CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL

G. COSMAS

van 16 mei 2000 [1]

Inhoudsoverzicht

I — Inleiding ..... I - 388

II — Rechtskader ..... I - 388

III — De feiten en de bestreden beschikking ..... I - 390

IV — Middelen ..... I - 394

A — Uitlegging van de rechtsgrondslag van de bestreden beschikking (eerste en tweede middel) ..... I - 395

a) Stellingen van partijen ..... I - 395

aa) Onbevoegdheid wegens schending van artikel 8, leden 1 en 3, van verordening nr. 2408/92 en van de artikelen 155 (thans artikel 211 EG) en 169 EG-Verdrag (thans artikel 226 EG) (eerste middel) ... I - 395

ab) Schending van de artikelen 3, lid 1, en 8, lid 1, van verordening nr. 2408/92 en van de artikelen 59, 61, lid 1, en 84, leden 1 en 2, van het Verdrag en van de beginselen uit de rechtspraak op het gebied van het vrij verrichten van diensten (tweede middel) ..... I - 396

b) Mijn standpunt ..... I - 398

B — Schending of onjuiste uitlegging van artikel 8, leden 1 en 3, van verordening nr. 2408/92 wegens onjuiste toepassing van het evenredigheidsbeginsel (derde middel) ..... I - 409

C — Schending van artikel 8, lid 1, van verordening nr. 2408/92 gezien de regels betreffende indirecte discriminatie en de kennelijk onjuiste beoordeling van de feiten (vierde middel) ..... I - 415

V — Conclusie ..... I - 421

1 — Oorspronkelijke taal: Grieks.

I — Inleiding

1. In deze zaak verzoekt de Italiaanse Republiek (hierna: „verzoekster") om nietigverklaring van beschikking 98/710/EG van de Commissie van 16 september 1998 inzake een procedure aangaande de toepassing van verordening (EEG) nr. 2408/92 van de Raad (zaak VII/AMA/11/98 — Italiaanse verkeersverdelingsregels voor het luchthavensysteem van Milaan) [2] (hierna: „bestreden beschikking"), waarin haar werd verboden de verkeersverdelingsregels voor het luchthavensysteem van Milaan toe te passen, die waren vastgesteld bij nationale decreten waarin met name werd bepaald dat een deel van het luchtverkeer van de luchthaven Linate naar de luchthaven Malpensa werd overgebracht. Verzoekster stelt dat de bestreden beschikking, die uitgaat van onevenredige beperkingen van het vrij verrichten van diensten, de grenzen heeft overschreden van verordening (EEG) nr. 2408/92 [3], die zij als rechtsgrondslag is gekozen. Daarnaast stelt verzoekster, dat de Commissie het evenredigheidsbeginsel in elk geval onjuist heeft toegepast. Tot slot heeft de Commissie volgens verzoekster de feiten op basis waarvan zij een indirecte discriminatie ten gunste van de nationale luchtvaartmaatschappij (Alitalia) heeft geconstateerd, onjuist beoordeeld.

2 — PB L 337, blz. 42.

3 — Verordening van de Raad van 23 juli 1992 betreffende de toegang van communautaire luchtvaartmaatschappijen tot intracommunautaire luchtroutes (PB L 240, blz. 8).

II — Rechtskader

2. Artikel 59, eerste alinea, EG-Verdrag (thans, na wijziging, artikel 49 EG) bepaalt:

„In het kader van de volgende bepalingen worden de beperkingen op het vrij verrichten van diensten binnen de Gemeenschap in de loop van de overgangsperiode geleidelijk opgeheven ten aanzien van de onderdanen der lidstaten die in een ander land van de Gemeenschap zijn gevestigd dan dat, waarin degene is gevestigd te wiens behoeve de dienst wordt verricht."

3. Artikel 61, lid 1, EG-Verdrag (thans, na wijziging, artikel 51, lid 1, EG) luidt:

„Het vrije verkeer van de diensten op het gebied van het vervoer wordt geregeld door de bepalingen voorkomende in de titel betreffende het vervoer."

4. Artikel 84, lid 2, EG-Verdrag (thans, na wijziging, artikel 80, lid 2, EG) luidt:

„De Raad kan met gekwalificeerde meerderheid van stemmen besluiten of, in hoe-

verre en volgens welke procedure, passende bepalingen voor de zeevaart en de luchtvaart zullen worden genomen.

De procedurebepalingen van artikel 75, leden 1 en 3, zijn van toepassing."

5. De eerste twee overwegingen van de considerans van verordening nr. 2408/92 luiden:

„overwegende dat het met het oog op de totstandbrenging van de interne markt in de loop van een periode die op 31 december 1992 eindigt, overeenkomstig artikel 8 A van het Verdrag, dienstig is een luchtvervoerbeleid te verwezenlijken;

overwegende dat de interne markt een ruimte omvat zonder binnengrenzen waarin het vrije verkeer van goederen, personen, diensten en kapitaal is gewaarborgd".

6. De negentiende overweging van de considerans van genoemde verordening luidt als volgt:

„overwegende dat het dienstig is alle met de markttoegang verband houdende vraagstukken in dezelfde verordening te behandelen."

7. Artikel 3, lid 1, van verordening nr. 2408/92 luidt:

„Met inachtneming van deze verordening wordt door de betrokken lidstaat (lidstaten) aan communautaire luchtvaartmaatschappijen toegestaan om vervoersrechten op routes in de Gemeenschap uit te oefenen."

8. Tot slot bepaalt artikel 8 van die verordening het volgende:

„1. Deze verordening laat het recht van een lidstaat onverlet om de verdeling van het verkeer tussen de luchthavens van een luchthavensysteem zonder discriminatie op grond van nationaliteit of identiteit van de luchtvaartmaatschappij te verdelen.

2. De uitoefening van vervoersrechten is onderworpen aan de bekendgemaakte communautaire, nationale, regionale of plaat-

selijke voorschriften betreffende de veiligheid, de bescherming van het milieu en de toewijzing van 'slots'.

3. Op verzoek van een lidstaat of uit eigen beweging onderzoekt de Commissie hoe de leden 1 en 2 worden toegepast en zij besluit binnen één maand na ontvangst van een verzoek en na overleg met het in artikel 11 genoemde comité of de lidstaat de maatregel mag blijven toepassen. De Commissie deelt haar besluit mede aan de Raad en aan de lidstaten.

4. Iedere lidstaat kan het besluit van de Commissie binnen één maand aan de Raad voorleggen. De Raad kan in uitzonderlijke omstandigheden binnen één maand [...] een andersluidend besluit nemen."

III — De feiten en de bestreden beschikking

9. Het luchthavensysteem van Milaan omvat de luchthavens Malpensa, Linate en Orio al Serio (Bergamo). De verdeling van het luchtverkeer tussen deze luchthavens gebeurde volgens de wetten van de markt, rekening houdend met de bestaande functionele beperkingen. Dit resulteerde in een ondoelmatig gebruik van de beschikbare luchthavencapaciteit, waarbij Linate te zwaar werd belast terwijl Malpensa te weinig werd gebruikt.[4] Bovendien heeft geen van de luchthavens van het systeem zich tot een groot verbindingsplatform voor nationale, internationale en intercontinentale vluchten kunnen ontwikkelen.

10. Om deze reden besloten de Italiaanse autoriteiten, het luchthavensysteem van Milaan te reorganiseren om van Malpensa een knooppunt te maken en om in de toekomst de nodige luchthavencapaciteit te kunnen bieden. Dit betekende uitbreiding en renovatie van Malpensa; dit project

4 — Het belangrijkste deel van het intracommunautaire internationale en nationale verkeer was geconcentreerd op de luchthaven Linate, die tien kilometer ten zuidoosten van het centrum van Milaan ligt. Linate kende ernstige capaciteitsproblemen. In 1997 maakten ongeveer 14 miljoen passagiers gebruik van deze luchthaven, terwijl de optimale capaciteit naar schatting 8 miljoen bedraagt. Malpensa, op 53 kilometer van het centrum van Milaan, werd voor alle internationale vluchten gebruikt, gezien de beperkingen van Linate die vluchten van daaruit onmogelijk maakten. Malpensa verwerkte slechts een beperkt aantal intracommunautaire vluchten, omdat de passagiers een voorkeur hebben voor Linate, dat dichter bij het centrum van Milaan ligt. Malpensa verwerkte in 1997 dan ook niet meer van 4 miljoen passagiers, terwijl de optimale capaciteit naar schatting 6 miljoen bedraagt. De luchthaven Orio al Serio, ongeveer vijftig kilometer van het centrum van Milaan en nabij Bergamo, werd voornamelijk voor vrachtverkeer en chartervluchten gebruikt en in mindere mate voor reguliere passagiersvluchten.

werd bekend onder de naam „Malpensa 2000" [5]. De financiële regelingen voor de nieuwe luchthaven Malpensa schreven een concentratie van het verkeer op die luchthaven voor, en daarmee een onvermijdelijke verplaatsing van verkeer van luchthaven Linate naar Malpensa.

11. Om die reden heeft de Italiaanse minister van vervoer op 5 juli 1996 decreet nr. 46-T vastgesteld, met daarin voorschriften voor de verdeling van het luchtverkeer binnen het luchthavensysteem van Milaan. Artikel 1, lid 1, bepaalde dat vanaf de datum van inbedrijfstelling van de prioritaire infrastructuren van Malpensa 2000 — die datum zou in een later decreet worden vastgesteld — alle reguliere en niet-reguliere diensten voor de intracommunautaire en intercontinentale verbindingen (met inbegrip van de intracommunautaire nationale en internationale verbindingen) bij aankomst en vertrek via Malpensa zouden worden afgewikkeld. Volgens artikel 1, lid 2, mochten deze diensten bij aankomst en vertrek ook door Orio al Serio worden geëxploiteerd. Op grond van artikel 1, leden 3 en 4, mocht Linate slechts worden gebruikt voor de algemene luchtvaart en voor de afwikkeling van rechtstreekse vluchten zonder tussenlanding op de verbindingen naar en vanaf Milaan, indien het jaarlijkse aantal passagiers van die diensten in het jaar voorafgaand aan de inbedrijfstelling van de prioritaire infrastructuren minstens 2 miljoen bedroeg dan wel gemiddeld 1,75 miljoen per jaar gedurende de drie voorafgaande jaren.

12. Op 23 oktober 1997 stelde de Italiaanse regering decreet nr. 57-T vastgesteld, waarvan artikel 1, lid 1, bepaalde dat de in decreet nr. 46-T bedoelde infrastructuren op 25 oktober 1998 in bedrijf zouden worden gesteld. Uit de decreten nr. 46-T en 57-T volgde, dat vanaf 25 oktober 1998 alle luchtdiensten naar en van Milaan moesten worden afgewikkeld hetzij vanaf Malpensa, hetzij vanaf Orio al Serio, met uitzondering van de diensten van algemene luchtvaart en vrachtdiensten die het minimumaantal passagiers van artikel 1, lid 4, van decreet nr. 46-T bereikten. In de praktijk was de enige verbinding die aan het vastgestelde minimumaantal voldeed die van Milaan naar Rome.

13. Op 16 februari 1998 hebben de luchtvaartmaatschappijen British Airways, Iberia, Lufthansa, Olympic Airways, Sabena, Scandinavian Airlines System en TAP Air Portugal gezamenlijk de Commissie verzocht om de door de Italiaanse autoriteiten vastgestelde regels voor de verdeling van het luchtverkeer binnen het luchthavensysteem van Milaan onverenigbaar met het

5 — Dit project was één van de 14 prioritaire projecten van het transeuropese vervoersnet, genoemd in beschikking nr. 1692/96/EG van het Europees Parlement en de Raad van 23 juli 1996 betreffende communautaire richtsnoeren voor de ontwikkeling van een transeuropees vervoersnet (PB L 228, blz. 1), waaraan financiële bijstand is verleend door de Gemeenschap en het Europees Investeringsfonds en waaraan steun is verleend door de Europese Investeringsbank.

gemeenschapsrecht te verklaren, met name met verordening nr. 2408/92, en van de Italiaanse autoriteiten te eisen deze regels niet toe te passen en andere, volledig met het gemeenschapsrecht overeenstemmende regels vast te stellen. [6] De luchtvaartmaatschappijen stelden dat de Italiaanse regels in de praktijk tot discriminatie ten gunste van Alitalia leidden [7] en overigens niet aan het evenredigheidsbeginsel voldeden [8].

14. Na de voorgeschreven procedure te hebben gevolgd [9], heeft de Commissie op 16 september 1998 op basis van artikel 8, lid 3, van verordening nr. 2408/92 de bestreden beschikking gegeven.

15. In de considerans van de bestreden beschikking geeft de Commissie, na een beschrijving van de feiten en de procedure, een juridische beoordeling van de betwiste Italiaanse regels in het licht van verordening nr. 2408/92. Volgens de Commissie moet iedere beperking die op basis van artikel 8, lid 1, van die verordening is goedgekeurd, tevens voldoen aan het non-discriminatiebeginsel waarnaar in deze bepaling uitdrukkelijk wordt verwezen, en aan de voor het vrij verrichten van diensten

6 — Op 15 april 1998 deelde Air France de Commissie mee, dat zij zich bij de actie van bovengenoemde maatschappijen tegen de Italiaanse regels aansloot. Op 22 april 1998 verzochten de genoemde maatschappijen de Commissie voorlopige maatregelen te nemen om ervoor te zorgen dat zolang zij niet inhoudelijk over de Italiaanse regels had beslist, dat deze regels niet werden toegepast voordat adequate vervoersverbindingen met Malpensa tot stand waren gebracht. Op 27 mei 1998 diende Austrian Airlines bij de Commissie een afzonderlijk verzoek in, dat dezelfde strekking had en op dezelfde gronden was gebaseerd als de verzoeken van de bovengenoemde maatschappijen.

7 — Volgens de genoemde luchtvaartmaatschappijen zou de toepassing van de Italiaanse regels ertoe leiden dat vanaf Linate alleen de route Milaan-Rome wordt geëxploiteerd. Op deze route wordt door verscheidene luchtvaartmaatschappijen uit de Gemeenschap gevlogen, onder andere door Alitalia. Alitalia kan dus in belangrijke mate gebruik blijven maken van haar knooppunt Rome-Fiumicino, dat deze maatschappij vanaf Linate kan bedienen, terwijl niet-Italiaanse maatschappijen uit de Gemeenschap hun knooppunten niet langer vanaf Linate kunnen bedienen, omdat zij voor deze diensten gebruik moeten maken van Malpensa. Hierdoor zal Alitalia ten opzichte van niet-Italiaanse luchtvaartmaatschappijen uit de Gemeenschap een concurrentievoordeel verkrijgen bij de verrichting van luchtvervoersdiensten via haar knooppunt naar bestemmingen op lange- en middellange afstand. Met andere woorden, reizigers die vanaf Milaan langs een knooppunt naar een bestemming op lange- of middellange afstand willen vliegen, zullen liever langs het knooppunt van Alitalia willen vliegen dan langs die welke door ander communautaire maatschappijen worden geëxploiteerd. Bovendien waren de maatschappijen van mening dat het ontbreken van adequate vervoersverbindingen Malpensa ten opzichte van Linate nog onaantrekkelijker maakte, waardoor de discriminerende werking van de Italiaanse regels nog werd versterkt.

8 — Genoemde maatschappijen waren van mening dat de Italiaanse regels niet evenredig zijn, daar de beoogde doelstellingen zonder discriminatie konden worden verwezenlijkt door een rationeler gebruik van de luchthavencapaciteit, waardoor onderbezetting van Linate en verzadiging van Malpensa werden voorkomen. Tegen deze achtergrond zouden alle communautaire maatschappijen de mogelijkheid moeten hebben om diensten uit te voeren vanaf Linate naar hun respectieve knooppunten.

9 — Om de onderhavige zaak in het kader van de procedure volgens artikel 8, lid 3, van verordening nr. 2408/92 met volledige kennis van zaken te kunnen onderzoeken en de rechten van de verdediging te waarborgen, heeft de Commissie de Italiaanse autoriteiten op 3 maart 1998 het verzoek van de luchtvaartmaatschappijen toegestuurd en hun verzocht hun opmerkingen in te dienen. Wat de discriminerende werking van de Italiaanse regels betreft, waren de Italiaanse autoriteiten van mening dat hiervan geen sprake was, aangezien de toegang tot de verbinding Milaan-Rome volgens de toepasselijke communautaire regelgeving open stond voor alle communautaire luchtvaartmaatschappijen. Wat het evenredigheidsbeginsel betreft, betoogden de Italiaanse autoriteiten dat de verkeersverdelingsregels noodzakelijk waren om het doel te bereiken, op Malpensa een knooppunt tot stand te brengen en tegelijkertijd Linate als extra luchthaven te behouden.
In verschillende briefwisselingen en vergaderingen heeft de Commissie de Italiaanse autoriteiten, rekening houdend met de informatie waarover zij beschikte, van haar standpunt op de hoogte gesteld en haar twijfel over de verenigbaarheid van de Italiaanse regels met artikel 8, lid 1, van verordening nr. 2408/92 gemotiveerd. De Italiaanse autoriteiten hebben opnieuw betoogd, dat de door decreet nr. 46-T vastgelegde criteria voor de verkeersverdeling binnen het luchthavensysteem van Milaan op geen enkele wijze discriminerend ten gunste van Alitalia waren. Niettemin hebben zij, om de Commissie op dit punt geheel tevreden te stellen, aangegeven dat zij konden overwegen om de exploitatie van de verbinding Milaan-Rome vanaf Linate aan bepaalde voorwaarden te verbinden. De Commissie achtte deze voorwaarden echter noch doeltreffend noch geschikt.

geldende algemene beginselen die in de rechtspraak van het Hof zijn uitgewerkt. Deze beginselen reiken verder dan een eenvoudig verbod van discriminatie op grond van nationaliteit of identiteit van de luchtvaartmaatschappij. Nationale maatregelen die het vrij verrichten van diensten beperken, zijn namelijk, ook al worden zij zonder discriminatie toegepast, daarom niet minder onaanvaardbaar, indien zij niet worden gerechtvaardigd door dwingende redenen van algemeen belang of indien hetzelfde resultaat kan worden bereikt door minder beperkende regels die aan het evenredigheidsbeginsel voldoen.

16. Wat de verenigbaarheid van de Italiaanse regels met het non-discriminatiebeginsel betreft concludeerde de Commissie, rekening houdend met de bestaande concurrentie tussen Alitalia en de andere communautaire maatschappijen, dat de criteria van decreet nr. 46-T, die alleen Alitalia toestaan de luchtverbinding naar haar knooppunt Rome-Fiumicino vanaf Linate te verzorgen en de andere communautaire luchtvaartmaatschappijen verplichten de verbinding met hun respectieve knooppunten via Malpensa te bedienen, Alitalia een concurrentievoordeel verschaften. Dit voordeel blijft bestaan zolang de infrastructuren voor de toegang tot Malpensa niet voldoende zijn om verandering te brengen in de huidige situatie, waarin de passagiers er weinig voor voelen om deze luchthaven te gebruiken. De Commissie heeft dan ook geoordeeld, dat de toepassing van de door decreet nr. 46-T vastgestelde criteria vanaf 25 oktober 1998, overeenkomstig de bepalingen van decreet nr. 57-T, in de praktijk een discriminerende werking ten gunste van Alitalia zal hebben. Toepassing van de criteria vanaf 25 oktober 1998 overeenkomstig decreet nr. 57-T is haars inziens dan ook onverenigbaar met het in artikel 8, lid 1, van verordening nr. 2408/92 genoemde beginsel van non-discriminatie op grond van de identiteit van de luchtvaartmaatschappij.

17. Wat de verenigbaarheid van de Italiaanse voorschriften met het evenredigheidsbeginsel betreft, heeft de Commissie er in de eerste plaats op gewezen dat artikel 8, lid 1, van verordening nr. 2408/92 uitdrukkelijk de legitimiteit van een dynamisch hervormingsbeleid voor de luchthaven Malpensa erkent en dat het project Malpensa 2000 tot doel heeft, een volledig operationeel en rendabel knooppunt op de betrokken luchthaven in te richten. Vervolgens heeft de Commissie de beperkingen ten gevolge van de regels voor de verdeling van het luchtverkeer onderzocht en geconcludeerd dat het, om een rendabele exploitatie van het project Malpensa 2000 mogelijk te maken (met inbegrip van het op tijd uitvoeren van alle diensten en het absolute vereiste van een normale bereikbaarheid voor de reizigers), niet noodzakelijk is dat op 25 oktober 1998 het totale verkeersvolume naar Malpensa wordt verplaatst. Voor een rendabele exploitatie van het knooppunt Malpensa is verplaatsing van een verkeersvolume noodzakelijk, dat verenigbaar is met het niveau van de luchthavenfaciliteiten en de toegangsinfrastruc-

tuur. Indien hiermee geen rekening wordt gehouden, komt de ontwikkeling en de toekomstige positie van Malpensa als succesvol knooppunt in de Gemeenschap in gevaar. Uitstel van de verkeersverplaatsing dan wel een geleidelijke verplaatsing vanaf 25 oktober 1998 zou beter bij deze doelstelling passen en zou ook minder gevolgen hebben voor het vrij verrichten van luchtdiensten naar en van Milaan. De Italiaanse regels zijn dan ook niet noodzakelijk voor de verwezenlijking van de door de Italiaanse instanties nagestreefde doelstelling, die ook zou kunnen worden bereikt door middel van regels die het vrij verrichten van luchtdiensten minder beperken. Bovendien lijken beperkingen die tot een onmiddellijke drastische terugval van de activiteiten op Linate leiden — van 14,2 miljoen passagiers per jaar in 1997 tot 2,5 miljoen passagiers na de inwerkingtreding van de nieuwe maatregelen — niet het meest geschikte middel om de in de elfde overweging van de considerans van het decreet genoemde doelstelling te verwezenlijken, namelijk de luchthaven Linate in ieder geval in bedrijf te houden. De Commissie is derhalve van oordeel dat de in decreet nr. 46-T en decreet nr. 57-T neergelegde verkeersverdelingsregels niet verenigbaar zijn met het evenredigheidsbeginsel.

18. Om de hierboven uiteengezette redenen besliste de Commissie, dat verzoekster de vastgestelde regels voor de verdeling van het verkeer binnen het luchthavensysteem van Milaan niet mocht toepassen.

19. Geen van de lidstaten heeft het besluit van de Commissie op de voet van artikel 8, lid 4, van verordening nr. 2408/92 aan de Raad voorgelegd.

20. Op 8 oktober 1998 heeft verzoekster bij het Hof beroep tegen de beschikking ingesteld. Zij verzoekt het Hof om nietigverklaring van de bestreden beschikking, met veroordeling van de Commissie in de kosten. De Commissie concludeert tot verwerping van het beroep, met verwijzing van verzoekster in de kosten.

IV — Middelen

21. Ten behoeve van de logische samenhang van mijn analyse behandel ik de eerste twee middelen tezamen, aangezien zij betrekking hebben op dezelfde algemene problematiek van uitlegging van de rechtsgrondslag van de bestreden beschikking (A). Vervolgens onderzoek ik het derde middel, waarin verzoekster stelt dat de Commissie het evenredigheidsbeginsel in ieder geval onjuist heeft toegepast (B). Tot slot bespreek ik het vierde middel, dat in de eerste plaats klaagt over schending van de regels betreffende indirecte discriminatie en in de tweede plaats over een kennelijk onjuiste beoordeling van de feiten waarvan

de Commissie in de motivering van de bestreden beschikking blijk geeft (C).

A — *Uitlegging van de rechtsgrondslag van de bestreden beschikking (eerste en tweede middel)*

a) Stellingen van partijen

aa) Onbevoegdheid wegens schending van artikel 8, leden 1 en 3, van verordening nr. 2408/92 en van de artikelen 155 (thans artikel 211 EG) en 169 (thans artikel 226 EG) EG-Verdrag (eerste middel)

22. Met dit eerste middel betoogt verzoekster dat de bestreden beschikking moet worden nietig verklaard omdat de Commissie in strijd met de werkelijke betekenis van artikel 8, lid 3, van verordening nr. 2408/92, waarop haar bevoegdheid tot het nemen van de betrokken beschikking is gebaseerd, de Italiaanse regels heeft getoetst aan de beginselen betreffende het vrij verrichten van diensten en met name aan het evenredigheidsbeginsel, en zich niet, zoals zij had moeten doen, heeft beperkt tot een toetsing aan het non-discriminatiebeginsel. [10]

23. Als verweer tegen alle argumenten tot staving van dit eerste middel betoogt de Commissie dat verordening nr. 2408/92 alle regels betreffende het vrij verrichten van diensten van artikel 59 van het Verdrag op de luchtvervoersector toepast. Noch bij een letterlijke, noch bij een systematische of

10 — De Italiaanse regering betoogt met name, dat artikel 8, lid 1, van verordening nr. 2408/92 de lidstaten een uitsluitende bevoegdheid verleent om de verdeling van het verkeer tussen de luchthavens te regelen, welke bevoegdheid wordt beperkt door de verplichting om het verbod op discriminatie op grond van nationaliteit of identiteit van de luchtvaartmaatschappij in acht te nemen. Lid 3 van dat artikel verleent de Commissie een bevoegdheid om te controleren of de genomen nationale maatregelen voldoen aan de bepalingen van lid 1. Uit de — eenduidige — formulering van dat lid, blijkt dat alleen mag worden gecontroleerd of de nationale maatregelen aan het in lid 1 genoemde non-discriminatiebeginsel voldoen, en niet of zij in algemene zin in overeenstemming zijn met het gemeenschapsrecht. Bovendien heeft de gemeenschapswetgever daar waar hij een dergelijke algemene controle wilde voorschrijven, zoals in het geval van artikel 9, leden 4 en 5, van genoemde verordening, expliciet bepaald dat deze controle niet alleen de verenigbaarheid van de nationale maatregelen met de bepalingen van de betrokken verordening betreft, maar ook of deze maatregelen niet „met het gemeenschapsrecht" in strijd zijn.
Volgens verzoekster acht de Commissie zich in de bestreden beschikking op grond van artikel 8, lid 3, van verordening nr. 2408/92 bevoegd om de Italiaanse regels in algemene zin te toetsen aan het gemeenschapsrecht en met name aan het evenredigheidsbeginsel, dat op beperkingen van de vrije dienstverrichting van toepassing is. Deze opvatting berust op een onjuiste ruime uitlegging van de bepaling die de Commissie beslissingsbevoegdheid verleent, aangezien de Commissie deze bepaling buiten de erin voorziene gevallen en voorwaarden toepast. Deze toepassing is in strijd met de verdragsbeginselen betreffende de institutionele organisatie van de Gemeenschap en met het in artikel 155 van het Verdrag vastgelegde beginsel van strikte rechtmatigheid van de beslissingsbevoegdheid van de Commissie. Volgens verzoekster moet artikel 8, lid 3, van verordening nr. 2408/92 strikt worden uitgelegd, aangezien het een uitzondering vormt op artikel 169 van het Verdrag. Daarom mag er niet de betekenis aan worden gegeven, dat de Commissie haar beslissingsbevoegdheid kan gebruiken om beoordelingen te geven of dwingende besluiten te nemen die geen nauw verband hebben met de toepassing van lid 1 van dit artikel. Laatstgenoemde bepaling bevat een discriminatieverbod, en de handhaving daarvan veronderstelt geen discretionaire beoordeling.

teleologische uitlegging kan artikel 8, lid 1, van verordening nr. 2408/92 zo worden uitgelegd, dat een lidstaat op andere vigerende communautaire bepalingen, zoals het evenredigheidsbeginsel, inbreuk zou mogen maken. [11]

ab) Schending van de artikelen 3, lid 1, en 8, lid 1, van verordening nr. 2408/92 en van de artikelen 59, 61, lid 1, en 84, leden 1 en 2, van het Verdrag en van de beginselen uit de rechtspraak op het gebied van het vrij verrichten van diensten (tweede middel)

24. Met haar tweede, subsidiaire, middel betwist verzoekster de juridische gegrondheid van de bestreden beschikking, voorzover daarin wordt bepaald dat de betwiste Italiaanse decreten in strijd zijn met het evenredigheidsbeginsel en daarmee met het gemeenschapsrecht. Met het eerste deel van dit middel betwist verzoekster de redenering op basis waarvan in de bestreden beschikking wordt gesteld, dat de nationale verkeersverdelingsregels als strijdig met het gemeenschapsrecht moeten worden beschouwd indien zij niet aan het even-

11 — Met name betoogt de Commissie dat artikel 8, lid 1, van verordening nr. 2408/92 de lidstaten niet toestaat, het luchtverkeer in strijd met het gemeenschapsrecht te verdelen, en dat lid 3 van dat artikel de bevoegdheden van de Commissie niet beperkt tot controle van de verenigbaarheid van de nationale maatregel met de bepalingen van lid 1. Lid 3 eist integendeel dat de Commissie onderzoekt of de lidstaat de maatregel kan blijven toepassen.
De Commissie stelt verder dat het evenredigheidsbeginsel een algemeen beginsel van gemeenschapsrecht is, waaraan de lidstaten zich moeten houden telkens wanneer een gemeenschapsrechtelijke bepaling de uitoefening van duidelijk omschreven bevoegdheden aan hen overlaat. Ook wijst zij erop, dat de Commissie op grond van artikel 155 van het Verdrag toeziet „op de toepassing zowel van de bepalingen van dit Verdrag als van de bepalingen welke de instellingen krachtens dit verdrag vaststellen". Hiervan uitgaande is de Commissie van mening, dat artikel 8, lid 3, van verordening nr. 2408/92 niet aldus kan worden uitgelegd dat het haar verbiedt om besluiten te nemen die iedere ernstige schending van het evenredigheidsbeginsel buiten beschouwing laten, terwijl tegen de Commissie zelf op grond van artikel 173 EG-Verdrag (thans, na wijziging, artikel 230 EG) beroep kan worden ingesteld wegens schending van datzelfde beginsel indien zij de zaak niet onderzoekt aan de hand van alle algemene beginselen van het gemeenschapsrecht. Het feit dat artikel 9, leden 4 en 5, van verordening nr. 2408/92 uitdrukkelijk voorziet in een algemene controle van de rechtmatigheid van de nationale maatregelen, neemt niet weg dat dezelfde redenering ook geldt voor het geval van artikel 8, lid 1. In dit verband wijst de Commissie erop dat het Gerecht in zijn arrest van 19 juni 1997, Air Inter/Commissie (T-260/94, Jurispr. blz. II-997) de bewering van verzoekster heeft onderzocht, dat een beschikking van de Commissie gebrekkig was wegens schending van artikel 90, lid 2, EG-Verdrag (thans artikel 86, lid 2, EG), hoewel dat artikel niet in artikel 8 van verordening nr. 2408/92 wordt genoemd.
De Commissie voegt hier bovendien aan toe, dat een zo enge uitlegging van haar beslissingsbevoegdheid in strijd is met het beginsel van behoorlijk bestuur, aangezien zij dan gedwongen zou zijn een maatregel goed te keuren op basis van artikel 8, leden 1 en 3, van verordening nr. 2408/92, om vervolgens de procedure van artikel 169 van het Verdrag in te leiden. Een dergelijke procedure, die uit twee fases bestaat, namelijk een controlefase op grond van artikel 8, leden 1 en 3, van verordening nr. 2408/92 en een controlefase op grond van artikel 169 van het Verdrag, zou niet verenigbaar zijn met het rechtszekerheidsbeginsel en met de snelle oplossing van geschillen over de rechtmatigheid van nationale maatregelen, die de behoeften van de luchtvervoersmarkt vereist.

redigheidsbeginsel voldoen.[12] Het tweede middelonderdeel komt op tegen de vaststelling in de bestreden beschikking, dat de beoordeling van de nationale decreten inzake het luchthavensysteem van Milaan de tegen Italië genomen verbodsmaatregel vanuit evenredigheidsoogpunt rechtvaardigt. Meer in het bijzonder betoogt verzoekster dat de Commissie in punt 49 van de bestreden beschikking ten onrechte de verenigbaarheid van de Italiaanse decreten met de communautaire regels heeft beoordeeld aan de hand van een economisch criterium, zoals de levensvatbaarheid van een luchthavensysteem belang.[13]

25. Wat het eerste deel van het tweede middel betreft, betoogt de Commissie, dat het beginsel van het vrij verrichten van luchtvervoersdiensten binnen de Gemeenschap is vastgelegd in artikel 3, lid 1, van verordening nr. 2408/92. Zij is van mening dat nationale maatregelen die deze vrijheid beperken, moeten voldoen aan de algemene beginselen die op basis van de rechtspraak van het Hof op het vrij verrichten van diensten van toepassing zijn. In dat verband wijst de Commissie erop dat bovenge-

12 — Verzoekster stelt dat de Commissie, zelfs indien ervan zou worden uitgegaan dat de in artikel 59 van het Verdrag neergelegde beginselen relevant zijn voor de uitlegging van het decreet, de Commissie deze niet heeft ingeroepen om artikel 8 van verordening uit te leggen, maar om het aan te vullen door er een betekenis en een werkingssfeer aan toe te kennen die de duidelijke inhoud van die bepaling overschrijden. Bovendien kan de Commissie zich niet baseren op artikel 59 en op de jurisprudentie betreffende die fundamentele verdragsbepaling. Titel IV van het Verdrag is niet van toepassing op de zee- en luchtvaart (artikel 84, lid 1). Het is aan de Raad om de luchtvaart te regelen (artikel 84, lid 2). Verordening nr. 2408/92 is juist op die basis vastgesteld en vormt daarom de enige rechtsbron op het gebied dat in de bestreden beschikking aan de orde is.
Volgens verzoekster heeft de Commissie de beginselen uit de rechtspraak op het gebied van het vrij verrichten van diensten niet juist uitgelegd. Deze kunnen niet op de luchtvervoersector van toepassing zijn, aangezien verordening nr. 2408/92 de voorwaarden voor de toegang tot de intracommunautaire routes harmoniseert. Zoals verzoekster in repliek vermeldt, valt artikel 8, lid 1, — waarin het recht van lidstaten onverlet wordt gelaten om de verdeling van het verkeer tussen de luchthavens van een luchthavensysteem zonder discriminatie op grond van nationaliteit of identiteit van de luchtvaartmaatschappij te regelen — evenals overigens andere artikelen van de verordening, met name artikel 9, waarin in lid 2, laatste streepje, uitdrukkelijk wordt vermeld dat het evenredigheidsbeginsel in acht moet worden genomen bij het opleggen van beperkingen bij de uitoefening van verkeersrechten aan vervoerders, bovendien binnen het kader van een beoordelingsbevoegdheid waarover de Raad volgens de rechtspraak (de Italiaanse regering verwijst naar het arrest van 22 mei 1985, Parlement/Raad, zaak 13/83, Jurispr. blz. 1513, punt 65) beschikt bij de invoering van de vrijheid van dienstverrichting in de luchtvervoerssector. In het onderhavige geval moeten de betwiste Italiaanse decreten alleen worden getoetst aan artikel 8, lid 1, van verordening nr. 2408/92 en niet aan de bovengenoemde rechtspraakbeginselen.

13 — Verzoekster stelt, dat het evenredigheidsbeginsel volgens de rechtspraak van het Hof van toepassing is bij de beoordeling van de rechtmatigheid van beperkingen op basis van dwingende redenen van algemeen belang. Indien een beperking niet op een dwingende reden is gebaseerd, is het evenredigheidsbeginsel dan ook niet toepasselijk. Indien artikel 8, lid 1, van verordening nr. 2408/92 de betrokken maatregelen toelaat wegens economisch geldige eisen (en onder voorbehoud van het non-discriminatiebeginsel), is het volgens verzoekster willekeurig om terug te grijpen op algemene beginselen om genoemde maatregelen aan een evenredigheidstoetsing te onderwerpen.
Bovendien kan de Commissie volgens verzoekster het ontbreken van een verwijzing naar het evenredigheidsbeginsel in artikel 8, lid 1, van verordening nr. 2408/92 niet compenseren door zelf een nieuw begrip algemeen belang te scheppen, dat eisen van louter economische aard omvat zoals die welke aan de totstandbrenging van een doeltreffend luchthavensysteem ten grondslag liggen. De Italiaanse regering voegt hieraan toe, dat de Commissie niet mag „spelen" met het begrip dwingende reden van algemeen belang door te verwijzen naar irrelevante bepalingen als artikel 129 B van het EG-Verdrag (thans artikel 154 EG).
Tot slot betoogt verzoekster dat het programma van werkzaamheden voor de verbetering van de verbinding met de Malpensa, dat de Commissie in haar overwegingen heeft betrokken, niet relevant is voor de toepassing van verordening nr. 2408/92, aangezien niet valt in te zien hoe dit van invloed kan zijn op de communautaire rechtmatigheid van de decreten die het verkeer tussen Malpensa en Linate verdelen, zelfs wanneer zij worden gezien in het licht van de — toch al betwiste — rechtsopvattingen waarop de beschikking is gebaseerd.

noemde algemene beginselen, die in alle gevallen bij de uitlegging van verordening nr. 2408/92 moeten worden toegepast, niet slechts een verbod van discriminatie op grond van nationaliteit inhouden, maar ook maatregelen uitsluiten die, ook al zijn zij op de dienstverrichters van toepassing ongeacht hun nationaliteit, deze vrijheid beperken zonder dat ze worden gerechtvaardigd door dwingende redenen van algemeen belang, of indien hetzelfde resultaat met minder beperkende regels kan worden bereikt.

26. Met betrekking tot het tweede middelonderdeel — het ontbreken van een dwingende reden van algemeen belang — merkt de Commissie op dat een uitputtende opsomming van dergelijke redenen niet onbestaanbaar is. Naar haar mening moet het doel om een operationeel en rendabel knooppunt tot stand te brengen, dat ook kan worden omschreven met uitdrukkingen als „doeltreffend verkeersbeheer" of „noodzaak om het grondgebied op passende wijze her in te richten", moet worden beschouwd als een dwingende reden van algemeen belang. [14]

14 — De Commissie is van mening dat overwegingen betreffende de vervoersinfrastructuur onder het begrip van algemeen belang vallen, zoals uit de artikelen 8, lid 1, en 9, van verordening nr. 2408/92 blijkt. Ook al heeft het doel om een operationeel en rendabel knooppunt tot stand te brengen macro-economische gevolgen, het omvat in geen enkel opzicht micro-economische factoren, die volgens het Hof niet mogen worden gebruikt om beperkingen van het vrij verrichten van diensten te rechtvaardigen. De rechtspraak heeft in elk geval erkend, dat de omstandigheid dat nationale maatregelen tegelijkertijd economische doelstellingen hebben, niet wegneemt dat zij legitiem kunnen zijn voorzover zij mede op dringende eisen van algemeen belang zijn gericht; artikel 129 C EG-Verdrag (thans, na wijziging, artikel 155 EG) bevestigt dit.

b) Mijn standpunt

27. De voornaamste klacht waarmee de eerste twee middelen de geldigheid van de beschikking bestrijden, is dat de Commissie de Italiaanse decreten niet alleen aan het non-discriminatiebeginsel, maar ook aan het evenredigheidsbeginsel heeft getoetst.

28. Deze klacht is niet relevant en kan niet leiden tot nietigverklaring van de bestreden beschikking. Gezien het resultaat heeft de Commissie de Italiaanse regels naar mijn mening terecht getoetst aan de twee aangehaalde beginselen van gemeenschapsrecht. Mijn redenen voor die conclusie wijken echter gedeeltelijk af van zowel de motivering van de bestreden beschikking als van de door de Commissie bij het Hof ingediende argumenten.

29. Het uitgangspunt van verzoekster alsook van de Commissie is dat de keuze van het evenredigheidsbeginsel als maatstaf voor de toetsing van de betwiste Italiaanse decreten aan het gemeenschapsrecht berust op ofwel de rechtstreekse toepassing van de algemene beginselen die de rechtspraak bij de toetsing van beperkingen van het vrij verrichten van diensten ontleent aan artikel 59 van het Verdrag, ofwel de uitlegging van artikel 8, leden 1 en 3, van verordening nr. 2408/92 in het licht van de betrokken beginselen. Niettemin moet, alvorens te onderzoeken of aan een van deze twee alternatieve voorwaarden is voldaan, en

dus toe te komen aan de voorvraag óf en in hoeverre verordening nr. 2408/92 toepassing geeft aan het grondbeginsel van het vrij verrichten van diensten in de luchtvervoerssector, worden onderzocht of de noodzaak om een evenredigheidsbeginsel toe te passen, niet reeds uit het uitdrukkelijk in artikel 8, lid 1, van de betrokken verordening genoemde discriminatieverbod voortvloeit. Indien dit het geval is, moet vervolgens worden onderzocht of de premissen van het toe te passen evenredigheidsbeginsel dezelfde zijn als die van het evenredigheidsbeginsel dat de Commissie in de bestreden beschikking heeft toegepast. Is dit het geval, moeten de eerste twee middelen in ieder geval worden verworpen, onafhankelijk van het antwoord op de vraag of de door rechtspraak aan artikel 59 van het Verdrag ontleende beginselen kunnen worden toegepast of in aanmerking genomen.

30. In de eerste plaats ben ik van mening, dat de noodzaak om het evenredigheidsbeginsel toe te passen reeds besloten ligt in het discriminatieverbod waarvan artikel 8, lid 1, van verordening nr. 2408/92 uitdrukkelijk de naleving voorschrijft.

31. Er is geen twijfel over mogelijk, dat het discriminatieverbod van artikel 8, lid 1, moet worden uitgelegd in het licht van zowel de algemene communautaire rechtsleer als de rechtspraak van het Hof; volgens beide omvat het algemene non -discriminatiebeginsel zowel directe als indirecte discriminatie. [15] In de bestreden beschikking wordt dan ook terecht vermeld dat „het in artikel 8, lid 1, neergelegde discriminatieverbod een verbod in[houdt] van iedere maatregel die, zelfs zonder dat er expliciet onderscheid wordt gemaakt naar nationaliteit of identiteit van de luchtvaartmaatschappij, in de praktijk toch een discriminerende werking heeft, ook al is deze slechts indirect" [16].

32. In dit verband wijs ik erop dat het bestaan van discriminatie, wanneer deze direct is, per definitie duidelijk is: zowel de verschillende behandeling van soortgelijke gevallen en de gelijke behandeling van verschillende gevallen (feitelijke discriminatie), als de onrechtmatigheid van die behandeling (juridische discriminatie) is rechtstreeks het gevolg van het feit dat de maatregelen gebruik maken van een verboden criterium. Om een indirecte discriminatie te kunnen vaststellen, is daarentegen een complex onderzoek nodig, dat primair is gebaseerd op een diepgaande analyse van de concrete situatie waarop de betwiste maatregel van toepassing is, en op de vraag of het gebruikte — ogenschijnlijk neutrale — criterium in die situatie uiteindelijk in de praktijk geen discriminerende

15 — Zie, wat de doctrine betreft, Lenaerts, K., „L'égalité de traitement en droit communautaire, un principe unique aux apparences multiples", in *Cahiers de droit européen*, 1991, blz. 3.
Zie, wat de rechtspraak betreft, bijvoorbeeld, arrest van 12 februari 1974, Sotgiu (152/73, Jurispr. blz. 153, punt 11), dat de basis legde voor de rechtspraak betreffende het verbod van indirecte discriminatie op grond van nationaliteit. Wat de vrijheid van dienstverrichting betreft, zie, bijvoorbeeld, van de meest recente rechtspraak het arrest van 29 april 1999, Ciola (C-224/97, Jurispr. blz. I-2517, punten 13 e.v.).

16 — Zie punt 30 van de bestreden beschikking.

werking heeft. De tweede fase is nagaan of het gemaakte onderscheid discriminatie in juridische zin oplevert, dus of het indirect maar nauw verband houdt met een verboden criterium. In het kader van bovenstaand model is het met andere woorden van belang om eerst na te gaan of de bestaande feitelijke discriminatie in algemene zin het noodzakelijke gevolg van het toegepaste criterium is, dan wel een toevallig gevolg is dat niet op de betwiste regeling is terug te voeren. Dit is niet altijd gemakkelijk vast te stellen en er kan niet bij voorbaat een juridische discriminatie uit worden afgeleid [17], ongeacht of men uitgaat van algemene ervaringsfeiten dan wel van statistisch onderzoek. Om deze reden moet vervolgens een onderzoek in omgekeerde richting plaatsvinden, dit wil zeggen dat moet worden nagegaan of de vastgestelde regel objectief is. Dit kan worden bepaald door na te gaan of de betrokken regel evenredig aan zijn doel, dus noodzakelijk, geschikt en niet onnodig bezwaarlijk is. Dit doel moet een dwingende reden van algemeen belang zijn, waarbij dit belang door middel van uitlegging in elke zaak moet worden geconcretiseerd. Deze doelstelling kan in algemene termen zijn geformuleerd in een wettelijke bepaling als artikel 8, lid 1, van verordening nr. 2408/92, waarin is bepaald dat de doelstelling van de betwiste maatregelen in het kader van de verdeling van het verkeer tussen de luchthavens van één en hetzelfde luchthavensysteem moeten passen. Een regel die evenredig aan zijn doel is, moet als geldig worden beschouwd, ook indien hij feitelijk tot discriminatie leidt, omdat dan duidelijk is dat die discriminatie niet aan de betwiste regel is te wijten, maar hetzij toevallig is, hetzij toe te schrijven is aan de gerechtvaardigde doelstellingen van de algemene regeling, waarvan de betwiste regel de optimale concretisering is. In geval van indirecte discriminatie moet dus telkens worden getoetst of de betwiste regel evenredig is aan de gerechtvaardigde doelstelling met het oog waarop hij is vastgesteld. Deze toetsing moet niet uitsluitend worden beschouwd als een element van de eventuele rechtvaardiging van de indirecte discriminatie, maar bovendien als een wezenlijk deel van de redenering die tot vaststelling van die discriminatie leidt [18]; hierin onder-

17 — Het absolute bewijs van discriminatie kan alleen bij directe discriminatie worden geleverd. Het onmiddellijke bewijs van indirecte discriminatie, zoals in andere gevallen van juridische bewijslevering, bestaat uit het aantonen van de waarschijnlijkheid of, om precies te zijn, uit het creëren van een rechterlijke overtuiging in die zin.

18 — Zie, bijvoorbeeld, arresten van 23 mei 1996, O'Flynn (C-237/94, Jurispr. blz. I-2617, punt 20: „een bepaling van nationaal recht [moet] als indirect discriminerend [...] worden beschouwd, wanneer zij door haar aard zelf migrerende werknemers eerder kan treffen dan nationale werknemers en derhalve de eerste categorie van werknemers meer in het bijzonder dreigt te benadelen, tenzij zij objectief is gerechtvaardigd en evenredig is aan het nagestreefde doel", en van 30 januari 1997, Stöber en Piosa Pereira (C-4/95 en C-5/95, Jurispr. blz. I-511, punten 37 e.v.).
De bijzonderheid van indirecte discriminatie is reeds zichtbaar geworden in de rechtspraak over gerechtvaardigde beperkingen van het vrij verrichten van diensten (zie punt 51 van deze conclusie), zodra niet duidelijk is of de indirecte discriminatie het gevolg is van beperkende bepalingen die op discriminerende wijze worden toegepast, of van bepalingen die zonder onderscheid worden toegepast [zie in dit verband de conclusie van advocaat-generaal Tesauro (punten 44 e.v., met name punt 50) in de zaken Decker (arrest van 28 april 1998, C-120/95, Jurispr. blz. I-1831) en Kohll (arrest van 28 april 1998, C-158/96, Jurispr. blz. I-1931)], hetgeen zowel van invloed is op de keuze van de motieven die ter rechtvaardiging van dit onderscheid kunnen dienen, als op de vaststelling van de bijdrage van deze rechtvaardiging aan de herkenning van de betrokken discriminatie (zie in dit verband Whelan, A., en Schouten, A., commentaar bij de arresten Decker en Kohll, reeds aangehaald, in *Revue des affaires européennes — Law & European Affairs,* 1999, blz. 90 e.v.).

scheidt de indirecte discriminatie zich van de directe discriminatie. [19]

33. In het onderhavige geval heeft de Commissie terecht geoordeeld, in de eerste plaats dat de betwiste Italiaanse decreten gezien hun doel en hun voorwerp moesten vallen onder artikel 8, lid 1, van verordening nr. 2408/92, dat de verkeersverdelingsregels tussen de luchthavens van één en hetzelfde luchthavensysteem betreft, en in de tweede plaats dat overeenkomstig deze bepaling moest worden onderzocht of deze decreten een indirecte discriminatie op grond van de nationaliteit of de identiteit van de luchtvaartmaatschappij inhielden. Gezien het bovenstaande moest de Commissie eerst de resultaten van de toepassing van de betwiste decreten onderzoeken en nagaan of die toepassing leidde tot een ongelijke behandeling van de betrokken luchtvaartmaatschappijen op grond van hun nationaliteit of hun identiteit; in de tweede plaats moest zij nagaan of die decreten een dwingende reden van algemeen belang dienden, aansluitend bij een van de verschillende gerechtvaardigde doelen van algemeen belang, waarop een maatregel tot verdeling van het verkeer tussen de luchthavens van één en hetzelfde luchthavensysteem kan zijn gericht; en in de derde plaats, of de bepalingen van die decreten evenredig waren aan bovengenoemde dwingende reden van algemeen belang.

34. Wat er ook zij van de rechtsgrondslag en eventuele tekortkomingen bij de uitlegging en de toepassing van het verbod van indirecte discriminatie, de Commissie heeft alle bovengenoemde stappen gezet.

35. Meer in het bijzonder heeft zij in punt 31 en verder van de bestreden beschikking, om te beoordelen of de in decreet nr. 46-T neergelegde criteria feitelijke discriminerende gevolgen hebben, de effecten onderzocht van de toepassing ervan vanaf 25 oktober 1998, de in decreet nr. 57-T vastgelegde datum.

36. Uit lezing van de punten 27, 27.1, 27.2 en 53 van de bestreden beschikking in hun onderlinge verband blijkt dat de Commissie in de motivering en in het beschikkend gedeelte het standpunt heeft ingenomen dat de betwiste Italiaanse decreten in overeenstemming moeten zijn met zowel het non-

19 — Wat het belang van het evenredigheidsbeginsel bij indirecte discriminatie betreft, zie Giannakopoulos, K., Στατιστικά δεδομένα και απόδειξη δυσμενών λόγω φύλου διακρίσεων στο κοινοτικό δίκαιο (Statistische gegevens en bewijs van discriminatie op grond van geslacht in het gemeenschapsrecht), uitgeverij A. N. Sakkoula, Athene-Komotini, blz. 144: „De bovengenoemde toepassing van het evenredigheidsbeginsel speelt een belangrijke rol bij het onderzoek van indirecte discriminatie op grond van geslacht. In de eerste plaats verleent dit beginsel aan de rechtvaardiging van indirecte discriminatie werkelijk de nodige objectiviteit, wat aansluit bij het objectieve karakter van zowel indirecte discriminatie als de statistische gegevens die op de aanwezigheid van zulke discriminatie wijzen. Aldus is die rechtvaardiging niet gebaseerd op de subjectieve doelstellingen die eventueel aan de betwiste regeling ten grondslag liggen, maar op de objectieve mogelijkheid dat de in die regeling vervatte middelen kunnen dienen ter bereiking van het algemeen als gerechtvaardigd beschouwde doel waarvoor die regeling is vastgesteld. In de tweede plaats is toepassing van het evenredigheidsbeginsel het controlemechanisme dat voldoet aan de rubricering (hergroepering van gevallen in een formele categorie) en aan de schematisering (algemene en abstracte reglementering) van waardeoordelen die door de structurele aard van de directe discriminatie noodzakelijk zijn. In de derde plaats heeft de toepassing van het evenredigheidsbeginsel weliswaar tot doel, de significante verschillen te onderzoeken die de verschillende behandeling van de vergeleken categorieën rechtvaardigen — namelijk nagaan of de afwijkende regeling en de rechtvaardiging ervan aan elkaar evenredig zijn; niettemin verleent deze evenredigheidstoetsing van de criteria van de objectieve rechtvaardiging van een kennelijke discriminatie werkelijk de vereiste proportionele dimensie aan de rekenkundige gelijkheid — of eigenlijk ongelijkheid — die blijkt uit de statistische gegevens die op het bestaan van die discriminatie wijzen [...]".

discriminatiebeginsel als het evenredigheidsbeginsel.

37. In punt 47 van de bestreden beschikking heeft de Commissie het doel van de betwiste maatregel vastgesteld en dit aan de doelstellingen van artikel 8, lid 1, van verordening nr. 2408/92 getoetst. Daarbij heeft zij het volgende overwogen: „Het project Malpensa 2000 heeft ten doel door uitbreiding en verbetering van de bestaande faciliteiten op Malpensa een volledig operationeel en rendabel knooppunt tot stand te brengen. De Italiaanse regels passen in dit streven, omdat zij ervoor zorgen dat voldoende verkeer van Linate naar Malpensa wordt verplaatst om de rentabiliteit van het knooppunt te waarborgen. In artikel 8, lid 1, van verordening (EEG) nr. 2408/92 wordt uitdrukkelijk de legitimiteit erkend van een actief beleid op het gebied van luchthavenplanning."

38. Tot slot heeft de Commissie in de punten 47 en volgende onderzocht of de maatregelen van de betwiste Italiaanse decreten evenredig aan hun doelstelling waren, te weten noodzakelijk voor de totstandkoming van een operationeel en rendabel knooppunt en voor het welslagen van het project van transeuropese netwerken, en of hetzelfde resultaat niet met minder vergaande maatregelen kon worden bereikt.

39. Uit het bovenstaande volgt dat de Commissie, tenminste naar het resultaat te oordelen, haar redenering op de juiste premissen heeft gebaseerd. Dit geldt vooral voor de premissen van het evenredigheidsbeginsel, te weten bepaling van de dwingende eis van algemeen belang en analyse van het programma van werkzaamheden voor de verbinding met Malpensa.

40. Op dit punt wijs ik erop, dat de in artikel 8, lid 1, van verordening nr. 2408/92 gegeven definitie van het algemene doel van nationale maatregelen niet alleen niet verbiedt, maar juist dwingt om het bijzondere doel van de regeling in elke zaak af te bakenen en dit bijzondere doel aan het meer algemene doel van de betrokken bepaling te toetsen. Bijgevolg heeft de Commissie met haar verwijzing naar de totstandbrenging van een functioneel en rendabel knooppunt, dit bijzondere doel terecht onderzocht en afgebakend. Bovendien heeft zij terecht geoordeeld, dat deze doelstelling een legitieme concretisering van het algemene doel van artikel 8, lid 1, was. Zoals verzoekster overigens zelf toegeeft[20], lijdt het geen twijfel dat de vereisten op het gebied van functionele en economische organisatie en beheer van een luchthavencomplex legitieme redenen voor het nemen van maatregelen tot verdeling

20 — Zie punt 15 van het verzoekschrift.

van het verkeer binnen een luchthavensysteem als voorzien in artikel 8, lid 1.

41. In dit verband ben ik van mening dat verzoeksters klachten, dat de Commissie een fout heeft begaan door een dwingende eis van economische aard te kiezen, ongegrond zijn.

42. Enerzijds is in het onderhavige geval namelijk de rechtspraak van het Hof, volgens welke „nationale regelingen die niet zonder onderscheid van toepassing zijn op dienstverrichtingen, ongeacht de herkomst ervan, slechts verenigbaar [zijn] met het gemeenschapsrecht, indien zij onder een uitdrukkelijke afwijkende bepaling, zoals artikel 56 EEG-Verdrag, kunnen vallen [en] dat doelstellingen van economische aard geen redenen van openbare orde in de zin van dat artikel kunnen vormen" [21], niet van toepassing.

In de eerste plaats is de toepassing van deze rechtspraak afhankelijk van de beantwoording van de voorvraag of de algemene beginselen van artikel 59 en volgende van toepassing zijn op verordening nr. 2408/92. [22] Dit is niet aan de orde bij de analyse van het in artikel 8, lid 1, van verordening nr. 2408/92 uitdrukkelijk genoemde discriminatieverbod.

In de tweede plaats staat geenszins vast, dat de bovengenoemde rechtstreekse doelstellingen van de betwiste Italiaanse decreten verband houden met de openbare orde, de openbare veiligheid of de volksgezondheid.

In de derde plaats ligt het, zoals de Commissie terecht aangeeft, voor de hand dat de dwingende eisen van de betwiste Italiaanse decreten die in de beschikking worden genoemd, macro-economische gevolgen van organisatorische en functionele aard hebben, samenhangend met het bestaan van een luchthavensysteem als zodanig, en geenszins — althans niet primair — bedrijfseconomische gevolgen beogen. De motieven die aan de betwiste maatregelen ten grondslag liggen, kunnen derhalve niet op grond van de bovengenoemde rechtspraak als ongerechtvaardigd worden beschouwd, gelet ook op het feit dat het Hof in zijn arrest van 10 juli 1984, Campus Oil e.a., heeft geoordeeld dat „de omstandigheid dat met de regeling naast doelstellingen van openbare veiligheid andere, eventueel door de lidstaat nagestreefde doelen van economische aard kunnen worden bereikt de toepassing van artikel 36 niet uit[sluit]" [23].

21 — Zie arrest van 25 juli 1991, Collectieve Antennevoorziening Gouda (C-288/89, Jurispr. blz. I-4007, punt 11).

22 — Zie punten 47 e.v. van deze conclusie.

23 — Zaak 72/83, Jurispr. blz. 2727, punt 36.

In de vierde plaats meen ik, dat de geest van het arrest Campus Oil e.a. moet worden gevolgd, zelfs indien ervan zou moeten worden uitgegaan dat volgens het Hof niet alleen in het geval van discriminerende beperkingen van het vrij verrichten van diensten die op redenen van openbare orde, openbare veiligheid en volksgezondheid berusten, maar ook in het algemeen redenen van louter economische aard geen objectieve rechtvaardiging voor discriminatie kunnen vormen.[24] Het bestaan van bijkomende doelen van economische aard betekent met andere woorden niet, dat een doel niet als een dwingend vereiste van algemeen belang kan worden gezien.

43. Anderzijds moet ik erop wijzen dat, aangezien in het onderhavige geval het bestaan van een indirecte discriminatie in het kader van artikel 8, lid 1, van verordening nr. 2408/92 wordt onderzocht, de rechtmatigheid van de door de betwiste Italiaanse decreten nagestreefde doelstellingen niet algemeen en abstract wordt getoetst aan de beginselen van de rechtspraak over dwingende redenen van algemeen belang die de vaststelling van de nationale maatregelen kunnen rechtvaardigen, maar op basis van de specifieke doelstelling van de betwiste Italiaanse decreten en hun overeenstemming met artikel 8, lid 1, gedefinieerde algemene doel. Nauwkeuriger gezegd: wanneer de doeleinden van de betwiste Italiaanse decreten de vaststelling van maatregelen ter verdeling van het verkeer binnen een luchthavensysteem rechtvaardigen en dus voldoen aan de bepalingen van artikel 8, lid 1, van verordening nr. 2408/92, moet ieder verder onderzoek of kritiek tegen de inhoud ervan betrekking hebben op deze bepaling en niet op de nationale implementatiemaatregelen. In dit verband lijkt niemand te betwisten dat reglementering van de verkeersverdeling binnen een luchthavensysteem een gerechtvaardigde reden van algemeen belang is, die op de specifieke kenmerken en de behoeften van het luchtvervoer berust en die dus maatregelen van de Raad en eventuele beperkingen van het vrij verrichten van diensten in deze sector kan rechtvaardigen.[25]

44. De Commissie heeft het dwingende vereiste van algemeen belang waartegen zij de evenredigheid van de bepalingen en criteria van de Italiaanse decreten heeft afgewogen, dan ook juist gedefinieerd.

45. Tot slot is eveneens ongegrond verzoeksters stelling, dat het programma van werkzaamheden voor de verbinding met Malpensa, dat de Commissie heeft meegewogen, voor de toepassing van verordening nr. 2408/92 niet van belang is. Indirecte discriminatie is per definitie afhankelijk van de werkelijke gevolgen van de betwiste maatregelen en heeft dus een dynamisch, in de tijd wisselend karakter. Dit vereist een prognose over en bewaking van de ont-

24 — Zie bijvoorbeeld, wat discriminatie op grond van geslacht betreft, arrest Hof van 24 februari 1994, Roks e.a. (C-343/92, Jurispr. blz. I-571), waarin het heeft geoordeeld dat budgettaire overwegingen discriminatie van een bepaald geslacht niet kunnen rechtvaardigen (punt 35).

25 — Zie voor de beslissingsbevoegdheid van de Raad, punt 50 van deze conclusie.

wikkeling van de werkelijke gang van zaken waarop de betrokken maatregelen van invloed zijn. Om de gevolgen van de praktische toepassing van de betwiste Italiaanse decreten te bepalen en hun doelevenredigheid op de juiste wijze te toetsen, moest de Commissie dus ontegenzeglijk rekening houden met de bestaande situatie van Malpensa (toegang, infrastructuur, enz.) en met de te verwachten ontwikkeling van die situatie in de periode waarin de betrokken decreten van toepassing waren. De situatie van Malpensa moest namelijk worden vergeleken met die van Linate en niet met die van eventuele Europese modellen voor de organisatie van luchthavens. Juist op de vergelijking van die twee luchthavens is in het onderhavige geval de vaststelling van indirecte discriminatie en onevenredigheid van de maatregelen aan hun doelstelling gebaseerd. Indien bij voorbaat moest worden aangenomen dat zelfs de volledige verwezenlijking van de infrastructuurwerkzaamheden op de luchthaven Malpensa de nadelen ervan ten opzichte van de luchthaven Linate niet zouden compenseren, zou dit het betoog van de Commissie alleen maar ondersteunen en de overtuiging nog versterken dat er sprake van indirecte discriminatie is.

46. Gezien het bovenstaande ben ik van mening dat beantwoording van de vraag of de in de rechtspraak van het Hof ontwikkelde beginselen betreffende het vrij verrichten van diensten en van de daarmee samenhangende vraag of verordening nr. 2408/92 de in artikel 59 vastgelegde vrijheid van dienstverrichting heeft uitgebreid tot de luchtvervoersector, niet zo belangrijk is als de partijen in hun opmerkingen met betrekking tot de eerste twee middelen willen doen geloven. Zij lijken mij juist irrelevant, aangezien de verplichting van de Commissie om de betwiste Italiaanse decreten aan het evenredigheidsbeginsel te toetsen, rechtstreeks op het discriminatieverbod berust en geen beroep op de rechtspraak betreffende de artikelen 59 en volgende van het Verdrag noodzakelijk maakt.

47. Niettemin lijkt mij behandeling van de genoemde punten terwille van een volledige analyse van de rechtsgrondslag van de bestreden beschikking zinvol. Mijn conclusie daarbij is dat de Commissie terecht naar deze rechtspraak heeft verwezen.

48. Om te beginnen staat buiten kijf dat verordening nr. 2408/92 daadwerkelijk de vrijheid van dienstverrichting heeft uitgebreid tot luchtvervoer [26]. In de eerste plaats blijkt dit duidelijk uit de eerste twee

26 — Zoals overigens wordt aangegeven in het arrest Air Inter/Commissie (aangehaald in voetnoot 11, punten 1 en 2): „Met het oog op de geleidelijke totstandbrenging van de interne markt van het luchtvervoer nam de gemeenschapswetgever in de jaren 1987, 1990 en 1992 drie reeksen van maatregelen, ‚pakketten' genaamd, omdat zij talrijke teksten omvatten. Het derde ‚pakket', dat is vastgesteld op 23 juli 1992, bestaat uit vijf verordeningen die ertoe strekken de vrijheid van dienstverrichting in het luchtvervoer, en voorts de toepassing van de communautaire mededingingsregels in deze sector te verzekeren. Een van deze vijf verordeningen is verordening (EEG) nr. 2408/92 [...]".

overwegingen van de considerans van de verordening, waarin wordt vermeld „dat het met het oog op de totstandbrenging van de interne markt in de loop van een periode die op 31 december 1992 eindigt, overeenkomstig artikel 8 A van het Verdrag, dienstig is een luchtvervoerbeleid te verwezenlijken" en „dat de interne markt een ruimte omvat zonder binnengrenzen waarin het vrije verkeer van goederen, personen, diensten en kapitaal is gewaarborgd"; in de tweede plaats uit de negentiende overweging van die considerans, waarin wordt aangegeven „dat het dienstig is alle met de markttoegang verband houdende vraagstukken in dezelfde verordening te behandelen"; in de derde plaats uit artikel 3 van de verordening, dat luidt als volgt: „Met inachtneming van deze verordening wordt door de betrokken lidstaat (lidstaten) aan communautaire luchtvaartmaatschappijen toegestaan om vervoersrechten op routes in de Gemeenschap uit te oefenen."

49. Zoals verzoekster terecht opmerkt, zijn de artikelen 59 en volgende van het Verdrag, betreffende het vrij verrichten van diensten, op grond van artikel 61, lid 1, van het Verdrag juncto artikel 84, lid 2, niet rechtstreeks op de vervoersector van toepassing. Deze artikelen zijn enkel een referentiepunt voor de Raad ingeval hij het beginsel van vrije dienstverrichting toepast.[27] Met andere woorden, de artikelen 59 en volgende zoals zij door het Hof zijn uitgelegd, vormen een kader voor de uitlegging van de specifieke bepalingen die door de Raad in verordening nr. 2408/92 zijn aangenomen.

50. De kwestie in de onderhavige zaak is, of en hoeverre de Raad bij het toepassen van de vrijheid van dienstverrichting op de luchtvervoersector over een discretionaire bevoegdheid beschikt om af te wijken van de doelstelling van de artikelen 59 en volgende van het Verdrag. In het arrest Parlement/Raad heeft het Hof deze vraag als volgt beantwoord: „[D]e Raad [beschikt] op dit punt niet over de discretionaire bevoegdheid waarop hij zich op andere gebieden van het gemeenschappelijk vervoerbeleid kan beroepen. Daar het te bereiken resultaat vaststaat krachtens de artikelen 59, 60, 61 en artikel 75, lid 1, sub a en b, in hun onderlinge samenhang gelezen, kan slechts ten aanzien van de wegen en middelen om — met inachtneming van de bijzondere aspecten van het vervoer overeenkomstig artikel 75 — dat resultaat te bereiken, een zekere beoordelingsbevoegdheid worden uitgeoefend."[28] Uit dat arrest volgt, dat de discretionaire bevoegdheid waarover de Raad beschikt, louter technisch van aard is en beperkt blijft tot het aanpassen van de artikelen 59 en volgende en de relevante algemene beginselen van 's Hofs rechtspraak aan de vervoerssector. Zou de Raad willen afwijken van de uit deze rechtspraak volgende conclusies, zou hij dit in de door hem vastgestelde regeling uitdrukkelijk moeten aangeven en deze afwijking aan de hand

27 — Zie in dit verband de conclusie van advocaat-generaal Van Gerven (punten 14 en 23) in de zaak Corsica Ferries (arrest van 17 mei 1994, C-18/93, Jurispr. blz. I-1783).

28 — Arrest aangehaald in voetnoot 12, punt 65.

van de bijzondere kenmerken van de vervoersector specifiek en voldoende moeten rechtvaardigen.

51. Zoals bekend, verlangt artikel 59 — dat sinds het verstrijken van de overgangsperiode rechtstreeks toepasselijk is [29] — volgens vaste rechtspraak niet alleen de afschaffing van directe en indirecte discriminatie [30] van de dienstverrichter op grond van nationaliteit, maar de opheffing van iedere beperking — ook indien deze zonder onderscheid op nationale dienstverrichters en diegenen uit andere lidstaten van toepassing is — die de werkzaamheden van de dienstverrichter die in een andere lidstaat is gevestigd en aldaar rechtmatig gelijksoortige diensten verricht, verbiedt, belemmert of minder aantrekkelijk maakt. [31] Ook is het vaste rechtspraak „dat de vrijheid van dienstverrichting als grondbeginsel van het Verdrag slechts kan worden beperkt door regelingen die hun rechtvaardiging vinden in het algemeen belang en die gelden voor iedere persoon of onderneming die op het grondgebied van de betrokken staat werkzaam is, voorzover dit belang niet wordt gewaarborgd door de regels waaraan de dienstverrichter is onderworpen in de lidstaat waar hij is gevestigd" [32]. Tot slot moeten volgens de rechtspraak van het Hof de bovenbedoelde beperkende maatregelen aan het evenredigheidsbeginsel voldoen. „[D]e toepassing van nationale regelingen op in andere lidstaten gevestigde dienstverrichters [moet] dienstig [...] zijn ter bereiking van het ermee beoogde doel en [mag] niet verder [...] gaan dan met het oog daarop noodzakelijk is; vereist is derhalve, dat hetzelfde resultaat niet kan worden bereikt met minder vergaande maatregelen." [33]

52. Regelingen op het gebied van de vrije dienstverrichting in het luchtvervoer moeten dus in beginsel voldoen aan zowel het non-discriminatiebeginsel als de algemene beginselen die gelden voor maatregelen die deze vrijheid beperken en zonder onderscheid van toepassing zijn. Dit moet ook gelden voor artikel 8, lid 1, van verordening nr. 2408/92. Het punt van de discriminatie levert hier geen probleem op, omdat deze in de bepaling uitdrukkelijk wordt verboden. Wat echter de zonder onderscheid toepasselijke beperkingen van het vrij verrichten van diensten in het

29 — Zie, bijvoorbeeld, arrest van 4 december 1986, Commissie/Duitsland (205/84, Jurispr. blz. 3755, punt 25).

30 — Zie, bijvoorbeeld, arrest van 3 juni 1992, Commissie/Italië (C-360/89, Jurispr. blz. I-3401, punt 11).

31 — Zie, bijvoorbeeld, arresten Collectieve Antennevoorziening Gouda (aangehaald in voetnoot 21, punten 12 e.v.), en van 12 december 1996, Reisebüro Broede (C-3/95, Jurispr. blz. I-6511, punt 25).

32 — Arrest van 9 augustus 1994, Vander Elst (C-43/93, Jurispr. blz. I-3803, punt 16). Anders dan bij beperkingen die niet zonder onderscheid toepasselijk zijn (zie punt 42 van deze conclusie), is in het onderhavige geval niet vereist dat de rechtvaardiging van de maatregelen uitsluitend is gebaseerd op een uitdrukkelijke afwijkingsbepaling als artikel 56 EG-Verdrag (thans, na wijziging, artikel 46 EG).

33 — Zie arrest Collectieve Antennevoorziening Gouda (aangehaald in voetnoot 21, punt 15).

luchtvervoer betreft moet, gezien de rechtspraak van het Hof op dit gebied, artikel 8, lid 1, aldus worden uitgelegd, dat maatregelen met het oog op de verdeling van het verkeer binnen een luchthavensysteem, aangezien zij een beperking van de vrije dienstverrichting in de zin van de rechtspraak vormen [34], evenredig moeten zijn aan het doel van die maatregelen zoals dat in de genoemde bepaling zelf is vastgelegd en op grond waarvan deze beperkingen in beginsel gerechtvaardigd kunnen zijn [35]. Een eventuele afwijking van deze uitleggingsregel zou in de verordening uitdrukkelijk moeten zijn voorzien en gerechtvaardigd zijn door de bijzonderheden van het luchtvervoer. Er is echter in geen enkele afwijking voorzien en dit zou ook niet logisch zijn, omdat niet valt in te zien waarom een maatregel die de regeling van het luchtvervoer betreft, niet evenredig zou zijn aan het doel waartoe hij is vastgesteld.

53. De Commissie heeft derhalve terecht op basis van artikel 8, leden 1 en 3, de communautaire rechtmatigheid van de betwiste Italiaanse decreten getoetst aan de hand van 's Hofs rechtspraak over beperkingen van de vrije dienstverrichting [36] en daarbij met name onderzocht of de maatregelen beperkingen opleggen die zonder onderscheid van toepassing zijn in de zin van die rechtspraak, en of deze beperkingen geschikt zijn om hun doel te bereiken en niet verder gaan dan met het oog daarop noodzakelijk is. [37]

54. Uit het bovenstaande volgt dat de Commissie in de bestreden beschikking de betwiste Italiaanse decreten terecht heeft getoetst aan het evenredigheidsbeginsel. Ook heeft zij de premissen van deze toetsing juist vastgesteld, met name het dwingende vereiste van algemeen belang waartegen de evenredigheid van de bepalingen en criteria van de betrokken decreten moest worden afgewogen. Dit brengt mee — ongeacht of de opvatting van de Commissie over de rechtsgrondslag van de bestreden beschikking wordt gevolgd dan wel, zoals ik hierboven hebt voorgesteld, wordt vervangen door een deels afwijkende uitlegging — dat verzoeksters argumenten tot staving van haar eerste en tweede middel als ongegrond moeten worden verworpen.

34 — In dit verband is er naar mijn mening geen twijfel over mogelijk, dat de betwiste bepalingen het vrije dienstenverkeer daadwerkelijk beperken. In punt 48 van de betwiste beschikking merkt de Commissie terecht op: „Ten gevolge van de Italiaanse regels zullen luchtvaartmaatschappijen niet langer de mogelijkheid hebben Linate te kiezen als uitgangspunt voor de exploitatie van luchtroutes die de specifieke drempels niet bereiken. In de praktijk geldt dit voor alle luchtverbindingen, met uitzondering van de route Milaan-Rome. De regels beperken derhalve de vrijheid om in de Gemeenschap luchtdiensten te verrichten naar en van Milaan".

35 — Zie punt 43 van deze conclusie.

36 — Zie punt 27.2 van de betwiste beschikking.

37 — Zie punt 48 van de betwiste beschikking.

B — *Schending of onjuiste uitlegging van artikel 8, leden 1 en 3, van verordening nr. 2408/92 wegens onjuiste toepassing van het evenredigheidsbeginsel (derde middel)*

55. Met haar derde middel, dat zij subsidiair naar voren brengt voor het geval het Hof zich niet bij de kritiek in de voorgaande middelen mocht aansluiten, betwist verzoekster de juistheid van de toepassing van het evenredigheidsbeginsel in het onderhavige geval. Met name verwerpt de Italiaanse regering met stelligheid de bewering, dat de betwiste Italiaanse decreten waarbij de beperkingen van de vrije dienstverrichting zijn ingevoerd, in strijd zijn met het evenredigheidsbeginsel dat de Commissie in principe in casu van toepassing acht. Verzoekster zet in wezen vraagtekens bij de specifieke premissen van dit beginsel, dit wil zeggen de structuur waarbinnen de verschillende evenredigheidscriteria zijn geformuleerd. Tevens betwist zij sommige van de feitelijke waarderingen in verband met de toepassing van deze criteria.

56. Naar mijn mening zijn verzoeksters grieven ongegrond. Dit blijkt wanneer de verschillende stappen van de redenering in de bestreden beschikking worden bezien.

57. In de eerste plaats wijs ik erop, dat de omschrijving van de doelstelling van de door de betwiste Italiaanse decreten ingevoerde bepalingen niet wordt betwist. Zoals de Commissie in punt 47 van de bestreden beschikking terecht opmerkt, dragen de Italiaanse decreten bij aan de verwezenlijking van het project Malpensa 2000 doordat zij verzekeren dat voldoende verkeer van Linate naar Malpensa wordt verplaatst om daar een volledig operationeel en rendabel knooppunt te scheppen.

58. Uitgaande van de verschillende algemeen erkende criteria van het evenredigheidsbeginsel moest dus worden onderzocht: in de eerste plaats of de betwiste bepalingen *noodzakelijk* waren, dus of zij werden gerechtvaardigd door het doel ervan; in de tweede plaats of zij *passend* waren, dus geschikt om dat doel te bereiken; en in de derde plaats of zij *rationeel* (*proportioneel* in enge zin) waren, dus of een verschillende behandeling (in welk geval het evenredigheidsbeginsel wordt toegepast om indirecte discriminatie vast te stellen) of beperking van het vrij verrichten van diensten (in welk geval het evenredigheidsbeginsel wordt toegepast overeenkomstig de rechtspraak van het Hof betreffende de artikelen 59 en volgende van het Verdrag) werkelijk noodzakelijk was om het bovengenoemde doel te bereiken en de voordelen ervan zwaarder wogen dan de nadelen, of althans even zwaar.

59. Gezien deze algemene definitie van de verschillende proportionaliteitscriteria

heeft de Commissie in punt 48 van de bestreden beschikking terecht erop gewezen dat onderzocht moest worden of de door de betwiste Italiaanse decreten ingevoerde maatregelen evenredig aan het beoogde doel waren, dus of zij voor de totstandbrenging van een rendabel operationeel knooppunt en voor het welslagen van het project in het kader van het transeuropees vervoersnet noodzakelijk waren en of hetzelfde resultaat niet met minder vergaande maatregelen kon worden bereikt.

60. De bovenbedoelde toepassing van de proportionaliteitscriteria is niet theoretisch van aard en kan evenmin uitsluitend op abstracte teleologische overwegingen worden gebaseerd. Zoals in iedere juridische redenering moet bij de evenredigheidstoetsing niet alleen de hoofdterm, maar ook de minderterm adequaat zijn geformuleerd. Bij de evenredigheidstoetsing is daartoe in de eerste plaats nodig dat de bijzonderheden van de betrokken feitelijke situatie in aanmerking worden genomen, waarvoor wordt onderzocht of de betwiste maatregelen noodzakelijk, passend en in verhouding tot het beoogde doel rationeel zijn. In de tweede plaats moet de doelstelling van juist die toetsing teleologisch worden afgestemd op de ruimere juridische redenering waarvan deze deel uitmaakt. Voor het onderhavige geval betekent dit, dat de proportionaliteitscriteria niet neutraal mogen worden toegepast, maar altijd binnen het kader van ofwel het logische proces waarmee het bewijs van indirecte discriminatie moet worden geleverd, ofwel de voorschriften waarin de limieten van de zonder onderscheid toepasselijke beperkingen van het vrij verrichten van diensten in de luchtvervoersector zijn vastgelegd.

61. Verzoekster heeft zich wat de evenredigheidscriteria betreft nu juist vergist bij de formulering van de minderterm van haar redenering. Dit geldt voor alle grieven die in het kader van de derde middel tegen de motivering van de bestreden beschikking zijn geformuleerd.

62. Wat in de eerste plaats het algemene concept van de evenredigheidstoetsing in de onderhavige zaak betreft, kan men niet zeggen dat de relevante redenering juist wordt weergegeven door verzoeksters stelling, dat in wezen moest worden nagegaan of de concentratie van het verkeer op Malpensa als voorzien in de betwiste Italiaanse decreten, verder ging dan het doel van de Italiaanse regering om van het nieuwe luchthavencentrum een rendabel knooppunt te maken. [38] In de eerste plaats gaat hier niet om de concentratie van verkeer op de luchthaven Malpensa als zodanig, maar om de mate waarin de verkeersverplaatsing van Linate naar Malpensa een verschillende behandeling of beperking van het vrij verrichten van diensten met zich brengt. In de tweede plaats

38 — De Italiaanse regering wijst erop, dat de Commissie toegeeft dat de door de Italiaanse autoriteiten vastgestelde verkeersverdelingsregels beantwoorden aan de doelstelling om een voldoende groot gedeelte het verkeer te verplaatsen zodat het rendement van de investering is gegarandeerd, en dat die doelstelling aan de gemeenschapswetgeving voldoet. Verzoekster is in dit verband van mening, dat de concentratie van een verkeersvolume dat verbindingen tussen de vluchten vanaf de regionale luchthavens en de langeafstandsvluchten mogelijk maakt, doorslaggevend is voor de schepping van een luchthavencentrum. Het voorstel van de Commissie om 45 % van het verkeer aan Linate en 55 % aan Malpensa toe te wijzen, zou wel het functioneren van de twee regionale luchthavens garanderen, maar niet dat van een luchthaven als knooppunt. Dit voorstel is dan ook in strijd met het doel van het project.

kan de andere term van de vergelijking niet algemeen en abstract het doel van de Italiaanse regering zijn, een rendabel knooppunt te scheppen. Met andere woorden: niet alleen het geplande knooppunt zoals het uiteindelijk zal worden verwezenlijkt, moet in aanmerking worden genomen. Aangezien de verwezenlijking van een zo ambitieus project ontegenzeglijk veel tijd kost, moet de evenredigheid van de betwiste bepalingen worden beoordeeld maar de werkelijke situatie, aan de hand van het algemene tijdschema en de vorderingen van de noodzakelijke werkzaamheden. De kenmerken van de werkelijke situatie hebben in de eerste plaats invloed op de rationaliteitstoetsing van de betwiste bepalingen, een punt dat verzoekster niet specifiek in aanmerking neemt. Nauwkeuriger gezegd moet, zoals ik reeds heb aangegeven, op basis van een waardering van de voor- en nadelen van de betwiste bepalingen worden beoordeeld of hetzelfde resultaat niet met minder vergaande middelen kan worden bereikt. Daarvoor is echter niet voldoende dat de betwiste maatregelen in algemene zin gerechtvaardigd worden door de uiteindelijke doelstellingen van het project, maar is zeker een analyse van de reële gegevens op het moment van vaststelling van die maatregelen noodzakelijk.

63. De vergissingen in het algemene concept van de toepassing van het evenredigheidsbeginsel in de onderhavige zaak zijn ook terug te vinden in de afzonderlijke grieven die verzoekster tegen de argumenten in de motivering van de bestreden beschikking heeft geuit.

64. In de eerste plaats laat verzoekster bij haar grief, dat het eerste argument van de Commissie — het verplaatste verkeersvolume niet verenigbaar is met de huidige toestand van de toegangsinfrastructuren van Malpensa — geen verband houdt met het enige relevante evenredigheidscriterium, te weten of de concentratie van vluchten op Malpensa overeenstemt met het doel van de Italiaanse regering, buiten beschouwing dat de evenredigheid van de betwiste bepalingen moet worden beoordeeld aan de hand van — tegelijkertijd — de werkelijke situatie, het algemene tijdschema en de vorderingen van de noodzakelijke werkzaamheden. Met name verliest verzoekster, die vasthoudt aan een algemene teleologische benadering van de proportionaliteitskwestie van de betwiste bepalingen, uit het oog dat de verschillende evenredigheidsscriteria (noodzaak, geschiktheid, rationaliteit) moeten worden toegepast tegen de achtergrond van de concrete eisen van het project Malpensa 2000 zoals die ten tijde van de toepassing van deze bepalingen waren.

65. Daarentegen heeft de Commissie in de punten 49, 49.1 en 49.2 van de bestreden

beschikking terecht opgemerkt dat de noodzaak [39] en de rationaliteit [40] van de betwiste bepalingen moeten worden beoordeeld aan de hand van de vorderingen van de werkzaamheden voor de toegang tot Malpensa en de infrastructuren ervan. Dit is volledig consequent, daar de Commissie bij de vaststelling van een feitelijke discriminatie ten gunste van Alitalia, waardoor in casu de toepassing van het evenredigheidsbeginsel teleologisch wordt afgebakend, ook het niveau van de toegangsinfrastructuren van Malpensa [41] in aanmerking had genomen.

66. Overigens lijkt in dit verband de klacht van verzoekster, dat de nationale autoriteiten in ieder geval hebben aangetoond dat de toegangsinfrastructuren beantwoorden aan het te verplaatsen verkeersvolume, niet gegrond. Zoals uit de punten 49.1 in samenhang met de punten 39 tot en met 43 van de bestreden beschikking blijkt — los van de ontwikkelingen na de vaststelling van de beschikking [42] — zijn de leemten in de toegangsinfrastructuren van Malpensa op grond waarvan de Commissie een feitelijke discriminatie en onevenredigheid van het naar Malpensa overgebrachte verkeersvolume heeft aangenomen, vastgesteld op basis van de gegevens die de Commissie tot haar beschikking had [43] en die verzoekster niet met nauwkeurige en overtuigende gegevens heeft betwist. Om aan te tonen dat de toegang tot Malpensa geen ernstig probleem opleverde, wijst verzoekster eenvoudigweg op studies volgens welke verkeersproblemen op de snelweg naar Malpensa zich alleen voordoen tijdens de spitsuren, op bepaalde vrije dagen en gedurende ongeveer 5 % van de totale tijd die de snelweg wordt gebruikt. [44] Die feitelijke constateringen, die overigens niet door de Commissie worden betwist [45], pleiten echter eerder voor het Commissiestandpunt. In het onderhavige geval is het niet van belang of de bestaande toegangsinfrastructuren in het algemeen het bereiken van de doelstellingen van de Italiaanse regering verhinderen of dat het grootste deel van de

39 — Zie punten 49-49.2 van de bestreden beschikking: „In dit verband merkt de Commissie op, dat niet is aangetoond dat dergelijke ‚vergaande' maatregelen noodzakelijk zijn voor de totstandbrenging van een rendabel operationeel knooppunt en het welslagen van het project in het kader van het Trans-Europees vervoersnet [...] Voor een rendabele exploitatie van het knooppunt Malpensa is een verplaatsing van een verkeersvolume noodzakelijk die verenigbaar is met het niveau van de luchthavenfaciliteiten en de toegangsinfrastructuur. Indien hiermee geen rekening wordt gehouden, komt de ontwikkeling en de toekomstige positie van Malpensa als succesvol knooppunt in de Gemeenschap in gevaar".

40 — Zie punt 50 van de bestreden beschikking: „Op grond van het voorafgaande is de Commissie van oordeel, dat de totstandbrenging van een volledig rendabel en operationeel knooppunt op zichzelf niet vereist dat op 25 oktober 1998 een verkeersverplaatsing van 11,7 miljoen passagiers plaatsvindt. Uitstel van de verkeersverplaatsing dan wel een geleidelijke verplaatsing van dit volume vanaf 25 oktober 1998 zou beter bij deze doelstelling passen en zou ook minder gevolgen hebben voor het vrij verrichten van luchtdiensten naar en van Milaan. De Italiaanse regels zijn dan ook niet noodzakelijk voor de verwezenlijking van de door de Italiaanse instanties nagestreefde doelstelling, die ook zou kunnen worden bereikt door middel van regels die het vrij verrichten van luchtdiensten minder beperkten".

41 — Zie de punten 45 en 46 van de bestreden beschikking.

42 — De Commissie merkt op dat er ondanks de beperkte verplaatsing van het passagiersvervoer waarin het Italiaanse decreet van 9 oktober 1998 voorziet, veel operationele problemen op Malpensa zijn opgetreden. Deze problemen, gecombineerd met het feit dat de toegankelijkheid van het knooppunt Malpensa niet is gewijzigd, zijn verdere aanwijzingen die de juistheid van de analyse van de Commissie bevestigen.

43 — De bestreden beschikking bevat een precieze opsomming van de kenmerken van de infrastructuren die zijn geïnventariseerd tijdens de vergadering van 27 oktober 1997 van de groep Christophersen, belast met de controle van het project Malpensa 2000 (punt 40 van de bestreden beschikking). Ook vermeldt de Commissie in haar verweerschrift (punt 44) dat in de brief van minister Burlando van 15 juli 1998 de maanden mei en juli 1999 worden genoemd als tijdstip van inbedrijfstelling van de spoorwegverbinding met Malpensa. Tot slot heeft de Commissie in dupliek (punt 15) verwezen naar gegevens die op 1 april 1998 door de Italiaanse autoriteiten zijn ingediend. Deze gegevens zijn bevestigd tijdens de vergadering van het speciaal comité van de lidstaten op 17 augustus 1998 en hebben betrekking op de feiten die tijdens de werkzaamheden van de genoemde groep Christophersen zijn geconstateerd.

44 — Zie punt 24 van het verzoekschrift.

45 — Zie punt 44 van het verweerschrift.

aanvankelijk geprogrammeerde werkzaamheden in verband met de toegang tot Malpensa reeds is voltooid. Het belangrijkste element bij de toetsing van de rechtmatigheid van de betwiste Italiaanse decreten is, of deze luchthaven door zijn toegangsvoorwaarden even toegankelijk is als Linate en of deze voorwaarden het op 25 oktober 1998 verplaatste verkeersvolume volledig rechtvaardigen, zodat er op dat moment geen sprake was van ongerechtvaardigde discriminatie op grond van nationaliteit en/of identiteit van de luchtvaartmaatschappij of van een onevenredige beperking van het vrij verrichten van diensten in de luchtvervoersector. Aangezien met andere woorden niet wordt betwist dat er, vooral tijdens het spitsuur, verkeersproblemen zijn en in het algemeen problemen met de toegangsinfrastructuur die de reizigers bij het bereiken van Malpensa kunnen hinderen, vertragingen bij het vertrek van vluchten kunnen veroorzaken en er uiteindelijk toe kunnen leiden dat reizigers de voorkeur geven aan Linate boven Malpensa, is het niet van belang of bepaalde werkzaamheden volgens een oorspronkelijk vastgesteld algemeen plan zullen worden uitgevoerd of dit al zijn.

67. In de tweede plaats — en om dezelfde redenen als de vorige grief — faalt ook verzoeksters stelling dat de financiële planning van het project Malpensa 2000 geen verkeersverplaatsing vóór 31 december 2000 vereiste. Dit feit, dat in wezen niet door verzoekster wordt betwist, wijst er duidelijk op, dat het niet noodzakelijk was, het gehele verkeersvolume op 25 oktober 1998 te verplaatsen. Aangezien, zoals ik reeds zei, de constateringen over de leemten in de toegangsinfrastructuren van Malpensa niet zijn betwist en verzoekster niet bewijst dat het nodig was het gehele verkeer vóór 31 december 2000 te verplaatsen, volgt uit het genoemde feit duidelijk dat de vastgestelde bepalingen onevenredig zijn. De bevoegdheid van een lidstaat om zijn luchthavenbeleid zelfstandig te bepalen, speelt hierbij geen rol. Waar het om gaat, is niet alleen of de genomen maatregelen verenigbaar zijn met het project Malpensa 2000; het gaat ook om specifieke en concrete toetsing van de noodzaak, de geschiktheid en de rationaliteit van die maatregelen tegen de achtergrond van de werkelijke situatie op het moment waarop zij werden genomen.

68. In de derde plaats lijkt de omstandigheid dat het argument van de Commissie over de gevolgen van het volume van het verplaatste verkeer voor het functioneren van Linate[46] wordt betwist, niet van

46 — Volgens verzoekster komt het derde argument van de Commissie, dat de beslissing om het verkeer van Linate naar Malpensa te verplaatsen in strijd is met de in decreet nr. 46-T geuite wens om Linate in ieder geval in bedrijf te houden, niet met de werkelijkheid overeen. De luchthaven Linate blijft in bedrijf, zij het in beperkte mate.

belang voor de juistheid van de redenering van de bestreden beschikking; in elk geval zijn verzoeksters stellingen niet overtuigend. In de eerste plaats gaat het om een subsidiair argument van de Commissie; de weerlegging ervan zou de eerdere appreciatie van de Commissie van de al dan niet evenredigheid van de betwiste bepalingen daarom nog niet aantasten. In de tweede plaats is, zoals duidelijk uit punt 51 van de bestreden beschikking blijkt, niet doorslaggevend óf Linate na de verkeersverplaatsing nog blijft functioneren, maar welke activiteiten er blijven en in welke omvang, en welke luchtvaartmaatschappijen er toegang hebben. Zoals bovendien in hetzelfde punt van de bestreden beschikking wordt vermeld, is het volume van het verplaatste verkeer niet geschikt voor de verwezenlijking van het doel om de punt-tot-puntverbindingen te handhaven, dat in de considerans van de betwiste nationale bepalingen wordt genoemd.

69. In de vierde plaats, wat de slotopmerking van verzoekster betreft, dat de Commissie de grenzen van de haar in artikel 8, lid 3, van verordening nr. 2408/92 verleende bevoegdheid heeft overschreden door zich niet op het evenredigheidsbeginsel te baseren maar op een discretionaire beoordeling van de opportuniteit van de door de Italiaanse regering ten aanzien van Malpensa genomen maatregel, meen ik dat ook deze grief berust op een onjuiste opvatting van de toepassingsvoorwaarden van de verschillende evenredigheidscriteria. Zoals gezegd, moet voor de toepassing van het derde criterium, namelijk dat van de *rationaliteit* van de betwiste bepalingen, worden nagegaan of deze bepalingen werkelijk noodzakelijk zijn. Hierbij wordt onderzocht of de voordelen van de betrokken bepalingen groter zijn dan de nadelen, of er althans tegen opwegen. Wanneer blijkt dat de betrokken doelstellingen met andere, minder ongunstige of minder beperkende maatregelen te verwezenlijken waren geweest, moeten de betwiste bepalingen stricto sensu als onevenredig aan hun doel worden beschouwd. Het spreekt dus vanzelf dat de beoordeling van de rationaliteit van die maatregelen tot op zekere hoogte ook een opportuniteitstoets is. Deze toets is echter niet willekeurig, maar vindt plaats in het relevante hermeneutische en teleologische kader voor toepassing van het evenredigheidsbeginsel.

Gelet op het voorgaande volgt uit punt 50 van de bestreden beschikking, dat de Commissie de beginselen voor de rationaliteitsbeoordeling van de betwiste nationale bepalingen correct heeft toegepast. Uit de vaststelling dat „[u]itstel van de verkeersverplaatsing dan wel een geleidelijke verplaatsing van dit volume vanaf 25 oktober 1998 [...] beter bij deze doelstelling [zou] passen en [...] ook minder gevolgen [zou] hebben voor het vrij verrichten van luchtdiensten naar en van Milaan", heeft de Commissie de juiste conclusie getrokken dat „[d]e Italiaanse regels [...] dan ook niet noodzakelijk [zijn] voor de verwezenlijking van de door de Italiaanse instanties nagestreefde doelstelling, die ook zou kunnen worden bereikt door middel van regels die het vrij verrichten van luchtdiensten minder

beperkten". Deze conclusie is geen willekeurige beoordeling van de opportuniteit van de door de Italiaanse regering vastgestelde maatregel, maar een juiste toepassing van het criterium van de rationaliteit van de betwiste bepalingen, waarmee de Commissie haar bevoegdheidsgrenzen niet overschrijdt. Verzoeksters beweringen van het tegendeel zijn dan ook ongegrond.

71. Gezien het bovenstaande ben ik dan ook van mening dat verzoeksters stellingen in het kader van het derde middel in hun geheel ongegrond moeten worden verklaard.

C — *Schending van artikel 8, lid 1, van verordening nr. 2408/92 gezien de regels betreffende indirecte discriminatie en de kennelijk onjuiste beoordeling van de feiten (vierde middel)*

70. Evenmin gegrond is ten slotte de bewering in de memorie van repliek, dat de Commissie over een communautaire definitie van de standaardvoorwaarden voor de localisering van luchthavens bestemd voor intra- en extracommunautair verkeer, en hun verbindingen met de steden had moeten beschikken. In het onderhavige geval is niet van belang dat Malpensa volgens gemeenschappelijke Europese maatstaven of in vergelijking met andere luchthavens van de Europese Unie meer of minder moeilijk toegankelijk is. Waar het om gaat is, of het niveau van de toegangsinfrastructuren van Malpensa de nadelen van de geografische ligging van die luchthaven ten opzichte van Linate compenseert. Dit betekent dat zowel de non-discriminatie- als de evenredigheidstoetsing van de maatregelen is gebaseerd op vergelijking van de ligging van Malpensa met die van Linate, en niet uitsluitend op de objectieve vaststelling van de ligging van die eerste luchthaven. Het ontbreken van een communautaire definitie van de standaardvoorwaarden voor de localisering van luchthavens tast de aan de bestreden beschikking ten grondslag liggende redenering derhalve niet aan.

72. Het vierde middel klaagt over drie onjuistheden in de punten 29 tot en met 46 van de bestreden beschikking, die de rechtmatigheid ervan aantasten. In deze punten toetst de Commissie de betwiste Italiaanse decreten aan het non-discriminatiebeginsel.

73. Alvorens deze grieven te behandelen, wil ik eraan herinneren dat de bovengenoemde punten van de bestreden beschikking betrekking hebben op de procedure voor het bewijs van indirecte discriminatie. Deze procedure omvat in de eerste plaats de vaststelling van een feitelijke discriminatie die het noodzakelijke gevolg is van het gebruik van een schijnbaar neutraal criterium, en in de tweede plaats de toetsing van de objectiviteit van de betwiste regeling,

hetgeen tegelijkertijd toetsing van de evenredigheid van de regeling aan het ermee nagestreefde gerechtvaardigde doel meebrengt. [47]

74. Verzoeksters eerste grief, dat er in het onderhavige geval geen sprake is van indirecte discriminatie omdat de maatregelen objectief gerechtvaardigd waren, want bedoeld om de nieuwe bestemming van Linate — beperking van het verkeer tot de meest geschikte vluchten, vergemakkelijking van zakenvluchten en het concurrerend houden van de luchtverbinding ten opzichte van de treinverbinding Milaan-Rome [48] — te ondersteunen, heeft uitsluitend betrekking op de tweede fase van de procedure voor het bewijs van indirecte discriminatie, dus de fase waarin het objectieve karakter van de betwiste regeling wordt vastgesteld.

75. In deze tweede fase vindt echter, zoals ik reeds heb vermeld [49], de evenredigheidstoetsing van de betwiste bepalingen plaats. Bij die toetsing is gebleken dat deze bepalingen niet werkelijk noodzakelijk zijn voor het bereiken van hun doel, namelijk totstandbrenging van een operationeel en rendabel knooppunt op Malpensa. Verzoeksters poging om de betwiste bepalingen objectief te rechtvaardigen op basis van de bijzondere doelstelling ervan, namelijk de functie van Linate te wijzigen, waarvoor de totstandbrenging van het knooppunt Malpensa noodzakelijk was, is naar mijn mening dan ook vruchteloos. Dit vooral, omdat het in op 25 oktober 1998 bestaande situatie niet noodzakelijk was om alle verkeer naar Malpensa te verplaatsen, en evenmin om de vluchten waarvoor Linate werd gebruikt, te beperken in de mate waarin dit door de betwiste decreten is gebeurd. Wanneer echter het standpunt wordt ingenomen dat decreet nr. 46-T tot doel had het gebruik van Linate te beperken tot het bedienen van de verbinding Milaan-Rome, pleit dit voor de analyse van de Commissie in de bestreden beschikking betreffende de praktische gevolgen van de betrokken regeling. Bovendien treft, zoals de Commissie opmerkt, verzoeksters bewering dat de regeling een ononderbroken

47 — Zie punt 32 van deze conclusie.

48 — De Italiaanse regering wijst erop, dat de Commissie meende dat Linate de luchthaven was waar, vóór de nieuwe verdeling, het verkeer naar en van de knooppunten in de Gemeenschap was geconcentreerd, en dat Linate na de vaststelling van het betwiste decreet verbindingen met één luchthavencentrum, dat van Rome-Fiumicino, zou gaan bedienen, terwijl de routes naar de andere Europese knooppunten (Frankfurt, Parijs, enz.) zouden worden verplaatst naar een andere, minder praktische, luchthaven, namelijk Malpensa. Dat zou leiden tot een concurrentievoordeel voor Alitalia en tot een nadeel voor de andere luchtvaartmaatschappijen, die andere knooppunten dan Fiumicino gebruiken. Met name zouden personen met een bestemming buiten de Unie of buiten Europa liever vanaf Linate vertrekken en via het knooppunt Rome vliegen, dan vanaf Malpensa vertrekken en andere knooppunten gebruiken. De Italiaanse regering betwist deze conclusie echter met het argument, dat de betwiste Italiaanse decreten objectief gerechtvaardigd waren omdat zij tot doel hadden de nieuwe functie van Linate — één verbinding, namelijk tussen Milaan en Rome — te ondersteunen. De verbinding Milaan-Rome bestaat voornamelijk uit zakenvluchten, met hoofdzakelijk dagelijkse pendeldiensten. Zij houdt dan ook staande, dat deze verbinding het meest geschikt is om vanaf Linate te worden bediend, en er tevens voor zorgt dat de luchtverbinding concurrerend blijft met de treinverbinding. Indien de Commissie rekening had gehouden met deze elementen, zou zij geen indirecte discriminatie hebben vastgesteld.

49 — Zie punt 32 van deze conclusie.

bediening van de verbinding Milaan-Rome en niet de overbrenging van de passagiers naar de luchthaven Rome beoogde, geen doel, aangezien de eerste doelstelling de tweede niet uitsluit, terwijl uit geen van de door verzoekster aangevoerde gegevens blijkt dat de bediening van het knooppunt Rome onmogelijk of verboden was. Integendeel: uit de gegevens in het dossier, en met name uit de statistieken van de in 1997 ontvangen passagiers [50] en uit de maatregelen die door de Italiaanse autoriteiten zijn voorgesteld met het oog op een eventuele beperking van de transitmogelijkheden naar de luchthaven Rome-Fiumicino [51], blijkt dat deze bediening ten tijde van de vaststelling van de bestreden beschikking reëel was en in ieder geval mogelijk bleef. Verzoeksters eerste grief is dus ongegrond.

76. De tweede grief tegen de punten 29 tot en met 46 van de bestreden beschikking houdt in dat de Commissie de consequenties van de verplaatsing van het verkeer naar Malpensa heeft beoordeeld naar de bestaande situatie, en niet naar de toekomstige situatie. In de nieuwe situatie, die begint met de volledige inbedrijfstelling van Malpensa voor intercontinentale vluchten, heeft de verbinding van Linate met het knooppunt Fiumicino volgens verzoekster in de praktijk geen enkel concurrentievoordeel voor Alitalia. In dit verband merkt de Italiaanse regering op, dat een bepaling alleen als indirect discriminerend kan worden beschouwd indien volledig is aangetoond dat deze een persoon kan bevoor- of benadelen.

77. Deze tweede grief betreft de eerste fase van de procedure voor het bewijs van indirecte discriminatie, namelijk het onderzoek van de vraag of er een feitelijke indirecte discriminatie bestaat en of deze een noodzakelijk gevolg van de betwiste regeling is dan wel louter toeval.

78. Verzoeksters stelling dat de Commissie ten onrechte de consequenties van de verplaatsing van het verkeer naar Malpensa naar de huidige situatie heeft beoordeeld in plaats van naar de toekomstige situatie, is naar mijn mening ongegrond.

79. Het lijdt geen twijfel dat indirecte discriminatie een dynamisch en relatief karakter heeft. Wegens de veranderlijkheid van de omstandigheden waarin de betwiste bepalingen toepassing vinden, kunnen hun gevolgen in de praktijk variëren (een niet eerder bestaande discriminatie kan aan het licht komen, maar een bestaande discriminatie kan ook verdwijnen). Zoals ik reeds heb aangegeven, brengt dat mee dat niet alleen de gevolgen van de betwiste bepalingen op een zeker moment in aanmerking moeten worden genomen (momentonderzoek van discriminatie), maar ook het

50 — In punt 20 van haar memorie van repliek geeft verzoekster toe, dat 85 % van de passagiers die in Fiumicino een aansluitende vlucht namen, passagiers van internationale vluchten waren.

51 — Zie de brief van minister Burlando van 15 juli 1998, bijlage 5 bij het verzoekschrift.

ontwikkelingsperspectief en de stabiliteit van die gevolgen, teneinde eventuele toevallige omstandigheden die in werkelijkheid niet het gevolg van die bepalingen zijn [52], uit te sluiten. Dit onderzoek van de ontwikkelingsperspectieven en de stabiliteit van de praktische gevolgen van de betwiste bepalingen kan er echter niet toe leiden, dat een zuiver toekomstige, zeer weinig waarschijnlijke, slechts verwachte situatie in aanmerking wordt genomen, die geen rechtstreeks en zeker verband houdt met de realiteit van het moment waarop het bestaan van de indirecte discriminatie wordt onderzocht. Dat zou in strijd zijn met de regel, dat de wettigheid van een besluit in beginsel moet worden beoordeeld naar de feitelijke en de juridische omstandigheden die bestonden op de datum waarop het werd genomen. [53]

80. Bij nauwkeurige bestudering van de motivering van de bestreden beschikking blijkt dat de Commissie zowel wat de twee knooppunten van Alitalia als wat de vergelijking van de toegankelijkheid van de luchthavens Linate en Malpensa betreft, terecht eerst van de bestaande situatie is uitgegaan en vervolgens de vooruitzichten en de waarschijnlijkheid van een verandering van die situatie heeft onderzocht. [54] Aan het slot van deze moeilijke beoordeling is zij tot de conclusie gekomen dat slechts gedurende een specifieke periode van een indirecte discriminatie kan worden gesproken [55], hetgeen in dit geval een passende behandeling en uitlegging van het dynamische karakter van dit type discriminatie inhoudt.

81. De vaststelling van indirecte discriminatie berust ook niet op louter gissingen of op een geringe waarschijnlijkheidsgraad, maar op een voldoende mate van waar-

52 — Zie punt 45 van deze conclusie.

53 — Zie, bijvoorbeeld, arrest van 7 februari 1979, Frankrijk/Commissie (15/76 et 16/76, Jurispr. blz. 321, punt 7).

54 — Zie punt 35 van de bestreden beschikking: „[...] Het is waar dat het grotere aanbod van rechtstreekse diensten vanaf Malpensa ertoe kan leiden dat reizigers minder snel een niet-rechtstreekse dienst zullen kiezen [...]. Alles wijst er echter op dat de activiteiten van Alitalia verdeeld zijn en verdeeld zullen blijven over twee knooppunten: Rome-Fiumicino en Milaan-Malpensa. Dit was een van de uitgangspunten in het herstructureringsplan van de maatschappij, dat de Italiaanse instanties in het kader van de staatssteunregels bij de Commissie hebben aangemeld. [...]".
Zie ook punt 44 van de betreden beschikking: „Gezien de verschillen tussen Linate en Malpensa wat bereikbaarheid betreft, is de Commissie van oordeel, dat deze luchthavens pas een vergelijkbare aantrekkingskracht zullen hebben wanneer de kwaliteit van de toegangsinfrastructuur voor Malpensa de ongunstige geografische ligging van dit vliegveld ten opzichte van Linate compenseert".

55 — Zie punt 45 van de bestreden beschikking: „Gelet op het voorafgaande en rekening houdend met de concurrentie tussen Alitalia en de andere communautaire luchtvaartmaatschappijen, kan worden gesteld dat de criteria van decreet nr. 46-T — die impliceren dat alleen Alitalia haar knooppunt Rome-Fiumicino vanaf Linate kan bedienen, terwijl andere communautaire luchtvaartmaatschappijen gedwongen zullen zijn hun respectieve knooppunten vanaf Malpensa te bedienen — Alitalia een concurrentievoordeel verschaffen. *Dit concurrentievoordeel blijft bestaan, zolang Malpensa niet kan profiteren van volwaardige toegangsinfrastructuren die een oplossing vormen voor de huidige situatie en de daaruit voortvloeiende tegenzin van de reizigers om gebruik te maken van Malpensa*" (cursivering van mij).

schijnlijkheid gezien de aan de Commissie ter beschikking staande informatie.

82. In de eerste plaats lijkt geen van de beweerde fouten bij de beoordeling van de feiten [56] die in de memorie van repliek worden genoemd, betrekking te hebben op punten die voor de vaststelling van de discriminatie doorslaggevend waren. Zo blijkt uit geen van de door verzoekster aangevoerde bewijzen dat Alitalia Fiumicino niet als tweede, althans complementair knooppunt zou gebruiken. Met name vermeldt verzoekster — hoewel zij over een ingrijpende vermindering van de uitsluitend vanaf het knooppunt Rome-Fiumicino bediende intercontinentale vluchten spreekt — bij de bespreking van de ontwerpdienstregeling van de betwiste vluchten nergens, dat die vluchten zijn opgeheven. Integendeel: uit bepaalde stukken van het dossier, zoals het herstructureringsplan [57] en de reclameuitingen [58] van Alitalia blijkt, zonder dat op gegevens daterend van na de bestreden beschikking [59] behoeft te worden teruggegrepen, dat dit knooppunt is gehandhaafd en door de luchthaven Malpensa kan worden bediend. Bovendien zijn, zoals de Commissie terecht in dupliek aangeeft, het aantal bediende bestemmingen en het relatieve belang van een knooppunt ten opzichte van een ander op zich niet van belang. Het loutere bestaan van een aanvullend knooppunt in Fiumicino leidt tot de vaststelling van indirecte discriminatie. Tot slot is de omvang van de gevolgen van die discriminatie niet werkelijk van belang. Ook discriminaties van geringe betekenis zijn in het gemeenschapsrecht verboden. [60]

83. In de tweede plaats is in elk geval niet verdedigbaar, dat de indirecte discriminatie reeds volledig moet zijn bewezen in de eerste fase van het logische proces waarmee het bestaan ervan moet worden vastgesteld. Zoals gezegd, is het rechtstreeks bewijs van een indirecte discriminatie niet altijd makkelijk te leveren en is het in deze eerste fase in ieder geval niet mogelijk, er in absolute zin een juridische discriminatie uit af te leiden, ongeacht of men uitgaat van algemene ervaringsfeiten dan wel van statis-

56 — In repliek stelt verzoekster, dat voor de nietigverklaring van de betwiste beschikking geen „kennelijke dwaling" nodig is; er hoeft slechts te worden aangetoond dat de Commissie heeft gedwaald ten aanzien van de feiten. Zij is dus van mening dat het verweerschrift van de Commissie zulke dwalingen bevat, vooral wat het bestaan van het tweetal knooppunten van Alitalia betreft.

57 — Zie beschikking 97/789/EG van de Commissie van 15 juli 1997 betreffende de herkapitalisatie van Alitalia (PB L 322, blz. 44; bijlage 2 bij het verweerschrift).

58 — Zie bijlage 3 bij het verweerschrift.

59 — De Commissie vermeldt dat uit alle latere gegevens, hoewel deze formeel geen invloed op de rechtmatigheidstoetsing' van de betwiste beschikking hebben, blijkt dat Alitalia een dubbel knooppunt is blijven gebruiken.

60 — Zie arresten van 28 januari 1986, Commissie/Frankrijk (270/83, Jurispr. blz. 273, punt 21), en van 13 december 1989, Corsica Ferries France (C-49/89, Jurispr. blz. 4441, punt 8).

tisch onderzoek gebeurt. Om die reden moet in een tweede fase, waarmee de procedure voor het bewijs van indirecte discriminatie wordt afgesloten, het objectieve karakter van de betwiste regeling worden onderzocht, waarbij het evenredigheidsbeginsel moet worden toegepast. [61]

84. Gezien het bovenstaande ben ik van mening dat de tweede grief van het vierde middel eveneens ongegrond is.

85. Wat ten slotte verzoeksters derde grief betreft, dat de bestreden beschikking voorzover het om de opgelegde verbodsmaatregelen gaat, niet aan het evenredigheidsbeginsel voldoet [62], merkt de Commissie terecht op, dat artikel 8, lid 3, van verordening nr. 2408/92 haar niet verplicht om de maatregelen te kiezen die het minst bezwaarlijk voor de betrokken nationale autoriteiten zijn. Zoals uit de stukken van het dossier blijkt en niet met concrete argumenten is betwist [63], heeft de Commissie eerst de Italiaanse autoriteiten ingelicht over de problemen die de betwiste decreten veroorzaakten, vervolgens overleg gevoerd met het bevoegde raadgevend comité en in het algemeen alle nodige maatregelen genomen (briefwisseling, vergaderingen) om de zaak op te lossen en de uitoefening van de rechten van verweer mogelijk te maken; de enige bevoegdheid die haar daarna restte, was de rechtmatigheid van de betwiste decreten te beoordelen en te beslissen of „de lidstaat de maatregel mag blijven toepassen". [64] Zij was niet bevoegd de nationale maatregelen te wijzigen en zich daarmee in de plaats van de nationale autoriteiten te stellen. Het was juist aan laatstgenoemden om de maatregelen te nemen die nodig waren om aan de bestreden beschikking te voldoen, hetgeen zij hebben gedaan met het decreet van 9 oktober 1998. [65] Bovendien kan niet worden gesteld, dat de in artikel 5 EG-Verdrag (thans artikel 10 EG) vastgelegde verplichting tot loyale samenwerking tussen de Commissie en de lidstaten wijziging in de bovenomschreven expliciete verdeling van de bevoegdheden tussen de lidstaten en de Commissie zou kunnen brengen, zodanig dat aan laatstgenoemde het initiatief en de verantwoordelijkheid zou toekomen om passende maatregelen te nemen.

86. Ook het vierde middel is dus ongegrond.

61 — Zie punt 32 van deze conclusie.

62 — Met name verklaart verzoekster dat de Commissie, indien zij betwijfelde of het handhaven van de vlucht naar Rome vanaf Linate een concurrentievoordeel voor Alitalia zou opleveren, de Italiaanse autoriteiten hierover had moeten inlichten en in ieder geval had moeten kiezen voor minder draconische maatregelen ter handhaving van het nondiscriminatiebeginsel van artikel 8, lid 1, van verordening nr. 2408/92. Verzoekster wijst erop, dat zij technische maatregelen voor een oplossing van de situatie had voorgesteld, die niet door de Commissie zijn aanvaard.

63 — Zie punten 16 e.v. van de betwiste beschikking en punt 14 van deze conclusie.

64 — Zie artikel 8, lid 3, van verordening nr. 2408/92.

65 — Bijlage 5 bij het verweerschrift.

V — Conclusie

87. Mitsdien geef ik het Hof in overweging:

1) het beroep van de Italiaanse Republiek te verwerpen;

2) de Italiaanse Republiek in de kosten te verwijzen.