkele recht van het vliegen over, het binnenvliegen in of vertrek uit”.

214. Heffingen worden opgelegd als tegenprestatie voor het gebruik van een overheidsdienst.¹⁷² De hoogte ervan wordt van

172 — In die zin lijkt het begrip „heffing” ook binnen de ICAO uitgelegd te worden: „a charge is a levy that is designed and applied specifically to recover the costs of providing facilities and services for civil aviation”; zie de publicatie onder verantwoordelijkheid van de Raad van de ICAO „ICAO's Policies on Charges for Airports and Air Navigation Services”, 7e druk, 2004, (documentnummer 9082/7), voorwoord punt 3; zie voorts de vijfde alinea van de considerans van de resolutie van de Raad van de ICAO van 9 december 1996 inzake milieuheffingen en -belastingen (ICAO Council Resolution on environmental charges and taxes).

overheidswege eenzijdig vastgesteld en kan vooraf worden bepaald. Ook andere heffingen, met name belastingen, worden van overheidswege eenzijdig vastgesteld en berekend volgens vooraf vastgelegde criteria, bijvoorbeeld het belastingpercentage en de grondslag.

215. Bij een regeling voor de handel in broeikasgasemissierechten zoals die van de Europese Unie gaat het daarentegen om een marktgebaseerde maatregel. Voor de verkrijging van emissierechten zijn geen tarieven of heffingen voorzien. Integendeel, voorlopig wordt 85 % van de rechten volledig kosteloos verleend en wordt slechts de resterende 15 % van de rechten geveild (artikel 3 quinquies, leden 1 en 2, van richtlijn 2003/87). Ook voor laatstgenoemde rechten staat de vergoeding niet vooraf vast, maar wordt bepaald door vraag en aanbod. Indien emissierechten later, na hun toedeling door de bevoegde overheidsinstanties, op de markt worden verhandeld, dan wordt ook hier de prijs bepaald door vraag en aanbod en is niet vooraf vastgelegd.

216. Hoewel de lidstaten aangaande het gebruik van de opbrengst over een bepaalde beoordelingsbevoegdheid beschikken (artikel 3 quinquies, lid 4, van richtlijn 2003/87), zou het, zacht uitgedrukt, ongebruikelijk zijn om de voor een emissierecht betaalde koopprijs, die volgens het vrije spel van de marktkrachten door vraag en aanbod tot stand komt, aan te duiden als tarief of heffing.

217. Voor het overige is de vergoeding voor de emissierechten niet verschuldigd „voor het

enkele recht van het vliegen over, het binnen-vliegen in of het vertrek uit”, zoals artikel 15, laatste zin, van het Verdrag van Chicago vereist. Weliswaar verplicht elk vertrek en elke aankomst van een luchtvaartuig op een luchtvaartterrein binnen de Europese Unie de vliegtuigexploitant om binnen een bepaalde termijn de daarvoor vereiste emissierechten in te leveren (artikel 12, lid 2 bis, van richtlijn 2003/87). Daarmee worden echter niet vertrek of aankomst als zodanig „betaald”, maar wordt rekening gehouden met de broeikasgasemissies die door de bijbehorende vluchten zijn veroorzaakt, en wel onafhankelijk van het feit of het gaat om vluchten binnen de Unie of de Uniegrenzen overschrijdende vluchten.

218. Ook in de gremia van de ICAO wordt een onderscheid gemaakt tussen milieuhellingen enerzijds en regelingen voor de handel in broeikasgasemissierechten anderzijds.¹⁷³ Daarop hebben vele van de aan de prejudiciële procedure deelnemende organen en regeringen gewezen.

219. Indien regelingen voor de handel in broeikasgasemissierechten volgens de ICAO onder het verbod van tarieven of andere heffingen in de zin van artikel 15 van het Verdrag van Chicago zouden vallen, dan zou zij toch moeilijk in haar gremia richtsnoeren kunnen aanbevelen voor de eventuele invoering van

173 — Een dergelijk onderscheid is bijvoorbeeld te vinden in resolutie A36-22 van de 36e Algemene Vergadering van de ICAO van september 2007, bijlage L, punt 1; daar is in sub a sprake van emissiegerelateerde heffingen en belastingen („Emissions-related charges and taxes”) en in sub b van emissiehandel („Emissions trading”).

juist dergelijke regelingen door de aangesloten staten.¹⁷⁴

220. De partijen bij de Open Skies-overeenkomst gaan, zoals blijkt uit het nieuwe artikel 15, lid 7, van de Open Skies-overeenkomst in de versie van het wijzigingsprotocol van 2010, eveneens uit van de fundamentele toelaatbaarheid van marktgebaseerde maatregelen. Deze nieuwe bepaling zou geen zin hebben wanneer de verdragsluitende partijen dergelijke maatregelen zouden aanmerken als een schending van artikel 15 van het Verdrag van Chicago, waarnaar de Open Skies-overeenkomst, zoals bekend, verwijst.

221. Tegen deze achtergrond kan er niet van worden uitgegaan dat de Unieregeling een schending oplevert van artikel 15 van het Verdrag van Chicago juncto artikel 3, lid 4, en artikel 15, lid 3, van de Open Skies-overeenkomst.

d) Geen schending van het verbod van douanerechten en -heffingen op brandstof (vierde prejudiciële vraag, sub c)

222. Het derde deel van de vierde prejudiciële vraag ten slotte houdt in of de Uniewetgever

door internationale luchtvaartactiviteiten onder de Unieregeling te brengen, in strijd handelt met het internationaalrechtelijke verbod van douanerechten en -heffingen op brandstof in de internationale luchtvaart, zoals neergelegd in artikel 24, sub a, van het Verdrag van Chicago en in artikel 11, lid 2, sub c, van de Open Skies-overeenkomst.

223. Omdat het Verdrag van Chicago, zoals reeds vermeld, geen maatstaf is voor de toetsing van de geldigheid van Uniehandelingen¹⁷⁵, kan deze laatste vraag van de verwijzende rechter alleen voor de Open Skies-overeenkomst worden beantwoord¹⁷⁶. Artikel 11, lid 2, sub c, daarvan moet echter in het licht van artikel 24, sub a, van het Verdrag van Chicago worden uitgelegd, waarbij zowel de VS als alle lidstaten van de Europese Unie partij zijn.¹⁷⁷

224. Volgens artikel 11, lid 2, sub c, juncto lid 1, van de Open Skies-overeenkomst is brandstof die wordt ingevoerd of geleverd voor gebruik door een voor internationaal luchtvervoer gebruikt luchtvaartuig op basis van wederkerigheid vrijgesteld van bepaalde heffingen, met name douanerechten en accijnzen. Artikel 24, sub a, tweede zin, van het Verdrag van Chicago bepaalt enerzijds dat brandstoffen aan boord van een luchtvaartuig vrijgesteld zijn van douanerechten,

¹⁷⁵ — Zie hierboven, punten 51-66.

¹⁷⁶ — Zoals echter hierboven uiteengezet (zie punt 104), kunnen particulieren zich niet rechtstreeks beroepen op artikel 11, lid 2, sub c, van de Open Skies-overeenkomst.

¹⁷⁷ — In die zin arrest Intertanko (aangehaald in voetnoot 29, einde punt 52).

¹⁷⁴ — Deze richtsnoeren zijn te vinden in de bijlage bij resolutie A37-19 van de 37e Algemene Vergadering van de ICAO van oktober 2010.

inspectiekosten of soortgelijke nationale of plaatselijke rechten en kosten. In wezen verbieden beide bepalingen dus onder meer om brandstof voor luchtvaartuigen in het internationaal luchtvervoer te belasten met douanerechten en accijnzen.

i) Verbod van accijns op brandstof

225. Verzoeksters in het hoofdgeding en de hen ondersteunende verenigingen zijn van mening dat met de Unieregeling een volgens artikel 11, lid 2, sub c, van de Open Skies-overeenkomst en artikel 24, sub a, van het Verdrag van Chicago verboden accijns op brandstof wordt ingevoerd.

226. Deze opvatting overtuigt mij niet.

227. Om dezelfde redenen als de Unieregeling niet als heffing kan worden aangemerkt, kan deze ook niet als accijns worden beschouwd.¹⁷⁸

228. Ook overigens onderscheiden het doel en het voorwerp van de regeling van artikel 11, lid 2, sub c, van de Open Skies-overeenkomst en van artikel 24, sub a, van het Verdrag van Chicago zich van het doel en het voorwerp van de Unieregeling.

229. Wat om te beginnen het doel van de regeling betreft, beogen artikel 11 van de Open Skies-overeenkomst en artikel 24 van het Verdrag van Chicago om de luchtvaartmaatschappijen van een verdragsluitende staat ertegen te beschermen dat hun luchtvaartuigen en voorraden reeds bij de enkele landing in andere verdragsluitende staten als „geïmporteerd” worden behandeld; zij moeten dus worden vrijgesteld van bepaalde heffingen die normaliter van toepassing zijn op ingevoerde goederen. De Unieregeling heeft daarentegen een totaal ander doel: zij dient de milieu- en klimaatbescherming en heeft niets van doen met de in- of uitvoer van goederen. Bijgevolg worden de emissierechten die moeten worden ingeleverd voor vluchten met vertrek van of aankomst op luchtvaartterreinen in de Europese Unie, geheven vanwege de uitstoot van broeikasgassen en niet alleen maar vanwege het verbruik van brandstof.

230. Over het voorwerp van de regeling wil ik opmerken dat artikel 11 van de Open Skies-overeenkomst en artikel 24, sub a, van het Verdrag van Chicago betrekking hebben op de brandstoffen die zich aan boord van een luchtvaartuig bevinden of voor dit luchtvaartuig zijn geleverd, dat wil zeggen de *brandstofvoorraad*. De Unieregeling heeft daarentegen betrekking op het *daadwerkelijke brandstofverbruik* van het luchtvaartuig tijdens een concrete vlucht. De

¹⁷⁸ — Zie hieromtrent mijn opmerkingen over de vierde prejudiciële vraag, sub b (punten 213-221 van deze conclusie).

brandstofvoorraad van het luchtvaartuig, waarmee de Open Skies-overeenkomst en het Verdrag van Chicago zich bezighouden, maakt als zodanig geen rechtstreekse conclusies mogelijk over de daadwerkelijke uitstoot van broeikasgassen van dat luchtvaartuig voor een concrete vlucht.¹⁷⁹ Emissierechten moeten niet daarom worden ingeleverd omdat een luchtvaartuig brandstof aan boord heeft of tankt, maar omdat het door de verbranding van die brandstof tijdens een vlucht broeikasgasemissies veroorzaakt.

231. De veronderstelling dat de Unieregeling de brandstof van luchtvaartuigen als zodanig aan accijns onderwerpt, vindt geen steun in het arrest Braathens¹⁸⁰ dat verzoeksters in het hoofdgeding en de hen ondersteunende verenigingen aanvoeren. Het Hof heeft in die zaak met betrekking tot een Zweedse milieubelasting op de binnenlandse luchtvaart wel geoordeeld dat deze als accijns moest worden aangemerkt omdat deze — in elk geval deels — gebaseerd was op het brandstofverbruik van luchtvaartuigen, maar zijn uitspraak is om twee redenen niet toepasbaar op de onderhavige zaak.

179 — Het daadwerkelijke brandstofverbruik wordt berekend door de hoeveelheid brandstof in de brandstoftanks van het luchtvaartuig na het tanken voor de vlucht te verminderen met de hoeveelheid brandstof na het tanken voor de volgende vlucht en te vermeerderen met de hoeveelheid brandstof voor die volgende vlucht (bijlage IV, deel B, derde alinea, laatste zin van richtlijn 2003/87 zoals gewijzigd bij richtlijn 2008/101).

180 — Arrest van 10 juni 1999, Braathens (C-346/97, Jurispr. blz. I-3419).

232. Ten eerste had het arrest Braathens betrekking op twee richtlijnen betreffende het tot stand brengen van de Europese interne markt, die de structurele kenmerken van de accijns op minerale oliën binnen de Unie moesten harmoniseren.¹⁸¹ Tegen de achtergrond van deze internemarkt doelstelling moet de relatief ruime uitlegging worden gezien die het Hof in dat arrest aan het begrip accijns gaf. Een dergelijke noodzaak doet zich in casu niet voor. Want noch de Open Skies-overeenkomst noch het Verdrag van Chicago voorziet in een met de Unierichtlijnen voor de interne markt vergelijkbare harmonisatie van de structurele kenmerken van de nationale accijnswetgeving.

233. Ten tweede was er in de zaak Braathens een rechtstreeks en onlosmakelijk verband tussen het brandstofverbruik en de door luchtvaartuigen uitgestoten vervuilende stoffen, wat juist de reden was waarom de Zweedse milieubelasting werd geheven.¹⁸² In de Unieregeling ontbreekt daarentegen een dergelijk rechtstreeks en onlosmakelijk verband. Want het brandstofverbruik op zich maakt geen rechtstreekse conclusies mogelijk over de tijdens een bepaalde vlucht uitgestoten broeikasgassen, veeleer moet aanvullend per gebruikte brandstof een emissiefactor worden toegepast. Deze kan nul zijn bij brandstoffen

181 — Richtlijn 92/81/EEG van de Raad van 19 oktober 1992 betreffende de harmonisatie van de structuur van de accijns op minerale oliën (PB L 316, blz. 12), en richtlijn 92/12/EEG van de Raad van 25 februari 1992 betreffende de algemene regeling voor accijnsproducten, het voorhanden hebben en het verkeer daarvan en de controle daarop (PB L 76, blz. 1).

182 — Arrest Braathens (aangehaald in voetnoot 180, punt 23).

die door de Uniewetgever als bijzonder milieu-vriendelijk worden aangemerkt, zoals bij biomassa het geval is.¹⁸³

iii) Tussenconclusie

234. Al met al kan de Unieregeling dus niet worden aangemerkt als verboden accijns op brandstof in de zin van artikel 11, lid 2, sub c, van de Open Skies-overeenkomst of artikel 24, sub a, van het Verdrag van Chicago.

236. Richtlijn 2008/101 is niet in strijd met artikel 11, lid 2, sub c, van de Open Skies-overeenkomst zoals uitgelegd in het licht van artikel 24, sub a, van het Verdrag van Chicago.

ii) Verbod van douanerechten op brandstof

235. Alleen voor de volledigheid wil ik eraan toevoegen dat met de Unieregeling ook geen douanerechten op brandstof worden geheven. Douanerechten zijn immers heffingen die van toepassing zijn op goederen vanwege hun grensoverschrijding, dat wil zeggen vanwege de in- of uitvoer daarvan. Emissierechten daarentegen vervallen juist niet omdat brandstof over douanegrenzen wordt gebracht, maar vanwege de uitstoot van broeikasgassen tijdens een bepaalde vlucht. Emissierechten moeten zelfs worden ingeleverd voor vluchten binnen de Unie waarbij helemaal niet over douanegrenzen wordt gevlogen.

C — *Samenvatting*

237. Al met al is richtlijn 2008/101 (respectievelijk richtlijn 2003/87 zoals gewijzigd bij richtlijn 2008/101) dus verenigbaar met alle in het prejudiciële verzoek aan de orde gestelde bepalingen en beginselen van internationaal recht.

238. Dientengevolge geven de in de onderhavige zaak besproken vragen ook geen aanleiding om de richtlijn met het oog op een van de genoemde bepalingen of een van de genoemde beginselen restrictief uit te leggen of toe te passen.

239. Al met al moet aan de verwijzende rechter worden geantwoord dat bij het onderzoek van de voorgelegde vragen niet is gebleken van omstandigheden die in de weg staan aan de geldigheid van richtlijn 2003/87 zoals gewijzigd bij richtlijn 2008/101.

183 — Bijlage IV, deel B, vijfde alinea, laatste zin, van richtlijn 2003/87 zoals gewijzigd bij richtlijn 2008/101.

VI — Conclusie

240. Tegen de achtergrond van de bovenstaande opmerkingen geef ik het Hof in overweging om het prejudiciële verzoek van de High Court of Justice als volgt te beantwoorden:

- „1) Van de in de eerste prejudiciële vraag genoemde bepalingen en beginselen van internationaal recht kunnen alleen artikel 7 en artikel 15, lid 3, tweede zin, van de in april 2007 ondertekende Overeenkomst inzake luchtvervoer tussen de Verenigde Staten van Amerika enerzijds, en de Europese Gemeenschap en haar lidstaten anderzijds, worden gebruikt als maatstaf voor de toetsing van de geldigheid van Uniehandelingen in een geding dat door natuurlijke of rechtspersonen aanhangig is gemaakt.

- 2) Bij het onderzoek van de voorgelegde vragen is niet gebleken van omstandigheden die in de weg staan aan de geldigheid van richtlijn 2003/87/EG van het Europees Parlement en de Raad van 13 oktober 2003 tot vaststelling van een regeling voor de handel in broeikasgasemissierechten binnen de Gemeenschap en tot wijziging van richtlijn 96/61/EG van de Raad, zoals gewijzigd bij richtlijn 2008/101/EG van het Europees Parlement en de Raad van 19 november 2008 tot wijziging van richtlijn 2003/87/EG teneinde ook luchtvaartactiviteiten op te nemen in de regeling voor de handel in broeikasgasemissierechten in de Gemeenschap.”