



Rättsfallssamlingen

FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT
MICHAL BOBEK
föredraget den 6 maj 2021¹

Mål C-819/19

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

(begäran om förhandsavgörande framställd av Rechtbank Amsterdam (Distriktsdomstolen i Amsterdam, Nederländerna))

”Begäran om förhandsavgörande – Artikel 101 FEUF och artikel 53 i EES-avtalet – Genomförandebestämmelser till artikel 103 FEUF – Övergångsbestämmelser i artiklarna 104 och 105 FEUF – Överenskommelser och sinsemellan de facto samordnade förfaranden vad gäller flera delar av priset på flygfraktstjänster (införande av bränsletillägg och säkerhetstillägg, beslut att inte betala provision på tilläggen) – Skadeståndstalan – Direkt effekt – Nationella domstolars behörighet”

¹ Originalspråk: engelska.

I. Inledning

1. Stichting Cartel Compensation och Equilib Netherlands BV (nedan kallade sökandena) yrkar på en fastställelse och skadestånd gentemot svarandena² för åsidosättande av artikel 101.1 FEUF och artikel 53.1 i avtalet om Europeiska ekonomiska samarbetsområdet (nedan kallat EES-avtalet) genom att ha samordnat flera delar av priset på flygfraktstjänster på flyglinjer mellan flygplatser inom och från Europeiska unionen och Europeiska ekonomiska samarbetsområdet (nedan kallat EES).

2. Beteendet påstås ha ägt rum under period då rådet ännu inte hade antagit genomförandebestämmelser för vissa delar av lufttransportsektorn för att ge ”full verkan” åt de principer som fastställs i artikel 101 FEUF. Svarandena hävdar därför att behörigheten att tillämpa artikel 101 FEUF helt och hållet vilade hos de administrativa myndigheterna i medlemsstaterna och Europeiska kommissionen enligt de ”övergångsbestämmelser” som föreskrivs i artiklarna 104 och 105 FEUF.

3. I förevarande mål uppkommer frågan om huruvida nationella domstolar är behöriga att tillämpa artikel 101.1 FEUF och artikel 53.1 i EES-avtalet på de konkurrensbegränsande metoder som tillämpades enligt dessa ”övergångsbestämmelser”. Den eventuellt tekniska och tillfälligtvis avgränsade frågan ger dock i sin tur upphov till en mer grundläggande fråga om (det ömsesidiga) beroendet mellan offentligt (administrativt) och privat (i domstol) verkställande av EU:s konkurrensregler.

II. Rättslig ram

A. FEUF

4. Konkurrensreglerna föreskrivs i artiklarna 101–105 FEUF. Följande bestämmelser är relevanta i förevarande mål:

”Artikel 101

(f.d. artikel 81 FEG)

1. Följande är oförenligt med den inre marknaden och förbjudet: alla avtal mellan företag, beslut av företagssammanslutningar och samordnade förfaranden som kan påverka handeln mellan medlemsstater och som har till syfte eller resultat att hindra, begränsa eller snedvrider konkurrensen inom den inre marknaden, särskilt sådana som innebär att

...

2. Avtal eller beslut som är förbjudna enligt denna artikel är ogiltiga.

3. Bestämmelserna i punkt 1 får dock förklaras icke tillämpliga

² Koninklijke Luchtvaart Maatschappij NV, Martinair Holland NV, Deutsche Lufthansa AG, Lufthansa Cargo AG, British Airways plc, Société Air France SA, Singapore Airlines Ltd, Singapore Airlines Cargo Pte Ltd, Swiss International Air Lines AG, Air Canada, Cathay Pacific Airways Ltd, Scandinavian Airlines System Denmark-Norway-Sweden, SAS AB och SAS Cargo Group A/S (nedan tillsammans kallade svarandena).

- på avtal eller grupper av avtal mellan företag,
- beslut eller grupper av beslut av företagssammanslutningar,
- samordnade förfaranden eller grupper av samordnade förfaranden,

som bidrar till att förbättra produktionen eller distributionen av varor eller till att främja tekniskt eller ekonomiskt framåtskridande, samtidigt som konsumenterna tillförsäkras en skälig andel av den vinst som därigenom uppnås och som inte

- a) ålägger de berörda företagen begränsningar som inte är nödvändiga för att uppnå dessa mål,
- b) ger dessa företag möjlighet att sätta konkurrensen ur spel för en väsentlig del av varorna i fråga.

...

Artikel 103

(f.d. artikel 83 FEG)

1. De förordningar och direktiv som behövs för att tillämpa de principer som anges i artiklarna 101 och 102 ska rådet fastställa på förslag från kommissionen och efter att ha hört Europaparlamentet.

2. De bestämmelser som avses i punkt 1 ska särskilt syfta till att

...

- b) fastställa närmare regler för hur artikel 101.3 ska tillämpas med hänsyn till behovet av att å ena sidan säkerställa en effektiv övervakning och att å andra sidan så långt som möjligt förenkla den administrativa kontrollen,
- c) vid behov närmare ange räckvidden för bestämmelserna i artiklarna 101 och 102 inom olika näringsgrenar,

...

Artikel 104

(f.d. artikel 84 FEG)

Till dess att de bestämmelser som antagits enligt artikel 103 har trätt i kraft ska myndigheterna i varje medlemsstat i överensstämmelse med landets rättsordning och bestämmelserna i artikel 101, särskilt punkt 3, och artikel 102, avgöra om avtal, beslut och samordnade förfaranden är tillåtna samt om missbruk av en dominerande ställning på den inre marknaden föreligger.

Artikel 105

(f.d. artikel 85 FEG)

1. Utan att det påverkar tillämpningen av artikel 104 ska kommissionen säkerställa tillämpningen av de principer som anges i artiklarna 101 och 102. Den ska på begäran av en medlemsstat eller på eget initiativ och i samarbete med medlemsstaternas behöriga myndigheter, som ska ge kommissionen sitt bistånd, undersöka fall av förmodade överträdelse av dessa principer. Om kommissionen finner att en överträdelse ägt rum, ska den föreslå lämpliga åtgärder för att få denna att upphöra.

2. Om överträdelsen inte upphör, ska kommissionen genom ett motiverat beslut fastslå att en överträdelse av principerna föreligger. Kommissionen får offentliggöra sitt beslut och bemyndiga medlemsstaterna att, på de villkor och enligt de regler som den fastställer, vidta de åtgärder som krävs för att avhjälpa situationen.

3. Kommissionen får anta förordningar avseende de avtalskategorier för vilka rådet har antagit en förordning eller ett direktiv i enlighet med artikel 103.2 b.”

B. EES-avtalet

5. EES-avtalet syftar till ”att främja en fortsatt och balanserad förstärkning av handelsförbindelserna och de ekonomiska förbindelserna mellan de avtalsslutande parterna med lika konkurrensvillkor och iakttagande av samma regler, i syfte att skapa ett homogent [EES] ...”³.

6. I artikel 6 i EES-avtalet föreskrivs följande:

”Utan att det påverkar framtida utveckling av rättspraxis ska bestämmelserna i detta avtal, i den del de i sak är identiska med motsvarande bestämmelser i fördraget [om Europeiska unionens funktionssätt] och fördraget om upprättandet av Europeiska kol- och stålgemenskapen samt med rättsakter som antagits med tillämpning av dessa två fördrag, vid genomförande och tillämpning tolkas i enlighet med relevanta avgöranden av Europeiska [unionens] domstol som meddelats före dagen för undertecknandet av detta avtal.”

7. Artikel 53 i EES-avtalet är i sak identisk med artikel 101 FEUF.

8. I artikel 55 i EES-avtalet föreskrivs följande:

”1. Utan att det påverkar genomförandebestämmelserna till artiklarna 53 och 54 i protokoll 21 och bilaga XIV till detta avtal ska kommissionen och Eftas övervakningsmyndighet enligt artikel 108.1 säkerställa tillämpningen av de principer som anges i artiklarna 53 och 54.

Den behöriga övervakningsmyndigheten, som föreskrivs i artikel 56, ska undersöka fall av förmodade överträdelse av dessa principer på eget initiativ eller på begäran av en stat inom det berörda territoriet eller av den andra övervakningsmyndigheten. Den behöriga övervakningsmyndigheten ska genomföra dessa undersökningar i samarbete med behöriga nationella myndigheter på det berörda territoriet och i samarbete med den andra övervakningsmyndigheten, som ska bistå den förstnämnda i enlighet med sina interna bestämmelser.

Om övervakningsmyndigheten finner att en överträdelse har ägt rum ska den föreslå lämpliga åtgärder för att få denna att upphöra.

³ Avtalet om Europeiska ekonomiska samarbetsområdet (EGT L 1, 1994, s. 3), artikel 1.1.

2. Om överträdelsen inte upphör ska den behöriga övervakningsmyndigheten genom ett motiverat beslut fastslå att en överträdelse av principerna föreligger.

Den behöriga övervakningsmyndigheten får offentliggöra sitt beslut och bemyndiga staterna inom det berörda territoriet att, på de villkor och enligt de regler som den fastställer, vidta de åtgärder som krävs för att avhjälpa situationen. Den får även begära att den andra övervakningsmyndigheten ger stater inom det berörda territoriet tillstånd att vidta sådana åtgärder.”

III. Bakgrund, målet vid den nationella domstolen och tolkningsfrågan

9. Den 9 november 2010 antog kommissionen beslut K(2010) 7694 slutligt om ett förfarande enligt artikel 101 [FEUF], artikel 53 i EES-avtalet och artikel 8 i avtalet mellan europeiska gemenskapen och schweiziska edsförbundet om luftfart⁴ (ärende COMP/39258 – Flygfrakt) (nedan kallat 2010 års beslut)⁵.

10. I artiklarna 1–4 i 2010 års beslut angavs att ett antal flygfraktföretag under olika långa perioder hade varit delaktiga i samordning av olika delar av priset på flygfrakttransporter på rutter mellan flygplatser i Europeiska unionen och/eller EES, mellan flygplatser i unionen och/eller EES och tredjeländer samt mellan flygplatser i unionen och Schweiz, i strid mot artikel 101 FEUF, artikel 53 i EES avtalet och artikel 8 i avtalet med Schweiz (nedan kallat det berörda beteendet). Enligt 2010 års beslut pågick överträdelsen från och med december 1999 till och med februari 2006.

11. I sina domar av den 16 december 2015 ogiltigförklarade Europeiska unionens tribunal delvis 2010 års beslut gentemot sökandena i de mål som hade anhängiggjorts vid den⁶. Tribunalen ansåg i huvudsak att skälen och artikeldelen i 2010 års beslut var motstridiga⁷.

12. Den 17 mars 2017 antog kommissionen beslut C(2017) 1742 slutligt 2017 om ett förfarande enligt artikel 101 FEUF, artikel 53 i EES-avtalet och artikel 8 i avtalet med Schweiz (ärende AT.39258 – Flygfrakt) (nedan kallat 2017 års beslut)⁸. 2017 års beslut bevarade huvudinnehållet i 2010 års beslut. I det bekräftades även att överträdelsen hade pågått från och med december 1999 till och med februari 2006.

⁴ Nedan kallat avtalet med Schweiz.

⁵ Ärende C.39258 – Flygfrakt (EUT C 371, 2014, s. 11).

⁶ Dom av den 16 december 2015, Air Kanada/kommissionen (T-9/11, ej publicerad, EU:T:2015:994), dom av den 16 december 2015, Koninklijke Luchtvaart Maatschappij/kommissionen (T-28/11, ej publicerad, EU:T:2015:995), dom av den 16 december 2015, Japan Airlines/kommissionen (T-36/11, ej publicerad, EU:T:2015:992), dom av den 16 december 2015, Cathay Pacific Airways/kommissionen (T-38/11, ej publicerad, EU:T:2015:985), dom av den 16 december 2015, Cargolux Airlines/kommissionen (T-39/11, ej publicerad, EU:T:2015:991), dom av den 16 december 2015, Latam Airlines Group och Lan Cargo/kommissionen (T-40/11, ej publicerad, EU:T:2015:986), dom av den 16 december 2015, Singapore Airlines och Singapore Airlines Cargo/kommissionen (T-43/11, ej publicerad, EU:T:2015:989), dom av den 16 december 2015, Deutsche Lufthansa m.fl./kommissionen (T-46/11, ej publicerad, EU:T:2015:987), dom av den 16 december 2015, British Airways/kommissionen (T-48/11, ej publicerad, EU:T:2015:988), dom av den 16 december 2015, SAS Cargo Group m.fl./kommissionen (T-56/11, ej publicerad, EU:T:2015:990), dom av den 16 december 2015, Air France-KLM/kommissionen (T-62/11, ej publicerad, EU:T:2015:996), dom av den 16 december 2015, Air France/kommissionen (T-63/11, ej publicerad, EU:T:2015:993), och dom av den 16 december 2015, Martinair Holland/kommissionen (T-67/11, EU:T:2015:984).

⁷ Se, exempelvis, domen av den 16 december 2015, Air Kanada/kommissionen (T-9/11, ej publicerad, EU:T:2015:994), punkt 60.

⁸ 2017 års beslut har inte offentliggjorts. En sammanfattning av slutsatserna finns dock att tillgå. Se sammanfattningen av kommissionens beslut av den 17 mars 2017 om ett förfarande enligt artikel 101 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt, artikel 53 i EES-avtalet och artikel 8 i avtalet mellan Europeiska gemenskapen och Schweiziska edsförbundet om luftfart (EUT C 188, 2017, s. 14) (nedan kallad sammanfattningen av 2017 års beslut).

13. Enligt sammanfattningen av 2017 års beslut fann kommissionen att ett antal flygfraktföretag hade varit involverade i en kartell avseende det berörda beteendet. Beteendet ledde till överträdelse av artikel 101 FEUF, artikel 53 i EES-avtalet och artikel 8 i avtalet med Schweiz. Det rörde i) rutter mellan flygplatser inom Europeiska unionen ("rutter inom EU"), ii) rutter mellan flygplatser inom unionen och flygplatser utanför EES ("rutter mellan EU och tredjeländer"), iii) rutter mellan flygplatser inom EES ("rutter inom EES"), iv) rutter mellan flygplatser belägna i länder som är parter i EES-avtalet men som inte är EU-medlemsstater och flygplatser belägna i tredjeländer ("rutter mellan EU och länder som är parter i EES-avtalet men som inte är EU-medlemsstater") och v) rutter mellan flygplatser i unionen och flygplatser belägna i Schweiz ("rutter mellan EU och Schweiz").

14. I sammanfattningen av 2017 års beslut preciseras överträdelsen och åläggandet av böter för olika tidsperioder med avseende på olika rutter:

- När det gäller rutter inom EU hade kommissionen behörighet att konstatera att en överträdelse ägt rum och ålägga böter för beteende avseende flygfraktt transporter mellan flygplatser i EU före den 1 maj 2004. Före den 1 maj 2004 hade nämligen kommissionen enligt förordning (EEG) nr 3975/87⁹ genomförandebefogenheter att tillämpa artikel 101 FEUF enbart när det gäller flygfraktt transporter mellan flygplatser i EU. Flygfraktt transporter mellan flygplatser i EU och flygplatser i tredjeländer var däremot uteslagna från den förordningens tillämpningsområde.
- När det gäller rutter mellan EU och tredjeländer var kommissionens behörighet av samma skäl begränsad till beteende som ägt rum *efter* den 1 maj 2004.
- När det gäller rutter inom EES hade kommissionen behörighet att konstatera att en överträdelse ägt rum och ålägga böter för hela perioden mellan 1999 och 2006.
- När det gäller rutter mellan EES-länder och tredjeländer trädde beslut nr 130/2004¹⁰ och beslut nr 40/2005¹¹ i kraft den 19 maj 2005. Från och med detta datum blev förordning (EG) nr 411/2004¹² och förordning (EG) nr 1/2003¹³ tillämpliga inom ramen för EES-avtalet. Kommissionen kunde därför inte, före den 19 maj 2005, fastställa en överträdelse eller ålägga böter för beteende gällande rutter mellan EES-länder som inte var EU-medlemsstater och tredjeländer.

15. 2017 års beslut har även bestridits vid tribunalen¹⁴. Dessa mål är fortfarande anhängiga.

⁹ Rådets förordning (EEG) nr 3975/87 av den 14 december 1987 om förfarandet för tillämpning av konkurrensreglerna på företag inom luftfartssektorn (EGT L 374, 1987, s. 1).

¹⁰ Gemensamma EES-kommitténs beslut av den 24 september 2004 om ändring av bilaga XIV (Konkurrens), protokoll 21 (om genomförandet av konkurrensregler tillämpliga på företag) och protokoll 23 (om samarbetet mellan övervakningsmyndigheterna) till EES-avtalet (EUT L 64, 2005, s. 57).

¹¹ Gemensamma EES-kommitténs beslut av den 11 mars 2005 om ändring av bilaga XIII (Transport) och protokoll 21 (om genomförandet av konkurrensregler tillämpliga på företag) till EES-avtalet (EUT L 198, 2005, s. 38).

¹² Rådets förordning (EG) nr 411/2004 av den 26 februari 2004 om upphävande av förordning (EEG) nr 3975/87 samt om ändring av förordning (EEG) nr 3976/87 och (EG) nr 1/2003 med avseende på luftfart mellan gemenskapen och tredje land (EUT L 68, 2004, s. 1).

¹³ Rådets förordning (EG) nr 1/2003 av den 16 december 2002 om tillämpning av konkurrensreglerna i artiklarna 81 och 82 i fördraget (EGT L 1, 2003, s. 1).

¹⁴ Målen Air Kanada/kommissionen (T-326/17), Koninklijke Luchtvaart Maatschappij/kommissionen (T-325/17), Japan Airlines/kommissionen (T-340/17), Cathay Pacific Airways/kommissionen (T-343/17), Cargolux Airlines/kommissionen (T-334/17), Latam Airlines Group och Lan Cargo/kommissionen (T-344/17), Singapore Airlines och Singapore Airlines Cargo PTE/kommissionen (T-350/17), Deutsche Lufthansa m.fl./kommissionen (T-342/17), British Airways/kommissionen (T-341/17), SAS Cargo Group m.fl./kommissionen (T-324/17), Air France – KLM/kommissionen (T-337/17), Air France/kommissionen (T-338/17) och Martinair Holland/kommissionen (T-323/17).

16. Samtidigt inledde sökandena ett civilrättsligt förfarande mot svarandena vid Rechtbank Amsterdam (Distriktsdomstolen i Amsterdam, Nederländerna). Denna domstol förklarade att sökandeföretagen hade bildats specifikt för att driva in de till dem överlåtna skadeståndsanspråken till följd av kommissionens konstateranden om överträdelser av konkurrensrätten.

17. Sökandena yrkar på en fastställelse och skadestånd. För det första begär de att den hänskjutande domstolen ska fastställa att svarandena handlade på ett rättsstridigt sätt under perioden 1999–2006, det vill säga även före i) den 1 maj 2004 (beträffande rutten mellan EU och tredjeländer), ii) den 19 maj 2005 (beträffande rutten mellan EES-länder utanför EU och tredjeländer) och iii) den 1 juni 2002 beträffande rutten mellan EU och Schweiz (nedan kallade de omtvistade perioderna). För det andra begär de att den hänskjutande domstolen ska förplikta svarandena att solidariskt betala skadestånd och ränta för det konkurrensbegränsande beteendet i fråga.

18. Enligt den hänskjutande domstolen grundar sig sökandena i sina yrkanden på den direkta effekten av artikel 101 FEUF för fastställandet av den nationella domstolens behörighet och omtvistade perioderna, och oberoende av det administrativa verkställandet av konkurrensrätten.

19. I sitt beslut anser den hänskjutande domstolen att den är behörig att tillämpa artikel 101 FEUF på det berörda beteendet och på de omtvistade perioderna. Den hänskjutande domstolen påpekar dock uttryckligen att denna ståndpunkt skiljer sig från den dom som meddelades av High Court of Justice (England and Wales) (Överdomstolen (England och Wales)) i målet *Emerald Supplies Ltd/British Airways plc*¹⁵, såsom den fastställts av Court of Appeal (England and Wales) (Appellationsdomstolen (England och Wales)) i målet *La Gaitana Farms SA & Ors/British Airways plc*¹⁶.

20. Rechtbank Amsterdam (Distriktsdomstolen i Amsterdam) var osäker på om huruvida den var behörig att tillämpa artikel 101.1 FEUF och artikel 53.1 i EES-avtalet på de omtvistade perioderna och beslutade därför att vilandeförklara målet och hänskjuta följande fråga till EU-domstolen för förhandsavgörande:

”Har en nationell domstol – antingen på grund av att artikel 101 FEUF, eller i vart fall artikel 53 i EES-avtalet, har direkt effekt eller med stöd av artikel 6 i förordning nr 1/2003 (1) (som har omedelbar effekt) – i en tvist mellan förfördelade parter (i förvarande fall befraktare, köpare av flygfrakttjänster) och flygbolag behörighet att tillämpa artikel 101 FEUF, eller i vart fall artikel 53 i EES-avtalet, fullt ut på flygbolagens överenskommelser/sinsemellan de facto samordnade förfaranden vad gäller flygfrakttjänster som utförts vid flygningar som genomförts före den 1 maj 2004 på flyglinjer mellan flygplatser inom unionen och flygplatser utanför EES, och före den 19 maj 2005 på flyglinjer mellan Island, Liechtenstein och Norge och flygplatser utanför EES, samt vid flygningar som genomförts före den 1 juni 2002 mellan flygplatser inom unionen och Schweiz, även för den period under vilken övergångsbestämmelserna i artiklarna 104 och 105 FEUF gällde, eller utgör övergångsbestämmelserna hinder för detta?”

¹⁵ Dom från High Court of Justice of England and Wales (Chancery Division) av den 4 oktober 2017 i målet *Emerald Supplies Ltd/British Airways plc* [2017] EWHC 2420 (Ch).

¹⁶ Dom från Court of Appeal of England and Wales (Civil Division) av den 29 januari 2019 i målet *La Gaitana Farms SA & Ors/British Airways plc* [2019] EWCA Civ 37.

21. Skriftliga yttranden har inkommit från sökandena, svarandena, den norska regeringen, Eftas övervakningsmyndighet och kommissionen. Dessa parter, med undantag av den norska regeringen, yttrade sig även muntligen vid den förhandling som hölls den 21 januari 2021.

IV. Bedömning

22. Detta förslag till avgörande är uppbyggt på följande sätt: Först kommer jag att ta upp de tillämpliga bestämmelserna i förevarande mål (A). Sedan kommer jag att ta upp den hänskjutande domstolens tillämpning av artikel 101.1 FEUF (B), och därefter undersöka motsvarande bestämmelser i EES-avtalet (C). Avslutningsvis kommer jag att göra mer allmänna iakttagelser om verkställande av konkurrensreglerna i domstol (D).

A. Fördragsramen och ”övergångsbestämmelserna”

23. Med hänsyn till den betydelse som fördragsramen om konkurrensreglerna har i förevarande fall anser jag att det är nödvändigt att inleda detta förslag till avgörande med att redogöra för de olika delarna av artikel 101 FEUF och noggrant undersöka den påstådda ”övergångskaraktären” hos den verkställandeordning som fastställs i artiklarna 104 och 105 FEUF (1). Därefter kommer jag att göra en kort sammanfattning av parternas argument och sätta in dem i kontexten för den hänskjutande domstolens fråga (2).

1. ”Övergångskaraktär” med avseende på vad?

24. Artikel 101 FEUF har en enkel struktur. I första punkten förbjuds *alla* avtal som har till syfte eller resultat att begränsa konkurrensen. I den andra punkten redogörs det för konsekvensen av ett sådant förbud: att *alla* avtal som omfattas av den första punkten är ogiltiga. I den tredje punkten ges sedan ett undantag från förbudet i den första punkten: ”Bestämmelserna i punkt 1 får ... förklaras icke tillämpliga” i vissa fall.

25. Artikel 101 FEUF är en i allt väsentligt komplett och fristående bestämmelse. Den är formulerad i allmänna ordalag. Den hänvisar inte till några genomförandeåtgärder, och det finns heller inget i artikel 101 FEUF som skulle tyda att den har begränsad räckvidd eller tillämpning. Viktigast av allt i förevarande fall är att artikel 101 FEUF är institutionellt blind. Den gynnar inte en viss (typ av) institution framför någon annan. Ordalydelsen i den bestämmelsen kan i detta avseende jämföras med artikel 65.4 i fördraget om upprättandet av Europeiska kol- och stålgemenskapen. I sistnämnda fördrag angavs det att ”EKSG:s höga myndighet ska ha ensam behörighet” att avgöra huruvida ett förbjudet avtal är förenligt med den bestämmelsen.

26. Det är således svårt att enbart utifrån denna text hävda att artikel 101 FEUF ska tillämpas annorlunda än *alla andra* fördragsbestämmelser som avser en institution som tillämpar unionsrätten, oavsett om det rör sig om en institution i medlemsstaterna eller i Europeiska unionen.

27. Det är endast med stöd av artiklarna 103–105 FEUF som delar om differentiering och ”övergångskaraktär” införs vid tillämpningen av artikel 101 FEUF.

28. I artikel 103.1 FEUF anges det således att det ankommer på rådet att fastställa de "förordningar och direktiv som behövs för att tillämpa de principer som anges i" artikel 101 FEUF. I den andra punkten ges icke-uttömmande exempel på hur denna befogenhet får utövas. Leden b och c är mest relevanta för förevarande mål. Dessa led handlar om "närmare regler för hur artikel 101.3 ska tillämpas med hänsyn till behovet av att ... säkerställa en effektiv övervakning och att ... förenkla den administrativa kontrollen" respektive om en närmare angivelse av "räckvidden för bestämmelserna i [artikel 101 FEUF] inom olika näringsgrenar". Enligt artikel 103 FEUF ankommer det med andra ord på rådet att fastställa räckvidden för tillämpningen och den administrativa uppföljningen av artikel 101 FEUF.

29. Vad händer då fram till dess att rådet beslutar att utöva sina befogenheter, i enlighet med artikel 103 FEUF?

30. Det är här artiklarna 104 och 105 FEUF kommer in. I dessa bestämmelser fastställs "övergångsbestämmelserna". Enligt dessa bestämmelser var (de administrativa) myndigheterna i medlemsstaterna ansvariga för verkställandet av de principer som (numera) finns fastställda i artikel 101 FEUF. Detta innefattade beviljande av undantag enligt artikel 101.3 i fördraget. Under den period då det systemet tillämpades hade kommissionen endast en mindre roll i verkställandet av konkurrensreglerna och detta endast "utan att det påverkar" de uppgifter som ankommer på medlemsstaternas nationella myndigheter.

31. Med hänsyn till denna konstitutionella ram är begreppet "övergångsbestämmelser" något av en oriktig benämning. Det är riktigt att det i den *ursprungliga* lydelsen av artikel 87 i fördraget om upprättandet av Europeiska ekonomiska gemenskapen (nedan kallat EEG-fördraget) angavs att rådet måste utöva sina befogenheter enligt (nu) artikel 103 FEUF *inom tre år*. Denna period löpte ut utan att rådet utövade befogenheterna. Genom Amsterdamfördraget ersattes dock den (sedan dess förlegade) hänvisningen till den treåriga tidsfristen för genomförandet med en allmän skyldighet för rådet att fastställa de förordningar och direktiv som behövs för att "tillämpa" (nuvarande) artikel 101 FEUF.¹⁷ Att *de jure* bekräfta vad som *de facto* redan har varit fallet under en viss tid innebär härmed att den påstådda "övergångskaraktären" hos de "övergångsbestämmelser" som hade inrättats enligt (nuvarande) artiklarna 104 och 105 FEUF har försvunnit.

32. Mot denna bakgrund föreskrev artikel 104 FEUF snarare en *grundregel* för att avgöra huruvida avtal som omfattas av artikel 101 FEUF är tillåtna. Enligt den bestämmelsen skulle myndigheterna i medlemsstaterna vara behöriga att säkerställa förenlighet med fördragets konkurrensregler på obestämd tid *fram tills* rådet ingriper genom att införa ett annat administrativt arrangemang för att verkställa fördragets konkurrensregler.

33. "Övergångskaraktären" hos de "övergångsbestämmelser" som ursprungligen inrättades för en begränsad period blev med andra ord allt mindre med tiden, eftersom det inte skedde någon "övergång" i ordets egentliga bemärkelse från en situation till en annan. Tvärtom var bestämmelserna snarare "potentiellt modulära" med hänvisning till de specifika delarna med att decentralisera (och omfördela) behörigheten att verkställa vissa delar av artikel 101 FEUF. Det sistnämnda bekräftas av utvecklingen av systemet i stort, vilken gick fram och tillbaka under årens lopp: från decentralisering till centralisering av vissa delar och sedan åter tillbaka till en partiell decentralisering, eftersom texten i artikel 103.2 FEUF inte utgjorde några hinder för sådana förändringar.

¹⁷ Artikel 6.46 i Amsterdamfördraget om ändring av fördragen om Europeiska unionen, fördragen om upprättandet av Europeiska gemenskaperna och vissa akter som hör samman med dem (EGT C 340, 1997, s. 1).

2. De nationella domstolarnas roll inom ramen för "övergångsbestämmelserna"?

34. I artiklarna 103–105 FEUF nämns inget om de nationella domstolarnas roll i tillämpningen av artikel 101 FEUF, vare sig inom ramen för "övergångsbestämmelserna" eller vad annat beträffar. Det är det som förevarande mål gäller. Den hänskjutande domstolen vill i själva verket få klarhet i huruvida de nationella domstolarna kan tillämpa förbudet i artikel 101.1 FEUF i fall där de konkurrensbegränsande metoderna i fråga till största delen ägde rum under den period då "övergångsbestämmelserna" gällde.

35. Vid första anblicken kan en sådan diskussion avse en svunnen tid. Samtliga parter i förevarande mål är överens om att förordning nr 1/2003 antingen gav de nationella domstolarna behörighet att tillämpa artikel 101 FEUF fullt ut eller åtminstone bekräftade dess existens. Avgörandet av den fråga som har anförts av Rechtbank Amsterdam (Distriktsdomstolen i Amsterdam) kommer dock att väsentligt påverka det mer allmänna försvaret av enskilda rättigheter som syftar till att säkerställa att skadestånd beviljas för skada som orsakats av ett beteende som kan begränsa eller snedvrida konkurrensen – oavsett när beteendet ägde rum och oavsett vilken administrativ myndighet som undersökte beteendet.

36. Sökandena i det nationella målet söker hävda privata rättigheter på detta sätt. Kommissionen ansåg nämligen i 2017 års beslut att det fanns bevis för att prissättningen hade samordnats kontinuerligt mellan år 1999 och år 2006 inom flygfraktssektorn. På grund av det sekundärrättsliga system som rådet införde i enlighet med artikel 103 FEUF konstaterade kommissionen dock endast en överträdelse av artikel 101.1 FEUF och artikel 53.1 i EES-avtalet för rutten mellan EU och tredjeländer från och med den 1 maj 2004 respektive för rutten mellan EES-länder utanför EU och tredjeländer från och med den 19 maj 2005. Om svarandens invändningar mot den nationella domstolens behörighet godtogs, så skulle perioden före dessa datum i själva verket inte kunna bli föremål för en enskild talan om ersättning för ett konkurrensbegränsande beteende i enlighet med artikel 101.1 FEUF.

37. Den bakomliggande och allmänna frågan i förevarande mål är således till stor del huruvida de nationella domstolarnas tillämpning av artikel 101.1 FEUF kan begränsas eller uteslutas helt och hållet genom sekundärlagstiftning som begränsar det administrativa verkställandet av EU:s konkurrensregler.

38. I de berörda parternas yrkanden ligger svaret på den frågan dolt i många lager av rättspraxis och sekundärlagstiftning. Sökandena, Eftas övervakningsmyndighet och den norska regeringen förklarar i huvudsak att "övergångsbestämmelserna" endast begränsade verkställandet av de principer som ligger till grund för artikel 101.1 FEUF på "administrativ väg". Dock begränsades inte den direkta effekten av artikel 101.1 FEUF och artikel 53.1 i EES-avtalet, eftersom den åberopades vid de nationella domstolarna, det vill säga genom oberoende "domstolsprövning".

39. Detta bestrids av svarandena, som kommissionen stöder till stor del. De hävdar att de nationella domstolarna saknar behörighet att tillämpa artikel 101.1 FEUF av två skäl. För det första har rådet, på grundval av artikel 103 FEUF, begränsat det materiella tillämpningsområdet (*ratione materiae*) för artikel 101 FEUF. "Principerna" i den bestämmelsen var således inte fullt tillämpliga på lufttransportsektorn innan förordning nr 1/2003 trädde i kraft. För det andra innebär "övergångsbestämmelserna" att endast en nationell konkurrensmyndighet, och i vissa fall kommissionen, kunde ta ställning till huruvida ett konkurrensbegränsande avtal var förenligt med

artikel 101 FEUF. Med tanke på dessa begränsningar av artikel 101.1 FEUF innebär homogenitetsprincipen att den omedelbara effekten av artikel 53.1 i EES-avtalet ska begränsas på motsvarande sätt.

40. Det korrekta svaret på denna uppfattning följer, enligt min mening, direkt av artikel 101 FEUF, artikel 53 i EES-avtalet och konkurrensreglerna i stort. Jag kommer därför nu att gå in på denna diskussion.

B. Den hänskjutande domstolens tillämpning av artikel 101.1 FEUF i förevarande mål

41. De tre frågorna bör i princip diskuteras med avseende på de nationella domstolarnas tillämpning av artikel 101.1 FEUF: För det första, de potentiellt begränsande effekterna av de "övergångsbestämmelser" som fastställs i artiklarna 104 och 105 FEUF avseende artikel 101 FEUF beträffande nationella domstolars ordinarie behörighet (1). För det andra, i vilken mån den omedelbara effekten av de principer som numera återfinns i artikel 101.1 FEUF åberopas av en part som vill hävda sina rättigheter vid de nationella domstolarna (2). För det tredje, det materiella tillämpningsområdet (*ratione materiae*) för artikel 101.1 FEUF i det enskilda fallet, det vill säga på lufttransportområdet (3). Jag kommer att behandla frågorna i denna ordning.

1. "Övergångsbestämmelsernas" effekt på artikel 101 FEUF

42. I sina yrkanden gör svarandena i huvudsak gällande att "övergångsbestämmelserna" i artiklarna 104 och 105 FEUF innebär att de nationella domstolarna fräntas sin behörighet att tillämpa artikel 101 FEUF. Kommissionen intog samma ståndpunkt i sitt svar på en fråga från tribunalen. Kommissionen hävdade att artiklarna 104 och 105 FEUF skulle kunna innebära att de nationella domstolarnas behörighet att tillämpa artikel 101 FEUF "pausas" i vissa fall.

43. Jag delar inte denna uppfattning.

44. Jag kan inte se att det finns något i ordalydelsen i artiklarna 104 och 105 FEUF som kan likställas med en "pausknapp" för de nationella domstolarnas behörighet. Ingen av dessa bestämmelser begränsar nämligen de nationella domstolarnas tillämpning av artikel 101 FEUF. I artiklarna 104 och 105 FEUF fastställs det endast hur det administrativa verkställandet av artikel 101 FEUF ska ske fram till dess att rådet beslutar att ingripa i enlighet med artikel 103 FEUF. Sådana åtgärder handlar dock inte om de nationella domstolarnas *rättsliga* tillämpning av artikel 101 FEUF.

45. Närmare bestämt anser jag att den rättsliga tillämpningen av artikel 101.1 FEUF naturligtvis *inte är begränsad till domstolsprövning* av administrativa beslut med tidigare tillämpning och verkställande av EU:s konkurrensregler. Prövning av ett administrativt beslut med tillämpning av artikel 101.1 FEUF är med all säkerhet ett sätt på vilket det kan ankomma på de nationella domstolarna att tillämpa den bestämmelsen. Det finns icke desto mindre andra rättsområden eller andra rättsmedel där det eventuellt skulle kunna ankomma på de nationella domstolarna, enligt unionsrätten eller nationell rätt, att tillämpa nämnda bestämmelse, till exempel andra typer av administrativ prövning, civilrättsliga förfaranden eller till och med straffrättsliga förfaranden.

46. Jag anser att det är viktigt att betona detta redan från början. Det verkar nämligen finnas entydig reduktionistisk tendens i svarandenas och kommissionens yrkanden i detta avseende. Enligt deras uppfattning innebär "tillämpning" av artikel 101 FEUF i grund och botten "verkställande" av den bestämmelsen, vilket i sin tur anknyter till "utredning och åläggande av administrativa böter". Detta har endast anförtratts kommissionen eller nationella administrativa myndigheter. Enligt detta synsätt skulle de nationella domstolarna underförstått endast få behörighet enligt "övergångsbestämmelserna" om de ombads göra en domstolsprövning av det administrativa verkställande som gjorts av den nationella administrativa myndigheten.

47. Jag delar inte denna uppfattning. Om det hade ankommit på en nationell domstol att tillämpa artikel 101.1 FEUF inom ramen för sin behörighet och befintliga förfaranden, innan rådet hade infört sekundärlagstiftning för att "tillämpa" de principer som ligger till grund för artikel 101 FEUF, så skulle den nationella domstolen *givetvis* inte ha varit tvungen att tillämpa bestämmelsen fullt ut.¹⁸

48. Detta visar ett särdrag som artikel 101 FEUF har gemensamt med en rad andra fördragsbestämmelser, till exempel artiklarna 45 och 46 FEUF (fri rörlighet för arbetstagare), artiklarna 49 och 50.2 FEUF (etableringsrätt) och artikel 157 FEUF (principen om lika lön för lika arbete). I alla dessa fall, och även andra, anges det i den relevanta fördragsbestämmelsen först principen och sedan den eller de behöriga EU-institutioner som ska "fylla ut" den principen genom att anta ytterligare, särskilda bestämmelser som ibland till och med anger exakt vad "genomförandebestämmelserna" ska omfatta. Domstolens synsätt har dock i årtionden varit att även om de nödvändiga "genomförandebestämmelserna" ännu inte finns på plats, så ska den "grundprincip" som fastställs i fördragsbestämmelsen, om den i sig har direkt effekt, tillämpas av alla behöriga nationella myndigheter på ett oavhängigt sätt, inbegripet och framför allt av nationella domstolar, när det ankommer på dem att tillämpa bestämmelserna på de mål som är anhängiga vid dem.

49. Artikel 157 FEUF och principen om lika lön för lika arbete skulle kunna illustrera detta: Även innan EU:s lagstiftande församling hade infört sekundärlagstiftning i det avseendet var det tydligt att de nationella domstolarna ansvarade för att säkerställa dess fulla verkan och skulle tillämpa principen oberoende av ett eventuellt "administrativt verkställande" på (tviste-)mål som anhängiggjorts vid dem.¹⁹ Denna slutsats bör vara föga förvånande: Enligt domstolens fasta praxis utgör avsaknaden av genomförandeåtgärder, oavsett slag, inte hinder för att en enskild åberopar unionsrättsliga bestämmelser som har direkt effekt.²⁰

50. Sett till fördraget ur strukturell synvinkel kunde de nationella domstolarna följaktligen tillämpa (nuvarande) artikel 101 FEUF redan när EEG-fördraget trädde i kraft. Punkterna 1 och 2 i (nuvarande) artikel 101 FEUF hade dessutom full effekt redan innan rådet vidtog åtgärder i enlighet med dess "befogenhet" i artikel 103.1 FEUF.²¹

51. Mot denna bakgrund är det emellertid nödvändigt att undersöka i vilken utsträckning artikel 101.1 FEUF faktiskt hade *direkt effekt* innan rådet fastställde "närmare regler för hur artikel 101.3 ska tillämpas".

¹⁸ I linje med dom av den 16 december 1976, Rewe-Zentralfinanz och Rewe-Zentral (33/76, EU:C:1976:188, punkt 5).

¹⁹ Redan i domen av den 8 april 1976, Defrenne (43/75, EU:C:1976:56, punkterna 12, 24 och 39).

²⁰ Se, exempelvis, dom av den 9 mars 1978, Simmenthal (106/77, EU:C:1978:49, punkterna 19 och 20), dom av den 17 september 2002, Baumbast och R (C-413/99, EU:C:2002:493, punkt 80), och dom av den 4 februari 2016, Ince (C-336/14, EU:C:2016:72, punkt 59).

²¹ Såsom förklaras nedan i punkterna 58 och 70–78 i detta förslag till avgörande begränsade aldrig rådet dessa effekter.

2. Den direkta effekten av artikel 101.1 FEUF

52. I sina svar på en fråga från domstolen ansåg svarandena och kommissionen att artikel 101.1 FEUF inte hade direkt effekt innan rådet vidtog åtgärder i enlighet med artikel 103.2 b FEUF. Ingen annan slutsats kan dras, eftersom domstolen redan år 1962 hade tolkat artikel 101 FEUF som ett ”odelbart helt”²². Domstolens dom i målet *Courage och Crehan*²³ vittnar dessutom om att rådet måste vidta föregående åtgärder, eftersom det i det målet i själva fallet medgavs att direkt effekt förelåg först *efter* det att rådet hade vidtagit genomförandeåtgärder med avseende på artikel 101 FEUF. Bestämmelsen skulle således inte kunna ha direkt effekt i sig.

53. Sökandena bestrider däremot denna ståndpunkt och hänvisar framför allt till domen i målet *SABAM*²⁴ för att hävda att den direkta effekten av artikel 101.1 FEUF inte kräver några föregående genomförandeåtgärder.

54. Jag delar sökandenas uppfattning. Enligt min uppfattning vänder svarandena och kommissionen bildligt talat ”upp och ned på begreppen”.

55. Enligt fast rättspraxis måste den direkta effekten undersökas med hänsyn till bestämmelsens rättsliga natur, systematik och ordalydelse.²⁵ En bestämmelse kommer att ha direkt effekt om den är tillräckligt tydlig och precis²⁶ samt ovillkorlig²⁷. Därför måste inte en bestämmelse i sin helhet ordagrant ha direkt effekt eller vara direkt tillämplig. I stället använder domstolen sig av extraktion, vilket innebär att den försöker att avgöra huruvida en specifik, tillämplig uppföranderegler går att extrahera ur den (kanske längre och mer komplexa) unionsrättsliga bestämmelsen.²⁸

56. Domarna i målen *SABAM* och *Courage och Crehan* är lämpliga exempel på detta ”relationella” synsätt på direkt effekt. I domen i målet *SABAM* slog domstolen fast att förbudet i artikel 85.1 i EEG-fördraget (nu artikel 101.1 FEUF) skulle kunna användas som en ”sköld” *med avseende på* en låtskrivares särskilda rättigheter att inte bli föremål för en klausul om exklusiv överlåtelse i ett avtal med en upphovsrättsorganisation.²⁹ På samma sätt slog domstolen fast i domen i målet *Courage och Crehan* att samma bestämmelse skulle kunna användas som ett ”svärd” med avseende på en talan om skadestånd som följer av en avtalsklausul som strider mot artikel 85 i EEG-fördraget (nu artikel 101 FEUF).³⁰ I båda målen hämtade domstolen således ur artikel 101 FEUF *som helhet* den del av bestämmelsen som ger direkt effekt mellan enskilda, nämligen förbudet mot vissa konkurrensbegränsande avtal, vilket anges i bestämmelsens första punkt.³¹

²² Dom av den 6 april 1962, de Geus (13/61, EU:C:1962:11, s. 52).

²³ Dom av den 20 september 2001, *Courage och Crehan* (C-453/99, EU:C:2001:465) (nedan även kallat domen i målet *Courage*).

²⁴ Dom av den 30 januari 1974, *BRT och Société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs* (127/73, EU:C:1974:6) (nedan kallad domen i målet *SABAM*).

²⁵ Se, exempelvis, dom av den 4 december 1974, *Van Duyn* (41/74, EU:C:1974:133, punkt 12).

²⁶ Se, exempelvis, dom av den 1 juli 2010, *Gassmayr* (C-194/08, EU:C:2010:386, punkt 45), dom av den 7 september 2017, *H.* (C-174/16, EU:C:2017:637, punkt 69), och dom av den 6 november 2018, *Bauer och Willmeroth* (C-569/16 och C-570/16, EU:C:2018:871, punkt 72).

²⁷ Se, exempelvis, dom av den 15 maj 2014, *Almos Agrárkúlkerekedelmi* (C-337/13, EU:C:2014:328, punkt 32), dom av den 12 oktober 2017, *Lombard Inatlan Lizing* (C-404/16, EU:C:2017:759, punkt 36), och dom av den 14 januari 2021, *RTS infra och Aannemingsbedrijf Norré-Behaegel* (C-387/19, EU:C:2021:13, punkt 46).

²⁸ Dom av den 8 april 1976, *Defrenne* (43/75, EU:C:1976:56, punkterna 30–39). Se även förslag till avgörande av generaladvokaten Trabucchi i målet *Defrenne* (43/75, EU:C:1976:39, själva förslaget till avgörande), och mitt förslag till avgörande i målet *Klohn* (C-167/17, EU:C:2018:387, punkt 42).

²⁹ Domen i målet *SABAM*, punkt 16.

³⁰ Domen i målet *Courage*, punkterna 24–26.

³¹ Domen i målet *SABAM*, punkt 16, och domen i målet *Courage*, punkterna 23 och 24.

57. Detta förbud är otvetydigt genom att det fastställs en tydlig och verkställbar rättslig skyldighet: "man skall inte bilda karteller". Detta rättesnöre är inte förenat med något villkor: alla sådana avtal mellan företag är "oförenliga med den inre marknaden". Det är denna omedelbart tillämpliga ("self-executing") rättighet som enskilda direkt har enligt fördraget och som de kan åberopa för att göra sin talan gällande och som de nationella domstolarna är skyldiga att skydda.³²

58. I motsats till vad kommissionen gjorde gällande vid förhandlingen påverkas inte den rättsliga naturen av de rättigheter som skyddas genom artikel 101.1 FEUF av den *processuella överlåtelsen* (enligt artikel 103.2 b FEUF) beträffande vilken institution som processuellt skulle kunna "godkänna" ett avtal enligt artikel 101.3 FEUF. Det är i själva verket uppenbart att en domstol, i vissa fall, endast behöver tillämpa artikel 101.1 FEUF för att bevilja civilrättsligt skadestånd vid konkurrensbegränsande verksamhet.³³ På samma sätt kan en domstol endast behöva tillämpa artikel 101.2 FEUF för att fastställa uppdelning av oförenliga avtalsklausuler.³⁴ Med andra ord kan det mycket väl vara så att de enskilda delarna av artikel 101 FEUF *är avskiljbara*, med tanke på *vissa fordringars särskilda natur*. De nationella domstolarna behöver inte tillämpa artikel 101.3 FEUF under sådana omständigheter.

59. Domarna i målet SABAM och målet Courage och Crehan visar nämligen tydligt att punkterna 1 och 3 i artikel 101 FEUF är oberoende av varandra. Båda målen uppstod under en period då rådet hade utövat sina befogenheter i enlighet med artikel 103.2 b FEUF och hade gett kommissionen ensam behörighet att fatta beslut enligt artikel 85.3 i EEG-fördraget (nu artikel 101.3 FEUF). Det faktum att en annan institution (kommissionen) ansvarade för att avgöra om före detta artikel 85.3 i EEG-fördraget var tillämplig medförde inga hinder för en rättslig prövning av rättigheterna i artikel 85.1 i EEG-fördraget.³⁵

60. Denna slutsats påverkas inte av beskrivningen av artikel 85 i EEG-fördraget i domen i målet de Geus som en "odelbart helhet".³⁶ I det målet åberopade en tysk distributör av Bosch-kylskåp artikel 85 i EEG-fördraget i sitt svaromål för att ogiltigförklara en exportförbudsklausul i ett ensamåterförsäljaravtal som distributören hade med Bosch. Omständigheterna i det målet uppstod dock innan förordning nr 17/62 trädde i kraft. Detta innebär att det *inte fanns något administrativt förfarande* för att hantera verkningarna av artikel 85.1 och 85.2 i EEG-fördraget (nu artikel 101.1 och 101.2 FEUF). Mot denna bakgrund hade domstolen inget annat val än att ge fortsatt verkan åt avtalet i fråga *fram till dess att det fanns ett administrativt förfarande* för att hantera en eventuell tillämpning av artikel 85.3 i EEG-fördraget (nu artikel 101.3 FEUF).³⁷

61. Det var mot bakgrund av dessa omständigheter domstolen ansåg att artikel 85 i EEG-fördraget var ett "odelbart helt".³⁸ Motsatsen skulle leda till en oacceptabel konsekvens: "att ogiltigförklara vissa avtal innan man ens kunnat veta, och alltså fastslå, på vilka avtal som artikel 85 i sin helhet skall tillämpas".³⁹

³² Se, för ett liknande resonemang, dom av den 5 juni 2014, Kone m.fl. (C-557/12, EU:C:2014:1317, punkterna 20 och 22, och där angiven rättspraxis).

³³ Se, exempelvis, domen i målet Courage, punkt 26.

³⁴ Se dom av den 18 december 1986, VAG France (10/86, EU:C:1986:502, punkt 15).

³⁵ Se även domen i målet SABAM, punkt 21, och domen i målet Courage, punkterna 22 och 28.

³⁶ Se dom av den 6 april 1962, de Geus (13/61, EU:C:1962:11, s. 52), och dom av den 9 juli 1969, Portelange (10/69, EU:C:1969:36, punkterna 10 och 13).

³⁷ Dom av den 6 april 1962, de Geus, 13/61, EU:C:1962:11, s. 51–53.

³⁸ Ibidem, s. 52.

³⁹ Ibidem.

62. Domen i målet de Geus avkunnades således mot bakgrund av det faktum att det institutionellt saknades ett administrativt arrangemang för att hantera verkningarna av att "[artikel 85 i EEG-fördraget] kan tillämpas redan vid ikraftträdandet av fördraget".⁴⁰ Såsom Eftas övervakningsmyndighet med rätta påpekat uppstod inte frågan om direkt effekt vid den tidpunkten (och därmed det individuella förfarandet för åberopande av artikel 85.1 i EEG-fördraget vid de nationella domstolarna), eftersom målet de Geus avgjordes *innan* domstolen för första gången fastställde den direkta effekten av bestämmelserna i EEG-fördraget.⁴¹

63. Av alla dessa skäl anser jag att det i själva verket endast kan fås mycket begränsad vägledning från en dom som denna domstol avkunnade år 1962 under helt andra rättsliga och konstitutionella omständigheter. I avsaknad av direkt effekt av fördragets bestämmelser skulle naturligtvis den enbart frågan om uttryckligen beviljad behörighet för administrativt verkställande, eller avsaknaden därav, ha varit avgörande.

64. Jag övertygas inte heller av svarandenas hänvisningar till domen i målet Asjes m.fl.⁴² och domen i målet Saeed Flugreisen och Silver Line Reisebüro,⁴³ som svarandena har åberopat till stöd för deras ståndpunkt i frågan om huruvida artikel 101.1 FEUF har direkt effekt. Dessa mål prövades inte inom ramen för en part som gör gällande att den bestämmelsen har direkt effekt. De målen gällde däremot ogiltigheten enligt artikel 85.2 i EEG-fördraget av att regeringen godkände flygbolagstaxor innan en administrativ myndighet hade uttalat sig om att de var förenliga med artikel 85.3 i EEG-fördraget, oavsett om det var inom ramen för det system som var tillämpligt under den "övergångstid" som föreskrivs i artiklarna 88 och 89 i EEG-fördraget (nu artiklarna 104 och 105 FEUF) eller förordning nr 3975/87.⁴⁴ Eftersom varken "myndigheterna i medlemsstaterna"⁴⁵ eller kommissionen⁴⁶ hade beslutat att avtalen i fråga skulle omfattas av artikel 85 i EEG-fördraget, ansåg domstolen att sådana avtal inte kunde presumeras vara ogiltiga enbart utifrån det faktum att artikel 85 EEG-fördraget eventuellt kan vara tillämplig på ifrågavarande avtal.

65. Domarna i målen Asjes m.fl. och Saeed Flugreisen och Silver Line Reisebüro är således även tidsbetingade: Under omständigheter där medlemsstaternas myndigheter eller kommissionen inte hade fattat något beslut beträffande ett påstått konkurrensbegränsande avtal enligt artikel 85.3 i EEG-fördraget, men där ett *framtida retroaktivt godkännande fortfarande var möjligt* enligt det system som då var i kraft var det uppenbart att de ekonomiska aktörerna behövde kunna anta, i god tro, att deras affärsförbindelser inte var ogiltiga så länge som de administrativa myndigheterna i fråga hade fattat något beslut rörande deras avtal eller metoder.⁴⁷

66. I förevarande mål förhåller det sig framför allt som så att svarandena *inte kan åberopa den konfliktrisk* som följer av ett eventuellt retroaktivt godkännande av det berörda beteendet. Systemet med "undantag" i förordning nr 1/2003, i dess ändrade lydelse, som upphävde det tidigare systemet enligt förordningarna nr 17/62 och nr 3975/87, tillåter nämligen inte retroaktiva åtgärder. Såsom framgår av artikel 34.1 i förordning nr 1/2003 blev dessutom de avtal som omfattades av förordningarna nr 17/62 och nr 3975/87 och som *hade* anmälts till kommissionen

⁴⁰ Ibidem, s. 51.

⁴¹ Dom av den 5 februari 1963, van Gend & Loos (26/62, EU:C:1963:1, s. 13).

⁴² Dom av den 30 april 1986, Asjes m.fl. (209/84–213/84, EU:C:1986:188) (nedan kallad domen i målet Asjes).

⁴³ Dom av den 11 april 1989, Saeed Flugreisen och Silver Line Reisebüro (66/86, EU:C:1989:140) (nedan kallad domen i målet Saeed).

⁴⁴ Domen i målet Saeed, punkt 29, och domen i målet Asjes, punkterna 52–56 och 59.

⁴⁵ Domen i målet Saeed, punkterna 4 och 29, samt domen i målet Asjes, punkt 57.

⁴⁶ Domen i målet Saeed, punkterna 4 och 29, samt domen i målet Asjes, punkt 59.

⁴⁷ Se, analogt, domstolens motivering i domen av den 22 mars 1961, Snpat/EKSG:s höga myndighet, 42/59 och 49/59, EU:C:1961:5, s. 87.

ogiltiga från och med den 1 maj 2004. Med andra ord skulle sådana anmälningar i vart fall inte fungera som en "säkerhetsmekanism" för hanteringen av nämnda avtal enligt det system som inrättats genom förordning nr 1/2003, även om svarandena hade anmält sina avtal till kommissionen.⁴⁸

67. Det ska således återigen särskilt påpekas att under omständigheterna i förevarande mål föreligger inte den viktiga inre koherensen i "kravet i artikel 101 FEUF" och behovet av rättssäkerhet för ekonomiska aktörer. Detta fönster har varit stängt sedan en tid tillbaka.

68. Sammanfattningsvis är det således tydligt att artikel 101.1 FEUF och dess föregångare var direkt tillämpliga från och med ikraftträdandet av EEG-fördraget. De fortsatte att ha direkt effekt under hela den perioden för att enskilda ska kunna göra gällande sina rättigheter vid behöriga nationella domstolar. Framför allt hade rådet aldrig, genom tillämpning av nuvarande artikel 103 FEUF, begränsat de nationella domstolarnas oberoende och lagstadgade befogenhet att tillämpa artikel 101.1 FEUF i enlighet med den befogenheten och i linje med den typ av förfaranden som de förfogade över enligt nationell rätt.

69. Dock kvarstår frågan om huruvida det finns eller förekom eventuella begränsningar vad gäller det materiella tillämpningsområdet (*ratione materiae*) för artikel 101.1 FEUF i det särskilda fallet med lufttransportsektorn.

3. Det materiella tillämpningsområdet (*ratione materiae*) för artikel 101.1 FEUF

70. Svarandena och kommissionen hävdar att eftersom rådet inte utövade sin befogenhet enligt artikel 103.2 c FEUF för att låta hela lufttransportsektorn omfattas av fördragets konkurrensregler, kunde inte de nationella domstolarna ha vidtagit åtgärder inom ramen för en talan som väckts enligt artikel 101.1 FEUF om ogiltigförklaring av avtalen, det vill säga även om direkt effekt hade förelegat. Parterna hänvisar till det specifika undantaget för hela lufttransportsektorn från förordning nr 17/62 och den begränsade tillämpningen av konkurrensreglerna på "rutter inom EU" avseende flygfrakttransporter genom förordning nr 3975/87. Det var först från och med den 1 maj 2004, då förordning nr 1/2003, i dess ändrade lydelse, trädde i kraft, som lufttransportsektorn skulle börja omfattas av bestämmelserna i EU:s konkurrenslagstiftning.⁴⁹

71. Jag instämmer inte med dessa argument.

72. Enligt artikel 103.1 FEUF ska rådet fastställa "de förordningar och direktiv som behövs för att tillämpa de principer som anges i" artikel 101 FEUF. I artikel 103.2 ges sedan exempel på hur rådet kan föresätta sig att åstadkomma detta. I led c anges det att rådet "vid behov [får] närmare ange räckvidden för bestämmelserna i [artikel 101 FEUF] inom olika näringsgrenar".

⁴⁸ En omständighet som sökandena i det nationella målet bestrider men som i slutändan ankommer på den hänskjutande domstolen att undersöka.

⁴⁹ Se artikel 45 i förordning nr 1/2003.

73. Åtgärdens tydligt *fakultativa* karaktär är det som skiljer led c från led b i artikel 103.2 FEUF och *kravet* att ”fylla ut” artikel 101.3 FEUF. Hänvisningen till ”vid behov” i artikel 103.2 c FEUF⁵⁰ visar tydligt att tillämpningsområdet för principerna i artikel 101 FEUF *per automatik* var avsett att täcka hela ekonomin och att rådet ska besluta om huruvida dessa faktiska förhållanden ska frångås för specifika näringsgrenar.

74. Den tvingande nödvändighet av en inre marknad som ligger till grund för detta arrangemang förvånar: tillämpningsområdet för artikel 101 FEUF skulle givetvis ha kunnat utformas i syfte att successivt utvidga tillämpningsområdet för EU:s konkurrenslagstiftning i små ”lättsmälta” delar. På så sätt skulle sådana (specifika) sektorsövergripande synsätt kunna ha getts företräde framför (de allmänna) konkurrensreglerna just för transportområdet, såsom har gjorts för den gemensamma jordbrukspolitiken.⁵¹

75. Så är emellertid inte fallet.⁵² Jag anser således, framför allt mot bakgrund av utformningen av artiklarna 101 och 103 FEUF, att fördraget utgår från synsättet att konkurrensreglerna ska tillämpas fullt ut på samtliga näringsgrenar. För att åstadkomma detta fastställs ett överlag obegränsat materiellt tillämpningsområde (*ratione materiae*) för artikel 101 FEUF i syfte att åstadkomma en fungerande inre marknad⁵³, endast med förbehåll för möjligheten att ”vid behov” göra det specifika sektorsövergripande undantag som ges i artikel 103.2 c FEUF.

76. I motsats till vad svarandena och kommissionen hävdar visar inte förordningarna nr 17/62 och nr 3975/87 att rådet försökte begränsa det materiella tillämpningsområdet (*ratione materiae*) för artikel 101.1 FEUF. Genom förordning nr 17/62 inrättas huvudsakligen ett *förfarandemässigt* system för kommissionens tillämpning av (f.d.) artikel 85.1 och 85.3 i EEG-fördraget (nu artikel 101.1 och 101.3 FEUF).⁵⁴ Ingenting nämndes om det materiella tillämpningsområdet (*ratione materiae*) för artikel 101.1 FEUF. På samma sätt föreskrevs det inte heller i förordning nr 141/62 om ändring av förordning nr 17/62 att det *administrativa* system som införts genom förordning nr 17/62 inte ska tillämpas på transportsektorn (och därmed lufttransporter).⁵⁵ Detta undantag rör dock inte det materiella tillämpningsområdet (*ratione materiae*) för artikel 101.1 FEUF när de nationella domstolarna tillämpar denna på lufttransportsektorn.

77. Slutligen var det endast med avseende på den *administrativa* tillämpningen av EU:s konkurrensregler som förordning nr 3975/87 delvis tillämpades på lufttransportsektorn. Såsom förklaras i skäl 2 i den förordningen var den partiella tillämpningen nödvändig eftersom ”kommissionen inte [hade] några möjligheter ... att direkt undersöka fall av misstänkta överträdelser av artiklarna 85 och 86 i fördraget inom området för lufttransporter”.⁵⁶ Förordningen innehåller återigen inga begränsningar av tillämpningsområdet för artikel 101.1 FEUF i en enskild skadeståndstalan vid de nationella domstolarna.

⁵⁰ På samma sätt anges ”v případě potřeby” på tjeckiska, ”in voorkomende gevallen” på nederländska, ”eventualmente” på italienska, ”le cas échéant” på franska, ”gegebenfalls” på tyska och ”eventualmente” på spanska.

⁵¹ Se, för ett liknande resonemang, artikel 42 FEUF och dom av den 14 november 2017, APVE m.fl. (C-671/15, EU:C:2017:860, punkterna 36–38).

⁵² Domen i målet Asjes, punkt 45.

⁵³ Se, för ett liknande resonemang, dom av den 1 juni 1999, Eco Swiss (C-126/97, EU:C:1999:269, punkt 36).

⁵⁴ Se, exempelvis, skäl 2, 6 och 8 i förordning nr 17/62. Se även artiklarna 2, 6.1, 8.1 och 9.3 i den förordningen.

⁵⁵ Såsom förklaras i skäl 1 i förordning nr 141/62. Se även artikel 1 i denna.

⁵⁶ Skäl 2 i förordning nr 3975/87.

78. Hela arrangemanget för den påstådda icke-tillämpningen av (nuvarande) artikel 101 FEUF på lufttransportområdet avsåg med andra ord endast det *administrativa* verkställandet av principerna i den bestämmelsen.⁵⁷ Förordningarna nr 17/62 och nr 3975/87 påverkade inte domstolarnas *rättsliga* tillämpning, inom ramen för sina respektive befogenheter som de var och en hade enligt nationell rätt, av de principer som numera återfinns i artikel 101.1 FEUF.⁵⁸ Jag instämmer i själva verket med sökandena och Eftas övervakningsmyndighet i detta avseende: att den "parallella möjligheten" att eventuellt genomföra förbudet i artikel 101.1 FEUF inte påverkades av rådets sekundärlagstiftning.

79. Avsaknaden av specifika bestämmelser i nationell rätt som reglerar den rättsliga tillämpningen av artikel 101 FEUF kan således inte utgöra hinder för att Rechtbank Amsterdam (Distriktsdomstolen i Amsterdam) tillämpar artikel 101.1 FEUF inom lufttransportsektorn, när den bestämmelsen åberopas vid den för att få till stånd en fastställelse och skadestånd på grund av svarandenas konkurrensbegränsande beteende beträffande rutter mellan EU och tredjeländer före den 1 maj 2004.

C. Förhållandet mellan artikel 53 i EES-avtalet och EU:s grundläggande konkurrensregler

80. Den norska regeringen och Eftas övervakningsmyndighet gör gällande att eftersom artikel 53 i EES-avtalet i sak är identisk med artikel 101 FEUF, ska dessa båda bestämmelser tolkas på ett enhetligt sätt i enlighet med homogenitetsprincipen. Vid förhandlingen förklarade Eftas övervakningsmyndighet dessutom att avsaknaden av en motsvarande bestämmelse till artikel 104 FEUF i EES-avtalet inte skulle påverka denna homogena tolkning av artikel 101 FEUF och artikel 53 i EES-avtalet, eftersom artikel 104 FEUF hursomhelst inte medför en begränsning av artikel 101 FEUF.

81. Kommissionen medger att artikel 101 FEUF och artikel 53 i EES-avtalet ska tolkas på ett enhetligt sätt. Vid förhandlingen ifrågasatte dock kommissionen att avsaknaden av en motsvarande bestämmelse till artikel 104 FEUF inte skulle påverka denna uppgift, framför allteftersom artiklarna 104 och 105 FEUF leder till att de nationella domstolarna fräntas behörigheten att direkt tillämpa artikel 101.1 FEUF.

82. Svarandena är i huvudsak av samma uppfattning som kommissionen. De anser att "övergångsbestämmelserna" enligt artiklarna 104 och 105 FEUF utgjorde hinder för den direkta effekten av artikel 101.1 FEUF, vilket innebär att artikel 53.1 i EES-avtalet också måste tolkas så, att den inte hade direkt effekt innan Gemensamma EES-kommittén förklarade att förordning (nr 1/2003 var tillämplig i EES från och med den 19 maj 2005.

83. Mot bakgrund av mina slutsatser i avsnitt B i detta förslag till avgörande delar jag argumenten från den norska regeringen och Eftas övervakningsmyndighet.

⁵⁷ Såsom kommissionen själv förklarade i sina yrkanden i målet Asjes "utgör avsaknaden av tillämpningsbestämmelser i enlighet med artikel 87 [avseende det materiella tillämpningsområdet (*ratione materiae*) av artikel 85 i EEG-fördraget] inte något hinder för att de nationella domstolarna, i förekommande fall, uttalar sig om huruvida ett avtal eller ett visst förfarande är förenligt med konkurrensreglerna, eftersom dessa regler har direkt effekt".

⁵⁸ Såsom redan har förklarats i punkterna 43–47 ovan i detta förslag till avgörande har dessa förordningar, genom att endast tilldela administrativ behörighet för vissa undersökningar av eventuella överträdelser av konkurrensrätten, även indirekt gett behörighet att utföra domstolsprövning av sådana administrativa beslut (se artikel 9 i förordning nr 17/62 respektive artikel 7 i förordning nr 3975/87). Det ska upprepas att dessa bestämmelser självfallet inte påverkade andra eventuella fall av rättslig tillämpning av artikel 101 FEUF, oberoende av i vilka *andra typer av förfaranden* som talan kan ha väckts vid nationella domstolar.

84. Det är obestriddligen så att EES-avtalet utgör en integrerad del av unionsrätten.⁵⁹ I fall där bestämmelserna är ovillkorliga och tillräckligt precisa ska de ha direkt effekt i medlemsstaterna.⁶⁰ Domstolen har även slagit fast att enligt homogenitetsprincipen⁶¹ ska bestämmelserna i EES-avtalet, som i sak är identiska med fördragets bestämmelser, tolkas på ett enhetligt sätt.⁶²

85. Både i artikel 101 FEUF och i artikel 53 i EES-avtalet fastställs ett förbud, verkan av det förbudet och ett eventuellt undantag från det förbudet. Mot bakgrund av homogenitetsprincipen ska dessa två bestämmelser således tolkas på ett enhetligt sätt.⁶³ Följaktligen måste även artikel 53.1 i EES-avtalet, i likhet med artikel 101.1 FEUF, anses ha direkt effekt och medföra rättigheter för enskilda, vilka de nationella domstolarna är skyldiga att skydda.⁶⁴

86. Mot bakgrund av den likvärdiga effekten av artikel 101 FEUF och artikel 53 i EES-avtalet kan jag inte se att jag skulle dra några andra slutsatser gällande artikel 53.1 i EES-avtalet än vad jag gjorde beträffande artikel 101.1 FEUF i punkterna 55–68 i detta förslag till avgörande. De nationella domstolarna kan därför tillämpa artikel 53.1 i EES-avtalet för att fastställa att ett visst konkurrensbegränsande beteende strider mot den bestämmelsen.

87. Av samma skäl som dem rörande artikel 101 FEUF måste jag även avvisa svarandenas argument när det gäller det materiella tillämpningsområdet (*ratione materiae*) för artikel 53.1 i EES-avtalet. Det är riktigt att det i artikel 1 i protokoll 21 till EES-avtalet anges att Eftas övervakningsmyndighet först ska ”ge verkan åt de principer som fastställs” i artikel 53 i EES-avtalet. Den speglar artikel 103 FEUF åtminstone i detta avseende. Det finns dock ingenting i handlingarna i målet som tyder på att artikel 1 i protokoll 21 till EES-avtalet har tillämpats för att begränsa vare sig tillämpningsområdet för artikel 53 i EES-avtalet eller de nationella domstolarnas behörighet att tillämpa den bestämmelsen. Såsom jag förklarat i punkterna 76–78 i detta förslag till avgörande ledde aldrig de olika sekundärrättsakter som rådet antog i enlighet med artikel 103.2 c FEUF, och som införlivades i EES-avtalet från och med den dag då de anmälades, till någon begränsning av det materiella tillämpningsområdet (*ratione materiae*) för artikel 53 i EES-avtalet.

88. Denna slutsats påverkas inte av det faktum att det saknas en motsvarande bestämmelse till artikel 104 FEUF i EES-avtalet. Såsom jag förklarat i punkt 44 i detta förslag till avgörande medför inte artikel 104 FEUF någon begränsning av artikel 101 FEUF sett till dess strukturella räckvidd eller tillämpning. Avsaknaden av en sådan bestämmelse kan således inte påverka räckvidden för eller tillämpningen av artikel 53 i EES-avtalet. Syftet med artikel 104 FEUF var i vart fall att överbrygga perioden mellan ikraftträdandet av fördragets konkurrensregler och den tidpunkt då rådet vidtar åtgärder för att inrätta ett administrativt arrangemang för att hantera artikel 101 FEUF, framför allt punkt 3 i denna.⁶⁵

⁵⁹ Dom av den 15 juni 1999, Andersson och Wåkerås-Andersson (C-321/97, EU:C:1999:307, punkterna 26 och 27), och dom av den 2 april 2020, Ruska Federacija (C-897/19 PPU, EU:C:2020:262, punkt 49 och där angiven rättspraxis).

⁶⁰ Se dom av den 5 februari 1976, Conceria Bresciani (87/75, EU:C:1976:18, punkt 25), och dom av den 26 oktober 1982, Kupferberg (104/81, EU:C:1982:362, punkt 23). Vad gäller EES-avtalet, se dom av den 22 januari 1997, Opel Austria/rådet (T-115/94, EU:T:1997:3, punkterna 101 och 102).

⁶¹ Se artiklarna 6, 105 och 106 i EES-avtalet och artikel 3 i avtalet mellan Eftastaterna om upprättande av en övervakningsmyndighet och en domstol.

⁶² Dom av den 23 september 2003, Ospelt och Schlössle Weissenberg (C-452/01, EU:C:2003:493, punkt 29 och där angiven rättspraxis), samt dom av den 6 oktober 2009, kommissionen/Spanien (C-153/08, EU:C:2009:618, punkterna 48 och 49).

⁶³ Se, analogt, Eftadomstolens dom av den 30 maj 2018, Fjarskipti/Síminn, E-6/17, Efta Court Report 2018, s. 81, punkt 28.

⁶⁴ Ibidem, punkterna 29 och 32 och där angiven rättspraxis. Se även Eftadomstolens dom av den 17 september 2018, Nye Kystlink AS/Color Group AS och Color Line AS, E-10/17, Efta Court Report 2018, s. 293, punkt 71.

⁶⁵ Se punkterna 30–33 ovan i detta förslag till avgörande.

89. Någon sådan övergångsperiod fanns dock inte ens för EES-avtalet. Förordningarna nr 17/62, nr 141/62 och nr 3975/87 utgjorde en del av EES-avtalet enligt bilaga XIV från och med det datum då avtalet delgavs. Slutsatsen påverkas inte heller av artikel 56 i EES-avtalet, eftersom den endast anger den delade (och duopoliserade) behörigheten mellan kommissionen och Eftas övervakningsmyndighet att tillämpa artikel 53 i EES-avtalet.⁶⁶

90. Således finns det, enligt min mening, heller inga begränsningar av det materiella tillämpningsområdet (*ratione materiae*) för artikel 53.1 i EES-avtalet som skulle utgöra hinder för sökandena att åberopa den direkta effekten av artikel 53.1 i EES-avtalet vid den hänskjutande domstolen för att yrka på en fastställelse och skadestånd med avseende på svarandenas samordning av olika delar av priset på flygfrakttransporter på rutten mellan EES-länder utanför EU och tredjeländer före den 19 maj 2005.

D. Sett i ett större sammanhang: det offentliga och det privata verkställandet av konkurrensreglerna

91. Jag anser inte att det krävs någon separat behandling av karaktären hos artikel 6 i förordning nr 1/2003, även om detta är en del av den hänskjutande domstolens fråga, med tanke på de slutsatser som redan har dragits i detta förslag till avgörande. Såsom antyds i tidigare avsnitt har medlemsstaternas domstolar i själva verket alltid haft behörighet att tillämpa (det materiella förbudet i) artikel 101.1 FEUF *inom ramen för sina respektive befogenheter och för de förfaranden som de har att pröva*. Det saknas således anledning för domstolen att inom ramen för förevarande mål pröva huruvida, och från exakt vilken tidpunkt som, det även fanns en sekundärrättslig ”källa” till behörighet enligt artikel 6 i förordning nr 1/2003.

92. Jag vill återigen betona att de nationella domstolarna redan åtnjuter behörighet enligt nationell rätt ”inom ramen för sina respektive befogenheter”. Såsom svarandena och kommissionen med rätta har påpekat medförde inte ”övergångsbestämmelserna” i artiklarna 103 och 104 FEUF några uttryckliga befogenheter för de nationella domstolarna. De nationella domstolarna kan nämligen inte, såvida inte så uttryckligen föreskrivs i en nationell lag, tillskrivas undersöknings- eller åklagarbefogenheter utifrån artikel 101.1 FEUF eller artikel 53.1 i EES-avtalet liknande dem som tilldelas de behöriga administrativa myndigheter i medlemsstaterna som vanligen har i uppgift att undersöka konkurrensrättsliga överträdelser i särskilda administrativa eller till och med straffrättsliga förfaranden. Av samma anledning skulle de nationella domstolarna dessutom *inte ha kunnat framtas något* genom nämnda ram. Den konstitutionella ramen har helt enkelt vare sig gett eller framtagit de nationella domstolarna något. Det finns ingen primär eller sekundär unionsrätt som har syftat till att begränsa de nationella domstolarnas behörighet att direkt tillämpa artikel 101.1 FEUF eller artikel 53.1 i EES-avtalet, i fall där dessa bestämmelser åberopas i ett mål som anhängiggjorts vid dem, för att skydda de subjektiva rättigheter som följer av unionsrätten.

93. Detta illustreras av den skadeståndstalan som sökandena har väckt i förevarande mål. Precis som alla andra nationella domstolar i Europeiska unionen har den hänskjutande domstolen behörighet att fastställa ett sådant ansvar i enlighet med tillämpliga nationella bestämmelser. För att bedöma huruvida en överträdelse kan medföra ett sådant ansvar är i regel den första omständighet som måste styrkas i det avseendet huruvida ett företag har åsidosatt sina

⁶⁶ Se punkt 29 i tillkännagivandet om samarbete mellan nationella domstolarna och Eftas övervakningsmyndighet vid tillämpning av artiklarna 53 och 54 i EES-avtalet (EGT C 112, 1995, s. 7).

lagstadgade skyldigheter. En sådan bedömning är dock en naturlig del av (det privaträttsliga) beslutet om potentiellt ansvar och inte något offentligrättsligt verkställandesystem (som leds av administrativa myndigheter).

94. I annat fall skulle sådana verkställandeåtgärder aldrig vara något annat än av ”uppföljande” karaktär, i huvudsak underordnad en tidigare (och sett till dess räckvidd förmodligen identisk) offentligrättslig förklaring i detta avseende. I alla andra fall skulle ”fristående” åtgärder uteslutas från tillämpningsområdet för artikel 101.1 FEUF.

95. Detta synsätt (eller säkerligen det utfallet) strider dock helt och hållet mot systemets natur och domstolens praxis.⁶⁷ Med tanke på den tämligen tunga bevisbördan som varje sökande kan ställas inför i ”fristående” privaträttsliga åtgärder för konkurrensrättsliga överträdelser kommer sådana åtgärder sannolikt att vara sällsynta i praktiken. Av denna anledning kommer ett beslut från en offentlig myndighet, till exempel kommissionen, i en parallell eller föregående undersökning sannolikt att vara av avgörande betydelse för ”fristående” åtgärder.⁶⁸ Dock är det felaktigt att hävda att det rättsliga behovet av samstämmighet och samordning på detta rättsområde innebär att nationella domstolar hindras från att utöva sina uppgifter enligt unionsrätten och nationell rätt: att skydda subjektiva rättigheter som även följer av direkt tillämpliga unionsrättsliga bestämmelser.

96. Den specifika karaktären hos ett sådant påstående blir än mer uppenbar om hänsyn tas till hur varje annat förvaltningsrättsligt område verkställs, oavsett om det rör sig om exempelvis miljö rätt, lagstiftning inom området för folkhälsa eller allmän säkerhet eller bestämmelser om säkerhet på arbetsplatsen. På dessa områden finns sannolikt en särskild, specialiserad offentlig myndighet på nationell nivå som har i uppdrag att utöva tillsyn över och genomdriva tillämpliga materiella bestämmelser. Skulle dock någon hävda att ett beteende inte skulle kunna ge upphov till privaträttsliga skadeståndsanspråk från den person som eventuellt lidit skada bara eftersom en viss offentlig myndighet inte undersökte eller lagförde beteendet (eller faktiskt gjorde detta, men av någon anledning avbröt eller begränsade de administrativa förfarandena)?

97. Jag kan inte, av alla dessa skäl, godta den insiktsfulla analysen från High Court of Justice of England and Wales (Överdomstolen (England och Wales) i mål Emerald Supplies Ltd/British Airways plc,⁶⁹ som den hänskjutande domstolen har återopat och som parterna i förevarande mål har diskuterat. Såsom jag har velat framhålla i de föregående avsnitten i detta förslag till avgörande krävdes för det första ingen uttrycklig behörighetsklausul enligt unionsrätten för att de nationella domstolarna skulle vara behöriga att tillämpa innehållet i artikel 101.1 FEUF på ett självständigt sätt, inom ramen för sina respektive befogenheter som redan föreskrivs i nationell rätt, till exempel skadeståndstalan, i motsats till vad som är fallet vid administrativt verkställande.⁷⁰ För det andra är domarna i målen de Geus, Asjes och Saeed delvis förlegade,

⁶⁷ Se, exempelvis, dom av den 20 september 2001, Courage och Crehan (C-453/99, EU:C:2001:465, punkt 26), dom av den 13 juli 2006, Manfredi m.fl. (C-295/04–C-298/04, EU:C:2006:461, punkt 60), dom av den 6 november 2012, Otis m.fl. (C-199/11, EU:C:2012:684, punkt 41), dom av den 6 juni 2013, Donau Chemie m.fl. (C-536/11, EU:C:2013:366, punkt 21), dom av den 14 juni 2011, Pfeiderer (C-360/09, EU:C:2011:389, punkt 28), dom av den 5 juni 2014, Kone m.fl. (C-557/12, EU:C:2014:1317, punkt 21), dom av den 14 mars 2019, Skanska Industrial Solutions m.fl. (C-724/17, EU:C:2019:204, punkt 25), och dom av den 12 december 2019, Otis Gesellschaft m.fl. (C-435/18, EU:C:2019:1069, punkt 22).

⁶⁸ För att förebygga eventuell risk för motstridiga beslut – se, i allmänhet, dom av den 14 december 2000, Masterfoods och HB (C-344/98, EU:C:2000:689, punkterna 59 och 60), vilka i förekommande fall ger upphov till en ”Zwartveld-ansökan” – se beslut av den 13 juli 1990, Zwartveld m.fl. (C-2/88-IMM, EU:C:1990:315, punkt 22).

⁶⁹ Dom från High Court of Justice of England and Wales (Chancery Division) av den 4 oktober 2017 i mål Emerald Supplies Ltd/British Airways plc [2017] EWHC 2420 (Ch), som fastställdes av Court of Appeal of England and Wales (Civil Division) den 29 januari 2019 i mål La Gaitana Farms SA & Ors/British Airways plc [2019] EWCA Civ 37.

⁷⁰ Till skillnad från domen i målet Emerald Supplies Ltd/British Airways plc [2017] EWHC 2420 (Ch), 41–52.

enligt min uppfattning. De kan inte tillämpas på de särskilda omständigheterna i det nationella målet, eftersom i själva verket ingen av de frågor som föranledde det ställningstagande som gjordes i dessa uppstod i målet vid den nationella domstolen.⁷¹

98. Med andra ord godtar jag helt enkelt inte, i det särskilda sammanhang som är aktuellt i förevarande mål, den reduktion *pars pro toto* (delen i stället för det hela) som vissa berörda parter har anfört, samtidigt som jag fullt ut medger behovet av intern samstämmighet inom ramen för artikel 101 FEUF. Det faktum att *en del av förfarandet* för den administrativa tillämpningen av artikel 101 FEUF var *centraliserat* i vissa skeden kan helt enkelt inte innebära att *ingen annan* kunde ha tillämpat det *innehåll* som går att härleda ur denna bestämmelse, inbegripet i fall där det står klart att befrielser eller undantag inte är möjliga.

99. Förevarande mål har i själva verket varit en intressant resa bakåt i tiden, rent av en övning i rättslig arkeologi, som går ända tillbaka till år 1962. Detta förslag till avgörande avgränsas visserligen till stor del av den numera förlegade rättsliga ramen, men det gör inte den bakomliggande logiken. På det strukturella planet är unionsrättsliga bestämmelser, som har direkt effekt, verkställbara vid de nationella domstolarna, oavsett om (delar av) den administrativa behörigheten att verkställa dessa eventuellt har centraliserats till vissa administrativa myndigheter. I det särskilda fallet med konkurrensrätten betyder detta att företag som bryter mot bestämmelserna om rättvis konkurrens inte kan gömma sig bakom avsaknaden av administrativt verkställande och måste räkna med att skadeståndstalan kommer att väckas direkt vid medlemsstaternas behöriga domstolar av de parter som påstår sig ha lidit skada.

V. Slutsats

100. Jag föreslår att domstolen besvarar den fråga som Rechtbank Amsterdam (Distriktsdomstolen i Amsterdam, Nederländerna) har hänskjutit för förhandsavgörande:

En part som påstår sig ha lidit skada av samordningen av olika delar av priset som flygfraktföretag tar ut på flygfrakttransporter på rutter mellan flygplatser inom unionen och/eller EES och mellan flygplatser belägna inom dessa territorier och tredjeländer kan åberopa en överträdelse av artikel 101.1 FEUF och artikel 53.1 i EES-avtalet vid en nationell domstol för att dessa flygfraktföretag ska bevilja parten en lättnad även för den period då artiklarna 104 och 105 FEU fortfarande var tillämpliga.

⁷¹ Till skillnad från domen i målet Emerald Supplies Ltd/British Airways plc [2017] EWHC 2420 (Ch), 53–63.