CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL
P. MENGOZZI
van 16 november 2006 [1]

I — Inleiding

1. Op 5 november 2002 heeft het Hof, nadat de zaak ingevolge artikel 169 EG-Verdrag (thans artikel 226 EG) door de Commissie aanhangig was gemaakt, acht arresten gewezen tegen respectievelijk Oostenrijk [2], België [3], Denemarken [4], Finland [5], Duitsland [6], Luxemburg [7], het Verenigd Koninkrijk [8] en Zweden [9], waarin het verklaarde dat deze staten niet hadden voldaan aan de verplichtingen die op hen rusten krachtens artikel 5 EG-Verdrag (thans artikel 10 EG) en artikel 52 EG-Verdrag (thans, na wijziging, artikel 43 EG), en krachtens de verordeningen (EEG) van de Raad nrs. 2409/92 van 23 juli 1992 inzake tarieven voor luchtdiensten [10], en 2299/89 van 24 juli 1989 betreffende gedragsregels voor geautomatiseerde boekingssystemen [11], zoals gewijzigd bij verordening (EEG) nr. 3089/93 van de Raad van 29 oktober 1993 [12] (hierna: „arresten van 5 november 2002") [13], doordat zij op het gebied van luchtvervoer met de Verenigde Staten van Amerika over bepaalde internationale verbintenissen hadden onderhandeld, deze hadden toegepast en/of deze hadden gehandhaafd.

2. Met het beroep waarop het onderhavige geding betrekking heeft, beoogt de Commissie van het Hof een vergelijkbare declaratoire uitspraak ten aanzien van Nederland te verkrijgen.

1 — Oorspronkelijke taal: Italiaans.
2 — C-475/98 (Jurispr. blz. I-9797).
3 — C-471/98 (Jurispr. blz. I-9681).
4 — C-467/98 (Jurispr. blz. I-9519).
5 — C-469/98 (Jurispr. blz. I-9627).
6 — C-476/98 (Jurispr. blz. I-9855).
7 — C-472/98 (Jurispr. blz. I-9741).
8 — C-466/98 (Jurispr. blz. I-9427).
9 — C-468/98 (Jurispr. blz. I-9575).
10 — PB L 240, blz. 15.
11 — PB L 220, blz. 1.
12 — PB L 278, blz. 1.
13 — In zaak C-466/98, Verenigd Koninkrijk/Commissie, beperkte het beroep zich tot schending van artikel 52 EG-Verdrag.

II — Rechtskader

3. De door de Commissie geformuleerde grieven jegens Nederland beperken zich tot de door het Hof in de voornoemde arresten van 5 november 2002 vastgestelde inbreuken.

4. Naast schendingen van de artikelen 5 en 52 EG-Verdrag, verwijt de Commissie Nederland, dat het de verplichtingen niet is nagekomen die op hem rusten ingevolge enkele in het kader van de luchtvervoersector vastgestelde verordeningen van de Raad. Eerst dient kort te worden ingegaan op het rechtskader waarvan deze handelingen deel uitmaken.

5. Met het oog op de geleidelijke totstandbrenging van de interne markt inzake luchtvervoer heeft de Raad in 1987, 1990 en 1992, op grond van artikel 84, lid 2, EG-Verdrag (thans artikel 80, lid 2, EG) [14], drie „maatregelenpakketten" vastgesteld ter verzekering van de vrijheid van dienstverrichting op het gebied van het luchtvervoer en de toepassing in deze sector van de communautaire mededingingsregels.

6. Verordening nr. 2409/92, die is vastgesteld in het kader van het derde „pakket", bedoeld om het intracommunautaire luchtverkeer geheel te liberaliseren [15], definieert de procedures en criteria voor de vaststelling van tarieven voor luchtdiensten waarbij het vervoer volledig binnen de Gemeenschap plaatsvindt (artikel 1, lid 1).

7. Ingevolge haar artikel 1, lid 2, sub a, is de verordening niet van toepassing op tarieven die worden aangerekend door andere dan communautaire luchtvaartmaatschappijen, onverminderd het bepaalde in artikel 1, lid 3, dat preciseert dat „alleen communautaire luchtvaartmaatschappijen [...] het recht [hebben] om nieuwe producten dan wel lagere dan de bestaande tarieven voor dezelfde producten in te voeren". Zoals hierna zal blijken, heeft het Hof, op grond van een onderling samenhangende lezing

14 — Zoals bekend, bepaalt artikel 80, lid 1, EG dat de bepalingen van titel V van het Verdrag, betreffende het vervoer, alleen van toepassing zijn op het vervoer per spoor, over de weg en over de binnenwateren. De zeevaart en de luchtvaart vormen daarentegen het voorwerp van een speciale regeling. Zoals in artikel 80, lid 2, is bepaald, kan de Raad met gekwalificeerde meerderheid van stemmen besluiten of, in hoeverre en volgens welke procedure, passende bepalingen in deze sectoren zullen kunnen worden vastgesteld.

15 — Behalve verordening (EEG) nr. 2409/92 omvatte het derde pakket ook verordening (EEG) nr. 2407/92 van de Raad van 23 juli 1992 betreffende de verlening van exploitatievergunningen aan luchtvaartmaatschappijen (PB L 240, blz. 1), en verordening (EEG) nr. 2408/92 van de Raad van 23 juli 1992 betreffende de toegang van communautaire luchtvaartmaatschappijen tot intracommunautaire luchtroutes (PB L 240, blz. 8).

van die bepalingen, in de arresten van 5 november 2002 overwogen dat verordening nr. 2409/92 luchtvaartmaatschappijen van derde landen die in de Gemeenschap activiteiten ontplooien, indirect maar zeker een verbod heeft opgelegd om nieuwe producten aan te bieden dan wel lagere tarieven toe te passen dan die welke gelden voor identieke producten. Aldus heeft de gemeenschapswetgever de tariefvrijheid van deze maatschappijen beperkt, wanneer zij op intracommunautaire routes vliegen krachtens hun rechten van de vijfde vrijheid. Binnen het toepassingsgebied van artikel 1, lid 3, van verordening nr. 2409/92 heeft de Gemeenschap derhalve de exclusieve bevoegdheid verkregen om met derde landen verbintenissen aan te gaan inzake deze beperking van de tariefvrijheid van niet-communautaire luchtvaartmaatschappijen. [16]

8. Ingevolge haar artikel 12 is verordening nr. 2409/92 op 1 januari 1993 in werking getreden.

9. Naast de handelingen die deel uitmaken van de vorenbedoelde „maatregelenpakketten", heeft de gemeenschapswetgever verschillende verordeningen vastgesteld die ertoe strekten specifieke aspecten van de luchtvervoersector te regelen.

10. Verordening nr. 2299/89 stelt in het bijzonder gedragsregels in voor geautomatiseerde boekingssystemen. Volgens artikel 1 van deze verordening is zij van toepassing op geautomatiseerde boekingssystemen („Computerised reservation system"; hierna: „CRS") voor luchtvervoerproducten, wanneer die op het grondgebied van de Gemeenschap worden aangeboden en/of gebruikt, ongeacht de status of nationaliteit van de systeemverkoper, de bron van de gebruikte informatie of de plaats waar de betrokken centrale dataverwerkingseenheid zich bevindt en de plaats van de luchthavens waartussen het luchtvervoer plaatsvindt.

11. Zoals wij hierna zullen zien, heeft het Hof in de arresten van 5 november 2002 overwogen dat, krachtens de artikelen 1 en 7, de verordening, onder voorbehoud van wederkerigheid, ook geldt voor onderdanen van derde landen die een CRS op het grondgebied van de Gemeenschap aanbieden of gebruiken en dat, op grond van deze verordening, de Gemeenschap dus de exclusieve bevoegdheid heeft verworven om met derde landen verbintenissen aan te gaan betreffende de op haar grondgebied aangeboden of gebruikte CRS. [17]

16 — Zie bijvoorbeeld arrest Commissie/Duitsland, reeds aangehaald, punt 124.

17 — Zie bijvoorbeeld arrest Commissie/Duitsland, reeds aangehaald, punten 128 en 129.

III — Achtergrond en feitelijke context van het beroep

A — *De bilaterale overeenkomst tussen Nederland en de Verenigde Staten van Amerika*

12. Op de betrekkingen tussen Nederland en de Verenigde Staten van Amerika op het gebied van luchtvervoer is een bilaterale overeenkomst van 3 april 1957 (hierna: „overeenkomst van 1957") van toepassing. Deze overeenkomst is vervolgens gewijzigd en aangevuld, eerst op grond van een briefwisseling op 25 november 1969 en vervolgens op grond van drie verschillende protocollen in 1978, 1987 en 1991.

13. Volgens de stukken hebben de Verenigde Staten in 1992 aan verschillende Europese staten voorgesteld een bilaterale „open sky"-overeenkomst te sluiten. Een dergelijke overeenkomst diende allianties tussen Amerikaanse en Europese luchtvaartmaatschappijen te vergemakkelijken en moest voldoen aan verschillende door de Amerikaanse regering vastgestelde criteria, zoals vrije toegang tot alle routes, verlening van onbeperkte route- en vervoersrechten, prijsvaststelling volgens een stelsel van „dubbele afkeuring" voor luchtvaartroutes tussen de partijen bij de overeenkomst, mogelijkheid tot code-sharing.

14. Op 14 oktober 1992 begonnen Nederland en de Verenigde Staten een uitwisseling van nota's met betrekking tot het overleg dat plaatsvond in Washington van 1 tot 4 september 1992 (hierna: „notawisseling van 1992"). Tijdens dit overleg werd overeenstemming bereikt over de aan te brengen wijzigingen in de tekst van de overeenkomst van 1957 en het protocol van 1978.

15. In 1993 en 1994 hebben de Verenigde Staten hun inspanningen opgedreven om overeenkomstig de „open sky"-politiek met zo veel mogelijk Europese staten bilaterale overeenkomsten inzake luchtvervoer te sluiten.

16. Bij brief van 17 november 1994 wees de Commissie de lidstaten op de negatieve gevolgen van deze bilaterale overeenkomsten voor de Gemeenschap, en stelde zij vast dat dit soort overeenkomst de interne regelgeving van de Gemeenschap kon aantasten. Zij voegde hieraan toe dat onderhandelingen over dergelijke overeenkomsten slechts op gemeenschapsniveau doeltreffend en vanuit juridisch oogpunt geldig konden zijn.

B — *De arresten van het Hof van 5 november 2002*

17. In het kort dienen de door het Hof in de arresten van 5 november 2002 vastgestelde beginselen te worden aangehaald, daar zij het precedent in de rechtspraak vormen dat door de Commissie als grond voor haar beroep wordt aangevoerd.

18. Bij acht afzonderlijke verzoekschriften, alle ingediend op 18 december 1998, heeft de Commissie bij het Hof van Justitie beroep ingesteld tegen het Verenigd Koninkrijk, Denemarken, Zweden, Finland, België, Luxemburg, Oostenrijk en Duitsland. Deze beroepen strekten ertoe om overeenkomstig artikel 169 EG-Verdrag te doen vaststellen dat deze staten verscheidene verplichtingen die volgens het gemeenschapsrecht op hen rustten, niet waren nagekomen door met de Verenigde Staten van Amerika bilaterale overeenkomsten inzake luchtvervoer te sluiten. De verwerende staten, met uitzondering van het Verenigd Koninkrijk, werd met name het volgende verweten:

— tussen 1995 en 1996 met de Verenigde Staten bijzonder liberale overeenkomsten op het gebied van het luchtvervoer (zogenoemde „open sky"-overeenkomsten) te hebben gesloten, in strijd met de beginselen die de verdeling van de externe bevoegdheden tussen de Gemeenschap en de lidstaten regelen;

— subsidiair, inbreuk te hebben gemaakt op artikel 234, tweede alinea, EG-Verdrag (thans, na wijziging, artikel 307, tweede alinea, EG) dan wel artikel 5 EG-Verdrag, door niet alle passende middelen te hebben gebruikt om de overeenkomsten met de Verenigde Staten, die vóór de inwerkingtreding van het EG-Verdrag of vóór de vaststelling van de communautaire regeling voor het luchtvervoer, inzonderheid het zogenoemde derde „maatregelenpakket", zijn gesloten, volledig verenigbaar te maken met het gemeenschapsrecht.

19. Bovendien werd alle verwerende lidstaten verweten:

— inbreuk te hebben gemaakt op artikel 52 EG-Verdrag, door in de bilaterale overeenkomsten met de Verenigde Staten de zogenoemde „nationaliteitsclausule" op te nemen of te handhaven, die elke partij feitelijk het recht gaf om de in de overeenkomsten vastgestelde rechten te weigeren aan door de andere overeenkomstsluitende staat aangewezen luchtvaartmaatschappijen die niet in handen waren van of gecontroleerd werden door onderdanen van die staat.

20. Er zij aan herinnerd dat Nederland in alle acht procedures is geïntervenieerd.

21. Ten aanzien van het eerste verwijt van de Commissie aan zeven van de acht gedaagde lidstaten, met betrekking tot de schending van de externe bevoegdheid van de Gemeenschap, merkte het Hof in de eerste plaats op, dat artikel 80, lid 2, EG weliswaar door de Raad kan worden aangehaald als grond om aan de Gemeenschap de bevoegdheid te verlenen om in een concreet geval een internationale overeenkomst inzake luchtvervoer te sluiten, doch op zich geen externe communautaire bevoegdheid inzake luchtvervoer in het leven roept. [18]

22. Het Hof bracht, in de tweede plaats, in herinnering dat het in zijn advies 1/76 [19] had vastgesteld dat de bevoegdheid om de Gemeenschap jegens derde staten te binden, impliciet kan voortvloeien uit de verdragsbepalingen welke de interne bevoegdheid vestigen, wanneer de deelneming der Gemeenschap aan het internationaal akkoord noodzakelijk is voor de verwezenlijking van een der doelstellingen van de Gemeenschap, en vervolgens, in zijn advies 1/94 [20], had gepreciseerd dat daarvan sprake is in de gevallen waarin een interne bevoegdheid slechts doeltreffend kan worden uitgeoefend indien tegelijkertijd van de externe bevoegdheid gebruik wordt gemaakt, en een internationale overeenkomst dus noodzakelijk is ter verwezenlijking van bepaalde doelstellingen van het Verdrag die niet door de vaststelling van autonome regels kunnen worden bereikt. Het Hof sloot echter uit dat dit in casu het geval was. [21]

23. Het Hof onderzocht, in de derde plaats, de mogelijkheid de Gemeenschap een bevoegdheid te verlenen om met derde landen internationale overeenkomsten inzake luchtvervoer te sluiten krachtens de beginselen die zijn vastgelegd in het arrest AETR. [22]

24. Zoals bekend, heeft het Hof in dat arrest verklaard dat telkens wanneer de Gemeenschap voor de tenuitvoerlegging van een in het Verdrag voorgeschreven gemeenschappelijk beleid bepalingen heeft vastgesteld waarbij in enigerlei vorm gemeenschappelijke regels worden ingevoerd, de lidstaten niet meer gerechtigd zijn om, individueel of zelfs gezamenlijk, met derde landen verbintenissen aan te gaan die deze regels aantasten of de strekking ervan wijzigen, en dat naargelang deze gemeenschappelijke regels worden ingevoerd, alleen de Gemeenschap in staat is de jegens derde staten aangegane verbintenissen op zich te nemen en uit te

18 — Zie bijvoorbeeld arrest Commissie/Duitsland, reeds aangehaald, punt 81.

19 — Advies van 26 april 1977 (Jurispr. blz. 741, punten 3 en 4).

20 — Advies van 15 november 1994 (Jurispr. blz. I-5267, punt 89).

21 — Zie bijvoorbeeld arrest Commissie/Duitsland, reeds aangehaald, punten 82 en 83.

22 — Arrest van 31 maart 1971, Commissie/Raad, „AETR" (22/70, Jurispr. blz. 263).

voeren, met uitwerking voor het gehele toepassingsgebied van de communautaire rechtsorde. [23] Het Hof was van mening dat deze beginselen ook in casu toepassing moesten vinden, want indien de lidstaten vrij waren om internationale verbintenissen aan te gaan die de op grond van artikel 80, lid 2, EG vastgestelde gemeenschappelijke regels aantasten, zou dit de verwezenlijking van het met deze regels nagestreefde doel in gevaar brengen en de Gemeenschap dus beletten haar taak als hoedster van het gemeenschappelijk belang te vervullen. [24]

25. Vervolgens onderzocht het Hof of de door de Commissie aangevoerde gemeenschappelijke regels op het gebied van het luchtvervoer zouden kunnen worden aangetast door de internationale verbintenissen die door de verwerende lidstaten zijn aangegaan. Het concludeerde dat er slechts strijdigheid was met de verordeningen nrs. 2409/92 en 2299/89, en dat vanaf de inwerkingtreding van deze verordeningen, de lidstaten, ondanks de herziening van de betrokken overeenkomsten, niet langer internationale verbintenissen konden aangaan of handhaven betreffende, enerzijds, de tarieven van luchtvaartmaatschappijen uit derde landen op intracommunautaire routes en, anderzijds, de op de respectieve nationale grondgebieden aangeboden of gebruikte CRS. [25]

26. Derhalve oordeelde het Hof dat Denemarken, Zweden, Finland, België, Luxemburg, Oostenrijk en Duitsland, door dergelijke verbintenissen met de Verenigde Staten van Amerika aan te gaan of te handhaven, de externe bevoegdheid van de Gemeenschap hadden geschonden.

27. Ten aanzien van het tweede verwijt van de Commissie aan alle verwerende lidstaten, met betrekking tot de gestelde schending van het recht van vestiging, oordeelde het Hof dat de in de betrokken overeenkomsten opgenomen clausules waarin de Verenigde Staten het recht wordt verleend de vervoersrechten in te trekken, te schorsen of te beperken wanneer de door een verwerende lidstaat aangewezen luchtvaartmaatschappijen niet in handen zijn van deze lidstaat of van onderdanen ervan, onverenigbaar waren met artikel 52 EG-Verdrag, daar

23 — Ibidem, punten 16-18 en 22.

24 — Zie bijvoorbeeld arrest Commissie/Duitsland, reeds aangehaald, punten 105 en 106.

25 — Zie bijvoorbeeld arrest Commissie/Duitsland, reeds aangehaald, punten 114-137. Ten aanzien van verordening (EEG) nr. 95/93 van de Raad van 18 januari 1993 betreffende de toewijzing van „slots" op communautaire luchthavens (PB L 14, blz. 1), onder voorbehoud van wederkerigheid van toepassing op luchtvaartmaatschappijen uit derde landen, was het Hof van oordeel dat de Gemeenschap, vanaf de inwerkingtreding van deze verordening, weliswaar over een exclusieve bevoegdheid beschikt om op dit gebied overeenkomsten met derde landen te sluiten, maar dat de Commissie, in casu, niet had aangegeven welke door de betrokken lidstaten aangegane verbintenissen een aantasting konden betekenen van de bedoelde verordening.

communautaire luchtvaartmaatschappijen die op het grondgebied van deze lidstaten zijn gevestigd, maar die in handen zijn van en gecontroleerd worden door een andere lidstaat of onderdanen ervan, niet het voordeel van de nationale behandeling genoten in de lidstaat van ontvangst. [26]

28. Derhalve oordeelde het Hof dat de acht verwerende lidstaten, door dergelijke clausules op te nemen in de betrokken overeenkomsten, niet hadden voldaan aan de verplichtingen die op hen rusten krachtens artikel 52 EG-Verdrag.

C — De initiatieven van de Commissie en de Raad naar aanleiding van de arresten van het Hof van 5 november 2002

29. Op 19 november 2002 publiceerde de Commissie een mededeling over de gevolgen van de arresten van het Hof van 5 november 2002 inzake het Europese luchtvervoersbeleid. [27] In deze mededeling heeft de Commissie de balans opgemaakt van de externe betrekkingen van de Gemeenschap op het gebied van het luchtvervoer, uiteengezet welke conclusies volgens haar uit de voornoemde arresten moesten worden getrokken en de hoofdlijnen en basisprincipes van het externe beleid van de Gemeenschap op dat gebied gepresenteerd. In het bijzonder heeft de Commissie in punt 38 van deze mededeling verklaard:

„Voor zover andere bilaterale overeenkomsten inzake luchtvaartdiensten dezelfde aspecten bestrijken als de betrokken ‚open skies'-overeenkomsten, zijn deze evenmin in overeenstemming met het gemeenschapsrecht. Dit geldt niet alleen voor andere overeenkomsten met de Verenigde Staten waarover nog geen procedure voor het Hof is gevoerd, maar ook voor alle bilaterale overeenkomsten inzake luchtvaartdiensten die een vergelijkbare nationaliteitsbepaling bevatten of die inbreuk maken op de exclusieve externe bevoegdheid van de Gemeenschap."

30. Uit de stukken blijkt dat de Commissie parallel met de mededeling van 19 november 2002 alle lidstaten middels een brief heeft verzocht de procedures voor opzegging van hun overeenkomsten met de Verenigde Staten in te leiden. Deze brief is aan Nederland verzonden op 25 november 2002. De Commissie heeft haar verzoek tot opzegging van de overeenkomst tussen Nederland en

26 — Zie bijvoorbeeld arrest Commissie/Duitsland, reeds aangehaald, punten 147-156.

27 — COM(2002) 649 def.

de Verenigde Staten vervolgens herhaald in twee aan de Nederlandse regering verzonden brieven van 30 juli 2004 en 10 maart 2005.

31. Op 26 februari 2003 keurde de Commissie een nieuwe mededeling inzake de betrekkingen tussen de Gemeenschap en derde landen op het gebied van luchtvervoer [28] goed, waarin zij de noodzaak benadrukte om „de relatie tussen de lidstaten en de Verenigde Staten in overeenstemming met het gemeenschapsrecht" te brengen.

32. Teneinde uitvoering te geven aan de arresten van 5 november 2002 werd tijdens de zitting van de Raad van 5 en 6 juni 2003 een akkoord bereikt over een pakket maatregelen met betrekking tot het externe luchtvaartbeleid van de Gemeenschap. Dit pakket bestond uit:

— een besluit van de Raad waarbij de Commissie werd gemachtigd om met de Verenigde Staten te onderhandelen in de sector luchtvervoer [29];

— een besluit van de Raad waarbij de Commissie werd gemachtigd om met derde landen te onderhandelen over de kwestie eigendom van en controle over luchtvaartmaatschappijen en over aangelegenheden die onder de exclusieve bevoegdheid van de Gemeenschap vallen;

— een „algemene benadering" van een voorstel van het Europees Parlement en de Raad inzake onderhandelingen over en de uitvoering van overeenkomsten inzake luchtdiensten tussen lidstaten en derde landen.

33. Deze laatste maatregel werd gevolgd door de vaststelling van verordening (EG)

28 — COM(2003) 94 def.

29 — Op basis van het haar door de Raad verleende mandaat heeft de Commissie in juni 2003 onderhandelingen aangeknoopt met het oog op het sluiten van een overeenkomst inzake luchtvervoer tussen de Europese Gemeenschap en haar lidstaten, enerzijds, en de Verenigde Staten van Amerika, anderzijds. De tekst van de overeenkomst is door de Commissie voltooid op 18 november 2005 en door de Raad besproken tijdens zijn zittingen van 5 december 2005, 27 maart 2006 en 6 juni 2006. De Raad sprak unaniem zijn waardering uit voor de resultaten van de in november 2005 door de Commissie gevoerde onderhandelingen, maar maakt het sluiten van de overeenkomst afhankelijk van de aanpassing, door de Verenigde Staten, van de regels inzake de controle van buitenlandse onderdanen over Amerikaanse luchtvaartmaatschappijen (zie http://ec.europa.eu/transport/air_portal/international/pillars/global_partners/us_en.htm).

nr. 847/2004 van het Europees Parlement en de Raad van 29 april 2004 inzake onderhandelingen over en de uitvoering van overeenkomsten inzake luchtdiensten tussen lidstaten en derde landen.[30] De zestiende overweging van de considerans noemt als doelstellingen van deze verordening inzonderheid „coördinatie van de onderhandelingen met derde landen over de sluiting van overeenkomsten inzake luchtdiensten, het garanderen van een geharmoniseerde aanpak bij de uitvoering en toepassing van die overeenkomsten, alsook controle op de verenigbaarheid van die overeenkomsten met het gemeenschapsrecht". Daartoe stelt deze verordening een samenwerkingsprocedure tussen de lidstaten en de Commissie in die, ingevolge artikel 1, lid 1, van toepassing is telkens wanneer een lidstaat met een derde land onderhandelingen wil openen over een nieuwe overeenkomst of over de wijziging van een bestaande overeenkomst inzake luchtdiensten, de bijlagen daarvan of enig andere daarmee samenhangende bilaterale of multilaterale regeling, wanneer die onderwerpen betreffen die gedeeltelijk onder de bevoegdheid van de Gemeenschap vallen. Er dient op te worden gewezen dat de tweede en de derde overweging van de considerans van deze verordening de door het Hof in de arresten van 5 november 2002 vastgestelde beginselen aanhalen, terwijl de vijfde overweging van de considerans erop wijst dat „de samenwerkingsprocedure volgens deze verordening niet raakt aan de verdeling van de bevoegdheden tussen de Gemeenschap en de lidstaten overeenkomstig het gemeenschapsrecht, zoals uitgelegd door het Hof van Justitie".

30 — PB L 157, blz. 7.

IV — Precontentieuze procedure

34. Op 19 januari 1999 heeft de Commissie de Nederlandse regering een aanmaningsbrief gestuurd waarin Nederland werd aangesproken op schending van de exclusieve bevoegdheid van de Gemeenschap krachtens de door het Hof in zijn advies 1/76 vastgestelde beginselen, schending van artikel 5 EG-Verdrag in combinatie met de bepalingen van afgeleid recht van de verordeningen nrs. 2407/92, 2408/92, 2409/92 en 2299/89 en schending van artikel 52 EG-Verdrag. Volgens de Commissie vloeiden deze schendingen voort uit de sluiting in 1992 en de daaropvolgende toepassing van een „open sky"-overeenkomst met de Verenigde Staten van Amerika.

35. Op 1 juni 1999 antwoordde Nederland op de aanmaningsbrief en uitte het zijn twijfels omtrent de wettigheid van het besluit van de Commissie om een inbreukprocedure in te leiden met betrekking tot feiten die meer dan zes jaar daarvoor hadden plaatsgevonden en ten aanzien waarvan tot dan toe nimmer sprake was geweest van bezwaren, ondanks dat in 1995 voor vergelijkbare feiten een niet-nakomingsprocedure was ingeleid tegen acht andere lidstaten. Nederland bestreed bovendien de analyse van de Commissie over de reikwijdte van de wijzigingen die waren aangebracht bij het protocol van 1992, over het bestaan van een

exclusieve bevoegdheid van de Commissie op grond van het advies van het Hof 1/76 of op grond van het AETR-arrest in de luchtvervoersector, over de gestelde schending van artikel 5 EG-Verdrag, aangezien de bestreden wijzigingen waren overeengekomen vóór de inwerkingtreding van de regelgeving van het derde „pakket", alsmede over de gestelde schending van artikel 52 EG-Verdrag.

36. De Commissie vond deze antwoorden ontoereikend en bracht op 24 oktober 2000 een met redenen omkleed advies uit, waarin zij de in de brief van 19 januari 1999 aan Nederland gemaakte verwijten bevestigde. Nederland zond op 23 februari 2001 zijn opmerkingen over het met redenen omkleed advies, waarmee het zijn in de brief van 1 juni 1999 ingenomen standpunt bevestigde.

V — Procesverloop en conclusies van partijen

37. Op 20 januari 2004 heeft de Commissie het beroep ingesteld dat het voorwerp is van het onderhavige geding.

38. Bij beschikking van de president van het Hof van 6 juni 2005 is Frankrijk toegelaten tot interventie aan de zijde van Nederland.

39. De Commissie verzoekt het Hof vast te stellen dat, door met de Verenigde Staten van Amerika internationale verbintenissen aan te gaan of ondanks de herziening van de overeenkomst inzake luchtvervoer van 3 april 1957 tussen het Koninkrijk der Nederlanden en de Verenigde Staten van Amerika verbintenissen te handhaven

— betreffende de tarieven van de door de Verenigde Staten aangewezen luchtvaartmaatschappijen op intracommunautaire routes en de op Nederlands grondgebied aangeboden of gebruikte geautomatiseerde boekingssystemen, en

— waarbij de Verenigde Staten het recht is verleend de vervoersrechten in te trekken, te schorsen of te beperken wanneer de door het Koninkrijk der Nederlanden aangewezen luchtvaartmaatschappijen niet in handen zijn van laatstgenoemde of van Nederlandse onderdanen,

het Koninkrijk der Nederlanden niet heeft voldaan aan de verplichtingen die op hem rusten krachtens de artikelen 5 en 52 EG-Verdrag en de verordeningen nrs. 2409/92 en 2299/89.

40. Nederland verzoekt het Hof primair, het beroep niet-ontvankelijk te verklaren, en subsidiair, het ongegrond te verklaren.

41. Frankrijk verzoekt het Hof het beroep te verwerpen.

VI — Juridische beoordeling

A — *Ontvankelijkheid*

1. Argumenten van partijen

42. Nederland wijst erop, dat meer dan zes jaren zijn verstreken tussen het moment waarop de omstreden verbintenissen zijn aangegaan en de inleiding van de procedure ex artikel 226 EG door verzending van de aanmaningsbrief, en meer dan vier jaren tussen het uitbrengen van het met redenen omkleed advies en de inleiding van het beroep in het onderhavige geding. Nederland stelt bovendien dat de Commissie reeds in 1995 tegen acht andere lidstaten een inbreukprocedure heeft ingeleid, terwijl jegens hem geen maatregelen zijn getroffen tot januari 1999, toen hem de aanmaningsbrief is gezonden. Door aldus te handelen, zou de Commissie Nederland „in een dusdanig nadelige positie [hebben] gebracht dat zij haar het recht heeft verspeeld om Nederland [...] nog voor het Hof te dagen" teneinde de in het onderhavige geding betwiste niet-nakoming te laten vaststellen.

43. De verwerende lidstaat stelt, in de eerste plaats, dat het lange stilzitten van de Commissie, in samenhang met het feit dat tegen acht andere lidstaten een inbreukprocedure was ingeleid met betrekking tot de door hen gesloten overeenkomsten, bij de Nederlandse autoriteiten een gewettigd vertrouwen heeft gewekt in de rechtmatigheid van het standpunt van Nederland, waardoor bij hen de opvatting is ontstaan dat de Commissie over dit standpunt anders oordeelde dan over dat van de vorenbedoelde lidstaten. Deze overtuiging zou zijn versterkt door het feit dat de Commissie na de uitspraak van de arresten van het Hof van 5 november 2002 meer dan twee jaar heeft gewacht alvorens tegen Nederland beroep in te stellen.

44. Nederland verwijst bovendien naar het gewettigd vertrouwen van de betrokken

marktdeelnemers. Het stelt dienaangaande dat de betrokken verbintenissen de Nederlandse luchtvaartmaatschappijen toegang verlenen tot de routes op de Verenigde Staten. Deze toegang zou niet langer gewaarborgd zijn indien Nederland, naar aanleiding van het arrest van het Hof, gehouden zou zijn deze verbintenissen te wijzigen. Ten aanzien van het argument van de Commissie, dat deze toegang volgens het comity-beginsel hoe dan ook gewaarborgd zou blijven, betoogt Nederland dat dit beginsel ontoereikend is om de nodige stabiliteit van het luchtverkeer tussen de twee landen te garanderen.

45. De Nederlandse regering beklemtoont bovendien dat op grond van de betrokken verbintenissen door de regering van de Verenigde Staten antitrustimmuniteit is verleend aan de Nederlandse luchtvaartmaatschappijen en dat deze immuniteit een van de uitgangspunten vormde voor de totstandkoming van de alliantie tussen KLM en Northwest Airlines, die door de Commissie tijdens de precontentieuze procedure werd goedgekeurd.

46. Nederland stelt, in de tweede plaats, dat de aan de Commissie krachtens de artikelen 211 EG en 226 EG verleende beoordelingsbevoegdheid haar niet het recht geeft om te handelen in strijd met de beginselen van behoorlijk bestuur en rechtszekerheid, alsmede met het in artikel 10 EG neergelegde beginsel van loyale samenwerking, zoals uitgelegd door het Hof in de beschikking Zwartveld e.a. [31] Krachtens deze beginselen had de Commissie een redelijke termijn in acht dienen te nemen.

47. In de derde plaats stelt de Nederlandse regering dat de niet-ontvankelijkheid van het beroep bovendien gerechtvaardigd is, gezien het feit dat de Commissie volledig voorbijgaat aan de ontwikkelingen die plaatsvonden ten gevolge van de uitspraak van de arresten van het Hof van 5 november 2002 en, meer in het bijzonder, de machtiging van de Commissie om met derde landen en de Verenigde Staten te onderhandelen over internationale overeenkomsten inzake luchtvervoer, waartoe tijdens de voornoemde zitting van de Raad van 5 en 6 juni 2003 [32] werd besloten, de vaststelling van verordening nr. 847/2004 en, meer in het algemeen, de vaststelling van communautaire doelstellingen in de sector luchtvervoer, die door Nederland overigens actief werden nagestreefd.

48. De Nederlandse regering wijst er tot slot op, dat een eventuele uitspraak waarin het Hof de door de Commissie verweten nietnakoming zou vaststellen, Nederland in een onmogelijke situatie zou plaatsen, en het zou dwingen tot onderhandelingen met de Verenigde Staten over een herziening van de bilaterale overeenkomst, waarbij de exclusieve bevoegdheid van de Gemeenschap zou

31 — Beschikking van 13 juli 1990 (C-2/88, Jurispr. blz. I-3365, punt 17).

32 — Zie punt 32 hierboven.

worden geschonden en de doelstellingen van de lopende onderhandelingen op communautair niveau zouden worden ondermijnd. In antwoord op het betoog van de Commissie, dat, om zich te voegen naar een eventuele uitspraak van het Hof waarin het beroep zou worden toegewezen, zou kunnen worden volstaan met opzegging van de overeenkomst, wijst Nederland erop dat een dergelijke maatregel, zonder een overeenkomst op communautair niveau, zou leiden tot een onduldbaar rechtsvacuüm, dat schadelijk zou zijn voor de nationale marktdeelnemers in de sector.

49. De Commissie stelt in de eerste plaats dat zij, op grond van vaste rechtspraak van het Hof, in het kader van de procedure ex artikel 226 EG niet is gehouden tot inachtneming van vooraf vastgestelde termijnen, en dat de eventueel te lange duur van de precontentieuze procedure slechts een grond voor de niet-ontvankelijkheid van het beroep kan zijn, wanneer de rechten van de verdediging van de lidstaat zijn geschonden. In de onderhavige zaak zou Nederland geen enkel argument hebben aangevoerd ter staving van de bewering dat de duur van die procedure een nadelige invloed heeft gehad op de uitoefening van zijn rechten van de verdediging.

50. In de tweede plaats wijst de Commissie er in repliek, en slechts ter informatie, op dat de reden waarom zij in 1995 acht andere lidstaten heeft aangeklaagd en Nederland niet, gelegen is in het feit dat zij het toentertijd als een belemmering beschouwde dat, anders dan in de andere acht gevallen, de betrokken overeenkomst door Nederland was gesloten voordat het „derde pakket" van kracht werd, zij het na de vaststelling ervan. De Commissie besloot tegen Nederland op te treden naar aanleiding van de uitspraak, op 18 december 1997, van het arrest van het Hof in de zaak Inter-Environnement Wallonie [33], dat hierna aan de orde zal komen. Overigens zou de Commissie niet eerder dan ten tijde van het opstellen van de repliek te weten zijn gekomen dat het Nederlandse parlement de overeenkomst had goedgekeurd op 26 april 1993, dus nadat het „derde pakket" in werking was getreden.

51. In de derde plaats stelt de Commissie, dat het feit dat de precontentieuze procedure tegen Nederland later is ingeleid dan tegen de andere acht lidstaten, voor Nederland geenszins nadelig was, daar Nederland juist meer tijd tot zijn beschikking had om zich te voegen naar de arresten van het Hof van 5 november 2002. Onder verwijzing naar het tijdsbestek tussen het met redenen omkleed advies en de inleiding van het beroep in het onderhavige geding, merkt de Commissie op, dat zij de uitspraak van voornoemde arresten heeft afgewacht en haar standpunt naar aanleiding van die uitspraak reeds heeft verduidelijkt in haar mededeling van 19 november 2002 en, vervolgens, in de brieven aan de Nederlandse regering van 25 november 2002, 30 juli 2004 en 10 maart 2005. Bovendien heeft de Commissie Neder-

33 — Arrest van 18 december 1997 (C-129/96, Jurispr. blz. I-7411).

land in deze brieven verzocht zich te voegen naar de arresten van het Hof van 5 november 2002 door de omstreden overeenkomst op te zeggen, en dus de mogelijkheid uitsloot om ze te herzien. In geval van opzegging zou de overeenkomst gedurende nog eens twee jaren van toepassing zijn, en ook indien binnen deze termijn op communautair niveau geen overeenkomst zou worden gesloten, zou het luchtverkeer met de Verenigde Staten gewaarborgd zijn op grond van het comity-beginsel.

2. Beoordeling

52. De Nederlandse regering stelt dat het beroep niet-ontvankelijk is, daar het in strijd is met de beginselen van het gewettigd vertrouwen en de rechtszekerheid. De schending van deze beginselen zou volgens haar voortvloeien uit de vertraging waarmee de Commissie heeft besloten tegen Nederland op te treden op grond van de bevoegdheden die haar zijn verleend krachtens artikel 226 EG. Bovendien zou de Commissie, door laattijdig te handelen, artikel 5 EG-Verdrag hebben geschonden, dat, volgens de uitlegging van het Hof in de beschikking Zwartveld e.a., de gemeenschapsinstellingen een loyale samenwerking met de lidstaten voorschrijft.

53. Nederland verwijt de Commissie bovendien de veel te lange duur van de precontentieuze procedure. Volgens Nederland is de Commissie, op grond van de bevoegdheden die haar zijn verleend krachtens artikel 226 EG, verplicht zich aan een redelijke termijn te houden. Deze verplichting zou een logisch uitvloeisel vormen van het beginsel van rechtszekerheid, alsmede een regel van behoorlijk bestuur.

54. Vooraf zij gesteld dat de argumenten van de Nederlandse regering mijns inziens niets nieuws bevatten. Zoals wij hierna zullen zien, heeft het Hof zich namelijk sinds de eerste uitspraken in het kader van niet-nakomingsprocedures gebogen over door de lidstaten geformuleerde grieven ter staving van de niet-ontvankelijkheid van het beroep, namelijk enerzijds het late optreden van de Commissie en anderzijds de te lange duur van de precontentieuze procedure.

55. In casu is echter sprake van een aantal bijzondere aspecten, zoals met name de omstandigheid dat de Commissie acht andere lidstaten heeft aangeklaagd voor vergelijkbare niet-nakomingen, terwijl anders werd opgetreden tegen Nederland; de uitspraak van de arresten van het Hof waarbij die niet-nakomingen werden vastgesteld; de ontwikkelingen die plaatsvonden naar aanleiding van deze arresten; het politiek gevoelige karakter van de door de Commissie ingeleide en afgeronde procedures, en, niet in de laatste plaats, het hiermee gepaard gaande economisch belang. Bovendien heeft de Commissie in de onderhavige

zaak beduidend langer stilgezeten dan in andere door het Hof onderzochte zaken het geval was.

56. Het lijkt mij derhalve zinvol om in het kader van deze conclusie dieper in te gaan op de centrale kwestie die door de Nederlandse regering is opgeworpen in het kader van de door haar geformuleerde grieven met betrekking tot niet-ontvankelijkheid, namelijk of de Commissie in het kader van de inbreukprocedures van artikel 226 EG de verplichting heeft om binnen een redelijke termijn te handelen.

a) Schets van de communautaire rechtspraak met betrekking tot de inachtneming van de redelijke termijn

57. Vooraf zij opgemerkt dat er overvloedige communautaire rechtspraak bestaat waarin het begrip redelijke termijn wordt toegepast.

58. Voor de onderhavige beoordeling behoeft slechts te worden vastgesteld dat de inachtneming van een redelijke termijn door de gemeenschapsrechter bovenal is geanalyseerd als een criterium op basis waarvan kan worden nagegaan of er sprake is van schending van een aantal algemene beginselen van het gemeenschapsrecht, zoals met name het beginsel van de bescherming van het gewettigd vertrouwen, het rechtszekerheidsbeginsel, het beginsel van de bescherming van de rechten van de verdediging en het recht op een eerlijk proces, alsmede als een criterium op basis waarvan kan worden nagegaan of de communautaire instellingen en organen handelen volgens de regels van behoorlijk bestuur. Sinds het arrest SCK en FNK/Commissie [34] heeft het Gerecht en in het recente arrest Technische Unie/Commissie [35] heeft het Hof geoordeeld dat de eerbiediging door de Commissie van een redelijke termijn bij de vaststelling van beschikkingen tot afsluiting van administratieve procedures op het gebied van het mededingingsbeleid een algemeen beginsel van gemeenschapsrecht vormt.

59. Ongeacht de kwalificatie ervan, als een algemeen beginsel van het gemeenschapsrecht dan wel als een eenvoudig onderdeel van beginselen waaraan deze kwalificatie wordt toegekend, geldt de inachtneming van een redelijke termijn voor de gemeenschapsinstantie als een regel op grond waarvan de legitimiteit van haar handelen wordt beoordeeld. [36]

34 — Arrest van 22 oktober 1997 (T-213/95 en T-18/96, Jurispr. blz. II-1739, punt 56).

35 — Arrest van 21 september 2006 (C-113/04 P, Jurispr. blz. I-8831, punt 40).

36 — Ingevolge artikel 41, lid 1, van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie, afgekondigd te Nice op 7 december 2000 (PB C 364, blz. 1), valt de verplichting van de instellingen en organen van de Unie om binnen een redelijke termijn te handelen, onder het recht op behoorlijk bestuur.

60. Hierbij dient te worden verduidelijkt dat deze regel niet slechts een criterium vormt op grond waarvan de legitimiteit van de duur van een administratieve procedure kan worden beoordeeld, maar meer in het algemeen de instellingen een tijdslimiet oplegt, waarbinnen de hun verleende bevoegdheden dienen te worden uitgeoefend. Ofschoon het begrip redelijke termijn niet nadrukkelijk werd genoemd, heeft het Hof, zoals wij hierna zullen zien, bij diverse gelegenheden verduidelijkt dat het rechtszekerheidsbeginsel zich ertegen verzet dat een instelling haar bevoegdheden tot in het oneindige kan rekken.

61. Daarom zal ik nu nagaan of de Commissie deze regel ook in acht dient te nemen bij de uitoefening van haar bevoegdheden krachtens artikel 226 EG.

b) Het bestaan van een verplichting voor de Commissie tot inachtneming van een redelijke termijn in het kader van procedures ex artikel 226 EG

62. Een onderzoek dienaangaande kan niet los worden gezien van de aard van de inbreukprocedure. Het onderscheidende element van deze procedure lijkt hoofdzakelijk gelegen in het discretionaire karakter van de aan de Commissie verleende bevoegdheden.

63. Volgens vaste rechtspraak van het Hof is het namelijk aan de Commissie om te beoordelen of al dan niet een procedure ter vaststelling van een niet-nakoming dient te worden ingeleid en voor welke aan de betrokken lidstaat verwijtbare gedraging of nalatigheid dat dient te geschieden. [37] Wanneer de procedure is ingeleid, en de betrokken lidstaat niet binnen de vastgestelde termijn het door de Commissie uitgebrachte met redenen omkleed advies opvolgt, is het eveneens aan de Commissie te beoordelen of al dan niet bij het Hof van Justitie beroep zal worden ingesteld teneinde de beweerde nietnakoming te laten vaststellen. Volgens vaste rechtspraak sluit de discretionaire bevoegdheid van de Commissie overigens uit dat particulieren het recht zouden hebben om van de instelling te eisen dat zij een procedure ex artikel 226 EG inleidt. [38] Op grond van deze discretionaire bevoegdheid heeft het Hof, in procedures op grond van artikel 226 EG, nimmer geoordeeld over de wenselijkheid van het beroep, wanneer deze wenselijkheid door de verwerende lidstaat werd bestreden. [39]

64. In zijn uitspraken met betrekking tot door verwerende lidstaten geformuleerde grieven betreffende het laattijdige karakter van het beroep van de Commissie of de te lange duur van de precontentieuze procedure, heeft het Hof aan de Commissie een discretionaire bevoegdheid verleend, ook met betrekking tot de beoordeling van de

37 — Zie bijvoorbeeld arrest van 11 augustus 1995, Commissie/Duitsland (C-431/92, Jurispr. blz. I-2189, punt 22).

38 — Zie arresten van 1 maart 1966, Lütticke/Commissie (48/65, Jurispr. blz. 27), en 14 februari 1989, Star Fruit Company/Commissie (247/87, Jurispr. blz. 291, punten 11 en 12).

39 — Zie bijvoorbeeld arrest van 9 juli 1970, Commissie/Frankrijk (26/69, Jurispr. blz. 565, punt 10).

termijnen waarbinnen haar bevoegdheden ex artikel 226 EG worden uitgeoefend.

65. Reeds vanaf de jaren zeventig van de vorige eeuw legt het Hof in zijn rechtspraak de nadruk op de beoordelingsbevoegdheid van de Commissie met betrekking tot de vraag, wanneer moet worden opgetreden ten aanzien van een lidstaat die volgens haar zijn verplichtingen niet nakomt. In het arrest Commissie/Frankrijk [40], betreffende een door de Commissie tegen de Franse Republiek ingesteld beroep op grond van artikel 141 EGA-Verdrag, dat hetzelfde bepaalt als artikel 226 EG, oordeelde het Hof ten aanzien van de exceptie van niet-ontvankelijkheid waarmee de Franse regering de Commissie verweet te laat te hebben gehandeld ofschoon zij reeds geruime tijd van de betrokken handelwijze op de hoogte was, dat het beroep ex artikel 141 EGA-Verdrag „niet aan een vaste termijn is gebonden, aangezien deze procedure naar haar aard en doelstelling voor de Commissie de bevoegdheid medebrengt te beoordelen welke de meest passende middelen en termijnen zijn om aan de eventuele verzuimen een einde te maken".

66. Dit beginsel wordt in latere uitspraken bevestigd met betrekking tot artikel 226 EG. In het bijzonder in het arrest Commissie/België [41] verweet de Commissie het Koninkrijk België de niet-nakoming van zijn verplichtingen krachtens de Zesde richtlijn betreffende de harmonisatie van de wetgevingen der lidstaten inzake omzetbelasting. Overeenkomstig artikel 27, lid 5, van deze richtlijn had de verwerende lidstaat de Commissie in 1977 in kennis gesteld van de betrokken bepalingen. De Commissie maakte haar bezwaren omtrent de verenigbaarheid van deze bepalingen met de richtlijn voor het eerst kenbaar in 1979 en leidde pas in 1981 de inbreukprocedure ex artikel 226 EG in. Na voor het Hof te zijn gedaagd, beriep de Belgische regering zich op niet-ontvankelijkheid van het beroep en stelde zij dat de laattijdige reactie van de Commissie heeft geleid tot rechtsonzekerheid die de rechtmatige belangen van België heeft geschaad en dat, daar artikel 27, lid 5, van de Zesde richtlijn niet uitdrukkelijk voorziet in een termijn om eventuele bezwaren tegen een meegedeelde regeling van een lidstaat kenbaar te maken, de Commissie gehouden was, een redelijke termijn in acht te nemen. De verwerende regering verzocht het Hof onder meer, op die zaak het beginsel toe te passen dat was bevestigd in het arrest Lorenz [42], betreffende de procedure ex artikel 93, lid 3, EG-Verdrag (thans artikel 88, lid 3, EG). Na de Lorenz-rechtspraak als irrelevant te hebben aangemerkt, daar zij betrekking had op een „procedure die ten dele uitdrukkelijk afwijkt van die voorzien in artikel [226 EG]", oordeelde het Hof dat dit artikel toepassing vindt en dat „de Commissie [daarbij] niet een bepaalde termijn in acht [hoeft] te nemen". [43]

40 — Arrest van 14 december 1971 (7/71, Jurispr. blz. 1003).

41 — Arrest van 10 april 1984 (324/82, Jurispr. blz. 1861).

42 — Arrest van 11 december 1973 (120/73, Jurispr. blz. 1471).

43 — Arrest Commissie België, aangehaald in voetnoot 41, punt 12.

67. In het arrest Commissie/Nederland [44] verweet de Nederlandse regering de Commissie een reeks vertragingen in de precontentieuze procedure. Meer in het bijzonder wees de Nederlandse regering erop dat de eerste door de Commissie geformuleerde grieven met betrekking tot de litigieuze feiten dateren van 1984, terwijl de Commissie pas vijf jaar later het beroep bij het Hof heeft ingesteld. Deze traagheid van de Commissie zou volgens de Nederlandse regering inbreuk hebben gemaakt op haar recht van verweer en zou onaanvaardbare financiële consequenties hebben gehad. Onder verwijzing naar het arrest in zaak 324/82, oordeelde het Hof dat „de voorschriften van artikel [226 EG] [...] toepassing moeten vinden zonder dat de Commissie een bepaalde termijn in acht behoeft te nemen". [45]

68. In deze omstandigheden rijst de vraag of het discretionaire karakter van de bij artikel 226 EG aan de Commissie verleende bevoegdheden, enerzijds, en het ontbreken van bepaalde termijnen waarbinnen laatstgenoemde verplicht is te handelen, anderzijds, daadwerkelijk een belemmering vormen voor de bevestiging van het bestaan van een verplichting voor de Commissie om ook bij de uitoefening van haar bevoegdheden krachtens het bedoelde artikel, een redelijke termijn in acht te nemen.

69. Ten aanzien van, in de eerste plaats, het discretionaire karakter van de bevoegdheden van de Commissie, stel ik voorop dat, ondanks de toekenning aan de Commissie van een min of meer ruime beoordelingsbevoegdheid in het kader van andere procedures dan die wegens niet-nakoming, de gemeenschapsrechter toch heeft geoordeeld dat de Commissie hoe dan ook verplicht is binnen een redelijke termijn te handelen krachtens een regel van behoorlijk bestuur [46], ofwel heeft vastgesteld dat de Commissie met de uitoefening van haar bevoegdheden niet eindeloos kan wachten, daar dit in strijd zou zijn met het beginsel van rechtszekerheid. [47]

70. De inbreukprocedure ex artikel 226 EG vertoont ongetwijfeld een bijzonder aspect. Zij beoogt de objectieve vaststelling van de niet-nakoming van verplichtingen door een lidstaat met het oog op de beëindiging ervan en niet het opleggen van sancties. [48] Juist vanwege de doelstellingen die deze procedure nastreeft en de overwegingen, ook van politieke aard, die kunnen meespelen in elke fase van haar verloop, gaat het bovendien om een instrument waaraan een zekere mate van flexibiliteit dient te worden toegekend.

44 — Arrest van 16 mei 1991 (C-96/89, Jurispr. blz. I-2461).

45 — Ibidem, punt 15.

46 — Zie onder andere arrest van 18 maart 1997, Guérin automobiles/Commissie (C-282/95, Jurispr. blz. I-1503, punt 37); arrest van 9 september 1999, UPS Europe/Commissie (T-127/98, Jurispr. blz. II-2633, punt 37), met betrekking tot het onderzoek van klachten wegens inbreuk op de communautaire mededingingsregels; arrest van 3 juni 1999, TF1/Commissie (T-17/96, Jurispr. blz. II-3757), met betrekking tot het onderzoek van klachten wegens inbreuk op de regels inzake staatssteun.

47 — Zie onder andere arresten van 14 juli 1972, Geigy/Commissie (52/69, Jurispr. blz. 787, punt 21), en 24 september 2002, Falck en Acciaierie di Bolzano/Commissie (C-74/00 P en C-75/00 P, Jurispr. blz. I-7869, punten 140 en 141); arrest SCK en FNK/Commissie, reeds aangehaald, punt 55.

48 — Een ander betoog zou eventueel kunnen worden gevoerd voor de procedure ex artikel 228 EG, maar zou buiten het kader van de onderhavige zaak vallen.

71. Ik ben echter van mening dat deze overwegingen en de in het kader van genoemde procedure aan de Commissie verleende ruime beoordelingsbevoegdheid, niet in de weg staan aan de mogelijkheid de wijze van uitoefening van de bevoegdheden van deze instelling krachtens het bedoelde artikel, aan een controle te onderwerpen, meer in het bijzonder, om mij te beperken tot de in dit geding opgeworpen problematiek, wat de termijnen betreft waaraan de handelingen van de Commissie zijn gebonden. [49]

72. In de tweede plaats lijkt ook de omstandigheid dat artikel 226 EG geen vooraf bepaalde termijnen voorschrijft voor de verschillende fasen van de procedure, mij geen belemmering te vormen voor de vaststelling van een basisverplichting voor de Commissie om binnen een redelijke termijn te handelen bij de uitoefening van de bevoegdheden die haar krachtens het bedoelde artikel zijn verleend.

73. In dit verband dient eerst te worden opgemerkt dat de vaststelling van het bestaan van een dergelijke verplichting, het hierna behandelde vraagstuk onverlet laat van de gevolgen die gepaard gaan met een eventuele schending van deze verplichting. Wat dat betreft, kan worden volstaan met op te merken dat het niet in acht nemen van een redelijke termijn niet per se dezelfde gevolgen heeft als de schending van een verjarings- of vervaltermijn.

74. Voorts zij opgemerkt dat, in weerwil van het feit dat artikel 226 EG niet uitdrukkelijk voorziet in een termijn voor het afwikkelen van de inbreukprocedure, de rechtspraak bevestigt dat de Commissie de betrokken lidstaat een redelijke termijn dient te geven om op de aanmaningsbrief te reageren of om zich te voegen naar het met redenen omkleed advies, en verplicht is om deze staat, zo nodig, een redelijke termijn te geven om zijn verdediging voor te bereiden. [50] Deze verplichtingen blijken enerzijds duidelijk gerechtvaardigd door de doelstelling die

49 — In dit verband kan er overigens aan worden herinnerd, dat is opgemerkt dat de krachtens artikel 226 EG aan de Commissie verleende bevoegdheden als instrument ten dienste staan van de fundamentele rol van hoedster van het Verdrag die zij vervult krachtens artikel 211 EG en dat dus, ondanks de beoordelingsvrijheid van de Commissie met betrekking tot het moment en de voorwaarden van uitvoering van de afzonderlijke fasen van de procedure, niet mag worden uitgesloten dat voor de Commissie in principe een verplichting om te handelen bestaat. Zie daartoe de conclusie van advocaat-generaal Trabucchi in de zaak Geddo (2/73, Jurispr. 1973, blz. 865), en, recenter, de conclusies van advocaat-generaal Alber in de zaken Commissie/Griekenland (C-260/98, Jurispr. 2000, blz. I-6537), punt 72, en Commissie/Ierland (C-358/97, Jurispr. 2000, blz. I-6301), punt 83. Overigens is in de loop der jaren met de goedkeuring door de Commissie van interne onderzoeksprocedures bij inbreukgevallen een grotere transparantie met betrekking tot haar handelen gewaarborgd. In 2001 heeft de Commissie, onder druk van de Europese Ombudsman, een geconsolideerde versie van haar interne procedureregels voor de betrekkingen met de klager in het kader van een procedure wegens niet-nakoming gepubliceerd. Deze regels zijn vervat in de Mededeling van de Commissie aan het Europees Parlement en de Europese Ombudsman betreffende betrekkingen met de klager inzake inbreuken op het Gemeenschapsrecht (PB 2002, C 166, blz. 3). Er is dus een tendens naar een geleidelijke depolitisering van de inbreukprocedure en naar een proceduralisering, ten minste in de gevallen waarin de handeling van de Commissie berust op de klacht van een particulier. Tot slot dient te worden opgemerkt dat de Europese Ombudsman bij diverse gelegenheden onderzoek heeft verricht naar de deugdelijkheid van de motivering van de Commissie bij het seponeren van een klacht; zie bijvoorbeeld besluit 995/98/OV.

50 — Arresten van 2 februari 1988, Commissie/België (293/85, Jurispr. blz. 305, punt 14); 2 juli 1996, Commissie/Luxemburg (C-473/93, Jurispr. blz. I-3207, punt 20); 28 oktober 1999, Commissie/Oostenrijk (C-328/96, Jurispr. blz. I-7479, punten 34 en 51), en 13 december 2001, Commissie/Frankrijk (C-1/00, Jurispr. blz. I-9989, punten 64 en 65).

met de niet-nakomingsprocedure wordt nagestreefd, te weten beëindiging van de betwiste inbreuk, en anderzijds door het vereiste om de daadwerkelijke uitoefening van de rechten van de verdediging van de betrokken lidstaat mogelijk te maken. Eveneens met de intentie de rechten van de verdediging te beschermen, heeft het Hof, zoals wij zullen zien, zich de bevoegdheid voorbehouden op te treden tegen een te lange duur van de precontentieuze procedure.

75. Tot slot dient te worden gepreciseerd dat de gemeenschapsrechter weliswaar, in beginsel, de mogelijkheid heeft uitgesloten verjaringstermijnen in te voeren bij wege van rechtspraak, op grond dat „een verjaringstermijn, om aan zijn doel te beantwoorden, bij voorbaat moet worden vastgesteld" en dat „de vaststelling van zijn duur en van de voorwaarden voor zijn toepasselijkheid behoort tot de bevoegdheid van de gemeenschapswetgever" [51], maar dat de afwezigheid van een wettelijke verjaringstermijn het Hof en het Gerecht hoe dan ook niet heeft belet zich op het rechtszekerheidsbeginsel te baseren om te bevestigen dat de Commissie verplicht is binnen een redelijke termijn te handelen of de uitoefening van haar bevoegdheden niet tot in het oneindige te rekken. [52]

76. In het licht van het bovenstaande ben ik van mening dat de specifieke kenmerken van de procedure ex artikel 226 EG niet in de weg staan aan de vaststelling van een verplichting voor de Commissie om ook in het kader van de bedoelde procedure, bij haar handelen een redelijke termijn in acht te nemen.

77. Tevens zij erop gewezen dat het vereiste om een, zij het beperkte, controle uit te oefenen op de wijze van uitoefening van de beoordelingsbevoegdheid van de Commissie in het kader van inbreukprocedures, met name wat de vaststelling van beperkingen in de tijd voor de uitoefening van deze bevoegdheid betreft, weliswaar gepaard met een bevestiging van de beoordelingsmarge van de Commissie, naar voren komt uit dezelfde rechtspraak van het Hof als aangehaald in de punten 65 tot en met 67.

78. In het arrest Commissie/Frankrijk, aangehaald in punt 65 hierboven, waarin een antwoord werd geformuleerd op de grieven van de Franse regering, die de Commissie verweet de procedure ex artikel 141 EGA-Verdrag te laat te hebben ingeleid, daar zij al sinds 1965 op de hoogte was van de gestelde niet-nakoming, wees het Hof, na te hebben gepreciseerd dat de Commissie op grond van dat artikel niet verplicht was binnen een vooraf vastgestelde termijn te handelen, er niettemin op, dat de inbreuk in casu pas in 1968, dus later, volledig aan het licht was gekomen en dat de Commissie reeds in 1969 een aantal handelingen had verricht voorafgaand aan de formele inleiding van de procedure. [53]

51 — Zie arresten Geigy/Commissie, punt 21, en Falck en Acciaierie di Bolzano/Commissie, punt 139, beide aangehaald in voetnoot 47.

52 — Zie bijvoorbeeld arrest Lorenz, aangehaald in voetnoot 42, punt 4; arresten Geigy/Commissie, punt 21, en Falck en Acciaierie di Bolzano/Commissie, punt 140, aangehaald in voetnoot 46, en arresten Gerecht van 13 maart 1990, Costacurta/Commissie (T-34/89 en T-67/89, Jurispr. blz. II-93, punt 48), en 10 februari 1994 White/Commissie (T-107/92, JurAmbt blz. I-A-41, punt 46).

53 — Punten 7 en 8 van het arrest.

79. De mogelijkheid van een controle op de uitoefening van de beoordelingsbevoegdheid van de Commissie werd uitdrukkelijk erkend door advocaat-generaal Roemer [54], die er in de conclusie in de vorenbedoelde zaak op wees dat in casu verschillende overwegingen de Commissie ervan hadden weerhouden de inbreukprocedure eerder in te leiden, en concludeerde dat, in het licht van die omstandigheden, diende te worden erkend dat de Commissie „haar bevoegdheden correct [had] uitgeoefend" en de stelling diende te worden afgewezen, dat de inleiding van de procedure „een onwettige vertraging" had opgelopen. [55]

80. Het vereiste om in het concrete geval, en niet alleen op basis van beginselen, de tijdstippen van het handelen van de Commissie te rechtvaardigen, blijkt nog explicieter uit de arresten Commissie/België, aangehaald in punt 66, en Commissie/Nederland, aangehaald in punt 67.

81. In de eerste zaak oordeelde het Hof, na afwijzing van het argument van de Belgische regering dat de Commissie verplicht was in casu een redelijke termijn te eerbiedigen, en na dus de bevoegdheid van de Commissie te hebben bevestigd om te beslissen over het moment van inleiding van de procedure ingevolge artikel 226 EG, dat de Commissie, „met gebruikmaking van de haar door artikel [226 EG] toegekende beoordelingsbevoegdheid, van oordeel was, met het onderzoek naar de toelaatbaarheid van de bestreden Belgische maatregelen te moeten wachten totdat de richtlijn in alle lidstaten in werking was getreden" en dat zij daarmee „die beoordelingsvrijheid niet heeft aangewend op een wijze die in strijd is met het Verdrag."

82. In de tweede uitspraak preciseerde het Hof dat „de Commissie [heeft] verklaard, dat zij met het instellen van het beroep gewacht heeft op de uitspraak van het Hof in de zaak Krohn (arrest van 15 januari 1987) en op de reactie van de Nederlandse regering op dat arrest" en dusdoende „geen met het Verdrag strijdig gebruik [heeft] gemaakt van haar beoordelingsbevoegdheid ex artikel [226 EG]". [56]

83. Er dient ten slotte op te worden gewezen dat het Hof, onder verwijzing naar met name de duur van de precontentieuze procedure, heeft gepreciseerd dat de te lange duur daarvan een grond voor niet-ontvankelijkheid van een beroep wegens niet-nakoming

54 — Door de kwalificatie van de inbreukprocedure van artikel 141 EGA-Verdrag als „ultima ratio", door middel waarvan de Commissie de handelwijze van een lidstaat die zij strijdig acht met het gemeenschapsrecht, kan beëindigen, wees advocaat-generaal Roemer erop dat de noodzaak om de doeltreffendheid van deze procedure te waarborgen, alsmede de overweging dat het beroep hiertegen noodzakelijkerwijs het aanzien van de betrokken lidstaat in het geding brengt, ondanks de objectiviteit van de vaststelling van inbreuk, pleiten voor de uitsluiting van een willekeurig automatisme en de verlening aan de Commissie van een beslissingsbevoegdheid met betrekking tot zowel de mogelijkheid om tegen de staat op te treden door middel van de inbreukprocedure als het moment waarop deze procedure dient te worden ingeleid.

55 — Advocaat-generaal Roemer noemt, meer in het bijzonder, de wil om in eerste instantie voorrang te geven aan een onderhandelde oplossing, de aanvankelijk beperkte gevolgen van de inbreuk, het vereiste om met de inleiding van de procedure niet de crisis te verergeren waarmee de Gemeenschap in 1965 te kampen had en, tot slot, de omstandigheid dat voor de betrokken sector nieuwe bepalingen zouden gaan gelden.

56 — Punt 15 van het arrest.

kan zijn, daarbij evenwel verduidelijkend dat dit „alleen het geval is wanneer het gedrag van de Commissie het moeilijker maakt haar [tegen de verwerende lidstaat aangevoerde] argumenten te weerleggen, zodat inbreuk wordt gemaakt op de rechten van de verdediging". [57]

84. Hier dient te worden verduidelijkt, voor zover dit al uit de vorenstaande overwegingen naar voren komt, dat de inachtneming van een redelijke termijn niet slechts geldt als wettigheidscriterium voor de duur van de precontentieuze procedure ex artikel 226 EG, maar tevens als belemmering voor de te late uitoefening van de bevoegdheden die krachtens die bepaling aan de Commissie zijn verleend. Met andere woorden, de op de Commissie rustende verplichting om een redelijke termijn in acht te nemen, betekent enerzijds dat die instelling, vanaf het moment waarop zij van de vermoede nietnakoming kennis heeft gekregen, de uitoefening van haar bevoegdheden ex artikel 226 EG niet tot in het oneindige kan rekken, en anderzijds dat zij, wanneer de precontentieuze fase van de procedure op grond van die bepaling eenmaal is ingeleid, de duur ervan naar redelijkheid dient aan te passen.

85. Duidelijk is, dat de concrete beoordeling van de redelijkheid van de termijn verschilt naargelang men daarbij de periode voorafgaand aan de inleiding van de procedure middels verzending van de aanmaningsbrief als uitgangspunt neemt of de duur van de procedure.

86. In het eerste geval moet worden bedacht dat de Commissie doorgaans informele contacten aangaat met de betrokken lidstaat, teneinde de noodzakelijke informatie te verkrijgen van de feitelijke en juridische situatie en zich een beeld te verschaffen over het daadwerkelijke bestaan en de reikwijdte van de inbreuk op het gemeenschapsrecht, alsmede van de te nemen stappen om deze situatie te beëindigen, waaronder eventueel de inleiding van een formele procedure ex artikel 226 EG. In deze eerste fase, ten aanzien waarvan rekening dient te worden gehouden met de beoordelingsvrijheid van de Commissie in de uitoefening van haar bevoegdheden krachtens de artikelen 211 EG en 226 EG, dient de Commissie over voldoende tijd te beschikken om de mogelijkheid van een onderhandelde oplossing te onderzoeken en om, met het oog op deze oplossing, de noodzakelijke onderhandelingen met de betrokken lidstaat te voeren. Voorts dient de Commissie in de gelegenheid te worden gesteld om prioriteiten vast te stellen op grond van de aard en de ernst van de inbreuk, en van de omvang van de gevolgen ervan. In het licht van deze doelstellingen is de toepassing van flexibele toetsingsmaatstaven gerechtvaardigd bij de beoordeling van de redelijkheid van de duur van die periode.

87. Zodra de procedure wordt ingeleid, middels verzending van de aanmaningsbrief,

57 — Zie arresten van 12 mei 2005, Commissie/België (C-287/03, Jurispr. blz. I-3761, punt 14), en 8 december 2005, Commissie/Luxemburg (C-33/04, Jurispr. blz. I-10629, punt 76). Zie in deze zin ook arrest van 21 januari 1999, Commissie/België (C-207/97, Jurispr. blz. I-275, punt 25).

beschikt de Commissie echter over alle noodzakelijke informatie om de gedraging van de betrokken lidstaat te beoordelen. Het besluit om de betrokken lidstaat een aanmaningsbrief te sturen, impliceert immers dat de Commissie die gedraging als een niet-nakoming heeft gekwalificeerd en het derhalve passend acht de procedure van artikel 226 EG in te leiden om ze te beëindigen. De toetsingsmaatstaven voor de beoordeling van de redelijkheid van de termijn waarbinnen de verschillende stappen van de procedure worden uitgevoerd, tot en met eventueel het besluit om het Hof te adiëren, dienen bijgevolg strenger te zijn.

88. Indien komt vast te staan dat de Commissie ook in het kader van inbreukprocedures verplicht is een redelijke termijn in acht te nemen, ter beperking van de te late uitoefening van de bevoegdheden die haar op dat gebied zijn verleend en als toetsingsmaatstaf voor de wettigheid van de duur van de procedure, dient te worden ingegaan op de gevolgen van een eventuele schending van deze verplichting.

c) De gevolgen van de niet-inachtneming van een redelijke termijn in het kader van de procedures ex artikel 226 EG

89. Aangezien artikel 226 EG voorziet in een instrument ter vaststelling in rechte van het bestaan van een inbreuk op het gemeenschapsrecht, dient mijns inziens in beginsel te worden uitgesloten dat de ongerechtvaardigde vertraging van de Commissie bij het inleiden van de procedure vanaf het moment dat zij van de vermoede niet-nakoming kennis heeft, of de onredelijke duur van de eenmaal ingeleide procedure, tot gevolg kan hebben dat de Commissie de mogelijkheid verliest om het Hof te adiëren met het oog op de vaststelling van die inbreuk. [58]

90. Een dergelijk gevolg kan echter niet a priori worden uitgesloten indien het laattijdige handelen van de Commissie of de te lange duur van de procedure de uitoefening van de rechten van de verdediging van de betrokken lidstaat onherstelbaar hebben geschaad. Deze conclusie lijkt mij logischerwijs voort te vloeien uit de vaststelling van de mogelijke strijdigheid tussen de tijdstippen van handelen van de Commissie en de uitoefening van de rechten van de verdediging, alsmede uit de op deze vaststelling gebaseerde rechtspraak volgens welke het beroep ex artikel 226 EG niet-ontvankelijk is indien de te lange duur van de procedure nadelig is geweest voor de uitoefening van de rechten van de verdediging van de verwerende lidstaat. [59] Indien met de inleiding van een nieuwe procedure dit gebrek niet kan worden verholpen, vervalt voor de Commissie in feite het recht om het Hof te adiëren teneinde de niet-nakoming te laten vaststellen.

58 — Een andere conclusie is mogelijk met betrekking tot de procedure van artikel 228 EG.

59 — Zie punt 83 hierboven.

91. De uitsluiting, in beginsel, van het uitdoven van de bevoegdheden van de Commissie door haar laattijdige handelen of de te lange duur van de procedure, is des te meer gerechtvaardigd als in overweging wordt genomen dat de contentieuze fase van de procedure ex artikel 226 EG louter tot vaststelling strekt.

92. Er zij echter aan herinnerd dat, ofschoon het Hof niet bevoegd is om in het kader van deze procedure de lidstaat te gelasten de inbreuk te beëindigen, deze staat toch verplicht is zich te voegen naar de declaratoire uitspraak van het Hof en alle noodzakelijke maatregelen te treffen om de niet-nakoming te beëindigen en de situatie in overeenstemming te brengen met het geschonden gemeenschapsrecht.

93. Niet kan worden uitgesloten dat, in bijzondere gevallen, het tijdsverloop in combinatie met het stilzitten van de Commissie, voor deze laatste tot gevolg kan hebben dat haar bevoegdheid wordt beperkt om van de betrokken lidstaat te eisen dat hij de noodzakelijke maatregelen treft om de niet-nakoming te beëindigen, terwijl, in beginsel, de bevoegdheid onverlet blijft om het Hof te adiëren teneinde deze niet-nakoming te laten vaststellen.

94. Van een dergelijk geval is sprake in het arrest Commissie/Ierland. [60] De Commissie had tegen Ierland twee verschillende inbreukprocedures ingeleid met betrekking tot, enerzijds, de schending van de bepalingen van de Zesde richtlijn inzake de belasting over de toegevoegde waarde, door de als tegenprestatie voor het gebruik van tolwegen en tolbruggen geheven tolgelden niet aan de btw te onderwerpen en, anderzijds, de schending van de regeling inzake de eigen middelen van de Gemeenschappen, door de bedragen die als btw over die tolgelden hadden moeten worden geheven, vermeerderd met vertragingsrente, niet als eigen middelen aan de Commissie over te maken.

95. Na te hebben vastgesteld dat het niet belasten van de litigieuze tolgelden een schending vormde van de bepalingen inzake de belasting over de toegevoegde waarde, is het Hof ingegaan op de gevolgen van het lange stilzitten van de Commissie (meer dan zeven jaar tussen de kennisgeving van het met redenen omkleed advies en het instellen van het beroep) voor de omvang van de verplichting van Ierland om de bedragen verschuldigd uit hoofde van de regeling inzake de eigen middelen van de Gemeenschappen alsnog over te maken. In punt 71 van het arrest heeft het Hof geoordeeld dat „hoewel een verjaringstermijn voor de inning van de btw zowel in de Zesde richtlijn als in de regeling inzake de eigen middelen van de Gemeenschappen ontbreekt, [...] de fundamentele eis van rechtszekerheid zich ertegen [kan] verzetten, dat de Commissie, in het kader van een niet-nakomingsprocedure die ertoe strekt alsnog betaling van eigen middelen te verkrijgen, eindeloos talmt met het besluit om de contentieuze fase van die procedure in te leiden". Ingevolge de overeenkomstige toepassing van artikel 9, lid 2, van verordening (EEG, Euratom) nr. 1553/89

60 — Arrest van 12 september 2000 (C-358/97, Jurispr. blz. I-6301).

van de Raad van 29 mei 1989 betreffende de definitieve uniforme regeling voor de inning van de eigen middelen uit de belasting over de toegevoegde waarde (PB L 155, blz. 9), die elke rectificatie in de overzichten van de lidstaten met betrekking tot de bedragen van de eigen middelen uit de belasting na vier begrotingsjaren uitsloot, heeft het Hof bepaald dat de Commissie niet bevoegd was om van Ierland te eisen dat het alsnog de verschuldigde bedragen voor de begrotingsjaren vóór 1994 overmaakte.

96. Hoewel de eventuele schending van een redelijke termijn er in beginsel niet toe kan leiden dat de Commissie de bevoegdheid uit handen wordt genomen om tegen de niet-nakoming door een lidstaat op te komen en daartoe het Hof te adiëren, heeft dit laatste geoordeeld [61], onder verwijzing naar met name de duur van de precontentieuze procedure, dat de te lange duur daarvan een procedurefout vormt die een grond voor niet-ontvankelijkheid van het beroep kan zijn. [62] Het Hof erkent deze mogelijkheid echter uitsluitend voor het geval dat de te lange duur van de procedure nadelig is geweest voor de uitoefening van de rechten van de verdediging van de verwerende lidstaat.

97. Hier rijst de vraag of, ook los van de eventuele schending van de rechten van de verdediging van de betrokken lidstaat, de niet-ontvankelijkheid van het beroep niet dient te worden erkend in bijzondere gevallen, wanneer de Commissie, na het verstrijken van de aan de lidstaat opgelegde termijn waarbinnen hij zich dient te voegen naar het met redenen omkleed advies, het Hof niet binnen een redelijke termijn adieert, bij de beoordeling waarvan rekening dient te worden gehouden met alle omstandigheden van het geval en met de door de Commissie aangevoerde rechtvaardiging, alsmede met de ruime beoordelingsmarge van de Commissie in de uitoefening van de bevoegdheden die haar zijn verleend krachtens de artikelen 211 EG en 226 EG.

98. Hoe formalistisch deze oplossing ook mag lijken, zij is wel zinvol voor de eventuele toekomstige declaratoire uitspraak, omdat wordt voorkomen dat het Hof, dat volgens vaste rechtspraak moet zien naar de situatie bij het verstrijken van de in het met redenen omkleed advies gestelde termijn [63], uitspraak doet onder verwijzing naar een juridische en feitelijke context die ten gevolge van ontwikkelingen in de tijd niet langer actueel is.

99. Dienaangaande zij eraan herinnerd dat de precontentieuze procedure niet uitsluitend beoogt de betrokken lidstaat de mogelijkheid te bieden zich te verdedigen tegen de door de Commissie jegens hem geformuleerde grieven, maar bovendien, zoals her-

61 — Zie hierboven, punt 83.

62 — Daarbij wordt de mogelijkheid onverlet gelaten om een nieuw beroep in te stellen indien die fout kan worden verholpen.

63 — Zoals bekend mag het Hof, volgens vaste rechtspraak, in zijn beslissing in het kader van een procedure ex artikel 226 EG, geen ontwikkelingen in overweging nemen die hebben plaatsgevonden in de periode tussen het met redenen omkleed advies en de inleiding van het beroep, maar dient het zich te beperken tot de beoordeling van de situatie bij het verstrijken van de in het met redenen omkleed advies gestelde termijn.

haaldelijk door het Hof is vastgesteld, het onderwerp te bepalen van het geding dat bij de gemeenschapsrechter aanhangig zal worden gemaakt. Het regelmatig verloop van de precontentieuze procedure vormt dus, om met de woorden van het Hof te spreken, „een door het Verdrag gewilde wezenlijke waarborg, niet enkel ter bescherming van de rechten van de aangesproken lidstaat, maar ook om te verzekeren dat in de eventuele procedure voor het Hof het onderwerp van het geding duidelijk is omschreven". [64]

100. Indien in de periode tussen het verstrijken van de in het met redenen omkleed advies gestelde termijn en het instellen van het beroep de juridische en feitelijke context van het geding, zoals vastgelegd in het met redenen omkleed advies, is gewijzigd, zodat een uitspraak van het Hof waarin geen rekening is gehouden met deze wijzigingen, in wezen zinloos zou zijn, kan men zich afvragen of het Hof, na kennis te hebben genomen van de gewijzigde omstandigheden en het eventuele ongerechtvaardigd stilzitten van de Commissie gedurende meer dan een redelijke termijn, het beroep niet niet-ontvankelijk zou kunnen verklaren.

101. In dat geval zou het aan de Commissie staan om een nieuw met redenen omkleed advies uit te brengen, waarna zij opnieuw het Hof zou kunnen adiëren. Een dergelijke maatregel kan gepast zijn met het oog op de correcte inleiding van de gerechtelijke fase van de procedure ex artikel 226 EG en de waarborging dat de omstandigheden actueel zijn en nuttig voor een eventuele toekomstige declaratoire uitspraak van het Hof.

102. Dienaangaande wijs ik erop dat het Hof reeds naar een dergelijke oplossing neigt. In het arrest in zaak C-177/03, aangehaald in voetnoot 64, is Frankrijk door de Commissie gedaagd in het kader van een beroep krachtens artikel 226 EG, dat twee jaar en zes maanden na het verstrijken van de in het met redenen omkleed advies verleende termijn werd ingesteld. In deze periode had Frankrijk talrijke en „belangrijke maatregelen genomen op het betrokken gebied". [65] De discussie tussen de partijen voor het Hof beperkte zich in wezen tot de reikwijdte van deze maatregelen en de mate waarin zij geschikt waren om de richtlijn uit te voeren die door de Franse regering op verkeerde wijze zou zijn omgezet. Na te hebben gepreciseerd dat, krachtens de vaste rechtspraak, deze discussie kennelijk niet in overweging kon worden genomen in het kader van de gerechtelijke procedure, wees het Hof erop dat „wanneer de relevante nationale bepalingen fundamenteel gewijzigd zijn tussen het einde van de termijn voor de naleving van het met redenen omkleed advies en de instelling van het beroep wegens niet-nakoming, [...] het door het Hof uit te spreken arrest door deze evolutie een belangrijk deel van zijn nut [kan] verliezen. In een dergelijke situatie zou het de voorkeur

64 — Zie beschikking van 11 juli 1995, Commissie/Spanje (C-266/94, Jurispr. blz. I-1975, punt 17), en arresten van 10 april 2003, Commissie/Portugal (C-392/99, Jurispr. blz. I-3373, punt 133), en 9 december 2004, Commissie/Frankrijk (C-177/03, Jurispr. blz. I-1167, punt 20).

65 — Punt 18 van het arrest.

verdienen dat de Commissie geen beroep instelt, maar een nieuw met redenen omkleed advies uitbrengt, onder aanduiding van de grieven die zij in het licht van de gewijzigde omstandigheden wenst te behouden". [66] Het Hof was echter van oordeel dat de omstandigheden in casu geen grond opleverden om het beroep niet-ontvankelijk te verklaren. [67]

103. Voorts zij erop gewezen dat de verplichting om het Hof op straffe van niet-ontvankelijkheid van het beroep te adiëren binnen een redelijke termijn na het verstrijken van de aan de lidstaat verleende termijn om zich te voegen naar het met redenen omkleed advies, welke verplichting op de Commissie zou rusten wanneer zij het wenselijk acht de gerechtelijke fase van de procedure in te leiden, geen enkele invloed zou hebben op de inhoud van de beslissingsbevoegdheid van de Commissie krachtens artikel 226 EG, maar enkel een voorwaarde zou vormen voor een correcte uitoefening van die bevoegdheid.

104. In een dergelijk geval zou de Commissie verplicht zijn, indien zij dat wenselijk acht, een nieuwe procedure in te leiden of ten minste een nieuw met redenen omkleed advies uit te brengen. Op het moment dat de Commissie een besluit dient te nemen over het al dan niet opnieuw inleiden van de precontentieuze procedure, zal zij verplicht zijn opnieuw de wenselijkheid hiervan te beoordelen en eventueel de eerder jegens de betrokken lidstaat aangedragen grieven te herformuleren, teneinde rekening te houden met de gewijzigde omstandigheden.

105. Ik zal nu ingaan op de door de Nederlandse regering geformuleerde grieven in het onderhavige geding.

d) De niet-ontvankelijkheid op grond van het beweerde laattijdig handelen van de Commissie

106. Ten aanzien van, in de eerste plaats, de grief met betrekking tot het laattijdig handelen van de Commissie, vloeit uit hetgeen hiervoor is uiteengezet voort dat, zelfs al zou deze grief gegrond zijn, de vaststelling van deze gegrondheid, in de omstandigheden van het geval, niet van invloed zou zijn op de bevoegdheid van de Commissie om het Hof te adiëren teneinde de betwiste niet-nakoming te laten vaststellen, zoals door de Nederlandse regering wordt gesteld.

107. Zou men in casu de Commissie de mogelijkheid ontzeggen om te laten vaststellen of Nederland de op hem rustende verplichtingen op grond van de bevoegdheidsverdeling tussen de Gemeenschap en de lidstaten met betrekking tot de sluiting en toepassing van internationale overeenkomsten inzake luchtvervoer, zoals door het Hof bepaald in de arresten van 5 november 2002,

66 — Punt 21 van het arrest.

67 — Punt 22 van het arrest.

al dan niet is nagekomen, dan zou alleen Nederland in de gelegenheid worden gesteld om internationale verbintenissen in stand te houden die strijdig zijn met die bevoegdheidsverdeling, waardoor Nederland onterecht bevoordeeld zou worden ten opzichte van de andere lidstaten, ten koste van de eenvormige toepassing van de door het Hof in de voormelde arresten geformuleerde beginselen.

108. Zoals hierboven is vastgesteld, zou sprake kunnen zijn van een uitdovende werking voor de bevoegdheden van de Commissie, indien zou worden vastgesteld dat de — per hypothese ongerechtvaardigde — vertraging waarmee de Commissie de procedure ex artikel 226 EG heeft ingeleid, de mogelijkheden tot verdediging van de verwerende lidstaat in de betrokken procedure onherstelbaar heeft geschaad. In casu echter heeft Nederland de schending van de rechten van de verdediging niet uitdrukkelijk aangedragen en, zelfs al zou uit de Nederlandse argumenten een dergelijke schending kunnen worden opgemaakt, dan nog is daarvoor geen enkel bewijs aangevoerd.

109. Wat betreft de vraag of de eventuele vaststelling van een ongerechtvaardigde vertraging van de Commissie bij de inleiding van de procedure ex artikel 226 EG, in geval van toewijzing van het beroep, van invloed zou zijn op de omvang van de verplichting die voor Nederland zou voortvloeien uit de noodzaak zich te voegen naar de declaratoire uitspraak van het Hof[68], dient er bovenal op te worden gewezen dat deze verplichting inhoudt dat de betrokken internationale verbintenissen voor de toekomst worden beëindigd. Gelet op de aard van deze verplichting, is het ondenkbaar dat de tijdsduur wijzigingen in de draagwijdte ervan tot gevolg heeft gehad.

110. Nederland betoogt overigens dat het, krachtens de bij de arresten van het Hof van 5 november 2002 aan de Gemeenschap verleende externe bevoegdheid op het gebied van luchtvervoer en de ontwikkelingen in de regelgeving die op deze arresten volgden, niet meer bevoegd zou zijn onderhandelingen met de Verenigde Staten te openen om de clausules van de betrokken overeenkomsten die het Hof als ongeoorloofd zou kunnen beschouwen, te wijzigen. Hieruit volgt, volgens Nederland, dat de vertraging waarmee de Commissie in dezen zou hebben gehandeld, het voor Nederland onmogelijk zou hebben gemaakt zich te voegen naar een eventuele uitspraak waarin het beroep wordt toegewezen.

111. Hierin kan ik mij niet vinden. Zoals de Commissie heeft beklemtoond, geeft de betrokken overeenkomst de partijen de mogelijkheid ze op te zeggen. Nederland beschikt derhalve, anders dan het stelt, over een rechtsinstrument dat het de mogelijk-

68 — Zie de overwegingen ten aanzien van het arrest Commissie/Ierland, aangehaald in punt 94.

heid biedt om, indien nodig, zich te voegen naar een uitspraak van het Hof die voor Nederland ongunstig is.

112. Ten aanzien van het argument van Nederland, op dit punt ondersteund door de Franse regering, interveniënte, dat de opzegging van de betrokken overeenkomst zou leiden tot een rechtsvacuüm in de betrekkingen met de Verenigde Staten op het gebied van luchtvervoer, dat schadelijk zou zijn voor de nationale marktdeelnemers in de sector, behoeft slechts te worden opgemerkt dat, ingevolge de arresten van het Hof van 5 november 2002, ook de luchtvaartmaatschappijen van de lidstaten waartegen de Commissie negen jaar geleden is opgetreden, aan dezelfde negatieve gevolgen zijn blootgesteld. In dit opzicht lijkt mij het tijdsverloop eerder in het voordeel dan in het nadeel van de Nederlandse luchtvaartmaatschappijen te hebben uitgepakt.

113. Terloops merk ik op, dat de op dit punt door zowel Nederland als Frankrijk aangevoerde argumenten een definitieve oplossing beogen van de kwestie — die cruciaal is met het oog op de belangen van de betrokken communautaire luchtvaartmaatschappijen — van de wijze waarop de lidstaten die zich schuldig hebben gemaakt aan de door het Hof in de arresten van 5 november 2002 vastgestelde schendingen van het gemeenschapsrecht, en eventueel ook Nederland indien het in het onderhavige geding in het ongelijk wordt gesteld, verplicht zijn om uitvoering te geven aan de in die arresten vastgestelde beginselen. Dienaangaande is het niet moeilijk om in te zien waarom de door de Commissie in de voormelde brieven van 25 november 2002, 30 juli 2004 en 10 maart 2005 voorgestelde oplossing, die als enige mogelijkheid de opzegging van de overeenkomsten met de ongeoorloofde clausules vermeldt — en waarbij opnieuw onderhandelen over de overeenkomsten op nationaal niveau wegens de exclusieve externe bevoegdheid van de Commissie als uitgesloten dient te worden beschouwd —, unaniem op grote weerstand is gestuit bij alle betrokken lidstaten. Het rechtsvacuüm dat deze oplossing namelijk zou creëren, en dat, in tegenstelling tot hetgeen de Commissie stelt, realistisch beschouwd zelfs niet tijdelijk zou kunnen worden opgevuld door toepassing van het comity-beginsel, zou grote economische gevolgen hebben voor de betrokken communautaire luchtvaartmaatschappijen, zowel vanwege het verlies van verkeersrechten op routes van en naar de Verenigde Staten of de onzekerheid over het voortbestaan van deze rechten, als vanwege het risico — waarop de Nederlandse en de Franse regering wijzen — voor bestaande allianties tussen communautaire luchtvaartmaatschappijen en luchtvaartmaatschappijen uit de Verenigde Staten (alliantie KLM/NorthWest en Skyteam).

114. Zoals reeds is opgemerkt [69], is het niet de taak van het Hof om, in zijn uitspraak over een beroep krachtens artikel 226 EG, te bepalen hoe de betrokken lidstaat zich dient te voegen naar het arrest waarin hij in

69 — Zie punt 92 hierboven.

gebreke wordt gesteld [70], ook al kan het Hof duidelijkheid verschaffen over de reikwijdte van die verplichting. [71] Hieruit volgt dat, in casu [72], gesteld dat de verwerende lidstaat, in geval van toewijzing van het beroep, niet in de materiële of juridische onmogelijkheid zou verkeren om zich naar het arrest van het Hof te voegen, het aan de betrokken lidstaat en de Commissie is om, krachtens het beginsel van loyale samenwerking dat ten grondslag ligt aan de betrekkingen tussen de gemeenschapsinstellingen en de lidstaten, te trachten een oplossing te vinden voor de problemen die de uitvoering van een eventueel arrest waarin het onderhavige beroep wordt toegewezen, mee zou brengen. [73]

e) De niet-ontvankelijkheid op grond van de beweerdelijk te lange duur van de inbreukprocedure

115. Ten aanzien van de duur van de procedure, verwijt Nederland de Commissie uitsluitend met betrekking tot de periode tussen de goedkeuring van het met redenen omkleed advies en de instelling van het beroep, dat zij te traag heeft gehandeld. Het onderzoek dient zich derhalve hiertoe te beperken.

116. Aangezien het met redenen omkleed advies is goedgekeurd in oktober 2000 en het beroep is ingesteld in december 2004, dient in het kader van dit onderzoek een periode van bijna vier jaar in aanmerking te worden genomen.

117. Uit de rechtspraak volgt dat de vraag of de duur van de administratieve procedure redelijk is, wordt beoordeeld met inachtneming van de specifieke omstandigheden van elke zaak en in het bijzonder de context ervan, de verschillende etappes van de procedure die de Commissie heeft gevolgd, het gedrag van de partijen tijdens de procedure, de ingewikkeldheid van de zaak, alsmede het belang ervan voor de verschillende betrokken partijen. [74]

118. Ik ben van mening dat de Commissie in casu niet kan worden verweten dat zij heeft gewacht op de uitspraak van het Hof over de in 1998 ingestelde beroepen, die in wezen hetzelfde onderwerp hadden als het beroep in het onderhavige geding.

70 — Eventuele verschillen van inzicht tussen de Commissie en de betrokken lidstaat over de maatregelen die nodig zijn voor een correcte omzetting van het arrest van het Hof, kunnen zo nodig in overweging worden genomen in het kader van een beroep ex artikel 228 EG.

71 — Zie arrest Commissie/Ierland, aangehaald in punt 94 hierboven.

72 — De onderhavige zaak verschilt ten opzichte van de zaken waarin de arresten van het Hof van 14 september 1999, Commissie/België (C-170/98, Jurispr. blz. I-5493), en 4 juli 2000, Commissie/Portugal (C-62/98, Jurispr. blz. I-5171), zijn gewezen. Daar ging de Commissie in beroep tegen het niet-opzeggen van de overeenkomst en stelde zij dus het Hof de vraag of voor de verwerende lidstaten al dan niet een verplichting in die zin bestond.

73 — Voor het geval het Hof dienaangaande een standpunt inneemt, lijkt het mij toch zinvol te bedenken dat wanneer, zoals in casu in geval van toewijzing van het beroep, de strijdigheid met het gemeenschapsrecht slechts enkele clausules van een internationale overeenkomst betreft, de opzegging van deze overeenkomst slechts dan noodzakelijk dient te worden geacht, wanneer die clausules niet kunnen worden opgeheven of aangepast. In casu zou de Commissie de verwerende lidstaat dan ook de bevoegdheid moeten verlenen om opnieuw over de betrokken clausules te onderhandelen, teneinde deze te verenigen met de relevante communautaire bepalingen en, slechts wanneer dit onmogelijk blijkt, om opzegging van de volledige overeenkomst te verzoeken.

74 — Zie arrest SCK en FNK/Commissie, aangehaald in punt 58 hierboven, punt 57, en, evenzo, met betrekking tot de duur van de gerechtelijke procedure, arrest Hof van 17 december 1998, Baustahlgewebe/Commissie (C-185/95 P, Jurispr. blz. I-8417, punt 29).

119. De Commissie heeft na de uitspraak van de arresten van 5 november 2002 echter nog twee jaar gewacht alvorens het beroep in het onderhavige geding in te stellen. Daarom dient te worden beoordeeld of deze termijn als onredelijk kan worden gekwalificeerd, rekening houdend met alle relevante omstandigheden van het geval.

120. Dienaangaande dient er vooraf op te worden gewezen dat de in 1998 door de Commissie ingestelde beroepen, waarvan de uitkomst allerminst voorspelbaar was, zoals trouwens blijkt uit het feit dat zij slechts ten dele door het Hof zijn toegewezen, voor het eerst de kwestie opwierpen van de verdeling tussen de Gemeenschap en de lidstaten van de externe bevoegdheden op het gebied van luchtvervoer. Bovendien brachten de arresten van 5 november 2002, zoals hierboven is aangestipt, de delicate kwestie naar voren van de te nemen maatregelen om het rechtsvacuüm op te vullen dat mogelijk zou kunnen ontstaan door de opheffing van de internationale verbintenissen van de betrokken lidstaten die de exclusieve externe bevoegdheid van de Gemeenschap schonden.

121. Zo is naar aanleiding van de uitspraak van de voornoemde arresten in de Raad een discussie ontstaan over de wijze waarop een correcte toepassing van de door het Hof vastgestelde beginselen kan worden gewaarborgd. Deze discussie heeft, zoals reeds in herinnering is gebracht, geleid tot de goedkeuring, tijdens de zitting van de Raad van 5 en 6 juni 2003, van een maatregelenpakket waarmee, onder andere, de Commissie werd gemachtigd om met de Verenigde Staten te onderhandelen over internationale overeenkomsten inzake luchtvervoer.

122. Herhaald zij bovendien dat de Commissie twee weken na de uitspraak van de arresten van 5 november 2002, de hierboven aangehaalde mededeling van 19 november 2002 heeft goedgekeurd, waarin zij haar standpunt bepaalde ten aanzien van de gevolgen van die arresten voor de overeenkomsten die er niet rechtstreeks onder vielen, en dat zij op 25 november 2002 aan Nederland een brief heeft verzonden waarin deze lidstaat werd verzocht de betrokken overeenkomst op te zeggen.

123. In die omstandigheden kan men mijns inziens de Commissie niet verwijten, met het instellen van het beroep in het onderhavige geding te hebben gewacht tot de uitkomst bekend was van de politieke discussie naar aanleiding van de uitspraak van de arresten van 5 november 2002. Evenmin kan men haar verwijten Nederland de tijd te hebben gegeven die nodig was om zich naar deze arresten te voegen, meer in het bijzonder in aanmerking genomen dat dit, volgens de Commissie, noodzakelijkerwijs zou hebben betekend dat de door Nederland met de Verenigde Staten aangegane verbintenissen moesten worden opgezegd, een maatregel die, zoals overigens ook de Nederlandse regering benadrukt, aanzienlijke gevolgen zou hebben gehad voor de betrekkingen tussen de twee landen in de sector luchtvervoer en, meer in het bijzonder, voor de belangen van de Nederlandse luchtvaartmaatschappijen.

124. Uit het vorenstaande volgt dat de Commissie niet kan worden verweten een redelijke termijn te hebben overschreden vanwege het feit dat zij na de goedkeuring van het met redenen omkleed advies vier jaar heeft gewacht alvorens het beroep in het onderhavige geding in te stellen.

125. Naar mijn mening dient deze grief van Nederland te worden afgewezen, daar zij ongegrond is.

3. Conclusie inzake de ontvankelijkheid

126. In het licht van de vorenstaande overwegingen ben ik van mening dat de door de Nederlandse regering opgeworpen exceptie van niet-ontvankelijkheid van het beroep dient te worden afgewezen en dat het beroep ontvankelijk dient te worden verklaard.

B — *Ten gronde*

1. Inbreuk op de exclusieve externe bevoegdheid van de Gemeenschap

127. Zoals is aangegeven in punt 25 hierboven, heeft het Hof in de arresten van 5 november 2002 geoordeeld dat ingevolge artikel 1, lid 3, van verordening nr. 2409/92 en de artikelen 1 en 7 van verordening nr. 2299/89 de Gemeenschap de exclusieve bevoegdheid heeft verkregen om met derde landen internationale verbintenissen aan te gaan betreffende, enerzijds, de uitoefening van de tariefvrijheid van luchtvaartmaatschappijen uit derde landen op intracommunautaire routes en, anderzijds, de op het grondgebied van de Gemeenschap aangeboden of gebruikte CRS.

128. Volgens het Hof konden de lidstaten vanaf de inwerkingtreding van deze verordeningen, ondanks de herziening van de betrokken overeenkomsten, niet langer dergelijke internationale verbintenissen aangaan of handhaven.

129. In de onderhavige zaak verzoekt de Commissie het Hof te verklaren dat de internationale verbintenissen tussen Nederland en de Verenigde Staten betreffende de tarieven van luchtvaartmaatschappijen uit de Verenigde Staten op intracommunautaire

routes en de op het grondgebied van Nederland aangeboden of gebruikte CRS, een schending vormen van de exclusieve externe bevoegdheid van de Gemeenschap.

130. Derhalve dient te worden onderzocht of Nederland, door de uitwisseling van nota's van 1992 met de Verenigde Staten, de door de arresten van het Hof van 5 november 2002 erkende exclusieve bevoegdheid van de Gemeenschap inzake de tariefvrijheid van luchtvaartmaatschappijen uit derde landen op intracommunautaire routes en de op het grondgebied van de Gemeenschap aangeboden of gebruikte CRS, heeft geschonden.

a) De vraag naar de mogelijkheid van een nieuwe overeenkomst

131. De Commissie betoogt dat de met de notawisseling van 1992 in de tekst van de overeenkomst opgenomen amendementen, de aard van deze overeenkomst ingrijpend hebben gewijzigd, waardoor het een „open sky"-overeenkomst is geworden. Met andere woorden, volgens de Commissie zou de notawisseling van 1992 hebben geleid tot een nieuwe overeenkomst die die van 1957 vervangt.

132. In antwoord hierop stelt de Nederlandse regering dat de overeenkomst van 1957 reeds vóór de wijzigingen die zijn aangebracht met de notawisseling van 1992, een aantal wezenlijke elementen van een „open sky"-overeenkomst bevatte en dat de amendementen van 1992 de laatste fase vormden van de liberalisering van het luchtvervoer tussen beide landen, die reeds was begonnen met de in 1978 en 1991 aangebrachte wijzigingen in de overeenkomst van 1957. Meer in het bijzonder beoogde de notawisseling van 1992 de volledige toegang van Nederlandse luchtvaartmaatschappijen tot de markt van de Verenigde Staten te waarborgen, en zo het gebrek aan evenwicht ten voordele van de Amerikaanse luchtvaartmaatschappijen op te heffen, dat was ontstaan door de eerdere wijzigingen in de overeenkomst van 1957. Deze overeenkomst zou nog steeds van kracht zijn en zou vallen onder artikel 307, eerste alinea, EG, krachtens hetwelk „[d]e rechten en verplichtingen voortvloeiende uit overeenkomsten vóór 1 januari 1958 of, voor de toetredende staten, vóór de datum van hun toetreding gesloten tussen één of meer lidstaten enerzijds en één of meer derde staten anderzijds, [...] door de bepalingen van dit Verdrag niet [worden] aangetast."

133. Ondanks de summiere informatie die de partijen dienaangaande verschaffen, blijkt mijns inziens voldoende duidelijk uit de stukken dat de bepalingen met betrekking tot de CRS in 1991 [75] zijn ingevoerd en vervolgens niet meer zijn gewijzigd in de notawisseling van 1992.

75 — Zie bijlage C van het Memorandum of Consultations van 15 november 1991, in bijlage bij het beroep.

134. Evenzo is in 1991 [76] onderhandeld over de tariefbepalingen, die de tariefvrijheid van de luchtvaartmaatschappijen van beide partijen bij de overeenkomst waarborgen en een stelsel van dubbele afkeuring instellen, terwijl dienaangaande geen enkele bepaling in de notawisseling van 1992 voorkomt.

135. Overigens erkent de Commissie zelf, in punt 29 van het beroep, dat de onderhandelingen van 1992, ofschoon zij de overeenkomst van 1957, zoals eerder geamendeerd, ingrijpend wijzigden, de bepalingen inzake tarieven en CRS in stand hielden. [77]

136. In die omstandigheden — aangezien de stelling van de Commissie, dat met de door de onderhandelingen van 1992 in de overeenkomst van 1957 aangebrachte wijzigingen een nieuwe overeenkomst zou zijn ontstaan, niet lijkt te kunnen worden onderschreven, daar zij niet rijmt met de door de partijen bij de overeenkomst uitgedrukte wil, de voornoemde overeenkomst niet te vervangen, maar slechts enkele, zij het belangrijke, bepalingen ervan te wijzigen — rijst de vraag of, buiten het verweer op grond van artikel 307 EG, de Commissie zich in het onderhavige geding concreet kan beroepen op schending van de exclusieve bevoegdheid van de Gemeenschap onder verwijzing naar de clausules inzake tarieven, daar deze bevoegdheid, die voortvloeit uit de bepalingen van verordening nr. 2409/92, pas werd verleend toen de bedoelde clausules reeds in de betrokken overeenkomsten waren opgenomen, hetgeen, zoals hierboven gezegd, in 1991 is gebeurd.

137. Ik meen dus niet verder op dit punt te hoeven ingaan, daar, gelet op de benadering van het Hof in de arresten van 5 november 2002, de belemmering die wordt gevormd doordat sommige litigieuze internationale verbintenissen zijn aangegaan alvorens sprake was van de beweerdelijk geschonden externe bevoegdheid van de Commissie, kan worden omzeild.

138. Dienaangaande zij herhaald dat het Hof in de voornoemde arresten heeft geoordeeld dat het voor het onderzoek van de gegrondheid van de door de Commissie geformuleerde primaire vordering niet nodig was een standpunt in te nemen over de, door de partijen betwiste, vraag of de wijzigingen tot gevolg zouden hebben gehad dat de bestaande overeenkomsten werden omgezet in nieuwe.

76 — Zie bijlage D van het Memorandum of Consultations van 15 november 1991.

77 — Op dit punt zijn de onderhavige feiten in veel opzichten vergelijkbaar met die in de reeds aangehaalde zaak Commissie/België (C-471/98). Ook daarin werd de oorspronkelijke overeenkomst van 1946 tussen België en de Verenigde Staten bij verschillende gelegenheden gewijzigd met het oog op een geleidelijke liberalisering van het luchtverkeer tussen beide landen. Vanuit deze optiek werd in 1980 een nieuwe overeenkomst gesloten. Meer in het bijzonder waren, in casu, de bepalingen inzake tariefvrijheid voor de luchtvaartmaatschappijen van de Verenigde Staten op intracommunautaire routes en inzake CRS ingevoerd vóór de overeenkomsten van 1994 die door de Commissie werden aangevochten. Zie punten 23-27 van het arrest in zaak C-471/98.

139. Volgens het Hof hadden de betrokken wijzigingen namelijk geleid tot een volledige liberalisering van het luchtverkeer tussen de Verenigde Staten en de betrokken lidstaten, nu hierbij vrije toegang was verleend tot alle routes tussen alle punten in deze twee staten, zonder beperkingen inzake capaciteit en frequentie, of inzake daartussen, daarvoor of verder gelegen punten („behind, between and beyond rights"), en dit voor alle gewenste combinaties van toestellen („change of gauge").

140. Hieruit volgde dat de betrokken wijzigingen het kader hadden gecreëerd voor een nauwere samenwerking tussen de Verenigde Staten en de betrokken lidstaten, die voor deze laatste belangrijke nieuwe internationale verplichtingen meebracht.

141. Het Hof oordeelde voorts dat blijkens deze wijzigingen de bestaande overeenkomsten in hun geheel zijn herzien. Dat een aantal bepalingen ervan niet formeel zijn gewijzigd of slechts onbelangrijke redactionele wijzigingen hebben ondergaan, neemt volgens het Hof bijgevolg niet weg dat de uit deze bepalingen voortvloeiende verbintenissen tijdens die herziening zijn bevestigd. Onder verwijzing naar de arresten van het Hof van 4 juli 2000, Commissie/Portugal [78], preciseerde het Hof dat „[i]n een dergelijke situatie [...] de lidstaten niet alleen geen nieuwe internationale verbintenissen [kunnen] aangaan, maar [...] evenmin dergelijke verbintenissen [kunnen] handhaven, indien deze in strijd zijn met het gemeenschapsrecht". [79]

142. Het Hof oordeelde tot slot dat de betrokken wijzigingen, die aan de bestaande overeenkomsten in hun geheel zijn aangebracht, gevolgen zouden hebben voor de strekking van de bepalingen die niet formeel of slechts op detailpunten waren gewijzigd.

143. Het Hof concludeerde dat alle in de primaire vordering van de Commissie aan de orde gestelde internationale verbintenissen bijgevolg dienden te worden getoetst aan de door de Commissie tot staving van haar vordering aangevoerde bepalingen van gemeenschapsrecht. [80]

144. Volgens mij bevat het dossier geen elementen die aan de toepassing van de bovenstaande benadering in dit geding in de weg staan, daar de in punt 139 hierboven

78 — C-62/98 (Jurispr. blz. I-5171) en C-84/98 (Jurispr. blz. I-5215).

79 — Arrest Commissie/België (C-471/98, reeds aangehaald, punt 50).

80 — Zie arrest Commissie/België (C-471/98, reeds aangehaald, punten 44-53).

genoemde elementen ook in de onderhavige zaak aanwezig zijn.

145. Tot slot dient te worden opgemerkt dat deze benadering het door de Nederlandse regering aangevoerde argument op grond van artikel 307, eerste alinea, EG ontkracht. [81]

b) Het feit dat de notawisseling van 1992 plaatsvond vóór de inwerkingtreding van verordening nr. 2409/92

146. Vergeleken met de door het Hof onderzochte feiten in de zaken die aanleiding hebben gegeven tot de arresten van 5 november 2002, doet zich in het onderhavige geding nog een ander probleem voor.

147. Zowel de onderhandelingen tussen Nederland en de Verenigde Staten in Washington van 1 tot 4 september 1992 als de notawisseling van 14 oktober 1992 waarin de resultaten van deze onderhandelingen zijn vastgelegd, hebben namelijk plaatsgevonden vóór de inwerkingtreding, op 1 januari 1993, van verordening nr. 2409/92, ook al vond de goedkeuring van deze verordening reeds op 23 juli 1992 plaats.

148. Op grond van dit gegeven is de Nederlandse regering, op dit punt ondersteund door de Franse regering, interveniënte, van mening dat haar geen schending van de externe bevoegdheid van de Gemeenschap kan worden verweten, daar deze bevoegdheid pas zou zijn ontstaan op het moment van inwerkingtreding van de interne gemeenschapswetgeving, die in casu zou hebben plaatsgevonden nadat de betrokken internationale verbintenissen waren aangegaan.

149. De Commissie verwijst in haar antwoord naar het arrest in de zaak Inter-Environnement-Wallonie, aangehaald in punt 50 hierboven, waarin het Hof, zoals gezegd, heeft verklaard dat, hoewel de lidstaten niet verplicht zijn om de door een gemeenschapsrichtlijn voorgeschreven maatregelen vast te stellen vóór het verstrijken van de omzettingstermijn, uit de toepassing van artikel 10, tweede alinea, EG in samenhang met artikel 249, derde alinea, EG, volgt dat zij zich gedurende deze termijn dienen te onthouden van maatregelen die de verwezenlijking van het door deze richtlijn voorgeschreven resultaat ernstig in gevaar zouden brengen. [82] Volgens de Commissie is het door het Hof in het arrest Inter-Environne-

81 — Dienaangaande dient er overigens op te worden gewezen dat de bescherming die artikel 307, eerste alinea, EG biedt aan internationale verbintenissen die door de lidstaten zijn gesloten voorafgaand aan de inwerkingtreding van het Verdrag, zich niet uitstrekt tot herzieningen van deze verbintenissen die na de inwerkingtreding van het Verdrag zijn overeengekomen. Zie in die zin arrest Commissie/Duitsland (C-476/98, reeds aangehaald, punt 69).

82 — Punt 45 van het arrest.

ment-Wallonie vastgestelde beginsel eveneens van toepassing op de onderhavige zaak, daar de betrokken overeenkomst is herzien en gesloten na de goedkeuring van verordening nr. 2409/92 en in de loop van de termijn voor de inwerkingtreding ervan.

150. Ik denk dat het in casu niet nodig is uitspraak te doen over de gegrondheid van het betoog van de Commissie, en dus ook niet over de ontvankelijkheid ervan, die door de Nederlandse en de Franse regering wordt betwist. Het lijkt mij bovendien niet zinvol, met het oog op de oplossing van het onderhavige geschil, meer in het algemeen de vraag te onderzoeken of een lidstaat, zonder inbreuk te maken op het beginsel van loyale samenwerking, neergelegd in artikel 10 EG, internationale verbintenissen kan aangaan die strijdig zijn met een exclusieve externe bevoegdheid van de Gemeenschap die is verkregen door de vaststelling van de interne gemeenschapsregeling, terwijl deze regeling de lidstaten niet formeel bindt daar zij nog niet in werking is getreden.

151. De Commissie wijst er namelijk in repliek op, zonder op dit punt door de Nederlandse regering te worden weersproken, dat de notawisseling van 1992 door het Nederlandse parlement is goedgekeurd op 26 april 1993, dus na de inwerkingtreding op 1 januari 1993 van verordening nr. 2409/92.

152. In antwoord hierop stelt de Nederlandse regering dat de datum van goedkeuring van de notawisseling in casu niet ter zake doet, aangezien er reeds vanaf 14 oktober 1992 uitvoering aan werd gegeven.

153. Er zij aan herinnerd dat wanneer een internationale overeenkomst — ofschoon in een vereenvoudigde vorm gesloten, zoals in het geval van een notawisseling, uitdrukkelijk voorzien in artikel 13 van het Verdrag van Wenen inzake het verdragenrecht [83] — voor een of meerdere partijen aan goedkeuring is onderworpen, zij definitief bindend is op het moment van wederzijdse kennisgeving (of kennisgeving door de verdragsluitende staten die ertoe moeten overgaan), dat de goedkeuring heeft plaatsgevonden (of door uitwisseling van de desbetreffende oorkonden). Aangezien de definitieve wilsovereenstemming tussen de partijen het begin van de gelding van de overeenkomst, dat wil zeggen de inwerkingtreding ervan aangeeft, is, wanneer voor een of meerdere partijen de voorgaande goedkeuring van de overeenkomst is voorgeschreven, voor de inwerkingtreding ervan vereist dat de andere partijen ervan op de hoogte worden gesteld dat de goedkeuring heeft plaatsgevonden.

154. Artikel 25 van het Verdrag van Wenen voorziet niettemin in de mogelijkheid voor de partijen om de overeenkomst voorlopig toe te passen. In het bijzonder bepaalt dit artikel dat „een verdrag of een deel van een

83 — Gesloten op 23 mei 1969.

verdrag [voorlopig] wordt [...] toegepast in afwachting van zijn inwerkintreding, indien: a) het verdrag zulks bepaalt; of b) indien de Staten die hebben deelgenomen aan de onderhandelingen op een andere wijze aldus zijn overeengekomen".

155. Uit de stukken blijkt dat de betrokken overeenkomst voorlopig is toegepast vanaf de datum van de notawisseling, op 14 oktober 1992, in afwachting van de vervulling van de formaliteiten voor de goedkeuring van de overeenkomst door Nederland. De laatste paragraaf van de nota die op 14 oktober 1992 door het Nederlandse ministerie van Buitenlandse Zaken naar de ambassade van de Verenigde Staten in 's-Gravenhage is gestuurd, en waarvan de tekst is opgenomen in het uittreksel uit het *Tractatenblad* dat door de Nederlandse regering aan haar memorie van dupliek is toegevoegd, luidt als volgt:

„I propose that if the foregoing proposal is acceptable to the Government of the United States of America, that this note and your note in reply indicating such acceptance shall constitute an agreement between our two governments, which shall enter into force upon an exchange of diplomatic notes following completion of all necessary internal procedures of the Government of the Kingdom of the Netherlands. Pending entry into force, the terms of this agreement shall be applied provisionally from the date of your note in reply."

156. De laatste paragraaf van het antwoord dat de ambassade van de Verenigde Staten in 's-Gravenhage op 14 oktober 1992 aan het Nederlandse ministerie van Buitenlandse Zaken stuurde, luidt als volgt:

„I have the honour to inform Your Excellency, on behalf of the Government of the United States of America, that it accepts the above proposal of the Government of the Kingdom of the Netherlands and to confirm that Your Excellency's note and this reply shall constitute an agreement between our two governments, the terms of which shall be applied provisionally from the date of this note and which shall enter into force upon a subsequent exchange of notes following the completion of all necessary internal procedures of the Government of the Kingdom of the Netherlands."

157. In die omstandigheden dient te worden vastgesteld dat de sluiting van de betrokken overeenkomst, dat wil zeggen de definitieve wilsovereenstemming tussen beide partijen bij de overeenkomst, en de daaruit volgende inwerkingtreding ervan, slechts plaatsvond door een uitwisseling van diplomatieke nota's na de goedkeuring van de overeenkomst door het Nederlandse parlement op 26 april 1993, en derhalve op een datum die gelegen is na de inwerkingtreding, op 1 januari 1993, van verordening nr. 2409/92.

158. Hieruit volgt dat op de datum dat Nederland definitief de betrokken interna-

tionale verbintenissen, voortvloeidend uit de notawisseling van 14 oktober 1992, aanging, de bepalingen van verordening nr. 2409/92, op grond waarvan, zoals erkend in de arresten van 5 november 2002, de Gemeenschap beschikte over de exclusieve externe bevoegdheid inzake de tariefvrijheid van luchtvaartmaatschappijen uit derde landen op intracommunautaire routes, reeds van kracht waren.

159. Het argument van de Nederlandse regering dat in casu geen beroep zou kunnen worden gedaan op de uit verordening nr. 2409/92 voortvloeiende exclusieve externe bevoegdheid van de Gemeenschap om de onwettigheid van de betrokken internationale verbintenissen aan te tonen, is dan ook ongegrond, daar het op een onjuiste uitlegging van de feiten berust.

160. Tot slot acht ik het zinvol te preciseren dat de voorgestelde analyse, ofschoon zij berust op een door de Commissie uitsluitend in haar memorie van repliek aangevoerd element, niet gebaseerd is op veronderstellingen die het onderwerp van het geschil, zoals dat is vastgelegd in het inleidend verzoekschrift, wijzigen, noch op nieuwe grieven die te laat zijn aangevoerd in strijd met artikel 42, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering van het Hof. In haar conclusie in het inleidend verzoekschrift verzoekt de Commissie het Hof namelijk vast te stellen dat Nederland, door de betrokken verbintenissen aan te gaan of te handhaven, de verplichtingen die krachtens een aantal bepalingen van het gemeenschapsrecht op hem rustten, niet is nagekomen. Het belang dat in het kader van de voornoemde analyse wordt toegekend aan de datum van goedkeuring van de betrokken verbintenissen, is enkel instrumenteel voor de vaststelling van het moment waarop deze verbintenissen definitief bindend dienen te worden geacht voor de verwerende lidstaat.

161. Op grond van de voorgaande overwegingen ben ik van mening dat in casu niets in de weg staat aan de vaststelling dat de verwerende lidstaat heeft gehandeld in strijd met de bepalingen van de verordeningen nrs. 2409/92 en 2299/89, zulks op basis van hetgeen het Hof reeds heeft verklaard in de arresten van 5 november 2002.

2. Schending van artikel 52 EG-Verdrag

162. Zoals reeds aangegeven in de punten 27 en 28, heeft het Hof in de arresten van 5 november 2002 geoordeeld dat de verwerende lidstaten, door met de Verenigde Staten verbintenissen aan te gaan waarin aan laatstgenoemde het recht wordt verleend de vervoersrechten in te trekken, te schorsen of te beperken wanneer de door de betrokken lidstaten aangewezen luchtvaartmaatschappijen niet in handen zijn van deze lidstaten of van onderdanen ervan, niet voldeden aan de

verplichtingen die op hen rusten krachtens artikel 52 EG-Verdrag.

163. In dit verband heeft het Hof in de voornoemde arresten bovenal gepreciseerd dat artikel 52 EG-Verdrag van toepassing is op luchtvervoer en dat het, in het bijzonder, geldt voor in een lidstaat gevestigde luchtvaartmaatschappijen die luchtvervoersdiensten verrichten tussen een lidstaat en een derde land.

164. Het Hof bracht verder in herinnering dat de vrijheid van vestiging volgens deze bepaling de toegang tot en de uitoefening van werkzaamheden anders dan in loondienst omvat, alsmede de oprichting en het beheer van ondernemingen, en met name van vennootschappen in de zin van artikel 58, tweede alinea, EG-Verdrag (thans artikel 48, tweede alinea, EG), overeenkomstig de bepalingen die door de wetgeving van het land van vestiging voor de eigen onderdanen zijn vastgesteld en dat, derhalve, de artikelen 52 en 58 EG-Verdrag de gemeenschapsonderdanen die gebruik hebben gemaakt van de vrijheid van vestiging, alsmede de daarmee gelijkgestelde vennootschappen, in de lidstaat van ontvangst het voordeel van de nationale behandeling garanderen.

165. Vervolgens wees het Hof erop dat de clausules betreffende de eigendom van en de controle over de luchtvaartmaatschappijen die onder de betrokken overeenkomsten vallen, waarin met name de Verenigde Staten de mogelijkheid wordt geboden de exploitatievergunningen of technische vergunningen van een luchtvaartmaatschappij die door de betrokken lidstaten is aangewezen, maar die niet voor een wezenlijk deel in handen is van of daadwerkelijk wordt gecontroleerd door deze lidstaten of door onderdanen ervan, in te trekken, te schorsen of te beperken, nadelig konden zijn voor de in die staten gevestigde luchtvaartmaatschappijen die voor een wezenlijk deel in handen zijn van en worden gecontroleerd door een andere lidstaat dan de lidstaat van vestiging of door onderdanen van een dergelijke lidstaat. Deze luchtvaartmaatschappijen zouden dus steeds kunnen worden uitgesloten van de toepassing van de overeenkomst inzake luchtvervoer tussen de verwerende lidstaten en de Verenigde Staten, terwijl deze overeenkomst automatisch geldt voor de luchtvaartmaatschappijen van deze lidstaten.

166. Het Hof oordeelde derhalve dat de voornoemde clausules strijdig waren met artikel 52 EG-Verdrag, daar zij discriminatie tussen de luchtvaartmaatschappijen van de lidstaat die partij is bij de overeenkomst en die van de andere lidstaten mogelijk maakten, door deze laatste, indien zij zijn gevestigd op het grondgebied van de lidstaat die partij is bij de overeenkomst, in deze staat het voordeel van de nationale behandeling te ontzeggen. [84]

167. In het onderhavige geding verzoekt de Commissie het Hof vast te stellen dat Nederland dezelfde inbreuk heeft gepleegd.

84 — Zie bijvoorbeeld arrest Commissie/Duitsland (C-476/98, reeds aangehaald, punten 144-156).

168. Uit de stukken blijkt dat de clausule betreffende de eigendom van en de controle over de luchtvaartmaatschappijen, die is opgenomen in de bilaterale overeenkomst tussen Nederland en de Verenigde Staten, is gewijzigd met de notawisseling van 1992. De Commissie stelt dat deze clausule wezenlijk is herschreven, terwijl de Nederlandse regering betoogt dat de wijzigingen zuiver redactioneel waren.

169. Dienaangaande hoeft slechts te worden verwezen naar de redenering van het Hof in de arresten van 5 november 2002, hierboven uiteengezet in de punten 138 tot en met 143, volgens welke, ingevolge de herziening van de bestaande overeenkomsten, de clausules die ongewijzigd zijn gebleven of slechts onbelangrijke wijzigingen hebben ondergaan, als bevestigd dienen te worden beschouwd.

170. Op dat punt sluit ik mij in het bijzonder aan bij de conclusies van advocaat-generaal Tizzano in de zaken die aanleiding hebben gegeven tot de arresten van 5 november 2002. Daarin werd benadrukt dat, ook al zouden, formeel gezien, de clausules betreffende eigendom en controle niet door de betrokken overeenkomsten zijn geamendeerd, de inhoud en de omvang ervan door het sluiten van deze overeenkomsten wel degelijk ingrijpend zijn gewijzigd, daar deze door de tot stand gebrachte volledige liberalisering van de routes van de vijfde vrijheid, onvermijdelijk de werkingssfeer van de clausules hebben beïnvloed. [85]

171. Op basis van hetgeen het Hof reeds heeft geoordeeld in de arresten van 5 november 2002, dient mijns inziens te worden geconcludeerd dat wel degelijk sprake is van de door de Commissie aangevoerde schending van artikel 52 EG-Verdrag.

C — *Kosten*

172. Ingevolge artikel 69, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering wordt de in het ongelijk gestelde partij in de kosten verwezen, voor zover dit is gevorderd.

85 — Zie punten 137 en 138.

Aangezien Nederland in het ongelijk moet worden gesteld, dient het overeenkomstig de vordering van de Commissie in de kosten te worden verwezen.

173. Frankrijk, interveniënt in het onderhavige geding, dient ingevolge lid 4 van het voornoemde artikel 69 zijn eigen kosten te dragen.

VII — Conclusie

174. Gelet op het voorgaande geef ik het Hof in overweging te beslissen als volgt:

„1) Door met de Verenigde Staten van Amerika internationale verbintenissen aan te gaan of ondanks de herziening van de overeenkomst inzake luchtvervoer van 3 april 1957 tussen het Koninkrijk der Nederlanden en de Verenigde Staten van Amerika verbintenissen te handhaven

— betreffende de tarieven van de door de Verenigde Staten aangewezen luchtvaartmaatschappijen op intracommunautaire routes,

— betreffende de op Nederlands grondgebied aangeboden of gebruikte geautomatiseerde boekingssystemen, en

— waarbij de Verenigde Staten het recht is verleend de uitoefening van de vervoersrechten te verbieden of deze rechten in te trekken wanneer de door het Koninkrijk der Nederlanden aangewezen luchtvaartmaatschappijen niet in handen zijn van deze laatste of van Nederlandse onderdanen,

heeft het Koninkrijk der Nederlanden niet voldaan aan de verplichtingen die op hem rusten krachtens artikel 5 EG-Verdrag (thans artikel 10 EG), artikel 52 EG-Verdrag (thans, na wijziging, artikel 43 EG), en de verordeningen (EEG) van de Raad nrs. 2409/92 van 23 juli 1992 inzake tarieven voor luchtdiensten, en 2299/89 van 24 juli 1989 betreffende gedragsregels voor geautomatiseerde boekingssystemen, zoals gewijzigd bij verordening (EEG) nr. 3089/93 van de Raad van 29 oktober 1993.

2) Het Koninkrijk der Nederlanden wordt verwezen in de kosten.

3) De Franse Republiek zal haar eigen kosten dragen."