

vonnis

RECHTBANK AMSTERDAM

Afdeling privaatrecht

Vonnis van 18 september 2019

in de zaken met zaaknummers / rolnummers
C/13/562256 / HA ZA 14-348 (SCC I) en
C/13/604492 / HA ZA 16-301 (SCC II) van

de stichting
STICHTING CARTEL COMPENSATION,
gevestigd te Den Haag,
eiseres,
advocaat mr. J. van den Brande,

tegen

1. de naamloze vennootschap
KONINKLIJKE LUCHTVAART MAATSCHAPPIJ N.V.,
gevestigd te Amstelveen,
advocaat mr. J.S. Kortmann,
2. de naamloze vennootschap
MARTINAIR HOLLAND N.V.,
gevestigd te Haarlemmermeer,
advocaat mr. J.S. Kortmann,
3. de rechtspersoon naar buitenlands recht
DEUTSCHE LUFTHANSA A.G.,
gevestigd te Keulen, Duitsland,
advocaat mr. P.N. Malanczuk,
4. de rechtspersoon naar buitenlands recht
LUFTHANSA CARGO A.G.,
gevestigd te Frankfurt am Main, Duitsland,
advocaat mr. P.N. Malanczuk,
5. de rechtspersoon naar buitenlands recht
BRITISH AIRWAYS PLC.,
gevestigd te Harmondsworth, Verenigd Koninkrijk,
advocaat mr. D.J. Beenders,
6. de rechtspersoon naar buitenlands recht
SOCIETE AIR FRANCE S.A.,
gevestigd te Tremblay en France, Frankrijk,
advocaat mr. drs. D.A.M.H.W. Strik,
7. de rechtspersoon naar buitenlands recht
SINGAPORE AIRLINES LIMITED,
gevestigd te Singapore, Singapore,
advocaat mr. I.W. VerLoren van Themaat,

Ingeschreven in het register van het Hof van Justitie onder nr. <u>1.133.232</u>		
Luxemburg	08. 11. 2019	De Griffier, voor deze
Fax/E-mail:	<u>[Handwritten Signature]</u>	<u>[Handwritten Signature]</u> Maria Manuela Ferreira Hoofdadministrateur
Neergelegd op:	<u>06/11/19</u>	

CURIA GRIFFIE Luxemburg	
Date	06. 11. 2019

8. de rechtspersoon naar buitenlands recht
SINGAPORE AIRLINES CARGO PTE LTD,
gevestigd te Singapore, Singapore,
advocaat mr. I.W. VerLoren van Themaat, gedaagden,

alsmede in de zaak met zaaknummer / rolnummer: C/13/486440/ HA ZA 11-944
(Equilib I) van

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid
EQUILIB NETHERLANDS B.V.,
gevestigd te Amsterdam,
eiseres,
advocaat mr. M.H.J. van Maanen,

tegen

1. de naamloze vennootschap
KONINKLIJKE LUCHTVAARTMAATSCHAPPIJ N.V.,
gevestigd te Amstelveen,
advocaat mr. J.S. Kortmann,

2. de naamloze vennootschap
MARTINAIR HOLLAND N.V.,
gevestigd te Haarlemmermeer,
advocaat mr. J.S. Kortmann,

3. de rechtspersoon naar buitenlands recht
SOCIÉTÉ AIR FRANCE S.A.,
gevestigd te Tremblay en France, Frankrijk,
advocaat mr. drs. D.A.M.H.W. Strik, gedaagden,

en

4. de rechtspersoon naar buitenlands recht
SINGAPORE AIRLINES CARGO PTE LTD,
gevestigd te Singapore,
advocaat mr. I.W. VerLoren van Themaat,

5. de rechtspersoon naar buitenlands recht
SINGAPORE AIRLINES LIMITED,
gevestigd te Singapore,
advocaat mr. I.W. VerLoren van Themaat,

6. de rechtspersoon naar buitenlands recht
LUFTHANSA CARGO A.G.,
gevestigd te Kelsterbach, Duitsland,
advocaat mr. P.N. Malanczuk,

7. de rechtspersoon naar buitenlands recht
DEUTSCHE LUFTHANSA A.G.,
gevestigd te Keulen, Duitsland,
advocaat mr. P.N. Malanczuk,
8. de rechtspersoon naar buitenlands recht
SWISS INTERNATIONAL AIR LINES A.G.,
gevestigd te Basel, Zwitserland,
advocaat mr. P.N. Malanczuk,
9. de rechtspersoon naar buitenlands recht
BRITISH AIRWAYS PLC.,
gevestigd te Harmondsworth, Verenigd Koninkrijk,
advocaat mr. D.J. Beenders,
10. de rechtspersoon naar buitenlands recht
AIR CANADA,
gevestigd te Saint Laurent, Canada,
advocaat mr. K.A.J. Bisschop,
11. de rechtspersoon naar buitenlands recht
CATHAY PACIFIC AIRWAYS LIMITED,
gevestigd te Hong Kong, China,
advocaat mr. Ph.W.M. ter Burg,
en (met akte van 26 juni 2019)
12. de rechtspersoon naar buitenlands recht
SAS A.B.,
Gevestigd te Stockholm, Zweden,
Advocaat mr. W. Heemskerk,
13. de rechtspersoon naar buitenlands recht
SCANDINAVIAN AIRLINES SYSTEM DENMARK-NORWAY-SWEDEN,
Gevestigd te Stockholm, Zweden,
Advocaat mr. W. Heemskerk,
14. de rechtspersoon naar buitenlands recht
SAS CARGO GROUP A/S.,
Gevestigd te Stockholm, Zweden,
Advocaat mr. W. Heemskerk, gevoegde partijen,

en in de zaak met zaaknummer / rolnummer C/13/561169 / HA ZA 14-283 (Equilib II) van

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid
EQUILIB NETHERLANDS B.V.,
gevestigd te Amsterdam,
eiseres,
advocaat mr. M.H.J. van Maanen,

tegen

1. de naamloze vennootschap
KONINKLIJKE LUCHTVAART MAATSCHAPPIJ N.V.,
gevestigd te Amstelveen,
advocaat mr. J.S. Kortmann,
2. de naamloze vennootschap
MARTINAIR HOLLAND N.V.,
gevestigd te Haarlemmermeer,
advocaat mr. J.S. Kortmann,
3. de naamloze vennootschap naar buitenlands recht
SOCIÉTÉ AIR FRANCE S.A.,
gevestigd te Tremblay en France, Frankrijk,
advocaat mr. dr. D.A.M.H.W. Strik,
4. de rechtspersoon naar buitenlands recht
LUFTHANSA CARGO A.G.,
gevestigd te Kelsterbach, Duitsland,
advocaat mr. P.N. Malanczuk,
5. de rechtspersoon naar buitenlands recht
DEUTSCHE LUFTHANSA A.G.,
gevestigd te Keulen, Duitsland,
advocaat mr. P.N. Malanczuk,
6. de rechtspersoon naar buitenlands recht
BRITISH AIRWAYS PLC.,
gevestigd te Harmondsworth, Verenigd Koninkrijk,
advocaat mr. D.J. Beenders, gedaagden.

Eiseressen zullen hierna SCC en Equilib worden genoemd. Gedaagden (en gevoegde partijen) zullen hierna gezamenlijk de luchtvaartmaatschappijen worden genoemd.

1. De procedure

- 1.1. Het verdere verloop van de procedure blijkt uit:
 - het tussenvonnissen van 1 mei 2019 (hierna: het tussenvonnissen);
 - de akte uitlaten prejudiciële vragen van 26 juni 2019 van SCC;
 - de akte uitlaten prejudiciële vragen van 26 juni 2019 van Equilib;
 - de akte uitlating prejudiciële vragen van alle luchtvaartmaatschappijen in SCC I en II alsmede in Equilib I en II.

- 1.2. Ten slotte is vonnis bepaald.

2. De feiten

- 2.1. In documenten van diverse mededingingsautoriteiten, waaronder die in de Europese Unie (hierna: EU), Australië, Brazilië, Zuid-Afrika en Zuid-Korea, en documenten in verband met gerechtelijke procedures in Australië, Canada en de Verenigde Staten van Amerika, is opgenomen dat door betrokken kartelleden hun deelname aan het kartel is erkend en dat tussen de kartelleden, waaronder (volgens

SCC en Equilib) de luchtvaartmaatschappijen, concurrentiebeperkende afspraken zijn gemaakt met betrekking tot vrachtvervoer dat door de kartelleden wereldwijd werd verzorgd in de kartelperiode, in ieder geval in de periode 2000 – 2006. Singapore Airlines stelt dat zij deelname aan het kartel altijd heeft ontkend.

2.2. In een persbericht heeft de Europese Commissie (hierna: de Commissie) opgenomen dat zij in een besluit van 9 november 2010 heeft geoordeeld dat vanaf december 1999 tot 14 februari 2006 brandstof- en veiligheidstoelagen zijn gecoördineerd ten aanzien van vluchten van, naar en binnen de Europese Economische Ruimte (hierna: EER) en Zwitserland, door diverse luchtvaartmaatschappijen (hierna: het oude besluit). Aan de betrokken luchtvaartmaatschappijen, zo is opgenomen in dat persbericht, zijn geldboetes opgelegd voor een totaalbedrag van € 799.445.000,-- voor deelname aan een internationaal kartel.

2.3. Tegen het oude besluit is door alle geadresseerden daarvan, met uitzondering van Qantas Airways Limited, beroep ingesteld bij het Gerecht van de Europese Unie (hierna: het Gerecht). Bij arresten van 16 december 2015 heeft het Gerecht de beroepen gegrond verklaard en het oude besluit van de Commissie (ten aanzien van British Airways Plc. gedeeltelijk) nietig verklaard. De Commissie heeft geen beroep ingesteld tegen deze arresten.

2.4. Bij arrest van 14 november 2017 heeft het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: HvJ) de door British Airways Plc. tegen het oude besluit ingestelde hogere voorziening afgewezen.

2.5. In een persbericht heeft de Commissie opgenomen dat zij in haar besluit van 17 maart 2017 betreffende een procedure op grond van artikel 101 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (hierna: VWEU), artikel 53 van de Overeenkomst betreffende de Europese Economische Ruimte (hierna: EER-overeenkomst) en artikel 8 van de Overeenkomst tussen de Europese Gemeenschap en de Zwitserse Bondsstaat inzake luchtvervoer (hierna: EUZO) (hierna: het nieuwe besluit) wederom heeft geoordeeld dat in de hiervoor onder 2.2 genoemde periode sprake was van een internationaal kartel en dat zij aan de betrokken luchtvaartmaatschappijen geldboetes heeft opgelegd voor een totaalbedrag van € 776.465.000,-- voor deelname aan dat kartel. Het merendeel van de geadresseerden van het nieuwe besluit heeft tegen dit besluit beroep ingesteld bij het Gerecht. Die procedure loopt nog.

2.6. Uit de *provisional non-confidential version*, gedateerd 17 maart 2017, van het nieuwe besluit (Zaak AT.39258) blijkt het volgende:

- het besluit is gericht tot 19 rechtspersonen, waaronder alle gedaagden;
- het besluit heeft betrekking op één enkele en voortdurende inbreuk, die het grondgebied van de EER en Zwitserland bestreek en waarbij de adressanten hun prijsbeleid voor het verstrekken van luchtvaartdiensten vanuit, naar en binnen de

EER coördineerden ten aanzien van de brandstoftoeslag, de veiligheidstoeslag en de betaling van commissie over de toeslagen;

- het besluit betreft verkopen van luchtvaartdiensten: (i) tussen luchthavens in de EER in de periode 7 december 1999 – 14 februari 2006; (ii) tussen luchthavens in de EU en luchthavens in derde landen [niet zijnde Zwitserland, rb] in de periode 1 mei 2004 – 14 februari 2006; (iii) tussen luchthavens in de EER (met uitzondering van luchthavens in de EU) en luchthavens in derde landen in de periode 19 mei 2005 – 14 februari 2006; en (iv) tussen luchthavens in de EU en luchthavens in Zwitserland in de periode 1 juni 2002 – 14 februari 2006.

In het besluit is voorts, voor zover hier van belang, het volgende overwogen:

“5.2. Jurisdiction of the Commission

5.2.1. Article 101 of the TFEU

(...)

(823) Before 1 May 2004, Council Regulation (EEC) No 3975/87 of 14 December 1987 laying down the procedure for the application of the rules on competition to undertakings in the air transport sector granted the Commission implementing powers to apply Article 101 of the TFEU with respect to air transport between EU airports. Air transport between EU airports and airports in third countries was, however, excluded from the scope of that regulation. Consequently, Article 101 of the TFEU could only be enforced by the authorities of the Member States and the Commission on the basis of the transitional regime set out in Articles 104 and 105 of the TFEU.

(824) Under these circumstances, the Commission will not apply 101 of the TFEU to [conduct] concerning air transport between EU airports and airports in third countries that took place before 1 May 2004.

5.2.2. Article 53 of the EEA Agreement

(...)

(827) Before 19 May 2005, Regulation (EEC) No 3975/87 provided implementing rules for the application of Article 53 of the EEA Agreement with respect to air transport between EEA airports. Air transport between airports in the EEA and airports in third countries was, however, not covered. Consequently, Article 53 of the EEA Agreement could only be enforced on the basis of the transitional regime set out in Article 55 of the EEA Agreement.

(828) Under these circumstances, the Commission will not apply Article 53 of the EEA Agreement to [conduct] concerning air transport between airports in the EEA and airports in third countries that took place before 19 May 2005.”

2.7. De in het nieuwe besluit genoemde brandstoftoeslagen, veiligheidstoeslagen en de over die toeslagen betaalde commissie zijn, zo stellen SCC en Equilib, aan de afzenders van goederen die luchtvrachtdiensten hebben afgenomen (verladers of *shippers*, hierna: *shippers*) in rekening gebracht (meestal) via expediteurs (of *freight forwarders*). Vrijwel alle luchtvaartcapaciteit van de luchtvaartmaatschappijen wordt aan *freight forwarders* verkocht (ten behoeve van *shippers*/verladers, de afnemers van luchtvrachtdiensten die goederen vervoerd willen hebben).

2.8. SCC is een Nederlandse stichting die speciaal is opgericht om schadevergoedingsvorderingen (die zijn ontstaan door mededingingsrechtelijke

inbreuken) in rechte te verhalen (ook wel genoemd een ‘litigation vehicle’ of ‘claim vehicle’), in dit geval de vorderingen die *shippers* menen te hebben op de luchtvaartmaatschappijen ter zake van het hiervoor bedoelde kartel. SCC is opgericht door Omni Bridgeway, een vennootschap die zich bezighoudt met het financieren en begeleiden van bedrijven bij het terugvorderen van verliezen die zij hebben geleden als gevolg van illegale prijsafspraken. Omni Bridgeway is tevens enig bestuurder van SCC.

2.9. Equilib, sinds 18 december 2012 na een fusie de rechtsopvolger onder algemene titel van Equilib S.A.R.L. (een vennootschap naar Frans recht), is een Nederlandse vennootschap die op dezelfde wijze als SCC schadevergoedingsvorderingen (die zijn ontstaan door mededingingsrechtelijke inbreuken) in rechte tracht te verhalen.

2.10. SCC en Equilib kopen de vorderingen op, bundelen deze en gaan deze vervolgens in eigen naam innen. Hiertoe laten SCC en Equilib hun ‘cliënten’ (in dit geval de *shippers*) hun (vermeende) vorderingen aan hen cederen.

3. Het geschil (hoofdprocedure)

3.1. SCC vordert, na eisvermeerdering en vermindering van (de grondslag van) haar eis, bij vonnis, voor zover mogelijk uitvoerbaar bij voorraad, kort weergegeven: I. te verklaren voor recht dat de luchtvaartmaatschappijen door de introductie, onderlinge afstemming en toepassing van de brandstoftoeslag en de veiligheidstoeslag in de periode van 2000 tot en met 2006 onrechtmatig hebben gehandeld jegens de *shippers* vermeld in productie 56 SCC; II. hoofdelijke veroordeling van de luchtvaartmaatschappijen tot betaling van € 243.932.063,12 en € 34.847.437,59 alsmede schadevergoeding op te maken bij staat en te vereffenen volgens de wet, een en ander te vermeerderen met rente en kosten.

3.2. Equilib vordert, na vermeerdering en vermindering van eis, bij vonnis, voor zover mogelijk uitvoerbaar bij voorraad, kort weergegeven: I. te verklaren voor recht dat de luchtvaartmaatschappijen door deelname aan het kartel naar het van toepassing zijnde recht aansprakelijk zijn uit hoofde van toerekenbaar onrechtmatig handelen jegens de *shippers* vermeld in productie 3 bij akte van 9 november 2016; II. te verklaren voor recht dat de luchtvaartmaatschappijen hoofdelijk aansprakelijk zijn voor de schade die deze *shippers* hebben geleden als gevolg van het handelen als bedoeld in de verklaringen voor recht onder I; III. de luchtvaartmaatschappijen hoofdelijk te veroordelen tot betaling aan Equilib van een volledige vergoeding (inclusief wettelijke rente) van de schade die deze *shippers* hebben geleden als gevolg van het handelen als bedoeld in de verklaringen voor recht onder I, nader op te maken bij staat;

IV. de luchtvaartmaatschappijen hoofdelijk te veroordelen in de proceskosten.

3.3. Ten aanzien van het onderwerp waarover de rechtbank thans (in alle zaken) een beslissing zal nemen, is met partijen afgesproken dat de zaken (op de rol) gevoegd worden behandeld.

4. Het onderhavige geschilpunt

4.1. Met partijen zijn afspraken gemaakt over het onderwerp waarover de rechtbank in dit stadium zal beslissen. In dit vonnis ligt de vraag voor of de rechtbank bevoegd is het kartelverbod van artikel 101 lid 1 VWEU toe te passen gedurende de kartelperiode:

- (a) vóór 1 mei 2004 op vluchten tussen luchthavens in de EU en luchthavens buiten de EER (hierna: derde landen);
- (b) vóór 19 mei 2005 op vluchten tussen luchthavens in IJsland, Liechtenstein, Noorwegen en luchthavens in derde landen; en
- (c) vóór 1 juni 2002 op vluchten tussen de EU en Zwitserland.

4.2. SCC en Equilib¹ stellen, samengevat, primair dat het kartelverbod van (thans) artikel 101 VWEU gedurende de gehele kartelperiode rechtstreekse horizontale werking had, zodat de rechtbank bevoegd is dit verbod ook toe te passen op de hiervoor onder 4.1 genoemde vluchten in de relevante periodes. Subsidiair stellen SCC en Equilib dat de rechtbank op grond van artikel 6 van Verordening (EEG) nr. 1/2003 van de Raad (PB L 1 van 4 januari 2003, p. 1) in ieder geval vanaf 1 mei 2004 bevoegd is geworden artikel 101 VWEU toe te passen, voor zover die bevoegdheid voordien niet bestond, en wel met terugwerkende kracht. SCC en Equilib verwijzen ter onderbouwing van hun stellingen naar vaste rechtspraak van het HvJ en naar de namens hen overlegde opinie van prof. mr. A.W.H. Meij (hierna: prof. Meij) van 26 oktober 2018.

4.3. Met betrekking tot de primaire stelling van SCC en Equilib betwisten de luchtvaartmaatschappijen² kort gezegd dat artikel 101 lid 1 VWEU rechtstreekse horizontale werking heeft. De rechtbank is niet bevoegd om die bepaling toe te passen omdat een voorafgaand besluit van de Commissie of van de nationale autoriteiten als bedoeld in de artikelen 104 en 105 VWEU in het onderhavige geval ontbreekt. Met betrekking tot de subsidiaire stelling van SCC en Equilib betwisten de luchtvaartmaatschappijen dat de rechtbank op grond van artikel 6 van Verordening 1/2003 bevoegd is om gedragingen die op het moment dat zij plaatsvonden niet verboden waren, met terugwerkende kracht alsnog verboden te verklaren. Het toekennen van terugwerkende kracht blijkt niet uit tekst, doel of opzet van Verordening 1/2003 en zou een materiële wijziging inhouden, die volgens de luchtvaartmaatschappijen in strijd is met de rechtszekerheid.

¹ Zie aktes van 11 april 2018, 29 oktober 2018 en 30 oktober 2018

² Zie aktes van 20 juni 2018

4.4. De hiervoor (onder 4.2 en 4.3) samengevatte standpunten van partijen met betrekking tot de primaire stelling van SCC en Equilib zijn uitgebreider weergegeven in het tussenvonnis in de rechtsoverwegingen 4.17 en 4.18.

4.5. In de Engelse zogenoemde Emerald-procedure, waarin dezelfde vraag – de temporele afbakening van het geschil – betreffende dezelfde door de Commissie vastgestelde inbreuk op artikel 101 lid VWEU als in de onderhavige procedure aan de orde is, heeft de High Court (Mrs Justice Rose) op 4 oktober 2017 uitspraak gedaan (2017 EWHC 2420(Ch)). Zij is – kort samengevat – tot het oordeel gekomen dat zij niet bevoegd is te oordelen over de vorderingen op basis van inbreuken op artikel 101 VWEU of artikel 53 EER-overeenkomst met betrekking tot toeslagen voor diensten op routes tussen luchthavens binnen de EU en derde landen vóór 1 mei 2004 en op routes tussen luchthavens binnen de EER (niet zijnde lidstaten van de EU) en derde landen vóór 19 mei 2005, bij gebreke van een besluit van de bevoegde nationale autoriteiten of de Commissie waarin een dergelijke inbreuk wordt vastgesteld. Dit oordeel is bekrachtigd door het *Court of Appeal* van Engeland en Wales.

5. Relevante Europese regelgeving (verkort weergegeven)

EEG/VWEU

5.1. De artikelen 65 tot en met 89 EEG-Verdrag, thans 101 tot en met 105 VWEU.

Verordeningen

5.2. Verordening (EEG) nr. 17 van de Raad (PB 13 van 21 februari 1962, p. 204).

5.3. Verordening (EEG) nr. 141 van de Raad (PB 124 van 28 november 1962, p. 2751).

5.4. Verordening (EEG) nr. 3975/87 van de Raad (PB L 374 van 14 december 1987, p. 1) , met name de preambule en artikelen 1 en 7.

5.5. Verordening (EEG) nr. 1/2003 van de Raad betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van de artikelen 81 en 82 van het EG-Verdrag (hierna: Verordening 1/2003), met name preambule en de artikelen 6 en 16.

EER

5.6. De op 1 januari 1994 inwerking getreden EER-overeenkomst (zie 2.5), met name de artikelen 6, 53, 54, 55 en 60 en artikel 3 van Protocol 21 EER.

EUZO

5.7. De op 1 juni 2002 inwerking getreden EUZO (zie 2.5), met name de artikelen 1, 8 en 9.

Relevante rechtspraak HvJ (verkort weergegeven)

5.8. Het arrest BRT/Sabam (HvJ 30 januari 1974, ECLI:EU:C:1974:6), met name de rechtsoverwegingen 14, 15, 16, 17, 20, 21, en 22.

5.9. Het arrest Asjes (HvJ 30 april 1986, ECLI:EU:1986:188), met name de rechtsoverwegingen 42, 45, 49, 63, 65, 67, 68 en 69.

5.10. Het arrest Ahmed Saeed (HvJ 11 april 1989, ECLI:EU:C:1989:140), met name de rechtsoverwegingen 20, 21, 29, 32, 33, 36, 51 en 52.

Bevoegdheden civiele rechter versus bestuur(srechtelijke) handhavingsbevoegdheden

5.11. De opinie van prof. Meij³ luidt, voor zover hier relevant:

“(…)

9. Van belang (...) is (...) vast te houden dat de materiële normen op het gebied van de mededinging rechtstreeks voortvloeien uit het Verdrag. Het secundaire recht van uitvoeringsverordeningen op dit gebied kan de uitvoering en toepassing van deze normen vergemakkelijken en zelfs verduidelijken, maar de essentiële inhoud van de Verdragsvoorschriften niet wijzigen.

(…)

13. In zover is de verklaring van artikel 6 van Verordening 1/2003 dat nationale rechterlijke instanties bevoegd zijn de artikelen 101 en 102 VWEU toe te passen, vooral een bevestiging van een al veel eerder door de rechtspraak erkende, zelfs verplichte bevoegdheid om artikel 101, lid 1, VWEU toe te passen, mede uitgebreid met de bevoegdheid toepassing te geven aan ontheffingscriteria van artikel 101, lid 3 VWEU. Aangezien, volgens vaste rechtspraak, de verboden van de artikelen 101, lid 1 en 102 VWEU naar hun aard ertoe strekken rechtstreekse gevolgen teweeg te brengen in betrekkingen tussen particulieren, doen deze bepalingen voor de betrokken particulieren rechtstreeks rechten ontstaan die de nationale rechter dient te handhaven. Dit is met name ook het geval voor ondernemingen die menen schade te hebben geleden door mededingingsbeperkende praktijken in situaties waarin de Commissie daartegen niet is opgetreden. Hieruit volgt dat in horizontale privaatrechtelijke verhoudingen niet alleen rechten ontstaan, maar als weerslag daarvan ook verplichtingen die de rechter dient te handhaven.

(…)

15 Het Verdrag bevat (...) geen aanwijzing die de rechtstreekse werking van artikelen 101 en 102 VWEU en de daaraan te verbinden gevolgen afhankelijk maakt van inwerkingtreding van uitvoeringsvoorschriften.(...) Immers, zoals het Hof [HvJ, *rechtbank*]

³ Prod. 205 akte SCC 27 november 2018

ook nadrukkelijk heeft overwogen ten aanzien van de mededingingsregels van het Verdrag, gaat het om rechten die particulieren “aan het Verdrag zelf ontleen”. Rechtstreekse werking laten afhangen van besluiten van bestuurlijke autoriteiten is onverenigbaar met de kern van dit leerstuk. Ook voor de periode waarin voor de bestuursrechtelijke handhaving van deze bepalingen nog het overgangsregime (...) gold, kan aan de artikelen 101 en 102 VWEU dan ook niet de rechtstreekse werking die deze bepalingen naar hun aard kenmerkt, worden ontzegd.

(...)

18. Wat betreft de uitvoering, het toezicht en de handhaving behelzen de artikelen 104 en 105 VWEU een overgangsregime in afwachting van uitvoeringsvoorschriften op de voet van artikel 103 VWEU. (...) dit overgangsregime [ziet] in het bijzonder op de handhaving, inclusief de verlening van ontheffingen, door de bestuurlijke autoriteiten van de lidstaten. Het optreden van de nationale bestuursorganen in deze materie staat onder het toezicht van de nationale (bestuurs)rechter.

19. Los daarvan stond en staat de taak van de nationale civiele rechter om in geschillen tussen particuliere ondernemingen onderling toepassing te geven aan het EU-mededingingsrecht.

(...)

21. (...) In BRT/SABAM oordeelde het Hof van Justitie dat het voorschrift in Verordening 17/62 dat de autoriteiten van de lidstaten bevoegd blijven zolang de Commissie geen procedure opent ten aanzien van dezelfde feiten, alleen ziet op de hier bedoelde ‘principale’ bestuursrechtelijke procedures voor de nationale autoriteiten bedoeld in artikel 104 VWEU en niet op de ‘incidentele’ taken van de nationale rechter. In gelijk perspectief betreft het overgangsregime voorzien bij de artikelen 104 en 105 VWEU uitsluitend de ‘principale’ bestuursrechtelijke handhaving, niet de ‘incidentele’ privaatrechtelijke handhaving. (...).”

6. De beoordeling

6.1. In haar besluit van 17 maart 2017 overweegt de Commissie dat zij voor het nemen van haar beslissing haar bevoegdheid ontleent aan Verordening no 1/2003, die per 1 mei 2004 inwerking is getreden. Voor die datum ontleende de Commissie haar bevoegdheid om uitvoering te geven aan de wijze van toepassing van de mededingingsregels op het luchtvervoer aan Verordening no. 3975/87. Luchtvervoer tussen EU luchthavens en luchthavens in derde landen was van de werking van deze verordening uitgesloten. Het gevolg hiervan was dat de werking van artikel 101 lid 3 VWEU voor deze vluchten door de nationale autoriteiten en de Commissie slechts kon worden afgedwongen middels het overgangsregime van artikel 104 en 105 VWEU. Dit is, zo blijkt uit het besluit (zie 2.6), voor de Commissie de reden geweest om haar besluit van 17 maart 2017 te beperken tot de periode vanaf 1 mei 2004 voor wat betreft de vluchten tussen de luchthavens binnen de EU en luchthavens in derde landen. *Mutatis mutandis* gold hetzelfde ten aanzien van vluchten uitgevoerd tussen EER luchthavens en luchthavens in derde landen voor de periode vóór 19 mei 2015.

6.2. De kernvraag die thans voorligt, is of de rechtbank bevoegd is om in een civiele procedure tussen private partijen (‘particulieren’) vast te stellen dat sprake is

van een inbreuk op de Europese mededingingsregels, met name een inbreuk op het verbod van artikel 101 VWEU, en schadevergoeding toe te kennen aan benadeelde partijen wegens inbreuk op dit verbod, voor vluchten die plaatsvonden vóór 1 mei 2004 respectievelijk 19 mei 2005, in de periode dat het overgangsregime van de artikelen 104 en 105 VWEU gold voor deze vluchten.

6.3. Ten aanzien van vluchten tussen de EU en Zwitserland vóór 1 juni 2002 is de rechtbank – met partijen – van oordeel dat de bepalingen van de EUZO niet van toepassing zijn. Geoordeeld moet echter worden dat, gelet op artikel 1 lid 1 van de EUZO, op deze vluchten de algemene mededingingsbepalingen vervat in het E(E)G-Verdrag (en thans VWEU) van toepassing zijn, nu deze vluchten in die periode zijn aan te merken als vluchten tussen de EU en een derde land, zodat op deze vluchten hetzelfde regime van toepassing is als op vóór 1 mei 2004 uitgevoerde vluchten tussen luchthavens in de EU en luchthavens buiten de EER. Dit betekent dat alles wat hierna wordt overwogen ten aanzien van deze laatste categorie vluchten ook geldt voor vluchten vóór 1 juni 2002 tussen de EU en Zwitserland.

6.4. Over de beantwoording van de onder 4.1 opgenomen vraag kan, dat is wel duidelijk, heel verschillend worden gedacht. De luchtvaartmaatschappijen, Justice Rose en het *Court of Appeal* van Engeland en Wales beantwoorden de vraag aan de hand van de jurisprudentie van het HvJ ontkennend, terwijl SCC en Equilib hem op basis van dezelfde jurisprudentie, gesteund door prof. Meij in zijn opinie, bevestigend beantwoorden. De rechtbank overweegt als volgt.

6.5. In het arrest BRT/SABAM heeft het HvJ als uitgangspunt vastgelegd dat het verbod van de artikelen 101 lid 1 en 102 VWEU naar zijn aard rechtstreekse gevolgen kan hebben in de rechtsbetrekkingen tussen particulieren en dat die artikelen dus rechtstreekse rechten, voortvloeiend uit het Verdrag, voor justitiabelen doen ontstaan die de nationale rechter dient te handhaven. Indien de uitoefening van deze rechten door particulieren afhankelijk zou zijn van de exclusieve (administratieve) handhaving door de autoriteiten van de lidstaten of de Commissie, zouden deze rechten aan de particulieren worden onthouden. Dit houdt in dat een rechter ten overstaan van wie een beroep op de rechtstreekse werking van een dezer artikelen wordt gedaan (en derhalve in zoverre niet ‘uit eigen beweging’) zich niet kan ontheffen van de verplichting uitspraak te doen. Wel overweegt het HvJ dat de nationale rechter in een geding waarin een beroep op de mededingsregels wordt gedaan, terughoudendheid dient te betrachten als ook de Commissie (of de nationale autoriteit) zich over dezelfde materie buigt. Het voorgaande impliceert dat artikel 101 lid 1 VWEU naar zijn aard rechtstreekse horizontale werking heeft in de betrekkingen tussen particulieren. De bevoegdheid van de nationale rechter om deze bepalingen van het EU-recht in een geschil tussen particulieren toe te passen vloeit voort uit de rechtstreekse werking van die bepalingen.

6.6. In het arrest Asjes heeft het HvJ vastgesteld dat het luchtvervoer op dezelfde voet als de andere takken van vervoer onderworpen is aan de algemene regels van

het Verdrag, met inbegrip van de regels betreffende de mededinging. Wel heeft het Hof daarbij aangetekend dat, zolang een regeling als bedoeld in artikel 87 EEG-Verdrag [103 VWEU] nog niet van toepassing was, de artikelen 88 en 89 EEG-Verdrag [104 en 105 VWEU] van toepassing zijn. In het geval een regeling nog niet van toepassing is of de nationale autoriteit of de Commissie nog geen oordeel hebben gegeven over de gestelde inbreuk, maar nog wel de mogelijkheid hebben dit te doen, is de nationale rechter niet bevoegd om strijd met artikel 85 EEG-Verdrag [101 VWEU] vast te stellen – met als consequentie nietigheid van rechtswege – aangezien daardoor bepaalde overeenkomsten met een verbod en met nietigheid van rechtswege zouden worden getroffen, nog voordat de mogelijkheid heeft bestaan om vast te stellen of artikel 85 [101 VWEU] in zijn geheel op de overeenkomst van toepassing is. Dit zou in strijd met het beginsel van rechtszekerheid zijn, aldus het Hof.

6.7. Uit het bovenstaande leidt de rechtbank af dat het Verdrag de nationale civiele rechter een eigen zelfstandige bevoegdheid geeft tot toepassing van de mededingingsregels in geschillen tussen particulieren.

6.8. De hierboven geschetste bevoegdheid van de nationale rechter staat los van de administratieve handhaving door de ter zake bevoegde mededingingsautoriteiten als bedoeld in artikelen 104 en 105 VWEU. Zoals ook prof. Meij in zijn opinie schrijft, doet die administratieve handhaving niet af aan de autonome rol die de nationale rechter heeft om artikel 101 VWEU toe te passen. Met de rechtstreekse horizontale werking van artikel 101 lid 1 VWEU is onverenigbaar dat de toepassing daarvan door de nationale rechter zou afhangen van besluiten van bestuurlijke autoriteiten, zoals de luchtvaartmaatschappijen onder verwijzing naar de arresten *Asjes* en *Ahmed Saeed* aanvoeren. Volgens de luchtvaartmaatschappijen blijkt uit deze arresten dat eerst een zogenaamde ‘activeringshandeling’ verricht dient te worden door de bestuurlijke autoriteiten, voordat de nationale rechter artikel 101 VWEU kan toepassen. Anders dan de luchtvaartmaatschappijen betogen, volgt uit de genoemde arresten, naar het oordeel van de rechtbank, niet dat het ontbreken van de ‘activeringshandeling’ de reden is waarom de nationale rechter terughoudendheid moet betrachten, maar de mogelijkheid dat alsnog een vrijstelling, al dan niet met terugwerkende kracht, te verkrijgen is. De beperking in de rol van de nationale rechter vindt derhalve zijn grondslag in de ontheffingsmogelijkheid van artikel 101 lid 3 VWEU en de daarmee verbonden rechtszekerheid.

6.9. Op grond van de artikelen 104 en 105 VWEU is zowel administratieve handhaving als civielrechtelijke handhaving mogelijk, waardoor in beginsel een risico op tegenstrijdige beslissingen bestaat. Er is echter geen sprake van een voorrangsverhouding van de administratieve handhaving ten opzichte van de civielrechtelijke handhaving. Of, om de bewoordingen van SCC en *Equilib* te gebruiken: er zijn twee naast elkaar staande ‘loketten’, aan de ene kant het ‘loket’ van de nationale autoriteit en aan de andere kant het ‘loket’ van de nationale civiele rechter. Dit risico is door het HvJ erkend. Zoals hierboven is overwogen, leest de

rechtbank in de arresten Asjes en Ahmed Saeed dat het HvJ een beperking van de bevoegdheid van de nationale civiele rechter slechts aanvaardt in het geval dat een ontheffing op grond van artikel 101 lid 3 VWEU nog tot de mogelijkheden behoort, over welke ontheffing de bevoegd verklaarde instanties krachtens uitvoeringsbepalingen beslissen. Het HvJ heeft geoordeeld dat het in strijd zou zijn met het beginsel van de rechtszekerheid indien een nationale rechter een inbreuk zou vaststellen, met het verstrekkende gevolg van nietigheid van rechtswege, terwijl ingevolge het overgangsregime de bevoegde autoriteiten nog een ontheffing (in de zaak Asjes met terugwerkende kracht) zouden kunnen verlenen. In het arrest Ahmed Saeed is deze lijn bevestigd door het HvJ. In lijn hiermee heeft het HvJ in hetzelfde arrest voor de toepassing van artikel 102 VWEU (waarin niet is voorzien in de mogelijkheid van een ontheffing en de rechtszekerheid dus niet in het geding is) geen betekenis toegekend aan het overgangsregime. Het verbod van artikel 102 VWEU gold zonder restrictie voor de gehele luchtvaartsector en kon dus rechtstreeks door de nationale rechter worden toegepast.

6.10. Uit de bovengenoemde jurisprudentie leidt de rechtbank dan ook af dat de nationale rechter overeenkomsten of gedragingen aan artikel 101 VWEU kan en moet toetsen wanneer over de toepasbaarheid van artikel 101 lid 3 VWEU geen discussie meer bestaat. Deze situatie doet zich in het onderhavige geval voor. Onbetwist staat immers vast dat de luchtvaartmaatschappijen in de relevante (kartel)periode geen ontheffing hebben gevraagd bij de nationale autoriteiten of de Commissie en dat zij die ontheffing nu niet meer bij deze instanties kunnen aanvragen. Dit betekent dat er in het onderhavige geval geen sprake meer kan zijn van tegenstrijdige beslissingen en dus van rechtsonzekerheid. In het licht van voornoemde rechtspraak van het HvJ lijken er dan ook geen beperkingen meer te zijn voor de rechtbank om artikel 101 VWEU toe te passen.

6.11. Het standpunt van de luchtvaartmaatschappijen – dat de omstandigheid dat nog geen uitvoeringsregeling was vastgesteld voor vluchten tussen EU luchthavens en luchthavens in derde landen, en derhalve het overgangsregime van de artikelen 104 en 105 VWEU van toepassing was, betekent dat artikel 101 VWEU materieel niet van toepassing is op deze vluchten in de periode vóór 1 mei 2004 – kan niet worden gevolgd. De stelling van de luchtvaartmaatschappijen dat een voorafgaand besluit van de nationale autoriteit of van de Commissie een voorwaarde zou zijn voor toepassing van artikel 101 lid 1 VWEU door de nationale rechter, wordt naar het oordeel van de rechtbank niet ondersteund door de overwegingen van het HvJ in de arresten BRT/Sabam, Asjes en Ahmed Saeed. De redenering van de luchtvaartmaatschappijen zou tot gevolg hebben dat de enkele vaststelling dat een dergelijke ‘activeringshandeling’ ontbreekt, betekent dat de nationale rechter nooit bevoegd zou zijn tot toepassing van artikel 101 VWEU. Dit standpunt lijkt niet aan te sluiten bij de jurisprudentie van het HvJ, want dan zou nimmer sprake (kunnen) zijn van rechtsonzekerheid als bedoeld in de genoemde uitspraken.

6.12. Zoals hierboven al is overwogen, lijkt uit de jurisprudentie van HvJ te volgen dat artikel 101 VWEU van toepassing is op de luchtvervoersector, ook in de periode vóór 1 mei 2004, dat artikel 101 VWEU rechtstreekse horizontale werking heeft in de betrekkingen tussen particulieren en dat de nationale rechter in geschillen tussen particulieren een zelfstandige bevoegdheid heeft als Unie-rechter. Dit zou betekenen dat deze niet kan weigeren de bepalingen inzake het Europese mededingingsrecht toe te passen, maar dat deze zich wel moet houden aan de procedurele regels die de bevoegdheden tussen de diverse Unie-organen op dat moment regelen. Ten tijde van het overgangsregime kon de nationale rechter alleen dan geen beslissingen nemen met betrekking tot artikel 101 lid 3 VWEU zolang er nog de mogelijkheid was dat de Commissie of een nationale autoriteit een vrijstelling kon geven. Zodra deze mogelijkheid er niet meer was, of zodra er een beslissing van de Europese Commissie of een nationale autoriteit was, diende de nationale rechter bij toepassing van artikel 101 VWEU in een procedure tussen particulieren daarmee rekening te houden. Naar het oordeel van de rechtbank houdt dit derhalve in dat de nationale civiele rechter, in de periode dat het overgangsregime nog van toepassing was, geen bevoegdheid had om een beslissing op basis van artikel 101 VWEU te nemen zolang nog de mogelijkheid bestond dat een nationale autoriteit of de Commissie een ontheffing konden verlenen. De beperking van de rol van de nationale rechter was dus gelegen in het feit dat er (nog) een ontheffingsmogelijkheid was, niet omdat de regel materieel niet door de nationale rechter mocht worden toegepast. Immers, de rechtstreekse horizontale werking van artikel 101 VWEU was niet uitgesloten voor artikel 101 lid 3 VWEU, maar er was wel een procedurele beperking aan de toepassing daarvan door de nationale rechter met het oog op de rechtszekerheid.

6.13. De Commissie en de nationale autoriteit zijn thans niet langer bevoegd om een beslissing in dezen te nemen aangezien de procedurele regels met de invoering van Verordening 1/2003 zijn gewijzigd. Indien het standpunt van de luchtvaartmaatschappijen zou worden gevolgd, zou dit als consequentie hebben dat er thans geen bevoegde autoriteit of nationale rechter meer is die een oordeel over de toepasselijkheid van het verbod van artikel 101 VWEU over de periode vóór 1 mei 2004 kan vellen. Dit zou een beloning zijn voor het verzwijgen van prijsafspraken die mogelijk in strijd zijn met de mededingingsregels in die periode. Onbetwist staat vast dat de luchtvaartmaatschappijen nimmer in die periode een verzoek voor een ontheffing aan de Commissie of een nationale mededingingsautoriteit hebben gedaan. De situatie van mogelijke strijdigheid van beslissingen doet zich in het onderhavige geval niet (langer) voor, aangezien de Commissie zich in haar nieuwe besluit van 17 maart 2017 onbevoegd heeft verklaard over de periode vóór 1 mei 2004 te beslissen op grond van Verordening 1/2003. In dit besluit heeft de Commissie wel geoordeeld dat een inbreuk heeft plaatsgevonden gedurende de periode 1999 tot 2006 (zie hiervoor onder 2.2 en 2.5). Zij heeft aan dat oordeel echter geen consequenties verbonden aangezien zij zich daartoe niet bevoegd acht gelet op de procedure zoals vastgelegd in Verordening 1/2003. Van een mogelijke tegenstrijdige beslissing lijkt dan ook geen sprake.

6.14. De rechtbank komt dan ook tot het oordeel dat zij op basis van de aangehaalde jurisprudentie van het HvJ bevoegd is om – achteraf – een oordeel te geven over de afspraken die de luchtvaartmaatschappijen onderling hebben gemaakt in de periodes vóór 1 mei 2004. In die periode was artikel 101 VWEU van toepassing op de afspraken die hier voorliggen. Het enkele feit dat de procedure met betrekking tot de vaststelling van een inbreuk en verlening van een ontheffing in de loop van de tijd is gewijzigd maakt de materiële toepassing van de mededingingsregels in een civiele procedure niet anders.

6.15. Zowel de stellingen van partijen als het oordeel van de rechtbank met betrekking tot vluchten vóór 1 mei 2004 gelden *mutatis mutandis* voor vluchten uitgevoerd tussen (niet EU) EER-lidstaten en derde landen vóór 19 mei 2005.

7. Prejudiciële vragen

7.1. De rechtbank constateert dat haar oordeel in het tussenvonnis afwijkt van het oordeel van Justice Rose in haar uitspraak van 4 oktober 2017 in de Emerald-procedure. Dit oordeel is door de *Court of Appeal* op 29 januari 2019 bevestigd (zie onder 4.5). Met het oog op de doelstelling van het VWEU om eenvormige toepassing van het VWEU te waarborgen acht de rechtbank bij deze stand van zaken het stellen van prejudiciële vragen aan het HvJ noodzakelijk voor het wijzen van haar vonnis.

7.2. De rechtbank heeft in het tussenvonnis haar voornemen aan partijen kenbaar gemaakt om op de voet van artikel 267 VWEU vragen voor te leggen aan het HvJ ter beantwoording bij wijze van prejudiciële beslissing en heeft partijen in de gelegenheid gesteld zich bij akte uit te laten over haar voornemen en over de inhoud van de door de rechtbank geformuleerde vragen. Alle partijen hebben vervolgens op 26 juni 2019 een akte genomen (zie 1.1).

7.3. SCC en Equilib stellen in hun aktes dat zij zich kunnen vinden in het voornemen van de rechtbank om prejudiciële vragen te stellen aan het HvJ. Zij stellen echter voor om de vragen aan te vullen met de door hen gestelde bevoegdheid van de rechtbank gebaseerd op de onmiddellijke werking van artikel 6 van Verordening 1/2003. Dit artikel heeft naar hun mening⁴, anders dan door de rechtbank is weergegeven in het tussenvonnis (en in dit vonnis herhaald onder 4.2), onmiddellijke werking aangezien het een bepaling van procedurele aard is.

7.4. De luchtvaartmaatschappijen hebben in hun akte gesteld dat zij geen noodzaak zien tot het stellen van prejudiciële vragen omdat de vraag naar de toepassing van artikel 101 VWEU reeds in eerdere rechtspraak van het HvJ is

⁴ zoals onder meer weergegeven in de akte van 11 april 2018 van de zijde van SCC in randnummers 138 – 154, de pleitnota van 27 november 2018 in randnummers 85 – 87 en in de akte van 26 juni 2018 in randnummers 28 en 29.

opgehelderd en onlangs is bevestigd door de Engelse *Court of Appeal*. Volgens hen is sprake van een *acte éclairé*.

7.5. Naar aanleiding van de opmerkingen van partijen komt de rechtbank tot het volgende oordeel.

7.6. Aangezien de primaire stelling van SCC en Equilib, dat de rechtbank op grond van de rechtstreekse horizontale werking van artikel 101 VWEU bevoegd is, op lijkt te gaan, hoeft de rechtbank, zoals zij ook heeft overwogen in haar tussenvonnis, strikt genomen de subsidiaire stelling van SCC en Equilib, inhoudende dat artikel 6 van Verordening 1/2003 onmiddellijke werking heeft en in deze procedure de rechtbank de bevoegdheid geeft de gedragingen van de luchtvaartmaatschappijen die dateren van voor de inwerkingtreding van de Verordening op 1 mei 2004 te beoordelen, niet te bespreken. Om proceseconomische redenen zal de rechtbank, zoals door SCC en Equilib verzocht, ook over deze subsidiaire stelling van SCC en Equilib (die eveneens wordt betwist door de luchtvaartmaatschappijen) een prejudiciële vraag stellen.

7.7. Op basis van het voorgaande komt de rechtbank tot de hierna volgende vraag die zij zal stellen aan het HvJ bij wijze van prejudiciële beslissing.

8. De beslissing

De rechtbank

8.1. stelt het Hof van Justitie van de Europese Unie ter beantwoording bij wijze van prejudiciële beslissing de volgende vraag:

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

8.2. houdt iedere verdere beslissing ten aanzien van de bevoegdheid van de rechtbank om het Europese kartelverbod ook toe te passen op ‘voor bepaalde data uitgevoerde vluchten’ aan.

Dit vonnis is gewezen door mr. R.A. Dudok van Heel, mr. A.E. de Vos en mr. M.E.M. James-Pater, rechters, bijgestaan door mr. J.P. van der Stouwe, griffier, en in het openbaar uitgesproken op 18 september 2019.



Aangezien de voorzitter buiten staat is dit vonnis te ondertekenen, is dit door de oudste rechter gedaan.