FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT GEORGES COSMAS

fremsat den 16. maj 2000 [1]

Indhold

I — Indledning ..... I - 388

II — De relevante retsregler ..... I - 388

III — Faktiske omstændigheder og den anfægtede beslutning ..... I - 390

IV — Annullationsanbringender ..... I - 394

A — Fortolkning af det retlige grundlag for den anfægtede beslutning (første og andet annullationsanbringende) ..... I - 395

a) Parternes argumenter ..... I - 395

aa) Manglende kompetence som følge af tilsidesættelse af artikel 8, stk. 1 og 3, i forordning nr. 2408/92 samt af EF-traktatens artikel 155 (nu artikel 211 EF) og artikel 169 (nu artikel 226 EF) (første annullationsanbringende) ..... I - 395

ab) Tilsidesættelse af artikel 3, stk. 1, og artikel 8, stk. 1, i forordning nr. 2408/92 og af traktatens artikel 59, artikel 61, stk. 1, og artikel 84, stk. 1 og 2, samt af de i retspraksis opstillede principper vedrørende fri udveksling af tjenesteydelser (andet annullationsanbringende) ..... I - 396

b) Stillingtagen ..... I - 398

B — Tilsidesættelse eller fejlagtig fortolkning af artikel 8, stk. 1 og 3, i forordning nr. 2408/92 som følge af en fejlagtig anvendelse af proportionalitetsprincippet (tredje annullationsanbringende) ..... I - 409

C — Spørgsmålet, om der er tale om tilsidesættelse af artikel 8, stk. 1, i forordning nr. 2408/92, når henses til reglerne om indirekte forskelsbehandling, samt om en åbenbart urigtig bedømmelse af de faktiske omstændigheder (fjerde annullationsanbringende) ..... I - 415

V — Forslag til afgørelse ..... I - 421

1 — Originalsprog: græsk.

I — Indledning

1. I den foreliggende sag har Den Italienske Republik (herefter også »sagsøgeren«) nedlagt påstand om annullation af Kommissionens beslutning 98/710/EF af 16. september 1998 om en procedure vedrørende anvendelsen af Rådets forordning (EØF) nr. 2408/92 (sag VII/AMA/11/98 — italienske trafikfordelingsregler for Milanos lufthavnssystem) [2] (herefter »den anfægtede beslutning«), hvorefter Den Italienske Republik ikke må anvende de trafikfordelingsregler for Milanos lufthavnssystem, der var blevet fastsat i nationale dekreter, og som navnlig indeholdt bestemmelser om overførsel af lufttrafik fra Linate lufthavn til Malpensa lufthavn. Den Italienske Republik har anført, at Kommissionen ved den anfægtede beslutning, som er baseret på formodede begrænsninger, der ikke er rimelige i relation til princippet om fri udveksling af tjenesteydelser, har overskredet de grænser, der er fastsat i forordning (EØF) nr. 2408/92 [3], som Kommissionen har anvendt som hjemmel for beslutningen. Den Italienske Republik har ligeledes anført, at Kommissionen under alle omstændigheder har anvendt proportionalitetsprincippet fejlagtigt. Endelig har Kommissionen ifølge sagsøgeren anlagt en fejlagtig vurdering af de faktiske omstændigheder, idet den har fastslået, at der er tale om indirekte forskelsbehandling til fordel for det nationale italienske luftfartsselskab (Alitalia).

2 — EFT L 337, s. 42.

3 — Rådets forordning af 23.7.1992 om EF-luftfartsselskabers adgang til luftruter inden for Fællesskabet (EFT L 240, s. 8).

II — De relevante retsregler

2. EF-traktatens artikel 59, stk. 1 (efter ændring nu artikel 49, stk. 1, EF), bestemmer:

»Inden for rammerne af nedennævnte bestemmelser skal restriktioner, der hindrer fri udveksling af tjenesteydelser inden for Fællesskabet, gradvis afskaffes i løbet af overgangsperioden, for så vidt angår statsborgere i medlemsstaterne, der er bosat i et andet af Fællesskabets lande end modtageren af den pågældende ydelse.«

3. EF-traktatens artikel 61, stk. 1 (nu artikel 51, stk. 1, EF), har følgende ordlyd:

»Den frie udveksling af tjenesteydelser på transportområdet omfattes af bestemmelserne i afsnittet vedrørende transport.«

4. I EF-traktatens artikel 84, stk. 2 (efter ændring nu artikel 80, stk. 2, EF), er det fastsat:

»Rådet kan med kvalificeret flertal træffe beslutning om, hvorvidt, i hvilket omfang

og på hvilken måde passende bestemmelser vil kunne fastsættes for sø- og luftfart.

Procedurebestemmelserne i artikel 75, stk. 1 og 3, finder anvendelse.«

5. De to første betragtninger til forordning nr. 2408/92 lyder som følger:

»Det er vigtigt at fastlægge en luftfartspolitik for det indre marked i løbet af perioden indtil den 31. december 1992, jf. traktatens artikel 8 A.

Det indre marked indebærer et område uden indre grænser med fri bevægelighed for varer, personer, tjenesteydelser og kapital.«

6. I nittende betragtning til forordningen hedder det:

»Det er hensigtsmæssigt, at alle spørgsmål vedrørende markedsadgang behandles i samme forordning.«

7. Endvidere er det i artikel 3, stk. 1, i forordning nr. 2408/92 fastsat:

»Medmindre andet følger af denne forordning, tillader den (de) berørte medlemsstat(er) EF-luftfartsselskaber at udøve trafikrettigheder på ruter inden for Fællesskabet.«

8. Endelig hedder det i forordningens artikel 8:

»1. Denne forordning berører ikke en medlemsstats ret til at fastlægge fordelingen af trafikken på de enkelte lufthavne inden for et lufthavnssystem, når det sker uden forskelsbehandling på grundlag af luftfartsselskabets nationalitet eller identitet.

2. Udøvelse af trafikrettigheder er underkastet offentliggjorte fællesskabsbestemmelser samt nationale, regionale eller

lokale bestemmelser om drift i henseende til sikkerhed og miljøbeskyttelse samt tildeling af afgangs- og ankomsttidspunkter.

3. Efter anmodning fra en medlemsstat eller på eget initiativ undersøger Kommissionen anvendelsen af stk. 1 og 2 og træffer inden en måned efter modtagelsen af anmodningen efter høring af det i artikel 11 omhandlede udvalg beslutning om, hvorvidt medlemsstaten kan fortsætte med at anvende de foranstaltninger, der er truffet. Kommissionen meddeler Rådet og medlemsstaterne sin beslutning.

4. Enhver medlemsstat kan forelægge Kommissionens beslutning for Rådet inden for en måned. Rådet kan med kvalificeret flertal træffe anden afgørelse inden for en måned, når ekstraordinære forhold gør sig gældende.

...«

III — Faktiske omstændigheder og den anfægtede beslutning

9. Milanos lufthavnssystem omfatter lufthavnene Linate, Malpensa og Orio al Serio (Bergamo). Trafikfordelingen mellem disse lufthavne var tidligere markedsstyret, idet der måtte tages hensyn til de bestående driftsmæssige hindringer. Dette førte til en ineffektiv udnyttelse af den forhåndenværende lufthavnskapacitet, idet Linate lufthavn var overudnyttet, mens Malpensa lufthavn var underudnyttet[4]. Desuden har ingen af systemets lufthavne kunnet udvikle sig til hovedlufthavn for nationale, internationale og interkontinentale flyvninger.

10. De italienske myndigheder besluttede derfor at reorganisere Milanos lufthavnssystem og udvikle Malpensa lufthavn til en hovedlufthavn for at skabe en tilstrækkelig fremtidig lufthavnskapacitet. Dette skulle ske ved at udvide og forbedre Malpensa

4 — Det var Linate lufthavn, der ligger 10 km fra Milanos bymidte, der var centrum for det meste af indenrigs- og udenrigstrafikken til og fra Fællesskabet. Linate lufthavn stod over for alvorlige kapacitetsproblemer. I 1997 blev den således benyttet af ca. 14 mio. passagerer, mens dens største kapacitet er anslået til 8 mio. Malpensa lufthavn, der ligger 53 km fra Milanos bymidte, var centrum for den internationale trafik, da der var driftsmæssige hindringer for interkontinental trafik i Linate lufthavn. Kun få flyvninger til og fra Fællesskabet foregik fra Malpensa lufthavn, idet passagererne foretrak Linate lufthavn, der ligger nærmere Milanos bymidte. Malpensa lufthavn modtog således kun ca. 4 mio. passagerer i 1997, mens dens største kapacitet er anslået til 6 mio. Orio al Serio lufthavn, der ligger ca. 50 km fra Milanos bymidte og nær Bergamo, blev navnlig benyttet til fragt- og charterflyvninger, selv om et begrænset antal passagerruteflyvninger også fandt sted fra denne lufthavn.

lufthavn, et projekt, der er betegnet »Malpensa 2000« [5]. For at den nye lufthavn i Malpensa kunne finansieres, var det nødvendigt at overføre trafik fra Linate lufthavn til Malpensa lufthavn.

11. Den italienske minister for transport udstedte derfor den 5. juli 1996 dekret nr. 46-T, der fastsatte trafikfordelingsreglerne for Milanos lufthavnssystem. I dekretets artikel 1, stk. 1, var det fastsat, at fra den dato, hvor de prioriterede strukturer i Malpensa 2000 efter nærmere bestemmelse i et senere dekret tages i brug, skal al ruteflyvning og al anden lufttrafik på interkontinentale ruter og ruter i Fællesskabet (herunder indenrigsruter og udenrigsruter i Fællesskabet) foregå til og fra Malpensa lufthavn. Artikel 1, stk. 2, bestemte, at de samme flyvninger også kunne foretages til og fra lufthavnen Orio al Serio. Ifølge artikel 1, stk. 3 og 4, måtte Linate lufthavn kun benyttes til almindelig luftfart og direkte flyvninger, som betjener Milano, og som, året før de prioriterede strukturer tages i brug, havde et årligt passagerantal på 2 mio. og derover eller i løbet af de sidste tre år havde nået et årligt gennemsnit på 1,5 mio.

12. Den 23. oktober 1997 vedtog den italienske regering dekret nr. 57-T, hvis artikel 1, stk. 1, bestemte, at de prioriterede strukturer, der omhandles i dekret nr. 46-T, ville blive taget i brug den 25. oktober 1998. Dekret nr. 46-T og 57-T indebar således, at al lufttrafik til og fra Milano fra den 25. oktober 1998 skulle ske enten fra Malpensa lufthavn eller fra Orio al Serio lufthavn, dog med undtagelse af almindelig luftfart og lufttransport, som overholdt de trafikgrænser, der var opstillet i artikel 1, stk. 4, i dekret nr. 46-T. Den eneste rute, som kunne overholde disse grænser, var ruten Milano-Rom.

13. Den 16. februar 1998 rettede luftfartsselskaberne British Airways, Iberia, Lufthansa, Olympic Airways, Sabena, Scandinavian Airlines System og TAP Air Portugal en fælles henvendelse til Kommissionen og anmodede den om at erklære de trafikfordelingsregler, de italienske myndigheder havde indført for Milanos lufthavnssystem, uforenelige med fællesskabsretten, navnlig

5 — Dette projekt er et af de 14 prioriterede projekter i det transeuropæiske transportnet, som blev oprettet i henhold til Europa-Parlamentet og Rådets beslutning nr. 1692/96/EF af 23.7.1996 om Fællesskabets retningslinjer for udvikling af det transeuropæiske transportnet (EFT L 228, s. 1). Projektet får støtte fra Fællesskabet, fra Den Europæiske Investeringsfond og fra Den Europæiske Investeringsbank.

med forordning nr. 2408/92, og om, at den anmodede de italienske myndigheder om ikke at anvende disse regler, men indføre andre regler, der er i fuld overensstemmelse med fællesskabsretten [6]. Luftfartsselskaberne gjorde navnlig gældende, at der ved reglerne var tilvejebragt forskelsbehandling til fordel for Alitalia [7], og at reglerne i øvrigt ikke var i overensstemmelse med proportionalitetsprincippet [8].

14. Efter at have fulgt den fastsatte procedure [9] vedtog Kommissionen den 16. september 1998 den anfægtede beslutning under henvisning til artikel 8, stk. 3, i forordning nr. 2408/92.

15. I den anfægtede beslutning har Kommissionen først beskrevet de faktiske omstændigheder og den gennemførte procedure og er derefter fremkommet med en retlig vurdering af de italienske regler, set i forhold til forordning nr. 2408/92. Kommissionen har således anført, at enhver restriktion, der godkendes i henhold til forordningens artikel 8, stk. 1, både skal være i overensstemmelse med princippet om forbud mod forskelsbehandling, som der udtrykkeligt henvises til i bestemmelsen, og med de generelle principper om fri udveksling af tjenesteydelser, således som disse fremgår af Domstolens praksis. Disse

6 — Den 5.4.1998 meddelte Air France Kommissionen, at selskabet tilsluttede sig de nævnte luftfartsselskabers aktion mod de italienske regler. Den 22.4.1998 rettede luftfartsselskaberne henvendelse til Kommissionen med anmodning om, at den traf en foreløbig beslutning forud for en eventuel beslutning vedrørende de italienske reglers indhold for at sikre, at reglerne ikke blev sat i kraft, før der var skabt tilstrækkelig transportforbindelse mellem Milano og Malpensa lufthavn. Den 27.5.1998 rettede Austrian Airlines en særskilt henvendelse til Kommissionen med samme formål som de øvrige klagende luftfartsselskabers første og senere henvendelser og med de samme klagepunkter.

7 — Ifølge de klagende luftfartsselskaber vil en anvendelse af de italienske regler medføre, at der kun drives en enkelt rute fra Linate lufthavn, nemlig ruten Milano-Rom. Denne rute beflyves på nuværende tidspunkt af flere af Fællesskabets luftfartsselskaber, herunder Alitalia. Alitalia vil således i vid udstrækning kunne benytte sin hovedlufthavn i Rom, som selskabet kan betjene fra Linate lufthavn, mens Fællesskabets øvrige luftfartsselskaber ikke vil kunne flyve på deres respektive hovedlufthavne fra Linate lufthavn, idet de er forpligtet til at foretage disse flyvninger fra Malpensa lufthavn. Følgen bliver, at Alitalia får en konkurrencefordel frem for Fællesskabets øvrige luftfartsselskaber, fordi selskabet via sin hovedlufthavn kan tilbyde lufttransport til mellem- og langdistancedestinationer. Med andre ord vil passagerer, som fra Milano flyver til en lang- eller mellemdistancedestination via en hovedlufthavn, foretrække at flyve via Alitalia's hovedlufthavn frem for de hovedlufthavne, der benyttes af Fællesskabets øvrige luftfartsselskaber. Luftfartsselskaberne har tilføjet, at manglen på tilstrækkelige transportforbindelser vil forstærke ulemperne ved Malpensa i forhold til Linate og dermed også den forskelsbehandling, de italienske trafikfordelingsregler medfører.

8 — Luftfartsselskaberne anførte, at de italienske regler ikke er forholdsmæssige, idet formålet kunne have været opnået uden forskelsbehandling og med en mere rationel udnyttelse af lufthavnskapaciteten, således at både underudnyttelse af Linate lufthavn og overtrafikering af Malpensa lufthavn kunne være undgået. På denne baggrund burde alle Fællesskabets luftfartsselskaber have tilladelse til at flyve på deres respektive hovedlufthavne fra Linate lufthavn.

9 — Med henblik på at kunne undersøge sagen på grundlag af alle de nødvendige oplysninger i henhold til den i artikel 8, stk. 3, i forordning nr. 2408/92 fastsatte procedure og med henblik på at varetage retten til kontradiktion tilstillede Kommissionen den 3.3.1998 de italienske myndigheder den henvendelse, luftfartsselskaberne var fremkommet med, og anmodede myndighederne om at fremkomme med deres bemærkninger. Med hensyn til spørgsmålet om, hvorvidt de italienske regler var udtryk for forskelsbehandling, påpegede de italienske myndigheder, at der ikke var tale om forskelsbehandling, idet adgangen til ruten Milano-Rom står åben for alle Fællesskabets luftfartsselskaber i overensstemmelse med Fællesskabets gældende regler. For så vidt angår proportionalitetsprincippet hævdede myndighederne, at trafikfordelingsreglerne er nødvendige for at nå de tilsigtede mål, nemlig at gøre Malpensa lufthavn til hovedlufthavn og bevare Linate lufthavn som en supplerende lufthavn.
I en række breve og på forskellige møder underrettede Kommissionen de italienske myndigheder om sin holdning i sagen ud fra de oplysninger, den var i besiddelse af, og begrundede, hvorfor den tvivlede på, at de italienske regler var i overensstemmelse med artikel 8, stk. 1, i forordning nr. 2408/92. De italienske myndigheder gentog, at kriterierne for fordeling af trafikken på Milanos lufthavnssystem i dekret nr. 46-T ikke indebar nogen forskelsbehandling til fordel for Alitalia. For at berolige Kommissionen i dette spørgsmål var de italienske myndigheder imidlertid villige til eventuelt at opstille visse betingelser for beflyvningen af ruten Milano-Rom fra Linate lufthavn. Ifølge Kommissionen var disse betingelser dog hverken rimelige eller hensigtsmæssige.

principper går ifølge Kommissionen ud over det blotte forbud mod forskelsbehandling på grundlag af nationalitet eller på grundlag af luftfartsselskabets identitet. Selv om nationale bestemmelser om begrænsning af den frie udveksling af tjenesteydelser finder anvendelse uden forskelsbehandling, er de imidlertid ikke acceptable, medmindre de er begrundede ud fra tvingende almene hensyn, eller et tilsvarende resultat kan opnås gennem vedtagelsen af mindre restriktive regler, der er i overensstemmelse med proportionalitetsprincippet.

16. Med hensyn til spørgsmålet om, hvorvidt de italienske regler er i overensstemmelse med princippet om forbud mod forskelsbehandling, er Kommissionen under hensyntagen til den bestående konkurrence mellem Alitalia og Fællesskabets øvrige luftfartsselskaber nået frem til, at kriterierne i dekret nr. 46-T, hvorefter kun Alitalia får mulighed for at flyve til sin hovedlufthavn Rom -Fiumicino fra Linate lufthavn, mens Fællesskabets øvrige luftfartsselskaber er nødt til at flyve til deres respektive hovedlufthavne fra Malpensa lufthavn, medfører en konkurrencefordel for Alitalia. Denne fordel vil bestå, så længe Malpensa lufthavn ikke råder over en adgangsinfrastruktur, som kan ændre den nuværende situation, hvor passagererne er uvillige til at benytte denne lufthavn. Ifølge Kommissionen vil en anvendelse af kriterierne i dekret nr. 46-T med virkning fra den 25. oktober 1998, jf. bestemmelserne i dekret nr. 57-T, i praksis indebære en forskelsbehandling til fordel for Alitalia. En anvendelse af de nævnte kriterier med virkning fra den 25. oktober 1998, jf. dekret nr. 57-T, er derfor uforenelig med det principielle forbud mod forskelsbehandling på grundlag af luftfartsselskabets identitet i artikel 8, stk. 1, i forordning nr. 2408/92.

17. Med hensyn til spørgsmålet om, hvorvidt de italienske regler er i overensstemmelse med proportionalitetsprincippet, har Kommissionen først bemærket, at artikel 8, stk. 1, i forordning nr. 2408/92 udtrykkeligt anerkender retten til en aktiv lufthavnspolitik i forbindelse med udbygningen af Malpensa lufthavn, og at Malpensa 2000-projektet har til formål at gøre denne lufthavn til en fuldt funktions- og bæredygtig hovedlufthavn. Kommissionen har dernæst taget stilling til de restriktioner, der er indført gennem trafikfordelingsreglerne, og konkluderet, at Malpensa 2000-projektets funktionsdygtighed (herunder rettidig flydrift og normal adgang til lufthavnen for alle passagerer) ikke forudsætter, at der den 25. oktober 1998 overføres en sådan trafikmængde, som de italienske regler indebærer. Malpensa lufthavns funktionsdygtighed som hovedlufthavn kræver ifølge Kommissionen overførsel af en trafikmængde, som kan forenes med lufthavnens faciliteter og adgangsinfrastrukturer. Ellers kan Malpensa lufthavns udvikling og fremtidige stilling som en af Fællesskabets hovedlufthavne trues. En udsættelse af overførslen eller en gradvis overførsel fra den 25. oktober 1998 vil ifølge Kommis-

sionen være bedre egnet til dette formål og vil også berøre den frie ret til at tilbyde lufttransport til og fra Milano i mindre grad. De italienske regler er derfor ikke absolut nødvendige for at nå de italienske myndigheders mål, som kan nås ved hjælp af regler, som er mindre restriktive, når det gælder den frie ret til at tilbyde lufttransport. At pålægge restriktioner, der med øjeblikkelig virkning fører til en så drastisk aktivitetsnedskæring i Linate lufthavn som fra 14,2 mio. passagerer om året i 1997 til 2,5 mio., når de nye regler træder i kraft, forekommer heller ikke Kommissionen at være den mest velegnede foranstaltning med henblik på at nå det mål, der nævnes i ellevte betragtning til dekret nr. 46-T, og hvorefter Linate lufthavn skal holdes i gang under alle omstændigheder. Kommissionen har derfor fundet, at de trafikfordelingsregler, der var fastsat i dekret nr. 46-T og nr. 57-T, er uforenelige med proportionalitetsprincippet.

18. Af ovennævnte grunde traf Kommissionen derfor beslutning om, at Den Italienske Republik ikke må anvende de trafikfordelingsregler for Milanos lufthavnssystem, som var fastsat i de omtvistede dekreter.

19. Ingen medlemsstater har forelagt beslutningen for Rådet, således som de kan i henhold til artikel 8, stk. 4, i forordning nr. 2408/92.

20. Den 8. oktober 1998 har Den Italienske Republik anlagt sag ved Domstolen til prøvelse af beslutningen og herunder nedlagt påstand om, at den anfægtede kommissionsbeslutning annulleres, og om, at Kommissionen tilpligtes at betale sagens omkostninger. Kommissionen har påstået sig frifundet og nedlagt påstand om, at Den Italienske Republik tilpligtes at betale sagens omkostninger.

IV — Annullationsanbringender

21. Med henblik på, at min behandling af sagen bliver sammenhængende, vil jeg tage stilling til det første og andet anbringende under ét, eftersom de begge vedrører den samme generelle problemstilling, nemlig fortolkning af det retlige grundlag for den anfægtede beslutning (A). Jeg vil derefter tage stilling til det tredje annullationsanbringende, hvorved Den Italienske Republik har gjort gældende, at Kommissionen under alle omstændigheder har anvendt proportionalitetsprincippet fejlagtigt (B). Endelig vil jeg behandle det fjerde anbringende, hvorved det gøres gældende dels, at reglerne om indirekte forskelsbehandling er tilsidesat, dels at Kommissionen i den anfægtede beslutning har anlagt en åben-

bart urigtig bedømmelse af de faktiske omstændigheder (C).

A — *Fortolkning af det retlige grundlag for den anfægtede beslutning (første og andet annullationsanbringende)*

a) Parternes argumenter

aa) Manglende kompetence som følge af tilsidesættelse af artikel 8, stk. 1 og 3, i forordning nr. 2408/92 samt af EF-traktatens artikel 155 (nu artikel 211 EF) og artikel 169 (nu artikel 226 EF) (første annullationsanbringende)

22. Med det første annullationsanbringende har Den Italienske Republik gjort gældende, at den anfægtede beslutning må annulleres, idet Kommissionen uden hensyntagen til den reelle betydning af artikel 8, stk. 3, i forordning nr. 2408/92, som er det retlige grundlag for Kommissionens kompetence til at vedtage den pågældende beslutning, har undersøgt, hvorvidt de italienske regler er i overensstemmelse med princippet om fri udveksling af tjenesteydelser og navnlig med proportionalitetsprincippet, og at Kommissionen ikke, som den burde have gjort det, kun har undersøgt, om de er i overensstemmelse med princippet om forbud mod forskelsbehandling [10].

23. Til støtte for, at alle de argumenter, som Den Italienske Republik har fremført som led i dette første anbringende, ikke er holdbare, har Kommissionen først anført, at forordning nr. 2408/92 gennemfører alle de regler, der vedrører den frie udveksling af tjenesteydelser som omhandlet i traktatens artikel 59, på luftfartssektoren. Såfremt man anlægger en ordlydsfortolk-

10 — Den italienske regering har nærmere anført, at artikel 8, stk. 1, i forordning nr. 2408/92 tillægger medlemsstaterne en enekompetence til at fastlægge fordelingen af trafikken på de enkelte lufthavne, en kompetence, som er begrænset gennem forpligtelsen til at overholde princippet om forbud mod forskelsbehandling på grundlag af luftfartsselskabets nationalitet eller identitet. Samme artikels stk. 3 tillægger Kommissionen kompetence til at undersøge, om de vedtagne nationale bestemmelser er i overensstemmelse med stk. 1. Det følger af formuleringen af denne bestemmelse, der er klar, at det eneste formål med undersøgelsen er, om de nationale bestemmelser er i overensstemmelse med det i stk. 1 omhandlede princip om forbud mod forskelsbehandling, men ikke, mere generelt, om de er i overensstemmelse med fællesskabsretten. Når fællesskabslovgiver har ønsket at indføre en sådan generel undersøgelse, således som det er tilfældet med samme forordnings artikel 9, stk. 4 og 5, har lovgiver udtrykkeligt fastsat, at den pågældende undersøgelse ikke udtrykkeligt drejer sig om, hvorvidt de nationale bestemmelser er i overensstemmelse med forordningens bestemmelser, men at undersøgelsen endvidere består i at efterprøve, om de pågældende bestemmelser er i strid med »fællesskabsretten«.
Den Italienske Republik har tilføjet, at Kommissionen i den anfægtede beslutning har udtalt, at den i henhold til artikel 8, stk. 3, i forordning nr. 2408/92 var bemyndiget til at efterprøve de italienske regler, rent generelt ud fra et fællesskabsretligt synspunkt, og mere specielt ud fra proportionalitetsprincippet, som regulerer restriktionerne for den frie udveksling af tjenesteydelser. En sådan holdning medfører fejlagtigt en udvidende fortolkning af bestemmelsen, der tillægger Kommissionen en beslutningsbeføjelse, idet Kommissionen har anvendt bestemmelsen i et andet tilfælde og på andre betingelser, end bestemmelsen omhandler. En sådan anvendelse er i strid med de principper i traktaten, der omhandler Fællesskabets institutionelle opbygning og navnlig med det strenge legalitetsprincip med hensyn til Kommissionens beslutningsbeføjelse, der omhandles i traktatens artikel 155. Da artikel 8, stk. 3, i forordning nr. 2408/92 er en undtagelse fra traktatens artikel 169, må den ifølge Den Italienske Republik fortolkes snævert. Det kan derfor ikke antages, at bestemmelsen indebærer, at Kommissionen kan udnytte sin beslutningsbeføjelse til at fremkomme med vurderinger eller vedtage bindende beslutninger, der ikke er snævert forbundet med en anvendelse af samme artikels stk. 1. I henhold til denne bestemmelse er forskelsbehandling forbudt, et forbud, hvis gennemførelse ikke kan indebære en skønsmæssig vurdering.

ning, en systematisk fortolkning og en teleologisk fortolkning, kan artikel 8, stk. 1, i forordning nr. 2408/92 ikke fortolkes således, at en medlemsstat herved kan tilsidesætte andre gældende fællesskabsretlige bestemmelser, som f.eks. proportionalitetsprincippet [11].

ab) Tilsidesættelse af artikel 3, stk. 1, og artikel 8, stk. 1, i forordning nr. 2408/92 og af traktatens artikel 59, artikel 61, stk. 1, og artikel 84, stk. 1 og 2, samt af de i retspraksis opstillede principper vedrørende fri udveksling af tjenesteydelser (andet annullationsanbringende)

24. Med det andet annullationsanbringende, der er subsidiært i forhold til det første, har Den Italienske Republik bestridt, at den anfægtede beslutning er holdbar ud fra et retligt synspunkt, når det i beslutningen fastslås, at de omtvistede italienske dekreter er i strid med fællesskabsretten, idet de ikke er i overensstemmelse med proportionalitetsprincippet. Med anbringendets første led har Den Italienske Republik bestridt det ræsonnement, på grundlag af hvilket det i beslutningen fastslås, at de nationale trafikfordelingsregler er i strid med fællesskabsretten,

11 — Kommissionen har nærmere anført, at artikel 8, stk. 1, i forordning nr. 2408/92 ikke hjemler mulighed for, at medlemsstaterne kan fordele lufttrafikken under tilsidesættelse af fællesskabsretten, og at samme artikels stk. 3 ikke begrænser Kommissionens beføjelse til at undersøge, om nationale foranstaltninger er i overensstemmelse med samme artikels stk. 1. Tværtimod kræves det i henhold til stk. 3, at Kommissionen undersøger, om medlemsstaten fortsat kan anvende foranstaltningen.
Kommissionen har tilføjet, at proportionalitetsprincippet er et generelt fællesskabsretligt princip, som medlemsstaterne skal overholde, når en fællesskabsretlig bestemmelse forbeholder dem ret til at udøve nærmere fastlagte beføjelser. Kommissionen har ligeledes påpeget, at i henhold til traktatens artikel 155 »skal Kommissionen ... drage omsorg for gennemførelsen af de i denne traktat indeholdte bestemmelser og af de bestemmelser, som med hjemmel i denne træffes af institutionerne«. Artikel 8, stk. 3, i forordning nr. 2408/92 kan derfor ifølge Kommissionen ikke fortolkes således, at bestemmelsen er til hinder for, at Kommissionen vedtager beslutninger, som ikke tager hensyn til alvorlige tilsidesættelser af proportionalitetsprincippet, når forholdet er det, at Kommissionen selv er udsat for sagsanlæg i henhold til EF-traktatens artikel 173 (efter ændring nu artikel 230 EF) for tilsidesættelse af samme princip, såfremt den ikke undersøger sagen i lyset af alle generelle fællesskabsretlige principper. Den omstændighed, at artikel 9, stk. 4 og 5, i forordning nr. 2408/92 udtrykkeligt indeholder bestemmelse om en generel efterprøvelse af, om de nationale bestemmelser er lovlige, er ikke til hinder for, at det samme ræsonnement også finder anvendelse med hensyn til artikel 8, stk. 1. Til støtte for sit synspunkt har Kommissionen henvist til, at Retten i dom af 19.6.1997 (sag T-260/94, Air Inter mod Kommissionen, Sml. II, s. 997) tog stilling til Den Italienske Republiks argument om, at en kommissionsbeslutning var behæftet med en mangel som følge af tilsidesættelse af EF-traktatens artikel 90, stk. 2 (nu artikel 86, stk. 2, EF), selv om den pågældende artikel ikke er nævnt i artikel 8 i forordning nr. 2408/92.
Kommissionen har tilføjet, at en sådan indskrænkende fortolkning af dens beslutningsbeføjelse er i strid med princippet om god forvaltningsskik, idet den ville forpligte Kommissionen til at godkende en bestemmelse i henhold til artikel 8, stk. 1 og 3, i forordning nr. 2408/92, og derefter indlede den i traktatens artikel 169 fastsatte procedure. En sådan procedure, der ville omfatte to etaper, nemlig en kontrol i henhold til artikel 8, stk. 1 og 3, i forordning nr. 2408/92 og en kontrol i henhold til traktatens artikel 169, ville ifølge Kommissionen ikke være i overensstemmelse med retssikkerhedsprincippet og heller ikke med hensynet til, at der hurtigt træffes afgørelse i tvister vedrørende lovligheden af nationale bestemmelser, som markedet for lufttrafik gør nødvendige.

såfremt de ikke overholder et proportionalitetsprincip [12]. Med andet led af det samme anbringende har sagsøgeren bestridt, at Kommissionen ud fra et proportionalitetssynspunkt i den anfægtede beslutning har fundet, at en vurdering af de nationale dekreter vedrørende Milanos lufthavnssystem kan begrunde et forbud over for sagsøgeren. Sagsøgeren har navnlig anført, at Kommissionen i den anfægtede beslutnings punkt 49 med urette har vurderet, om de italienske dekreter er i overensstemmelse med fællesskabsretten, på grundlag af et økonomisk kriterium som f.eks. et lufthavnssystems bæredygtighed [13].

25. For så vidt angår første led af det andet annullationsanbringende har Kommissionen anført, at princippet om fri udveksling af tjenesteydelser på luftfartsområdet inden for Fællesskabet er opstillet i artikel 3, stk. 1, i forordning nr. 2408/92. Ifølge Kommissionen skal nationale bestemmelser, som begrænser denne frihed, være i overensstemmelse med de generelle principper, der i henhold til Domstolens praksis gælder med hensyn til fri udveksling af tjenesteydelser. Kommissionen har i den

12 — Sagsøgeren har anført, at selv om det måtte antages, at de principper, der er opstillet i traktatens artikel 59, er relevante i relation til fortolkningen af dekretets bestemmelser, har Kommissionen påberåbt sig dem, ikke for at fortolke forordningens artikel 8, men for at udfylde bestemmelsen ved at tillægge den en betydning og en rækkevidde, der går ud over bestemmelsens klare indhold. Endvidere kan Kommissionen ikke påberåbe sig artikel 59 og retspraksis vedrørende denne grundlæggende traktatbestemmelse. Bestemmelserne i traktatens afsnit IV finder ikke anvendelse på sø- og luftfart (artikel 84, stk. 1). Det tilkommer Rådet at fastsætte bestemmelser for luftfart (artikel 84, stk. 2). Forordning nr. 2408/92 er netop blevet vedtaget med denne hjemmel, og den er følgelig den eneste retskilde inden for det område, den anfægtede beslutning omhandler.
Ifølge sagsøgeren har Kommissionen ikke anvendt de principper, der er opstillet i retspraksis vedrørende begrænsningerne af den frie udveksling af tjenesteydelser, korrekt. De nævnte principper kan ikke anvendes inden for luftfartsområdet, eftersom der ved forordning nr. 2408/92 er foretaget en harmonisering af betingelserne for adgang til flyruter inden for Fællesskabet. Som sagsøgeren har anført i replikken, indgår artikel 8, stk. 1, hvorefter medlemsstaterne kan fastlægge fordelingen af flytrafikken på betingelse af, at de overholder princippet om forbud mod forskelsbehandling, ligesom andre af forordningens artikler, herunder artikel 9, som udtrykkeligt (stk. 2, sidste led) fastsætter, at proportionalitetsprincippet skal overholdes, såfremt der indføres restriktioner med hensyn til luftfartsselskabernes udøvelse af deres rettigheder, i en skønsbeføjelse, som Rådet i henhold til Domstolens praksis (den italienske regering har her henvist til dom af 22.5.1985, sag 13/83, Parlamentet mod Rådet, Sml. s. 1513, præmis 65) har ved indførelsen af princippet om fri udveksling af tjenesteydelser på luftfartsområdet. I den foreliggende sag er de omtvistede italienske dekreter følgelig kun undergivet efterprøvelse på grundlag af artikel 8, stk. 1, i forordning nr. 2408/92, men ikke på grundlag af ovennævnte principper fra retspraksis.

13 — Sagsøgeren har i den forbindelse anført, at i henhold til Domstolens praksis finder proportionalitetsprincippet anvendelse ved vurderingen af lovligheden af restriktioner, der er begrundet i tvingende almene hensyn. Såfremt en restriktion ikke er begrundet ud fra et tvingende hensyn, skal proportionalitetsprincippet ikke bringes i anvendelse. Hvis de omtvistede bestemmelser i henhold til artikel 8, stk. 1, i forordning nr. 2408/92 kan vedtages på grundlag af økonomiske hensyn (og på betingelse af, at princippet om forbud mod forskelsbehandling overholdes), forekommer det vilkårligt at bringe de generelle principper i anvendelse med henblik på at efterprøve de pågældende bestemmelser på grundlag af proportionalitetsprincippet.
Ifølge sagsøgeren må Kommissionen desuden ikke udfylde den manglende henvisning til proportionalitetsprincippet i artikel 8, stk. 1, i forordning nr. 2408/92 på den måde, at den selv skaber et nyt alment hensyn, der omfatter rent økonomiske hensyn som f.eks. dem, der har relation til tilvejebringelsen af et effektivt lufthavnssystem. Den italienske regering har tilføjet, at Kommissionen ikke kan »spille« på begrebet et tvingende alment hensyn ved at påberåbe sig bestemmelser, der ikke er relevante, som f.eks. EF-traktatens artikel 129 B (nu artikel 154 EF).
Endelig har sagsøgeren påpeget, at de anlægsarbejder, der skal forbedre forbindelsen med Malpensa lufthavn, og som Kommissionen har taget hensyn til, er irrelevante i forbindelse med anvendelsen af forordning nr. 2408/92, idet regeringen har vanskeligt ved at se, hvordan de kan have indflydelse på spørgsmålet om, hvorvidt dekreterne om fordeling af trafikken mellem Malpensa og Linate er i overensstemmelse med fællesskabsretten, selv i lyset af de ganske vist bestridte retlige synspunkter, som den anfægtede beslutning er baseret på.

forbindelse påpeget, at ovennævnte generelle principper, som under alle omstændigheder skal anvendes ved fortolkningen af forordning nr. 2408/92, ikke kun omfatter et forbud mod forskelsbehandling på grundlag af nationalitet, men også er til hinder for bestemmelser, som ganske vist finder anvendelse på tjenesteydere uanset deres nationalitet, men som begrænser denne frihed, medmindre de pågældende bestemmelser er begrundet ud fra tvingende almene hensyn, eller såfremt det samme resultat kan nås ved mindre restriktive bestemmelser.

26. For så vidt angår det andet led af det andet annullationsanbringende, hvorved det gøres gældende, at der ikke foreligger et tvingende alment hensyn, har Kommissionen anført, at sådanne hensyn ikke kan opregnes udtømmende. Ifølge Kommissionen må det formål, som består i, at der skabes en funktions- og bæredygtig hovedlufthavn, og som også kan beskrives med udtryk som f.eks. »effektiv styring af trafikken« eller »krav om en passende ny planering«, betragtes som et tvingende alment hensyn [14].

14 — Ifølge Kommissionen henhører hensyn vedrørende infrastrukturen på transportområdet under begrebet et alment hensyn, således som artikel 8, stk. 1, og artikel 9 i forordning nr. 2408/92 peger i retning af. Selv om det formål, der består i, at der skabes en funktions- og bæredygtig hovedlufthavn, har makroøkonomiske følger, vedrører det på ingen måde mikroøkonomiske forhold, som ifølge Domstolen ikke kan begrunde restriktioner for den frie udveksling af tjenesteydelser. Under alle omstændigheder antages det i retspraksis, at det forhold, at nationale bestemmelser også forfølger økonomiske formål, ikke er til hinder for, at de kan betragtes som lovlige i det omfang, de også forfølger tvingende almene hensyn, et synspunkt der også underbygges af EF-traktatens artikel 129 C (efter ændring nu artikel 155 EF).

b) Stillingtagen

27. Med de to første annullationsanbringender har Den Italienske Republik bestridt gyldigheden af den anfægtede beslutning, navnlig med henvisning til, at Kommissionen ikke alene har efterprøvet de omtvistede italienske dekreter på grundlag af princippet om forbud mod forskelsbehandling, men også på grundlag af proportionalitetsprincippet.

28. Dette argument er ikke overbevisende og kan da heller ikke føre til, at den anfægtede beslutning må annulleres. Set ud fra resultatet har Kommissionen ved efterprøvelsen af de italienske regler med rette lagt de to nævnte generelle fællesskabsretlige principper til grund for efterprøvelsen. Når jeg når frem til dette resultat, er det imidlertid af grunde, som delvis afviger fra begrundelsen i den anfægtede beslutning og fra de argumenter, som Kommissionen har fremført for Domstolen.

29. Både Den Italienske Republik og Kommissionen baserer deres ræsonnement på, at valget af proportionalitetsprincippet som retligt grundlag for efterprøvelsen af, om de omtvistede italienske dekreter er lovlige ud fra et fællesskabsretligt synspunkt, forudsætter enten, at de generelle principper, der i henhold til Domstolens praksis kan udledes af traktatens artikel 59 med hensyn til efterprøvelsen af restriktioner for den frie udveksling af tjenesteydelser, er umiddelbart anvendelige, eller at artikel 8, stk. 1 og 3, i forordning nr. 2408/92 fortolkes i lyset af de nævnte principper. Inden jeg undersøger, om disse to alternative betingelser kan være opfyldt og således opstiller det

forudgående spørgsmål om, hvorvidt og i hvilket omfang forordning nr. 2408/92 er en gennemførelse af det grundlæggende princip om fri udveksling af tjenesteydelser på luftfartsområdet, må der tages stilling til, om den omstændighed, at der skal anvendes et proportionalitetsprincip, først og fremmest fremgår af selve det forbud mod forskelsbehandling, der udtrykkeligt er opstillet i forordningens artikel 8, stk. 1. I så fald må der derefter tages stilling til, om de forudsætninger, der ligger til grund for det proportionalitetsprincip, der skal anvendes, er de samme som dem, der er lagt til grund for det proportionalitetsprincip, Kommissionen har anvendt i den anfægtede beslutning. Såfremt dette er tilfældet, må de to første annullationsanbringender under alle omstændigheder forkastes, uanset hvad der måtte blive udfaldet af undersøgelsen af muligheden for at anvende eller tage de i retspraksis opstillede principper vedrørende traktatens artikel 59 i betragtning.

30. For det første er det min opfattelse, at det forhold, at proportionalitetsprincippet skal bringes i anvendelse, følger af selve det forbud mod forskelsbehandling, som i henhold til artikel 8, stk. 1, i forordning nr. 2408/92 udtrykkeligt skal overholdes.

31. Det er utvivlsomt, at det forbud mod forskelsbehandling, der er fastsat i artikel 8, stk. 1, skal vurderes i lyset af såvel litteraturen vedrørende fællesskabsretten som af Domstolens praksis, hvorefter det generelle forbud mod forskelsbehandling omfatter både direkte forskelsbehandling og indirekte forskelsbehandling [15]. Det er således med rette, at det i den anfægtede beslutning hedder, at »det principielle forbud mod forskelsbehandling i artikel 8, stk. 1, imidlertid også [omfatter] foranstaltninger, der ikke udtrykkelig nævner luftfartsselskabernes nationalitet eller identitet, men i praksis alligevel virker som forskelsbehandling, selv indirekte« [16].

32. Jeg skal i den forbindelse minde om, at i tilfælde af direkte forskelsbehandling er det pr. definition åbenbart, at der er tale om forskelsbehandling. Såvel en forskellig behandling af ensartede situationer eller en ensartet behandling af forskellige situationer (forskelsbehandling i praksis) som den omstændighed, at en sådan behandling er ulovlig (forskelsbehandling på grundlag af lovgivning), følger umiddelbart af, at der er lagt et forbudt kriterium til grund for de omtvistede foranstaltninger. For at kunne fastslå, om der er tale om indirekte forskelsbehandling, skal der derimod anlægges et mere komplekst ræsonnement, der i første omgang er baseret på en grundig vurdering af den konkrete situation, den omtvistede foranstaltning regulerer, og på en undersøgelse af, om det tilsyneladende neutrale kriterium, der er anvendt, henset

15 — For så vidt angår litteraturen skal jeg henvise til K. Lenaerts: »L'égalité de traitement en droit communautaire, un principe unique aux apparences multiples« i *Cahiers de droit européen* 1991, s. 3.
Med hensyn til retspraksis kan jeg f.eks. henvise til dom af 12.2.1974 (sag 152/73, Sotgiú, Sml. s. 153, præmis 11), som er grundlæggende med hensyn til forbuddet mod indirekte forskelsbehandling på grundlag af nationalitet. For så vidt angår princippet om fri udveksling af tjenesteydelser kan jeg blandt nyere domme f.eks. henvise til dom af 29.4.1999 (sag C-224/97, Ciola, Sml. I, s. 2517, præmis 13 ff.).

16 — Den anfægtede beslutnings punkt 30.

til den pågældende situation ikke i praksis i sidste instans medfører forskelsbehandling, og, dernæst på, om den foretagne sondring er udtryk for forskelsbehandling i relation til lovgivningen, dvs. at der er en indirekte, men snæver forbindelse mellem den pågældende sondring og et forbudt kriterium. I forbindelse med ovennævnte ræsonnement er det med andre ord afgørende, at det først undersøges, om den i praksis bestående forskelsbehandling generelt er en nødvendig følge af det anvendte kriterium, eller om den er en tilfældig virkning, som ikke skyldes de omtvistede foranstaltninger. En sådan undersøgelse er bestemt ikke altid lige let at foretage, og den kan under ingen omstændigheder foregribe, at der er tale om forskelsbehandling i relation til lovgivningen [17], uanset om man anvender generelt foreliggende oplysninger eller statistiske undersøgelser. Af den grund må der dernæst foretages en undersøgelse i modsat retning, dvs. at det skal efterprøves, om de vedtagne bestemmelser er begrundet i objektive hensyn. Om dette er tilfældet, kan mest hensigtsmæssigt afgøres på grundlag af et ræsonnement, hvorved der skal tages stilling til, om de pågældende foranstaltninger står i et rimeligt forhold til det formål, der forfølges, hvori der ligger, at de skal være nødvendige, rimelige og ikke urimeligt restriktive. Et sådant formål skal svare til et tvingende alment hensyn, som i hvert enkelt tilfælde må præciseres ved fortolkning. Formålet kan ganske vist generelt fastlægges på grundlag af en lovbestemmelse, som det er tilfældet med artikel 8, stk. 1, i forordning nr. 2408/92, hvorefter formålet med de omtvistede foranstaltninger skal være et led i trafikfordelingen mellem lufthavne i et og samme lufthavnssystem. Såfremt de omtvistede foranstaltninger står i et rimeligt forhold til det formål, der forfølges med dem, må de derfor betragtes som gyldige, selv hvis de i praksis fører til forskelsbehandling, idet det i så fald vil være klart, at den pågældende forskelsbehandling ikke kan tillægges de omtvistede foranstaltninger, men enten er tilfældige eller må tillægges selve de retmæssige formål med lovgivningen, som de omtvistede foranstaltninger er en optimal konkretisering af. Heraf følger, at hver gang det skal efterprøves, om der er tale om indirekte forskelsbehandling, skal det kontrolleres, om de omtvistede foranstaltninger står i et rimeligt forhold til det lovlige formål, med henblik på hvilket de er vedtaget. Denne kontrol skal ikke udelukkende betragtes som en del af en eventuel begrundelse for den indirekte forskelsbehandling, men må også opfattes som en del af det ræsonnement, som fører til, at en sådan forskelsbehandling kan identificeres [18], hvorved den logiske opbygning af

17 — Der kan kun føres et absolut bevis for, at der er tale om forskelsbehandling, når det drejer sig om direkte forskelsbehandling. Et umiddelbart bevis for indirekte forskelsbehandling, som det er tilfældet med andre retlige beviser, består i at godtgøre en sandsynlighed eller nærmere bestemt at tilvejebringe et retligt bevismateriale på det punkt.

18 — Jf. f.eks. dom af 23.5.1996 (sag C-237/94, O'Flynn, Sml. I, s. 2617, præmis 20), hvori det hedder: »... en national retsforskrift, medmindre den er objektivt begrundet og står i rimeligt forhold til det tilstræbte formål, må anses for at medføre indirekte forskelsbehandling, når den efter selve sin karakter er egnet til i højere grad at berøre vandrende end indenlandske arbejdstagere og dermed risikerer navnlig at stille de vandrende arbejdstagere ringere«, og af 30.1.1997 (forenede sager C-4/95 og C-5/95, Stöber og Piosa Pereira, Sml. I, s. 511, præmis 37 ff.).
Det særlige for indirekte forskelsbehandling er allerede kommet frem i forbindelse med retspraksis vedrørende lovlige begrænsninger af den frie udveksling af tjenesteydelser (jf. nedenfor i punkt 51), idet det er vanskeligt at afgøre, om indirekte forskelsbehandling henhører under de restriktive bestemmelser, som anvendes diskriminerende, eller under bestemmelser, som anvendes uden forskel (jf. generaladvokat Tesauro's forslag til afgørelse i Decker-sagen, hvor der blev afsagt dom den 28.4.1998 (sag C-120/95, Sml. I, s. 1831) og i Kohll-sagen, hvor der blev afsagt dom den 28.4.1998 (sag C-158/96, Sml. I, s. 1931)), hvilket har betydning både for valget af de hensyn, som kan føre til en lovlig begrundelse for de pågældende sondringer, og for fastlæggelsen af, i hvilket omfang en sådan begrundelse bidrager til selve identificeringen af de pågældende former for forskelsbehandling (jf. herved A. Whelan og A. Schouten's kommentar til Decker- og Kohll-dommene i *Revue des affaires européennes — Law & European Affairs* 1999, s. 90 ff.).

den indirekte forskelsbehandling adskiller sig fra den direkte forskelsbehandling [19].

33. I den foreliggende sag har Kommissionen efter min opfattelse med rette antaget dels, at de omtvistede italienske dekreter på grund af deres formål og indhold måtte være omfattet af artikel 8, stk. 1, i forordning nr. 2408/92, som omhandler fordelingen af trafikken på de enkelte lufthavne inden for et lufthavnssystem, dels at der i henhold til denne bestemmelse måtte tages stilling til, om dekreterne medførte en indirekte forskelsbehandling på grundlag af luftfartsselskabets nationalitet eller identitet. Kommissionen måtte følgelig for det første undersøge resultaterne af anvendelsen af de omtvistede dekreter og tage stilling til, om denne anvendelse medfører en forskellig behandling af de berørte luftfartsselskaber som følge af deres nationalitet eller identitet. For det andet måtte Kommissionen undersøge, om dekreterne opfyldte et tvingende alment hensyn, der er et af de forskellige lovlige formål, der vedrører almene hensyn, og som en ordning om fordeling af trafikken mellem lufthavnene i et lufthavnssystem kan forfølge. For det tredje måtte Kommissionen efterprøve, om dekreternes bestemmelser stod i et rimeligt forhold til de nævnte tvingende almene hensyn.

34. Jeg skal i den forbindelse gøre opmærksom på, at uanset det påberåbte retlige grundlag og eventuelle mangler ved fortolkningen og anvendelsen af forbuddet mod indirekte forskelsbehandling har Kommissionen, som den burde, foretaget alle de nævnte vurderinger og undersøgelser.

35. Med henblik på at vurdere, om de kriterier, der er opstillet i dekret nr. 46-T, i praksis medfører forskelsbehandling, har Kommissionen i den anfægtede beslutnings punkt 31 ff. undersøgt de virkninger, der måtte følge af dekreternes anvendelse fra den 25. oktober 1998, hvilken dato er fastsat i dekret nr. 57-T.

36. Det fremgår af den anfægtede beslutnings punkt 27, sammenholdt med punkt 27.1, 27.2 og 53, at Kommissionen i betragtningerne til og den dispositive del af beslutningen har anført, at bestemmelserne i de omtvistede italienske dekreter skulle være i overensstemmelse med både

19 — Med hensyn til betydningen af proportionalitetsprincippet i forbindelse med indirekte forskelsbehandling skal jeg henvise til K. Giannakopoulos: Στατιστικά δεδομένα και απόδειξη δυσμενών λόγω φύλου διακρίσεων στο κοινοτικό δίκαιο (statistiske oplysninger og bevis for forskelsbehandling på grundlag af køn i fællesskabsretten); udgivet af A.N. Sakkoula, Athen-Komotini, s. 144: »Ovennævnte anvendelse af proportionalitetsprincippet spiller en vigtig rolle ved afgørelsen af, om der er tale om indirekte forskelsbehandling på grundlag af køn. For det første er det dette princip, som reelt tillægger begrundelsen for indirekte forskelsbehandling den nødvendige objektive karakter, som svarer såvel til den objektive karakter af indirekte forskelsbehandling som til den objektive karakter af statistiske oplysninger, som giver grundlag for en formodning om, at en sådan forskelsbehandling foreligger. Begrundelsen er således ikke baseret på subjektive formål, som eventuelt tilsigtes med de omtvistede foranstaltninger, men på, at de i de pågældende foranstaltninger fastsatte midler objektivt åbner mulighed for at nå det mål, der i almindelighed betragtes som lovligt, og med henblik på hvilket de er truffet. For det andet er en anvendelse af proportionalitetsprincippet den kontrolmekanisme, der svarer til den ensartethed (rokering af de forskellige tilfælde i samme formelle kategori) og den skematisering (generelle og abstrakte foranstaltninger) af de værdidomme, som den strukturelle karakter af de forskellige former for indirekte forskelsbehandling forudsætter. Selv om kontrollen af, om kriterierne for en objektiv begrundelse for en tilsyneladende forskelsbehandling har til formål at undersøge disse afgørende forskelle, som begrunder en forskellig behandling af de sammenlignede kategorier, dvs. at undersøge, om der er et rimeligt forhold mellem de differentierede foranstaltninger og det hensyn, der begrunder dem, giver kontrollen reelt den krævede proportionalitetsdimension til den aritmetiske lighed — eller snarere mangel på lighed — som afsløres af de statistiske oplysninger, der giver formodning for en sådan forskelsbehandling ...«

princippet om forbud mod forskelsbehandling og med proportionalitetsprincippet.

37. Kommissionen har i den anfægtede beslutnings punkt 47 fastlagt formålet med de omtvistede bestemmelser og efterprøvet, om det er i overensstemmelse med formålet med artikel 8, stk. 1, i forordning nr. 2408/92. Kommissionen har navnlig anført følgende: »Ved at udbygge og forbedre de nuværende anlæg i Malpensa lufthavn tager projekt Malpensa 2000 sigte på at gøre denne lufthavn til en fuldt funktions- og bæredygtig hovedlufthavn. De italienske regler bidrager til dette formål ved at sikre, at en tilstrækkelig trafikmængde vil blive overført fra Linate lufthavn til Malpensa lufthavn, således at dennes bæredygtighed som hovedlufthavn sikres. Artikel 8, stk. 1, i forordning (EØF) nr. 2408/92 anerkender udtrykkeligt retten til en aktiv lufthavnspolitik.«

38. Endelig har Kommissionen i den anfægtede beslutnings punkt 47 ff. undersøgt, om de i de omtvistede italienske dekreter indeholdte bestemmelser står i et rimeligt forhold til det formål, der forfølges, dvs. om de er nødvendige med henblik på at udvikle en funktions- og bæredygtig hovedlufthavn og for det transeuropæiske nets succes, og om det samme resultat ikke kunne være nået ved hjælp af mindre indgribende regler.

39. Det fremgår således, at i det mindste såfremt man tager udgangspunkt i resultatet, har Kommissionen baseret sit ræsonnement på rimelige forudsætninger. Dette gælder navnlig med hensyn til de forudsætninger, Kommissionen har lagt til grund for anvendelsen af proportionalitetsprincippet, og som omhandler fastlæggelsen af det tvingende almene hensyn og en vurdering af anlægsprogrammet for forbindelsen til Malpensa lufthavn.

40. Jeg skal i den forbindelse påpege, at den definition af det generelle formål med nationale bestemmelser, der er fastlagt i artikel 8, stk. 1, i forordning nr. 2408/92, ikke alene ikke er til hinder for, men tværtimod kræver, at der foretages en mere specifik afgrænsning af de omtvistede bestemmelsers formål, og at det kontrolleres, at dette specifikke formål er i overensstemmelse med det mere overordnede formål med den pågældende bestemmelse. Kommissionen har således med rette søgt og afgrænset dette mere specifikke formål, idet den har henvist til, at der skulle udvikles en funktions- og bæredygtig hovedlufthavn. Det er desuden med rette, at Kommissionen har fastslået, at dette formål var en lovlig konkretisering af det overordnede formål med artikel 8, stk. 1. Som Den Italienske Republik selv har indrømmet [20], er der ingen tvivl om, at kravene til en økonomisk og funktionel opbygning og til forvaltningen af et lufthavnskompleks er rimelige hensyn, der kan begrunde vedtagelsen af bestemmelser om regulering af trafikfordelingen inden for et

20 — Jf. punkt 15 i stævningen.

lufthavnssystem, således som det er fastsat i artikel 8, stk. 1.

41. Jeg skal i den forbindelse bemærke, at de argumenter, Den Italienske Republik har fremført, og hvorefter Kommissionen har gjort sig skyldig i en urigtig retsanvendelse ved at vælge et tvingende hensyn af økonomisk karakter, ikke er relevante.

42. Først skal det nævnes, at der i den foreliggende sag ikke er grundlag for at bringe den retspraksis i anvendelse, hvoraf det fremgår, at »nationale bestemmelser, hvorefter tjenesteydelser ikke behandles ens, uanset deres oprindelse, kun [er] forenelige med fællesskabsretten, hvis de kan henføres under en udtrykkelig undtagelsesbestemmelse som traktatens artikel 56 ... økonomiske hensyn kan ikke betragtes som hensyn til den offentlige orden i artikel 56's forstand« [21].

For det første forudsætter en eventuel anvendelse af ovennævnte retspraksis, at man har løst det spørgsmål, om de generelle principper i artikel 59 ff. finder anvendelse på forordning nr. 2408/92 [22], et spørgsmål, hvis løsning ikke er en nødvendig forudsætning for at kunne tage nærmere stilling til det forbud mod forskelsbehandling, som udtrykkeligt er opstillet i artikel 8, stk. 1, i forordning nr. 2408/92.

For det andet er det på ingen måde åbenbart, at ovennævnte direkte formål med de omtvistede italienske dekreter har forbindelse med den offentlige orden, den offentlige sikkerhed eller den offentlige sundhed.

For det tredje er det, som Kommissionen med rette har anført, under alle omstændigheder klart, at de tvingende hensyn, som varetages med de omtvistede italienske dekreter, og som er nævnt i den anfægtede beslutning, har organisatoriske og funktionelle makroøkonomiske konsekvenser, som vedrører selve eksistensen af et lufthavnssystem, men ikke — og i hvert fald ikke i første række — tilsigter at have mikroøkonomiske følger. Med henvisning til ovennævnte dom kan de hensyn, som har begrundet vedtagelsen af de omtvistede bestemmelser, ikke betragtes som ulovlige, idet Domstolen i dommen af 10. juli 1984 i Campus Oil m.fl.-sagen har udtalt, at »den omstændighed, at reglerne er af en sådan art, at man foruden hensynene til den offentlige sikkerhed tillige kan virkeliggøre andre formål af økonomisk natur, som medlemsstaten muligvis forfølger, ikke [udelukker] anvendelsen af artikel 36« [23].

21 — Jf. dom af 25.7.1991, sag C-288/89, Collectieve Antennevoorziening Gouda, Sml. I, s. 4007, præmis 11.

22 — Jf. punkt 47 ff. nedenfor.

23 — Sag 72/83, Sml. s. 2727, præmis 36.

For det fjerde er jeg af den opfattelse, at den bærende tanke bag Campus Oil m.fl.-dommen må finde anvendelse, selv om man måtte antage, at forholdet generelt og ikke kun i forbindelse med diskriminerende begrænsninger af den frie udveksling af tjenesteydelser, som indføres ud fra hensynet til den offentlige orden, den offentlige sikkerhed eller den offentlige sundhed, i henhold til Domstolens praksis er det, at rent økonomiske hensyn ikke objektivt kan begrunde en forskelsbehandling [24]. Det må med andre ord antages, at sekundære formål af økonomisk art ikke er til hinder for, at et formål opfylder et tvingende alment hensyn.

43. Endvidere er det vigtigt at understrege, at eftersom det i den foreliggende sag skal efterprøves, om der er tale om indirekte forskelsbehandling i relation til artikel 8, stk. 1, i forordning nr. 2408/92, skal spørgsmålet om lovligheden af de formål, der forfølges med de omtvistede italienske dekreter, ikke vurderes generelt og abstrakt på grundlag af de i retspraksis opstillede principper om, hvilke tvingende alment hensyn der kan begrunde vedtagelsen af nationale bestemmelser, men på grundlag af en fastlæggelse af de specifikke formål med de omtvistede italienske dekreter og en undersøgelse af, om de er i overensstemmelse med det generelle formål, der er opstillet i bestemmelsen. Nærmere bestemt er forholdet det, at når formålene med de omtvistede italienske dekreter udgør lovlige hensyn, der begrunder vedtagelsen af bestemmelser om fordeling af trafikken inden for et lufthavnssystem og derfor er i overensstemmelse med de krav, der er opstillet i artikel 8, stk. 1, i forordning nr. 2408/92, må alle yderligere undersøgelser og klagepunkter vedrørende deres indhold omhandle denne bestemmelse og ikke de nationale bestemmelser til dens gennemførelse. I den forbindelse synes forholdet at være det, at ingen har bestridt, at bestemmelser om fordeling af trafikken inden for et lufthavnssystem udgør et lovligt alment hensyn, som er baseret på specifikke kendetegn og kravene til lufttrafikken, og som derfor kan begrunde, at Rådet vedtager bestemmelser, og at eventuelle restriktioner for den frie udveksling af tjenesteydelser inden for dette område bringes i anvendelse [25].

44. Efter min opfattelse er det derfor med rette, at Kommissionen har defineret det tvingende almene hensyn, i relation til hvilket den skulle tage stilling til, om de i de italienske dekreter indeholdte bestemmelser og kriterier var rimelige.

45. Endelig er Den Italienske Republiks bemærkning om, at arbejderne med forbindelsen til Malpensa lufthavn, som Kommissionen har taget hensyn til, er uden betydning med hensyn til anvendelsen af forordning nr. 2408/92, også irrelevant. Eftersom en indirekte forskelsbehandling

24 — Jf. f.eks. med hensyn til forskelsbehandling på grundlag af køn Domstolens dom af 24.2.1994, sag C-343/92, Roks m.fl., Sml. I, s. 571, hvori Domstolen fastslog, at budgetmæssige hensyn ikke kan begrunde en forskelsbehandling på grundlag af køn (præmis 35).

25 — Jf. med hensyn til Rådets skønsbeføjelse nedenfor i punkt 50 ff.

pr. definition afhænger af de reelle virkninger af de omtvistede bestemmelser, er den dynamisk og udvikler sig med tiden, hvilket indebærer, at man forudser og følger udviklingen af den faktiske situation, som de pågældende bestemmelser har indflydelse på. Med henblik på at undersøge virkningerne af den praktiske gennemførelse af de omtvistede italienske dekreter og på at foretage en passende efterprøvelse af, om de er rimelige i forhold til det formål, der forfølges med dem, måtte Kommissionen ubestrideligt tage hensyn til de bestående forhold (adgang, infrastruktur osv.) omkring Malpensa lufthavn og den forventede udvikling af situationen inden for den tidsmæssige ramme, der var fastlagt i dekreterne. Forholdene omkring Malpensa lufthavn måtte således sammenlignes med forholdene omkring Linate lufthavn og ikke med eventuelle europæiske modeller for lufthavnsorganisation. Det er netop på grundlag af en sammenligning af disse to lufthavne, at det i den foreliggende sag er fastslået, at der er tale om indirekte forskelsbehandling, og at der dermed er misforhold mellem bestemmelserne og deres formål. Såfremt det på forhånd måtte antages, at selv en fuldstændig gennemførelse af infrastrukturarbejderne omkring Malpensa lufthavn ikke kunne opveje ulemperne ved denne lufthavn i forhold til Linate lufthavn, ville dette blot underbygge Kommissionens argumentation og yderligere forstærke overbevisningen om, at der er tale om indirekte forskelsbehandling.

46. På baggrund heraf er det min opfattelse, at en undersøgelse af, om de generelle principper, der er opstillet i Domstolens praksis vedrørende den frie udveksling af tjenesteydelser og den dermed forbundne afgørelse om, hvorvidt forordning nr. 2408/92 er en gennemførelse af det i artikel 59 opstillede princip om fri udveksling af tjenesteydelser inden for luftfartsområdet, ikke er så afgørende, som parternes bemærkninger vedrørende de to første annullationsanbringender kunne give indtryk af. Den er tværtimod overflødig, for så vidt som Kommissionens forpligtelse til at efterprøve de omtvistede italienske dekreter på grundlag af proportionalitetsprincippet er baseret på selve forbuddet mod forskelsbehandling og ikke kræver, at retspraksis vedrørende traktatens artikel 59 ff. bringes i anvendelse.

47. For at den nærmere behandling af spørgsmålet om det retlige grundlag for den anfægtede beslutning skal være så fuldstændig som muligt, er det imidlertid hensigtsmæssigt at tage stilling til de nævnte spørgsmål, og det er således med rette, at Kommissionen har henvist til den nævnte retspraksis.

48. For det første er der ingen tvivl om, at forordning nr. 2408/92 er en reel gennemførelse af princippet om fri udveksling af tjenesteydelser på luftfartsområdet [26]. Dette fremgår for det første klart af de to første

26 — Således hedder det i dommen i sagen Air Inter mod Kommissionen (præmis 1 og 2): »Med henblik på en gradvis gennemførelse af det indre marked på luftfartsområdet indførte fællesskabslovgiver i 1987, 1990 og 1992 tre grupper af ordninger, såkaldte 'pakker', da de omfatter adskillige retsakter. Den tredje 'pakke', der blev vedtaget den 23.7.1992, består af fem forordninger, der tilsigter dels at gennemføre princippet om den frie udveksling af tjenesteydelser på luftfartsområdet, dels at sikre en anvendelse af de fællesskabsretlige konkurrenceregler på dette område. Blandt de fem forordninger er Rådets forordning (EØF) nr. 2408/92 ...«

betragtninger til forordningen, hvori det hedder: »det er vigtigt at fastlægge en luftfartspolitik for det indre marked i løbet af perioden indtil den 31. december 1992, jf. traktatens artikel 8 A« og »det indre marked indebærer et område uden indre grænser med fri bevægelighed for varer, personer, tjenesteydelser og kapital«, for det andet af nittende betragtning til forordningen, hvori det anføres, at »det er hensigtsmæssigt, at alle spørgsmål vedrørende markedsadgang behandles i samme forordning«, og for det tredje af forordningens artikel 3, hvori det er fastsat: »Medmindre andet følger af denne forordning, tillader den (de) berørte medlemsstat(er) EF-luftfartsselskaber at udøve trafikrettigheder på ruter inden for Fællesskabet.«

49. Som Den Italienske Republik med rette har påpeget, er forholdet det, at i henhold til traktatens artikel 61, stk. 1, sammenholdt med artikel 84, stk. 2, finder traktatens artikel 59 ff., som opstiller princippet om fri udveksling af tjenesteydelser, ikke umiddelbart anvendelse på luftfartsområdet. De nævnte artikler kan kun tjene som referencegrundlag, når Rådet skal gennemføre princippet om fri udveksling af tjenesteydelser [27]. Artikel 59 ff., således som Domstolen har fortolket dem, er med andre ord en ramme for fortolkningen af de specifikke bestemmelser, Rådet har vedtaget i forordning nr. 2408/92.

50. Det spørgsmål, der opstår i den foreliggende sag, er, hvorvidt og i hvilket omfang Rådet ved gennemførelsen af princippet om fri udveksling af tjenesteydelser på luftfartsområdet har et skøn, således at det kan fastsætte undtagelser fra det formål, der forfølges med traktatens artikel 59 ff. I dommen i sagen Parlamentet mod Rådet tog Domstolen stilling til dette spørgsmål, idet den bemærkede, at »Rådet ... ikke har det frie skøn, som det har inden for andre områder af den fælles transportpolitik. Eftersom det mål, der skal nås, utvetydigt fremgår af artikel 59, 60 og 61, jf. artikel 75, stk. 1, litra a) og b), kan Rådet — under hensyntagen til transportspørgsmålenes særlige karakter — alene udøve et vist skøn med hensyn til, hvorledes foranstaltningerne til realisering af dette mål nærmere skal udformes« [28]. Det fremgår af den nævnte dom, at det skøn, som Rådet har, er rent teknisk og blot består i at tilpasse artikel 59 ff. og de generelle, relevante principper, der er opstillet i Domstolens praksis, til transportområdet. Såfremt Rådet afviger fra den nævnte retspraksis, må det udtrykkeligt anføre det i de bestemmelser, det vedtager, og konkret og i tilstrækkeligt omfang

27 — Jf. herved generaladvokat Van Gerven's forslag til afgørelse (punkt 14 og 23) i Corsica Ferries-sagen, hvor der blev afsagt dom den 17.5.1994 (sag C-18/93, Sml. I, s. 1783).

28 — Dommen allerede nævnt i fodnote 12, præmis 65.

begrunde en sådan undtagelse på baggrund af de særlige kendetegn for transportsektoren.

51. Som bekendt fremgår det af Domstolens praksis, at artikel 59, som har haft direkte virkning siden overgangsperiodens udløb [29], ikke alene kræver afskaffelse af enhver form for forskelsbehandling, direkte såvel som indirekte, over for en tjenesteyder på grund af hans nationalitet [30], men også ophævelse af enhver restriktion — også selv om den gælder uden forskel for såvel indenlandske tjenesteydere som tjenesteydere fra andre medlemsstater — der kan være til hinder for eller indebære ulemper for den virksomhed, som udøves af en tjenesteyder med hjemsted i en anden medlemsstat, hvor denne lovligt præsterer tilsvarende tjenesteydelser, eller kan gøre denne virksomhed mindre tiltrækkende [31]. Tilsvarende fremgår det af fast retspraksis, at »den frie udveksling af tjenesteydelser, som er et grundlæggende princip i traktaten, kun kan begrænses ved regler, der er begrundet i tvingende almene hensyn, og som gælder for enhver person eller ethvert selskab, der driver virksomhed på modtagerstatens område, og kun i det omfang, disse hensyn ikke tilgodeses i kraft af bestemmelser, tjenesteyderen er undergivet i den medlemsstat, hvor denne er etableret« [32]. Endelig skal ovennævnte restriktive bestemmelser i henhold til Domstolens praksis være i overensstemmelse med proportionalitetsprincippet, idet »anvendelsen af nationale regler på tjenesteydere, der er etableret i andre medlemsstater, skal være egnet til at nå det mål, der forfølges med reglerne, og ikke må gå ud over, hvad der er nødvendigt for, at målet nås; det må med andre ord kræves, at samme resultat ikke kan nås ved hjælp af mindre indgribende regler« [33].

52. Det følger heraf, at bestemmelser vedrørende den frie udveksling af tjenesteydelser inden for luftfartsområdet i princippet skal være i overensstemmelse med såvel princippet om forbud mod forskelsbehandling som med de generelle principper, der gælder med hensyn til de bestemmelser, hvorved denne frihed begrænses, og som finder anvendelse uden forskel. Det kan ikke være anderledes med hensyn til artikel 8, stk. 1, i forordning nr. 2408/92. For så vidt angår spørgsmålet om forskelsbehandling opstår problemet ikke, idet forskelsbehandling udtrykkeligt er forbudt i henhold til bestemmelsen. Med hensyn til restriktioner, der finder anvendelse uden forskel, for den frie udveksling af tjenesteydelser inden for transportområdet, må det fastslås, at Domstolens praksis inden for

29 — Jf. f.eks. dom af 4.12.1986, sag 205/84, Kommissionen mod Tyskland, Sml. s. 3755, præmis 25.

30 — Jf. f.eks. dom af 3.6.1992, sag C-360/89, Kommissionen mod Italien, Sml. I, s. 3401, præmis 11.

31 — Jf. f.eks. dommen i Collectieve Antennevoorziening Gouda-sagen (allerede nævnt i fodnote 21, præmis 12 ff.) og dom af 12.12.1996, sag C-3/95, Reisebüro Broede, Sml. I, s. 6511, præmis 25.

32 — Jf. dom af 9.8.1994, sag C-43/93, Vander Elst, Sml. I, s. 3803, præmis 16. Det skal understreges, at i modsætning til, hvad der gælder med hensyn til restriktioner, som ikke finder anvendelse uden forskel (jf. ovenfor i punkt 42), kræves det i den foreliggende sag ikke, at begrundelsen for bestemmelserne udelukkende har hjemmel i en udtrykkelig undtagelsesbestemmelse, som f.eks. EF-traktatens artikel 56 (efter ændring nu artikel 46 EF).

33 — Jf. dommen i Collectieve Antennevoorziening Gouda-sagen (allerede nævnt i fodnote 21, præmis 15).

området tilsiger, at artikel 8, stk. 1, skal fortolkes således, at eftersom bestemmelser, der vedtages med henblik på fordeling af trafikken inden for et lufthavnssystem, udgør restriktioner for den frie udveksling af tjenesteydelser som omhandlet i den nævnte praksis [34], skal bestemmelserne stå i et rimeligt forhold til det formål, der forfølges med bestemmelserne, og som er fastsat i ovennævnte bestemmelse og i princippet kan begrunde de pågældende restriktioner [35]. En eventuel undtagelse fra denne forpligtelse skal udtrykkeligt være fastsat i forordningen og være begrundet i de særlige forhold på luftfartsområdet. Forordningen indeholder imidlertid ikke en sådan undtagelse, og det ville ikke være logisk, om dette havde været tilfældet, eftersom jeg har vanskeligt ved at se, hvorfor en bestemmelse, som omhandler regulering af lufttrafikken, ikke skulle være rimelig i forhold til det formål, med henblik på hvilket den er vedtaget.

53. Det er derfor med rette, at Kommissionen med henvisning til artikel 8, stk. 1 og 3, har undersøgt, hvorvidt de omtvistede italienske dekreter er lovlige i henhold til fællesskabsretten, på grundlag af Domstolens praksis vedrørende restriktioner for den frie udveksling af tjenesteydelser [36], og at Kommissionen navnlig har undersøgt dels, om der ved de vedtagne bestemmelser er indført restriktioner, der finder anvendelse uden forskel som omhandlet i den nævnte praksis, dels, om de pågældende restriktioner er egnet til at nå det mål, der forfølges med reglerne, og ikke går ud over, hvad der er nødvendigt for, at målet nås [37].

54. Af ovennævnte bemærkninger fremgår det således, at Kommissionen i den anfægtede beslutning med rette har efterprøvet de omtvistede italienske dekreters lovlighed i relation til fællesskabsretten på grundlag af proportionalitetsprincippet. Det er ligeledes med rette, at den har fastlagt forudsætningerne for denne efterprøvelse og navnlig det tvingende almene hensyn, ud fra hvilket den skulle vurdere, om de i de pågældende dekreter indeholdte bestemmelser og kriterier var rimelige. Uanset om man tiltræder Kommissionens fortolkning med hensyn til det retlige grundlag for den anfægtede beslutning, eller om det som anført ovenfor findes hensigtsmæssigt at erstatte denne fortolkning med en delvis afvigende fortolkning, må de argumenter, Den Italienske Republik har fremført til støtte for det første og andet anbringende, forkastes, idet de ikke er holdbare.

34 — Jeg skal i den forbindelse bemærke, at der ikke er tvivl om, at de omtvistede bestemmelser reelt udgør restriktioner for den frie udveksling af tjenesteydelser. Som Kommissionen med rette har anført i den anfægtede beslutnings punkt 48: »De italienske regler giver ikke længere luftfartsselskaberne mulighed for at vælge Linate lufthavn til drift af andre flyruter end dem, der overholder bestemte grænser. Det vil i praksis sige alle flyruter, undtagen Milano-Rom. Reglerne begrænser derfor den frie ret til at tilbyde lufttransport i Fællesskabet til og fra Milano.«

35 — Jf. ovenfor i punkt 43.

36 — Jf. den anfægtede beslutnings punkt 27.2.

37 — Jf. den anfægtede beslutnings punkt 48.

B — *Tilsidesættelse eller fejlagtig fortolkning af artikel 8, stk. 1 og 3, i forordning nr. 2408/92 som følge af en fejlagtig anvendelse af proportionalitetsprincippet (tredje annullationsanbringende)*

55. Med det tredje annullationsanbringende, som Den Italienske Republik har fremført subsidiært, og såfremt Domstolen ikke måtte tiltræde de argumenter, der indgik i de foregående anbringender, har Den Italienske Republik bestridt gyldigheden af den anvendelse af proportionalitetsprincippet, der er foretaget i den foreliggende sag. Navnlig har den italienske regering afvist Kommissionens bemærkning om, at de omtvistede italienske dekreter, hvorved der er indført restriktioner for den frie udveksling af tjenesteydelser, er i strid med proportionalitetsprincippet, som efter Kommissionens opfattelse i princippet kan bringes i anvendelse i den foreliggende sag. Den sagsøgende regering har navnlig rejst tvivl med hensyn til de konkrete forudsætninger, som dette princip er baseret på, dvs. strukturen med hensyn til formuleringen af de forskellige proportionalitetskriterier. Regeringen har ligeledes bestridt, at vurderingen af visse faktiske omstændigheder i forbindelse med anvendelsen af de nævnte kriterier er korrekt.

56. Efter min opfattelse er den sagsøgende regerings klagepunkter ikke begrundede, hvilket fremgår af en nærmere gennemgang af de forskellige dele af det ræsonnement, der er anlagt i den anfægtede beslutning.

57. For det første skal jeg minde om, at definitionen af det formål, der forfølges med bestemmelserne i de omtvistede italienske dekreter, ikke er omtvistet. Som Kommissionen ganske rigtigt har anført i den anfægtede beslutnings punkt 47, bidrager de italienske dekreter til gennemførelsen af Malpensa 2000-projektet, idet det herved sikres, at en tilstrækkelig trafikmængde vil blive overført fra Linate lufthavn til Malpensa lufthavn, således at dennes bæredygtighed som hovedlufthavn sikres.

58. På grundlag af de forskellige kriterier for anvendelsen af proportionalitetsprincippet, der i almindelighed er anerkendt som lovlige, måtte det i den foreliggende sag derfor undersøges for det første, om de omtvistede bestemmelser var *nødvendige*, dvs. om de var begrundede ud fra det formål, der forfølges, for det andet, om de var *rimelige*, dvs. om de var egnede til at sikre gennemførelsen af det pågældende formål, og for det tredje, om de var *hensigtsmæssige* (*forholdsmæssige* i snæver forstand), det vil sige, om der herved blev tilvejebragt en forskellig behandling (i så fald anvendes proportionalitetsprincippet med henblik på at godtgøre, om der er tale om indirekte forskelsbehandling), eller den frie udveksling af tjenesteydelser blev begrænset (i så fald finder proportionalitetsprincippet anvendelse i overensstemmelse med Domstolens praksis vedrørende traktatens artikel 59 ff.), fordi dette reelt var nødvendigt med henblik på at nå ovennævnte mål, og de heraf følgende fordele vejede tungere end ulemperne eller i det mindste svarede til dem.

59. Henset til denne generelle definition af de forskellige proportionalitetskriterier må

det fastslås, at Kommissionen i den anfægtede beslutnings punkt 48 med rette har anført, at der måtte tages stilling til, om de foranstaltninger, der var vedtaget med de omtvistede italienske dekreter, var rimelige i forhold til det formål, der forfølges, dvs. om de var nødvendige for at udvikle en funktions- og bæredygtig hovedlufthavn og for det transeuropæiske nets succes, og om det samme resultat ikke kunne være opnået ved hjælp af mindre indgribende regler.

60. Jeg skal i den forbindelse bemærke, at ovennævnte anvendelse af proportionalitetskriterierne ikke er rent teoretisk og heller ikke udelukkende kan baseres på abstrakte overvejelser. Som det er tilfældet med hensyn til ethvert juridisk ræsonnement i forbindelse med en efterprøvelse af, om der er den fornødne proportionalitet, skal ikke alene oversætningen, men også undersætningen være passende formuleret. Den nævnte efterprøvelse forudsætter således dels, at man tager de særlige forhold med hensyn til den konkrete praktiske situation i betragtning, på baggrund af hvilken det skal vurderes, om de omtvistede foranstaltninger er nødvendige, rimelige og hensigtsmæssige i forhold til det formål, der forfølges. Desuden skal formålet med denne efterprøvelse fastlægges på grundlag af det videst mulige juridiske ræsonnement i den sammenhæng, det indgår. I den foreliggende sag skal de forskellige proportionalitetskriterier således ikke anvendes neutralt, men på grundlag af enten det logiske ræsonnement, der anlægges med henblik på at godtgøre, om der er tale om indirekte forskelsbehandling, eller på grundlag af regler, som fastlægger grænserne for, hvilke restriktioner der finder anvendelse uden forskel med hensyn til den frie udveksling af tjenesteydelser på luftfartsområdet.

61. I relation til den sagsøgende regerings definition af proportionalitetskriterierne har den netop begået fejl med hensyn til formuleringen af undersætningen i sit ræsonnement. Dette gælder helt klart for alle de argumenter, den har fremført i forbindelse med det tredje annullationsanbringende vedrørende begrundelsen i den anfægtede beslutning.

62. For så vidt for det første angår den generelle efterprøvelse af, om der er tale om proportionalitet i den foreliggende sag, kan det ikke antages, at det ræsonnement, der skal følges, er gengivet præcist med den sagsøgende regerings bemærkning om, at der i den anfægtede beslutning skulle foretages en vurdering af, om der foreligger den fornødne proportionalitet, på den måde, at det navnlig skulle undersøges, om den koncentration af trafikmængden på Malpensa lufthavn, der blev fastsat ved de omtvistede italienske dekreter, gik ud over det formål, den italienske regering forfølger, og som bestod i at udvikle det nye lufthavnskompleks til en bæredygtig hovedlufthavn [38]. Hvad der i den foreliggende sag er vigtigt, er ikke koncentrationen af trafikken på Malpensa lufthavn som sådan, men det omfang, hvorved overførslen af trafik fra Linate lufthavn til Mal-

38 — Den italienske regering har anført, at Kommissionen har indrømmet, at de regler om trafikfordeling, de italienske myndigheder har vedtaget, er i overensstemmelse med det formål, der består i, at der skal overføres en sådan del af trafikmængden, at investeringens rentabilitet er sikret, og at det nævnte formål er i overensstemmelse med fællesskabsretten. Sagsøgeren har i den forbindelse nærmere anført, at en koncentration af en trafikmængde, der kan sikre forbindelserne mellem flyvninger fra regionale lufthavne og langdistanceflyvninger, er afgørende for udviklingen af en hovedlufthavn. Kommissionens forslag, hvorefter trafikken skal fordeles med 45% på Linate lufthavn og 50% på Malpensa lufthavn, ville ifølge regeringen sikre de to regionale lufthavnes drift, men ikke driften af en lufthavn, som skal anvendes som hovedlufthavn. Forslaget er derfor i strid med det erklærede formål med projektet.

pensa lufthavn medfører en forskellig behandling eller en restriktion for den frie udveksling af tjenesteydelser. Endvidere kan den anden del af sammenligningen ikke generelt og abstrakt set være det formål, den italienske regering forfølger, og som består i at udvikle en økonomisk bæredygtig hovedlufthavn. Man kan med andre ord ikke blot se på projekt hovedlufthavn, således som det i sidste instans vil blive gennemført. Eftersom gennemførelsen af et så ambitiøst projekt ubestrideligt kræver lang tid, er der ingen tvivl om, at spørgsmålet om, hvorvidt de omtvistede bestemmelser er i overensstemmelse med proportionalitetsprincippet, skal vurderes på baggrund af den faktisk bestående situation og på grundlag af den generelle tidsplan og af, hvor langt de nødvendige arbejder er fremskredet. Det, der er karakteristisk for den faktisk bestående situation, har i det væsentlige betydning for efterprøvelsen af, om de omtvistede bestemmelser er hensigtsmæssige, hvilket sagsøgeren ikke konkret har taget i betragtning. Som allerede nævnt skal der nærmere bestemt på grundlag af en vurdering af fordelene og ulemperne ved de omtvistede bestemmelser tages stilling til, om det samme resultat kan nås ved mindre indgribende regler. I den sammenhæng er det imidlertid ikke tilstrækkeligt at begrunde de omtvistede bestemmelser generelt ud fra projektets endelige formål. Der skal derimod helt klart foretages en vurdering af de faktiske forhold, der gør sig gældende på det tidspunkt, hvor de pågældende bestemmelser vedtages.

63. De fejltagelser, der er kendetegnende for den almindelige opfattelse med hensyn til spørgsmålet om anvendelse af proportionalitetsprincippet i den foreliggende sag, kommer også til udtryk i de forskellige særlige argumenter, som sagsøgeren har fremført over for de argumenter, der er indeholdt i den anfægtede beslutning.

64. For det første skal jeg nævne, at når den sagsøgende regering har gjort gældende, at Kommissionens første argument om, at den overførte trafikmængde ikke er forenelig med den nuværende adgangsinfrastruktur for Malpensa lufthavn, er uden sammenhæng med det eneste relevante kriterium i forbindelse med spørgsmålet om proportionalitet, dvs. om koncentrationen af flyvningerne i Malpensa står i et rimeligt forhold til den italienske regerings formål, tager sagsøgeren ikke hensyn til, at spørgsmålet om, hvorvidt de omtvistede bestemmelser er i overensstemmelse med proportionalitetsprincippet, sideløbende skal vurderes på grundlag af den faktisk bestående situation, den generelle tidsplan og af, hvor langt de nødvendige arbejder er fremskredet. Navnlig fastholder sagsøgeren en generelt set teleologisk opfattelse med hensyn til spørgsmålet om, hvorvidt de omtvistede bestemmelser er i overensstemmelse med proportionalitetsprincippet, og tager således ikke hensyn til, at de forskellige proportionalitetskriterier (nødvendighed, rimelighed, hensigtsmæssighed) skal vurderes ud fra de konkrete krav til Malpensa 2000-projektet, således som de fremstod på det tidspunkt, hvor bestemmelserne blev anvendt.

65. Kommissionen har derimod i den anfægtede beslutnings punkt 49, 49.1 og

49.2 med rette påpeget, at spørgsmålet om, hvorvidt de omtvistede bestemmelser var nødvendige [39], og om de var hensigtsmæssige [40], måtte vurderes på grundlag af, hvor langt arbejdet med adgangen til og infrastrukturen i Malpensa lufthavn var fremskredet. Denne bemærkning er i fuld overensstemmelse med den omstændighed, at Kommissionen med henblik på at fastslå den forskelsbehandling, der i praksis blev udøvet til fordel for Alitalia, hvilket i den foreliggende sag teleologisk bekræfter anvendelsen af proportionalitetsprincippet, også har taget hensyn til situationen med hensyn til Malpensa lufthavns adgangsinfrastruktur [41].

66. I den sammenhæng skal jeg i øvrigt påpege, at det anbringende, sagsøgeren har fremført, og hvorefter de nationale myndigheder under alle omstændigheder har bevist, at adgangsinfrastrukturen kan forenes med den trafikmængde, der ville blive overført, ikke er holdbart. Som det fremgår af den anfægtede beslutnings punkt 49.1, sammenholdt med punkt 39-43, og uden at det er fornødent at henvise til forhold, der er opstået efter vedtagelsen af beslutningen [42], er de mangler ved Malpensa lufthavns infrastruktur, på grundlag af hvilke Kommissionen har vurderet såvel spørgsmålet om, hvorvidt der i praksis er tale om forskelsbehandling, som om, hvorvidt den trafikmængde, der skulle overføres til Malpensa lufthavn, var rimelig, blevet fastslået på grundlag af de oplysninger, som Kommissionen rådede over [43], og som sagsøgeren ikke har bestridt ved at fremkomme med konkrete og passende oplysninger. Med henblik på at bevise, at adgangsforholdene til Malpensa lufthavn ikke rejser alvorlige problemer, har sagsøgeren blot henvist til undersøgelser, hvoraf det fremgår, at der kun er trafikproblemer på motorvejen til Malpensa lufthavn i myldretiden, på visse helligdage i ca. 5% af den samlede tid, hvor motorvejen bruges [44]. Disse faktiske konstateringer, som Kommissionen i øvrigt ikke har bestridt [45], taler imidlertid for, at begrundelsen i den anfægtede beslutning er korrekt. I den foreliggende sag er det ikke afgørende, om forholdet generelt set er det, at den

39 — Jf. den anfægtede beslutnings punkt 49, 49.1 og 49.2, hvori det hedder: »Hvad dette angår, konstaterer Kommissionen, at det ikke er bevist, at så restriktive foranstaltninger er nødvendige for at udvikle en funktions- og bæredygtig hovedlufthavn og for det transeuropæiske nets succes ... Malpensa lufthavns funktionsdygtighed som hovedlufthavn kræver overførsel af en trafikmængde, som kan forenes med lufthavnens faciliteter og adgangsinfrastruktur. Ellers kan Malpensa's udvikling og fremtidige stilling som en af Fællesskabets velfungerende hovedlufthavne trues.«

40 — Jf. den anfægtede beslutnings punkt 50, som lyder: »I betragtning heraf mener Kommissionen, at oprettelsen af en fuldt funktions- og bæredygtig hovedlufthavn ikke kan anses at kræve en overførsel på 11,7 mio. passagerer allerede den 25.10.1998. En udsættelse af overførslen eller en gradvis overførsel af denne mængde fra den 25.10.1998 egner sig bedre til dette formål og vil også berøre den frie ret til at tilbyde lufttransport til og fra Milano i mindre grad. De italienske regler er derfor ikke absolut nødvendige for at nå de italienske myndigheders mål, som kan nås ved hjælp af regler, som er mindre restriktive, når det gælder den frie ret til at tilbyde lufttransport.«

41 — Jf. den anfægtede beslutnings punkt 45 og 46.

42 — Kommissionen har i den forbindelse anført, at selv om der som fastsat i det italienske dekret af 9.10.1998 kun blev overført en begrænset passagertrafik, har der vist sig en række operationelle problemer i Malpensa. Disse problemer, sammenholdt med, at adgangsforholdene til hovedlufthavnen Malpensa ikke er blevet ændret, udgør andre indicier, som bekræfter, at den analyse, Kommissionen har foretaget i den anfægtede beslutning, er lovlig.

43 — Den anfægtede beslutning indeholder en præcis beskrivelse af infrastrukturforholdene, således som de blev registreret på et møde den 27.10.1997 i Christophersen-gruppen, der skulle følge Malpensa 2000-projektet (den anfægtede beslutnings punkt 40). Kommissionen har tilsvarende i svarskriftet (punkt 44) anført, at skrivelsen af 15.7.1998 fra minister Burlando nævner maj og juli 1999 som de tidspunkter, hvor jernbaneforbindelsen med Malpensa lufthavn ville blive taget i brug. Endelig har Kommissionen i duplikken (punkt 15) henvist til de oplysninger, de italienske myndigheder havde tilstillet den den 1.4.1998. Disse oplysninger blev bekræftet på et møde den 17.8.1998 i medlemsstaternes særlige udvalg og omhandler de faktiske omstændigheder, der var fastslået af Christophersen-gruppen.

44 — Jf. punkt 24 i stævningen.

45 — Jf. punkt 44 i svarskriftet.

bestående adgangsinfrastruktur er til hinder for at nå de mål, den italienske regering forfølger, eller om størstedelen af de oprindeligt planlagte arbejder med hensyn til adgangen til Malpensa lufthavn allerede er gennemført. Hvad der navnlig er af betydning med henblik på efterprøvelsen af lovligheden af de omtvistede italienske dekreter er, om adgangsforholdene til Malpensa lufthavn er lige så gode som til Linate lufthavn og absolut set begrunder den trafikmængde, der skulle overføres den 25. oktober 1998, således at der på det tidspunkt ikke var tale om en ubegrundet forskelsbehandling på grundlag af luftfartsselskabets nationalitet og/eller identitet eller en urimelig begrænsning af den frie udveksling af tjenesteydelser på luftfartsområdet. Da det ikke er blevet bestridt, at der navnlig i myldretiden faktisk er trafikproblemer, og at adgangsinfrastrukturen rejser problemer, som kan hindre de rejsende i at nå frem til Malpensa lufthavn, skabe forsinkelser for flyafgangene og, endelig, medføre, at passagererne foretrækker Linate lufthavn frem for Malpensa lufthavn, er det uden betydning, om visse infrastrukturarbejder vil blive gennemført eller allerede er blevet gennemført på grundlag af et fra starten fastlagt program.

67. For det andet skal jeg bemærke, at den sagsøgende regerings argument om, at den omstændighed, at den finansieringsordning, som Malpensa 2000-projektet var baseret på, ikke krævede overførsel af trafik før den 31. december 2000, er irrelevant, er heller ikke holdbart, og det af grunde svarende til dem, jeg har redegjort for i forbindelse med behandlingen af det foregående anbringende. Denne omstændighed, som sagsøgeren ikke reelt har bestridt, er et klart indicium for, at det ikke var nødvendigt at overføre hele trafikmængden den 25. oktober 1998. Da konstateringerne med hensyn til manglerne ved adgangsinfrastrukturen til Malpensa lufthavn ikke er blevet bestridt, og sagsøgeren ikke har bevist, at det var nødvendigt at overføre hele trafikmængden før den 31. december 2000, fremgår det klart af ovennævnte omstændighed, at de vedtagne bestemmelser ikke er i overensstemmelse med proportionalitetsprincippet, og at bemærkningerne med hensyn til en medlemsstats mulighed for at forvalte sin lufthavnspolitik selvstændigt ikke kan tillægges betydning. Det må også understreges, at det afgørende i den foreliggende sag ikke alene er den konstatering, at de trufne foranstaltninger i almindelighed er forenelige med Malpensa 2000-projektet, men den konkrete og specifikke efterprøvelse af, om de pågældende foranstaltninger var nødvendige, rimelige og hensigtsmæssige på grund af den situation, der faktisk bestod på det tidspunkt, hvor de blev truffet.

68. For det tredje skal jeg bemærke, at det forhold, at Kommissionens argument vedrørende følgerne af den overførte trafikmængde for Linate lufthavn[46] er blevet bestridt, er efter min opfattelse uden betydning med hensyn til begrundelsen for den

46 — Ifølge sagsøgeren har Kommissionens tredje argument, hvorefter beslutningen om at overføre trafikken fra Linate til Malpensa er i strid med den i dekret nr. 46-T tilkendegivne hensigt om under alle omstændigheder at holde Linate lufthavn i drift, ikke hold i virkeligheden. Linate lufthavn vil fortsat være i brug, men vil blive anvendt i begrænset omfang.

anfægtede beslutning, og under alle omstændigheder er sagsøgerens forsøg på at gendrive det ikke overbevisende. Der er tale om et subsidiært argument, som, selv hvis det gendrives, ikke rejser tvivl med hensyn til rigtigheden af Kommissionens foregående vurderinger af, om de omtvistede bestemmelser er i overensstemmelse med proportionalitetsprincippet eller ej. Som det i øvrigt klart fremgår af den anfægtede beslutnings punkt 51, er det desuden ikke afgørende, om Linate lufthavn også vil være i brug efter overførslen af trafikken, men netop, hvilke aktiviteter der opretholdes i Linate lufthavn og i hvilket omfang, og hvilke luftfartsselskaber der får adgang til lufthavnen. Som det er anført i samme punkt i den anfægtede beslutning, kan det desuden ikke antages, at den overførte trafikmængde er egnet til at nå det mål, der består i at opretholde punkt til punkt-forbindelser, og som er omtalt i betragtningerne til de omtvistede nationale bestemmelser.

69. For det fjerde skal jeg med hensyn til sagsøgerens afsluttende bemærkning, hvorefter Kommissionen har overskredet grænserne for den kompetence, den er tillagt ved artikel 8, stk. 3, i forordning nr. 2408/92, eftersom den ikke har baseret sin vurdering på proportionalitetsprincippet, men på en skønsmæssig vurdering af, om den italienske regerings beslutning med hensyn til Malpensa er hensigtsmæssig, at også i dette tilfælde er det fremførte argument baseret på en fejlagtig definition af de nærmere regler for anvendelsen af de forskellige proportionalitetskriterier. Som allerede nævnt er forholdet nærmere det, at anvendelsen af det tredje kriterium, dvs. med hensyn til de omtvistede bestemmelsers *hensigtsmæssighed*, medfører, at det skal efterprøves, om de pågældende bestemmelser reelt er nødvendige. I den forbindelse skal det undersøges, om de fordele, der er forbundet med bestemmelserne, overstiger ulemperne eller i det mindste svarer til dem. Såfremt det fastslås, at de pågældende formål kunne nås ved hjælp af andre regler, der var mindre ugunstige eller mindre restriktive, må det antages, at de omtvistede bestemmelser ikke står i et rimeligt forhold til det formål, der forfølges. Det er således klart, at ved afgørelsen af, om de pågældende bestemmelser er hensigtsmæssige, skal det bl.a. undersøges, om de er formålstjenlige. En sådan undersøgelse er imidlertid ikke vilkårlig, men skal foregå inden for en passende fortolkningsmæssig og teleologisk ramme omkring anvendelsen af proportionalitetsprincippet.

I relation til ovennævnte bemærkninger fremgår det af den anfægtede beslutnings punkt 50, at Kommissionen har anvendt principperne for vurderingen af, om de omtvistede nationale bestemmelser er hensigtsmæssige, korrekt. Kommissionen har således anført følgende: »En udsættelse af overførslen eller en gradvis overførsel af denne mængde fra den 25. oktober 1998 egner sig bedre til dette formål og vil også berøre den frie ret til at tilbyde lufttransport til og fra Milano i mindre grad.« Det er derfor med rette, at den har konkluderet: »De italienske regler er derfor ikke absolut nødvendige for at nå de italienske myndigheders mål, som kan nås ved hjælp af regler, som er mindre restriktive, når det gælder den frie ret til at tilbyde lufttransport.« En sådan bedømmelse er ikke en vilkårlig vurdering af, om den italienske regerings tiltag er hensigtsmæssig, men en korrekt anvendelse af kriteriet med hensyn

til de omtvistede bestemmelsers hensigtsmæssighed, som ikke overskrider grænserne for Kommissionens kompetence. Sagsøgerens bemærkninger om, at det modsatte er tilfældet, kan jeg derfor heller ikke tiltræde.

71. På baggrund heraf er det min opfattelse, at sagsøgerens argumenter i forbindelse med det tredje annullationsanbringende må forkastes som ubegrundede.

C — *Spørgsmålet, om der er tale om tilsidesættelse af artikel 8, stk. 1, i forordning nr. 2408/92, når henses til reglerne om indirekte forskelsbehandling, samt om en åbenbart urigtig bedømmelse af de faktiske omstændigheder (fjerde annullationsanbringende)*

70. Endelig skal jeg bemærke, at sagsøgerens påstand i replikken om, at Kommissionen burde have rådet over en fællesskabsretlig definition af standardbetingelserne for lokalisering af lufthavne, der er bestemt til trafik inden for og til og fra Fællesskabet samt til deres forbindelser til byerne, heller ikke er begrundet. I den foreliggende sag er det efter min opfattelse uden betydning, om adgangsforholdene til Malpensa lufthavn måtte være mere eller mindre vanskelige, set i forhold til fællesskabsretlige bestemmelser eller på grundlag af en sammenligning med adgangsforholdene til andre lufthavne i Den Europæiske Union. Det afgørende er, om adgangsinfrastrukturniveauet i Malpensa lufthavn opvejer ulemperne ved denne lufthavns geografiske beliggenhed sammenlignet med Linate lufthavn. Dette betyder, at efterprøvelsen af bestemmelserne på grundlag af såvel princippet om forbud mod forskelsbehandling som proportionalitetsprincippet skal være baseret på en sammenligning mellem forholdene i Malpensa lufthavn og Linate lufthavn og ikke udelukkende på grundlag af en objektiv fastlæggelse af situationen for Malpensa lufthavn. Den omstændighed, at der ikke findes en fællesskabsretlig definition af standardbetingelserne for lokalisering af lufthavne, kan ikke svække begrundelsen i den anfægtede beslutning.

72. Med det fjerde annullationsanbringende har Den Italienske Republik opregnet tre fejl, som rejser tvivl om lovligheden af den anfægtede beslutning, og som forekommer i beslutningens punkt 29-46, hvor Kommissionen har undersøgt de omtvistede italienske dekreter i lyset af princippet om forbud mod forskelsbehandling.

73. Inden jeg behandler disse forskellige klagepunkter, skal jeg minde om, at de nævnte punkter i beslutningen omhandler den procedure, som har til formål at godtgøre, at der er tale om indirekte forskelsbehandling, hvilket forudsætter dels, at det fastslås, at der i praksis er tale om en forskelsbehandling, som er en nødvendig følge af, at der anvendes et tilsyneladende neutralt kriterium, dels, at det undersøges, om de omtvistede bestemmel-

ser er objektive, hvilket tilsvarende forudsætter, at det efterprøves, om bestemmelserne er rimelige i forhold til det lovlige formål, der forfølges med dem [47].

74. Det må antages, at det første klagepunkt, Den Italienske Republik har fremført, og hvorefter der ikke er tale om indirekte forskelsbehandling i det foreliggende tilfælde, idet de bestemmelser, de omtvistede italienske dekreter indeholder, var begrundet i objektive hensyn, eftersom de havde til formål at lade Linate lufthavn udnytte på en ny måde, idet denne lufthavn kun skulle benyttes til de flyvninger, der også var bedst egnede til forretningsrejser og til at sikre flyforbindelsens konkurrencedygtighed i forhold til jernbaneforbindelsen Milano-Rom [48], kun vedrører anden etape af den procedure, hvorved det søges godtgjort, om der foreligger indirekte forskelsbehandling, dvs. den etape, hvorunder det efterprøves, om de omtvistede bestemmelser er objektive.

75. Som allerede nævnt [49] er det under denne anden etape, at det reelt skal efterprøves, om de omtvistede bestemmelser er i overensstemmelse med proportionalitetsprincippet, en undersøgelse, hvorved det viste sig, at bestemmelserne ikke reelt var nødvendige med henblik på at nå det mål, der forfulgtes med dem, dvs. at udvikle Malpensa lufthavn til en funktions- og bæredygtig hovedlufthavn. Efter min opfattelse er sagsøgerens forsøg på objektivt at begrunde de omtvistede bestemmelser ud fra det særlige formål, der forfølges med dem, nemlig at omstrukturere driften af Linate lufthavn, hvilket medfører, at Malpensa lufthavn udvikles til en hovedlufthavn, ikke lykkedes. Da det ud fra de omstændigheder, der forelå den 25. oktober 1998, ikke var absolut nødvendigt at overføre hele trafikken til Malpensa, var det tilsvarende heller ikke absolut nødvendigt at begrænse de flyvninger, som Linate lufthavn skulle benyttes til, i det omfang, det er sket i henhold til de omtvistede dekreter. Såfremt man tilslutter sig det synspunkt, at formålet med bestemmelserne i dekret nr. 46-T var at begrænse anvendelsen af Linate lufthavn til kun at omfatte forbindelsen Milano-Rom, taler dette til fordel for den opfattelse, Kommissionen har givet udtryk for i den anfægtede beslutning med hensyn til følgerne i praksis af de pågældende bestemmelser. Kommissionen har i øvrigt anført, at sagsøgerens bemærkning om, at bestemmelserne havde til formål at sikre en permanent beflyvning af forbindelsen Milano-Rom og ikke at overføre passagerer til lufthavnen i Rom, ikke holder, eftersom det første formål ikke udelukker det andet, hvorimod ingen af de

47 — Jf. ovenfor i punkt 32.

48 — Den italienske regering har anført, at Kommissionen har betragtet Linate lufthavn som den lufthavn, hvor trafikken til og fra hovedlufthavnene i Fællesskabet var koncentreret, inden den nye fordeling fandt sted, og at Linate lufthavn efter vedtagelsen af det omtvistede dekret skulle benyttes til forbindelser til en eneste større lufthavn, nemlig Rom-Fiumicino, mens forbindelserne til de andre europæiske hovedlufthavne (Frankfurt, Paris osv.) skulle overføres til en anden og mindre bekvem lufthavn, nemlig Malpensa. Dette ville ifølge Kommissionen medføre en konkurrencemæssig fordel for Alitalia og være til skade for de øvrige luftfartsselskaber, der anvender andre hovedlufthavne end Fiumicino. Navnlig ville de passagerer, som måtte ønske at rejse ud af Den Europæiske Union eller ud af Europa, foretrække at rejse fra Linate og i transit via hovedlufthavnen Rom frem for at rejse fra Malpensa og i transit via andre hovedlufthavne. Den italienske regering har imidlertid bestridt, at dette er tilfældet og har anført, at de omtvistede italienske dekreter var begrundet i objektive hensyn, eftersom de havde til formål, at Linate lufthavn skulle anvendes på en ny måde, dvs. til en enkelt flyvning, nemlig forbindelsen Milano-Rom. Den italienske regering har i den forbindelse påpeget, at forbindelsen Milano-Rom i det væsentlige anvendes til forretningsrejser, hvor de fleste rejser frem og tilbage samme dag. Regeringen har understreget, at netop denne forbindelse bedst kan beflyves fra Linate lufthavn, således at forbindelsen er konkurrencedygtig i forhold til jernbaneforbindelsen. Såfremt Kommissionen havde taget hensyn til disse omstændigheder, ville den ifølge sagsøgeren ikke have kunnet fastslå, at der var tale om indirekte forskelsbehandling.

49 — Jf. ovenfor i punkt 32.

omstændigheder, som sagsøgeren har henvist til, peger i retning af, at det var umuligt eller forbudt at hente passagerer til hovedlufthavnen i Rom. Tværtimod fremgår det af oplysningerne i sagen og navnlig af de statistiske oplysninger vedrørende antallet af passagerer i 1997[50] og af de foranstaltninger, de italienske myndigheder påtænkte at træffe med henblik på en eventuel begrænsning af mulighederne for at rejse i transit via Rom-Fiumicino[51], at på det tidspunkt, hvor den anfægtede beslutning blev vedtaget, var denne tilførsel af passagerer reel og var i hvert fald fortsat mulig. Det første klagepunkt, som sagsøgeren har fremført, må derfor forkastes.

76. Med det andet af de klagepunkter, der omhandler den anfægtede beslutnings punkt 29-46, har sagsøgeren gjort gældende, at Kommissionen fejlagtigt har vurderet følgerne af overførslen af trafikken til Malpensa på baggrund af den bestående og ikke den fremtidige situation. I den fremtidige situation, som er kendetegnet ved, at Malpensa lufthavn bliver taget i brug fuldt ud med henblik på interkontinentale flyvninger, vil forbindelsen fra Linate til hovedlufthavnen Fiumicino ifølge sagsøgeren i praksis ikke medføre nogen konkurrencefordel for Alitalia.

50 — Sagsøgeren har således i punkt 20 i replikken indrømmet, at 85% af de passagerer, der rejste videre fra Fiumicino, var passagerer på internationale ruter.

51 — Jf. minister Burlando's skrivelse af 15.7.1998, der udgør bilag 5 til stævningen.

Den italienske regering har i den forbindelse understreget, at en bestemmelse kun kan antages at være udtryk for indirekte forskelsbehandling, såfremt det bevises, at den kan være til gunst eller til skade for en person.

77. Dette andet klagepunkt vedrører den første etape af den procedure, hvorved det søges godtgjort, om der er tale om indirekte forskelsbehandling, dvs. om der i praksis er tale om indirekte forskelsbehandling, og om den er en nødvendig følge af de omtvistede bestemmelser, eller om den er tilfældig.

78. Lad mig først bemærke, at sagsøgerens påstand om, at Kommissionen fejlagtigt har vurderet følgerne af overførslen af trafikken til Malpensa i relation til den bestående situation og ikke den fremtidige situation, ikke er begrundet.

79. For det første er der ikke tvivl om, at den indirekte forskelsbehandling er dynamisk og relativ, idet det på grund af de varierende betingelser for anvendelse af de omtvistede bestemmelser er muligt, at deres virkninger i praksis udvikler sig (enten på den måde, at en form for forskelsbehandling, der ikke bestod, opstår, eller at en form for forskelsbehandling ophører). Som allerede nævnt kræves det ikke alene, at der tages hensyn til de omtvistede bestemmelsers virkninger på et givet tidspunkt (en øjebliksundersøgelse af forskelsbehandlin-

gen), men også, at man vurderer udsigterne til, om de pågældende virkninger vil udvikle sig eller forblive stabile, således at man kan se bort fra eventuelle følger af tilfældige omstændigheder, som ikke reelt skyldes de nævnte bestemmelser [52]. En sådan undersøgelse af udsigterne til, om virkningerne i praksis af de omtvistede bestemmelser vil udvikle sig eller forblive stabile, kan imidlertid ikke bevirke, at der skal tages hensyn til en rent fremtidig situation, som er lidet sandsynlig, men blot forventet, og som ikke har en direkte og sikker sammenhæng med de faktiske forhold, der består på det tidspunkt, hvor det efterprøves, om der er tale om indirekte forskelsbehandling. En sådan fremgangsmåde ville være i strid med reglen om, at lovligheden af en anfægtet retsakt i princippet skal bedømmes efter de faktiske og retlige omstændigheder på det tidspunkt, da retsakten blev udstedt [53].

80. For det andet fremgår det af en omhyggelig gennemgang af begrundelsen i den anfægtede beslutning, at for så vidt angår såvel det forhold, at Alitalia har to hovedlufthavne, som af en sammenligning af mulighederne for at komme til Linate lufthavn og Malpensa lufthavn, at Kommissionen først har taget udgangspunkt i den bestående situation og derefter vurderet udsigten til og sandsynligheden for, at denne situation ville ændre sig [54]. Efter at have foretaget denne subtile vurdering har Kommissionen i sidste instans fastslået, at der kun var tale om indirekte forskelsbehandling i en konkret periode [55], hvilket i den foreliggende sag udgør en rimelig undersøgelse og fortolkning af den dynamiske karakter af denne form for forskelsbehandling.

81. For mig at se har konstateringen af, at der er tale om indirekte forskelsbehandling, ikke været baseret på blotte formodninger eller en beskeden sandsynlighed, men på, i hvor høj grad det ud fra de oplysninger,

52 — Jf. ovenfor i punkt 45.

53 — Jf. f.eks. dom af 7.2.1979, forenede sager 15/76 og 16/76, Frankrig mod Kommissionen, Sml. s. 321, præmis 7.

54 — Jf. den anfægtede beslutnings punkt 35, som har følgende ordlyd: »... Adgangen til at benytte direkte flyvninger [fra Malpensa lufthavn] vil utvivlsomt formindske det antal passagerer, der benytter indirekte flyvninger ... Alting tyder imidlertid på, at Alitalia's aktiviteter er og bliver fordelt på to hovedlufthavne: Rom-Fiumicino og Milano-Malpensa. Det var et af hovedpunkterne i den strukturomlægningsplan for Alitalia, som Italien anmeldte til Kommissionen i overensstemmelse med statsstøttereglerne ...«
Jf. også den anfægtede beslutnings punkt 44, der lyder som følger: »Da adgangsforbindelserne til Linate lufthavn og Malpensa lufthavn således er forskellige, mener Kommissionen ikke, at disse to lufthavne vil være lige attraktive, før adgangsinfrastrukturerne til Malpensa opvejer denne lufthavns geografiske beliggenhed i forhold til Linate.«

55 — Jf. den anfægtede beslutnings punkt 45, hvori det hedder: »Når alt dette og konkurrenceforholdene mellem Alitalia og Fællesskabets øvrige luftfartsselskaber tages i betragtning, vil kriterierne i dekret nr. 46-T medføre en konkurrencefordel for Alitalia, idet kun Alitalia får mulighed for at flyve til sin hovedlufthavn Rom-Fiumicino fra Linate lufthavn, mens Fællesskabets øvrige luftfartsselskaber er nødt til at flyve til deres respektive hovedlufthavne fra Malpensa lufthavn. *Denne konkurrencefordel vil være til stede, så længe Malpensa lufthavn ikke råder over en adgangsinfrastruktur, som kan ændre den nuværende situation, hvor forbrugerne er uvillige til at benytte denne lufthavn*« (min fremhævelse).

Kommissionen havde til rådighed, var sandsynligt, at den pågældende forskelsbehandling ville blive konkret.

82. For det første synes ingen af de fejl, som ifølge sagsøgeren er forbundet med vurderingen af de faktiske omstændigheder [56], og som er nævnt i replikken, at vedrøre omstændigheder, der er afgørende med hensyn til konstateringen af forskelsbehandlingen. Nærmere bestemt fremgår det ikke af nogen omstændighed, som sagsøgeren har påberåbt sig, at Alitalia ikke benytter Fiumicino som sin anden hovedlufthavn, i det mindste som en supplerende hovedlufthavn. Navnlig er forholdet det, at selv om sagsøgeren omtaler en drastisk begrænsning af de interkontinentale flyvninger, som udelukkende foretages fra hovedlufthavnen Rom-Fiumicino, fremgår det ikke nogen steder i sagsøgerens redegørelse, som indeholder udkastet til flyplan for de omtvistede flyvninger, at de pågældende flyvninger er blevet ophævet. Tværtimod fremgår det af visse oplysninger i sagen, f.eks. omstruktureringsplanen [57] og af Alitalia's reklamespots [58], idet der ikke skal tages hensyn til omstændigheder, der ligger efter vedtagelsen af den anfægtede beslutning [59], at Rom-Fiumicino fortsat benyttes som hovedlufthavn og kan få tilført passagerer fra Malpensa lufthavn. Som Kommissionen med rette har påpeget i duplikken, er det i sig selv uden betydning, hvor mange destinationer der beflyves fra den ene hovedlufthavn i forhold til den anden, og også deres indbyrdes størrelsesforhold. Den blotte omstændighed, at der findes endnu en hovedlufthavn i Fiumicino, fører til, at det må fastslås, at der er tale om indirekte forskelsbehandling. Omfanget af virkningerne af denne forskelsbehandling har ikke nogen egentlig betydning. Selv en beskeden forskelsbehandling er i henhold til fællesskabsretten forbudt [60].

83. Desuden kan det under alle omstændigheder ikke hævdes, at der skal føres fuldt bevis for, at der er tale om indirekte forskelsbehandling, allerede under den første etape af den logiske proces, hvorved det søges bevist, at en sådan forskelsbehandling foreligger. Som allerede nævnt er det ikke altid let umiddelbart at fastslå, at der er tale om indirekte forskelsbehandling, og i hvert fald kan det ikke under denne første etape med sikkerhed fastslås, at der er tale om forskelsbehandling i retlig forstand, uanset om man baserer sig på et generelt erfaringsgrundlag eller endog på statistiske

56 — I replikken har sagsøgeren anført, at en annullation af den anfægtede beslutning ikke kræver en »åbenbar fejl«. Det er tilstrækkeligt at godtgøre, at Kommissionen har vurderet de faktiske omstændigheder fejlagtigt. Kommissionens bemærkninger i svarskriftet indeholder sådanne fejl, navnlig med hensyn til eksistensen af tvillingelufthavne for Alitalia.

57 — Jf. Kommissionens beslutning 97/789/EF af 15.7.1997 om Alitalia's rekapitalisering (EFT L 322, s. 44), der er vedlagt som bilag 2 til svarskriftet.

58 — Jf. bilag 3 til svarskriftet.

59 — Kommissionen har anført, at selv om de ikke formelt har betydning for vurderingen af lovligheden af den anfægtede beslutning, bekræfter alle efterfølgende oplysninger, at Alitalia fortsat benytter to hovedlufthavne.

60 — Jf. dom af 28.1.1986, sag 270/83, Kommissionen mod Frankrig, Sml. s. 273, præmis 21, og af 13.12.1989, sag C-49/89, Corsica Ferries France, Sml. s. 4441, præmis 8.

undersøgelser. Dette er baggrunden for, at det under den anden etape, hvorved processen med henblik på at bevise, at der er tale om indirekte forskelsbehandling, afsluttes, skal undersøges, om de omtvistede bestemmelser er begrundet i objektive hensyn, hvilket forudsætter en anvendelse af proportionalitetsprincippet [61].

84. På baggrund af ovennævnte bemærkninger er det min opfattelse, at det andet klagepunkt, der er fremført i forbindelse med det fjerde annullationsanbringende, også må forkastes.

85. Endelig skal jeg med hensyn til det tredje klagepunkt, som sagsøgeren har fremført, og hvorefter den anfægtede beslutning ikke er i overensstemmelse med proportionalitetsprincippet for så vidt angår de pålagte forbud [62], bemærke, at Kommissionen med rette har anført, at den i henhold til artikel 8, stk. 3, i forordning nr. 2408/92 ikke er forpligtet til at foretrække forholdsregler, der er mindre indgribende for de berørte nationale myndigheder. Som det fremgår af oplysningerne i sagen, som ikke er blevet bestridt med konkrete argumenter [63], underrettede Kommissionen i første omgang de italienske myndigheder om de problemer, som de omtvistede dekreter medførte, og rådførte sig herefter med det kompetente rådgivende udvalg. Den har således generelt truffet alle de foranstaltninger (brevveksling, møder osv.), som kunne bidrage til en belysning af sagen og sikre retten til kontradiktion. Den eneste kompetence, som Kommissionen havde, var således at tage stilling til lovligheden af de omtvistede dekreter og beslutte, »hvorvidt medlemsstaten kan fortsætte med at anvende [foranstaltningen]« [64]. Kommissionen havde derfor ikke beføjelse til at ændre de trufne nationale foranstaltninger og således sætte sig i de nationale myndigheders sted. Tværtimod tilkom det de nationale myndigheder at tage initiativet til at vedtage de bestemmelser, der var nødvendige for at efterkomme den anfægtede beslutning, hvilket de gjorde ved at vedtage dekretet af 9. oktober 1998 [65]. I øvrigt ville det være uacceptabelt, om den forpligtelse til åbent samarbejde mellem Kommissionen og medlemsstaterne, der er fastsat i EF-traktatens artikel 5 (nu artikel 10 EF), kunne ændre den udtrykkelige ovenfor beskrevne kompetencefordeling mellem medlemsstaterne og Kommissionen og overføre initiativet til og ansvaret for, at der træffes passende foranstaltninger, til Kommissionen.

86. Det følger heraf, at også det fjerde annullationsanbringende må forkastes.

61 — Jf. ovenfor i punkt 32.

62 — Sagsøgeren har navnlig anført, at såfremt Kommissionen tvivlede eller ikke var sikker på, at den omstændighed, at flyvningen til Rom fortsat fandt sted fra Linate, kunne give Alitalia en konkurrencefordel, burde Kommissionen have underrettet de italienske myndigheder herom og under alle omstændigheder have valgt mindre drastiske foranstaltninger over for den italienske regering med hensyn til overholdelsen af det princip om forbud mod forskelsbehandling, der er opstillet i artikel 8, stk. 1, i forordning nr. 2408/92. Den italienske regering har tilføjet, at den har foreslået tekniske forholdsregler med henblik på at afhjælpe situationen. Kommissionen accepterede dem imidlertid ikke.

63 — Jf. punkt 16 ff. i den anfægtede beslutning og punkt 14 ovenfor.

64 — Jf. artikel 8, stk. 3, i forordning nr. 2408/92.

65 — Bilag 5 til svarskriftet.

V — Forslag til afgørelse

87. Jeg skal herefter foreslå, at

1) Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber frifindes, og at

2) Den Italienske Republik dømmes til at betale sagens omkostninger.