FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT GEORGES COSMAS

föredraget den 16 maj 2000 [1]

Innehåll

I — Inledning ..... I - 388

II — Tillämpliga bestämmelser ..... I - 388

III — Bakgrund och det ifrågasatta beslutet ..... I - 390

IV — Ogiltighetsgrunder ..... I - 394

A — Tolkning av det ifrågasatta beslutets rättsliga grund (den första och den andra ogiltighetsgrunden) ..... I - 395

a) Parternas åberopanden ..... I - 395

aa) Överskridande av gränserna för befogenheten enligt artikel 8.1 och 8.3 i förordning nr 2408/92 och artiklarna 155 (nu artikel 211 EG) och 169 (nu artikel 226 EG) i EG-fördraget (första ogiltighetsgrunden) .. I - 395

ab) Åsidosättande av artiklarna 3.1 och 8.1 i förordning nr 2408/92 och artiklarna 59, 61.1 och 84.1 och 84.2 i fördraget samt principer i rättspraxis avseende friheten att tillhandahålla tjänster (andra ogiltighetsgrunden) ..... I - 396

b) Min åsikt ..... I - 398

B — Åsidosättande eller felaktig tolkning av artikel 8.1 och 8.3 i förordning nr 2408/92 på grund av felaktig tillämpning av proportionalitetsprincipen (tredje ogiltighetsgrunden) ..... I - 409

C — Åsidosättande av artikel 8.1 i förordning nr 2408/92 med beaktande av reglerna om indirekt diskriminering och uppenbart felaktig bedömning av de faktiska omständigheterna (den fjärde ogiltighetsgrunden) ..... I - 415

V — Förslag till avgörande ..... I - 421

1 — Originalspråk: grekiska

I — Inledning

1. Republiken Italien (nedan kallad sökanden) har väckt talan om ogiltigförklaring av kommissionens beslut 98/710/EG av den 16 september 1998 om ett förfarande avseende tillämpningen av rådets förordning (EEG) nr 2408/92 (Mål VII/AMA/11/98 — Italienska trafikfördelningsreglerna för flygplatssystemet i Milano) [2](nedan kallat det ifrågasatta beslutet), som förbjuder Republiken Italien att tillämpa trafikfördelningsregler för Milanos flygplatssystem, som anges i nationella dekret, i vilka bland annat föreskrivs överföring av en del av lufttrafiken från Linateflygplatsen till Malpensaflygplatsen. Sökanden har konstaterat att det ifrågasatta beslutet, som grundar sig på påstådda inskränkningar som är oproportionerliga i förhållande till den fria rörligheten för tjänster, överskrider gränserna i förordning (EEG) nr 2408/92, [3] vilken sökanden har åberopat som rättslig grund. Sökanden har samtidigt hävdat att kommissionen i vart fall har tillämpat proportionalitetsprincipen felaktigt. Enligt sökanden har kommissionen slutligen gjort en felaktig bedömning av de omständigheter på grundval av vilka den konstaterat att det föreligger en indirekt diskriminering till förmån för det nationella lufttrafikföretaget (Alitalia).

II — Tillämpliga bestämmelser

2. I artikel 59 första stycket i EG-fördraget (nu artikel 49 första stycket EG i ändrad lydelse) föreskrivs följande:

"Inom ramen för nedanstående bestämmelser skall inskränkningar i friheten att tillhandahålla tjänster inom gemenskapen gradvis avvecklas under övergångstiden för medborgare i medlemsstater som har etablerat sig i en annan stat inom gemenskapen än mottagaren av tjänsten."

3. Artikel 61.1 i EG-fördraget (nu artikel 51.1 EG i ändrad lydelse) har följande lydelse:

"Fri rörlighet för tjänster på transportområdet regleras av bestämmelserna i avdelningen om transporter."

4. Dessutom har artikel 84.2 i EG-fördraget (nu artikel 80.2 EG i ändrad lydelse) följande lydelse:

"Rådet får med kvalificerad majoritet besluta huruvida, i vilken omfattning och

2 — EGT L 337, s. 42.

3 — Rådets förordning (EEG) nr 2408/92 av den 23 juli 1992 om EG-lufttrafikföretags tillträde till flyglinjer inom gemenskapen (EGT L 240, s. 8; svensk specialutgåva, område 7, volym 4, s. 123).

på vilket sätt lämpliga bestämmelser skall kunna meddelas för sjöfart och luftfart.

Procedurreglerna i artikel 75.1 och 75.3 skall tillämpas."

5. I de två första övervägandena i förordning nr 2408/92 föreskrivs följande:

"Det är viktigt att upprätta en luftfartspolitik för den inre marknaden under perioden fram till den 31 december 1992 i enlighet med artikel 8a i fördraget.

Den inre marknaden innebär ett område utan inre gränser med fri rörlighet för varor, personer, tjänster och kapital."

6. Nittonde övervägandet i samma förordning har följande lydelse:

"Det är lämpligt att behandla alla frågor om tillträde till marknaden i samma förordning."

7. Dessutom har artikel 3.1 i förordning nr 2408/92 följande lydelse:

"Om inte annat följer av denna förordning skall de berörda medlemsstaterna tillåta EG-trafikföretag att utöva trafikrättigheter på flyglinjer inom gemenskapen."

8. I artikel 8 i samma förordning föreskrivs slutligen följande:

"1. Denna förordning påverkar inte medlemsstaternas rätt att reglera fördelningen av trafiken mellan flygplatserna inom ett flygplatssystem, om detta sker utan särbehandling på grundval av lufttrafikföretagets nationalitet eller identitet.

2. Utövandet av trafikrättigheter skall regleras av offentliggjorda gemenskapsbestämmelser och nationella, regionala eller lokala

bestämmelser om säkerhet och miljöskydd samt fördelning av ankomst- och avgångstider.

3. På begäran av en medlemsstat eller på eget initiativ skall kommissionen undersöka tillämpningen av punkt 1 och 2, och inom en månad efter mottagandet av begäran och efter samråd med den kommitté som avses i artikel 11 besluta om medlemsstaten får fortsätta att tillämpa åtgärden. Kommissionen skall underrätta rådet och medlemsstaterna om sitt beslut.

4. Medlemsstaterna får hänskjuta kommissionens beslut till rådet inom en månad. Rådet får i undantagsfall med kvalificerad majoritet fatta ett annat beslut inom en månad."

III — Bakgrund och det ifrågasatta beslutet

9. Milanos flygplatssystem omfattar flygplatserna Linate, Malpensa och Orio al Serio (Bergamo). Fördelningen av trafik mellan dessa flygplatser har skett enligt marknadens krav, med beaktande av de befintliga driftsrestriktionerna. Detta har resulterat i en ineffektiv användning av den befintliga flygplatskapaciteten eftersom Linateflygplatsen är överutnyttjad och Malpensaflygplatsen underutnyttjad. [4] Dessutom har ingen av flygplatserna i systemet utvecklats till en betydande knutpunkt för nationella, internationella och interkontinentala flygningar.

10. Följaktligen har de italienska myndigheterna beslutat att omorganisera Milanos flygplatssystem för att skapa en knutpunkt i Malpensa och tillhandahålla tillräcklig flygplatskapacitet för framtiden. Detta mål skall uppnås genom utvidgning och uppgradering av Malpensaflygplatsen, vilket

4 — På Linateflygplatsen, belägen 10 km från stadscentrum, samlas huvuddelen av den gemenskapsinterna internationella trafiken och inrikestrafiken. Linateflygplatsen står inför allvarliga kapacitetsproblem eftersom 14,2 miljoner passagerare använde flygplatsen 1997 medan dess högsta kapacitet beräknas till 8 miljoner. På Malpensaflygplatsen, belägen 53 km från stadscentrum, samlas alla interkontinentala flygningar på grund av driftsrestriktioner på Linateflygplatsen. Endast få gemenskapsinterna flygningar genomförs från den flygplatsen eftersom passagerare föredrar Linateflygplatsen på grund av dess läge nära stadscentrum. Således tog Malpensaflygplatsen endast emot ungefär 4 miljoner passagerare 1997 fastän dess högsta kapacitet beräknas till 6 miljoner. Orio al Serioflygplatsen, belägen cirka 50 kilometer från stadscentrum och nära Bergamo, används huvudsakligen för gods- och chartertrafik, även om ett begränsat antal regelbundna passagerartjänster också genomförs från den flygplatsen.

går under benämningen "Malpensa 2000".[5] De finansiella villkor som den nya Malpensaflygplatsen lyder under kräver att en viss trafik koncentreras till denna flygplats. Detta innebär nödvändigtvis en överföring av trafik från Linateflygplatsen till Malpensaflygplatsen.

11. Av denna anledning antog den italienska transportministern dekret 46-T, den 5 juli 1996, i vilket det fastställs trafikfördelningsregler för Milanos flygplatssystem. I artikel 1.1 fastställs att från och med datumet för färdigställandet av de prioriterade byggnaderna på Malpensa 2000 som skall avgöras genom ytterligare ett dekret skall all regelbunden och icke regelbunden trafik på interkontinentala och gemenskapsinterna flygrutter (inbegripet inrikes eller internationella gemenskapsinterna flygrutter) bedrivas till och från Malpensaflygplatsen. I artikel 1.2 fastställs att samma trafik också kan bedrivas till och från flygplatsen Orio al Serio. I artikel 1.3 och 1.4 fastställs att Linateflygplatsen endast får användas för allmän flygtrafik och för direkt flygtrafik på rutter som betjänar Milano och vars totala årliga passagerarvolym är lika med eller överstiger 2 miljoner under året före det ovannämnda datumet för färdigställandet av de prioriterade byggnadsverken eller når ett årligt medeltal på 1,75 miljoner under den tidigare treårsperioden.

12. Den 23 oktober 1997 antog den italienska regeringen dekret 57-T i vars artikel 1.1 det föreskrivs att de prioriterade byggnader som avses i dekret 46-T skall färdigställas den 25 oktober 1998. Till följd av dekret 46-T och 57-T kommer all flygtrafik till och från Milano från och med den 25 oktober 1998 att bedrivas från antingen Malpensaflygplatsen eller flygplatsen Orio al Serio, med undantag av allmänna flygtjänster och flygtransporttjänster som uppfyller de trafiktröskelvärden som anges i artikel 1.4 i dekret 46-T. I praktiken är den enda rutten som uppfyller dessa tröskelvärden Milano—Romrutten.

13. Den 16 februari 1998 lämnade lufttrafikföretagen British Airways, Iberia, Lufthansa, Olympic Airways, Sabena, Scandinavian Airlines System och TAP Air Portugal till kommissionen en gemensam begäran om ett beslut som går ut på att de trafikfördelningsregler som har antagits av de italienska myndigheterna för flygplatssystemet i Milano skall förklaras oförenliga med gemenskapsrätten, särskilt med för-

5 — Detta projekt är ett av de 14 prioriterade projekten för det transeuropeiska transportnätet i enlighet med rådets och Europaparlamentets beslut nr 1692/96/EG (EGT L 228, s. 1). Det stöds ekonomiskt av gemenskapen, Europeiska investeringsfonden och Europeiska investeringsbanken.

ordning (EEG) nr 2408/92, och att de italienska myndigheterna skall anmodas att inte tillämpa dessa regler och att anta andra regler som är fullt förenliga med gemenskapsrätten. [6] Lufttrafikföretagen har i synnerhet konstaterat att de italienska reglerna i praktiken innebär diskriminering till förmån för Alitalia [7] och att de för övrigt inte är förenliga med proportionalitetsprincipen. [8]

14. Efter att ha följt det föreskrivna förfarandet [9] antog kommissionen den 16 september 1998 det ifrågasatta beslutet med stöd av artikel 8.3 i förordning nr 2408/92.

15. I skälen till det ifrågasatta beslutet har kommissionen, efter att ha beskrivit bakgrunden och förfarandet, gjort en rättslig bedömning avseende de omtvistade italienska reglerna i förhållande till förordning nr 2408/92. Enligt kommissionen skall varje inskränkning som godtas på grundval av bestämmelsen i artikel 8.1 i denna förordning samtidigt vara förenlig med den icke-diskrimineringsprincip till vilken denna bestämmelse uttryckligen hänvisar, och med de allmänna principer som reglerar friheten att tillhandahålla tjänster, såsom de uttalats i domstolens rättspraxis. Dessa principer är mer långtgående än

6 — Den 15 april 1998 informerade Air France kommissionen om att företaget anslöt sig tillovannämnda lufttrafikföretag i begäran avseende de italienska reglerna. Den 22 april 1998 lade dessa lufttrafikföretag fram ytterligare en begäran till kommissionen om ett preliminärt beslut innan det fattas något beslut om innehållet i de italienska reglerna för att säkerställa att dessa regler inte verkställs innan tillräckliga transportförbindelser till Malpensaflygplatsen har upprättats. Den 27 maj 1998 lade Austrian Airlines fram en särskild begäran till kommissionen med samma syfte som klagandenas huvudsakliga och alternativa begäran och åberopade samma grunder.

7 — Enligt de ovannämnda lufttrafikföretagen kommer tillämpningen av de italienska reglerna att innebära endast en rutt från Linate, nämligen sträckan Milano—Rom. Den rutten trafikeras för närvarande av flera EG-lufttrafikföretag, däribland Alitalia. Under dessa förutsättningar kommer Alitalia fortfarande i stor utsträckning att kunna ha sin knutpunkt i Rom, som företaget kommer att betjäna från Linate, medan däremot icke-italienska EG-lufttrafikföretag inte kommer att ha den möjligheten eftersom deras rutter kommer att gå från Malpensa. Till följd av detta kommer Alitalia att få en konkurrensfördel gentemot icke-italienska EG-lufttrafikföretag i fråga om tillhandahållandet av medeldistans-och långdistansrutter via dess knutpunkt. Passagerare som tar flyget i Milano för medeldistans- och långdistansrutter, och som kommer via en knutpunkt, kommer att föredra Alitalias knutpunkt framför övriga EG-luftfartsföretags knutpunkter. Dessutom har lufttrafikföretagen bedömt att avsaknaden av tillräckliga och anpassade förbindelser kommer att göra Malpensaflygplatsen ännu mindre praktisk och, följaktligen, ytterligare förvärra de italienska reglernas diskriminerande följder.

8 — De ovannämnda lufttrafikföretagen har bedömt att de italienska reglerna inte är proportionerliga i den mån de eftersträvade målen kan uppnås utan diskriminering och genom en mer rationell användning av flygplatskapaciteten som på samma gång undviker att Linateflygplatsen underutnyttjas och Malpensaflygplatsen överutnyttjas. Under dessa förutsättningar skall alla EG-lufttrafikföretag tillåtas att utnyttja flygtrafik från Linateflygplatsen till sina respektive knutpunkter.

9 — För att kunna handlägga förevarande ärende med full kännedom om de faktiska omständigheterna inom ramen för det förfarande som avses i artikel 8.3 i förordning nr 2408/92 och för att garantera rätten till försvar, sände kommissionen den begäran som framlagts av lufttrafikföretagen till de italienska myndigheterna och anmodade dem att inkomma med yttrande. Vad beträffar de italienska reglernas diskriminerande följder, anser de italienska myndigheterna att det inte föreligger diskriminering eftersom tillträdet till rutten Milano—Rom, i enlighet med gällande gemenskapsrättslig lagstiftning, är öppen för alla EG-lufttrafikföretag. Vad beträffar proportionalitetsprincipen har de italienska myndigheterna konstaterat att trafikfördelningsreglerna är nödvändiga för att uppnå målet att skapa en knutpunkt vid Malpensaflygplatsen och bevara Linateflygplatsen som stödflygplats.
Kommissionen har i olika skriftväxlingar och vid olika sammankomster informerat de italienska myndigheterna om sin inställning i detta mål, med beaktande av de omständigheter som den haft, och motiverat de tvivel den har beträffande de italienska reglernas förenlighet med artikel 8.1 i förordning nr 2408/92. De italienska myndigheterna underströk återigen att kriterierna i dekret 46-T för trafikfördelning inom Milanos flygplatssystem inte innebär någon diskriminering som gynnar Alitalia. För att lugna kommissionen på denna punkt, nämnde de italienska myndigheterna emellertid att de eventuellt är beredda att införa villkor för driften av rutten Milano—Rom från Linateflygplatsen. Kommissionen bedömde emellertid att dessa villkor varken var ändamålsenliga eller lämpliga.

endast ett förbud mot diskriminering som grundas på lufttrafikföretagets nationalitet eller identitet. Även om de nationella åtgärder som begränsar friheten att tillhandahålla tjänster tillämpas utan diskriminering är de inte mindre oacceptabla om de inte rättfärdigas av tvingande hänsyn till allmänintresset eller om samma resultat kan uppnås genom att anta mindre restriktiva regler som iakttar proportionalitetsprincipen.

16. I förevarande mål har kommissionen, avseende frågan huruvida de italienska bestämmelserna är förenliga med icke-diskrimineringsprincipen, med beaktande av den konkurrens som förekommer mellan Alitalia och de övriga lufttrafikföretagen i gemenskapen, dragit slutsatsen att de kriterier som fastställs i dekret nr 46-T, enligt vilka Alitalia var det enda lufttrafikföretag som hade tillgång till dess knutpunkt i Rom-Fiumicino från Linateflygplatsen och enligt vilka övriga EG-lufttrafikföretag tvingades att använda Malpensaflygplatsen för att få tillträde till sina respektive knutpunkter, skulle ge Alitalia en konkurrensfördel. Denna konkurrensfördel skulle kvarstå så länge som infrastrukturkapaciteten för tillträde till Malpensaflygplatsen inte var tillräcklig för att överbrygga den aktuella situationen som kännetecknades av avsaknad av entusiasm hos passagerarna att använda denna flygplats. Kommissionen har således ansett att tillämpningen av de kriterier som fastställs i dekret nr 46-T från och med den 25 oktober 1998, i enlighet med bestämmelserna i dekret nr 57-T, i praktiken skulle få diskriminerande följder till förmån för Alitalia. Av detta följer att tillämpningen av kriterierna från och med den 25 oktober 1998, i enlighet med dekret nr 57-T, är oförenlig med den icke-diskrimineringsprincip på grund av lufttrafikföretagets identitet som föreskrivs i artikel 8.1 i förordning nr 2408/92.

17. Vad beträffar de italienska bestämmelsernas förenlighet med proportionalitetsprincipen, har kommissionen till att börja med påpekat att artikel 8.1 i förordning nr 2408/92 uttryckligen erkänner legitimiteten av en aktiv politik för planering för Malpensaflygplatsen och att projektet Malpensa 2000 har till syfte att skapa en fullt fungerande och långsiktigt livskraftig knutpunkt vid flygplatsen i fråga. Kommissionen har sedan undersökt de inskränkningar som införts genom reglerna om trafikfördelning och har dragit slutsatsen att den fungerande karaktären hos projektet Malpensa 2000 (inbegripet driften vid rätt tidpunkt av alla flygningar och det föregående kravet på ett normalt tillträde till flygplatsen för passagerarna) inte förutsätter en överföring av all trafik den 25 oktober 1998 såsom det föreskrivs i de italienska bestämmelserna. Livskraften av driften av knutpunkten Malpensa gör det nödvändigt med överföring av en trafikvolym som är avpassad till kapaciteten hos flygplatsens anläggningar och infrastrukturen för tillträde till flygplatsen. I motsatt fall skulle framgången för Malpensaflygplatsens utveckling och framtida position som knutpunkt i gemenskapen hotas. Att senarelägga denna överföring eller att utföra den gradvis från och med den 25 oktober 1998 skulle vara mer anpassat

för förverkligandet av detta syfte och skulle även göra det möjligt att begränsa inskränkningar i friheten att tillhandahålla flygtrafik från och till Milano. De italienska reglerna förefaller således inte nödvändiga för att uppnå det syfte som eftersträvas av de italienska myndigheterna, som kan uppnås genom mindre restriktiva åtgärder vad beträffar friheten att tillhandahålla flygtrafik. Dessutom förefaller införandet av restriktioner som innebär en omedelbar och drastisk minskning av verksamheten vid Linate, som skulle sjunka från 14,2 miljoner passagerare per år under 1997 till 2,5 miljoner passagerare efter ikraftträdandet av de nya bestämmelserna, inte vara en lämplig åtgärd för att uppnå det syfte som anges i elfte övervägandet i inledningen till dekret 46-T, enligt vilket Linateflygplatsen skall hållas i funktion i vilket fall som helst. Kommissionen har således ansett att de bestämmelser om fördelning av trafiken som fastställs i dekret 46-T och 57-T är oförenliga med proportionalitetsprincipen.

18. Av ovannämnda skäl har kommissionen beslutat att sökanden inte kan tillämpa de bestämmelser om trafikfördelning inom Milanos flygplatssystem som föreskrivs i de omtvistade dekreten.

19. Ingen medlemsstat har hänskjutit kommissionens beslut till rådet i enlighet med den möjlighet som ges i artikel 8.4 i förordning nr 2408/92.

20. Sökanden har, genom ansökan som inkom till domstolen den 8 oktober 1998, väckt talan om ogiltighetsförklaring av kommissionens beslut och yrkat att kommissionen skall förpliktas att ersätta rättesgångskostnaderna. Kommissionen har däremot begärt att domstolen skall avslå denna talan och att sökanden skall förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna.

IV — Ogiltighetsgrunder

21. För att min bedömning skall bli sammanhängande, skall jag undersöka den första och andra ogiltighetsgrunden i ett sammanhang, eftersom båda två rör samma allmänna problematik om tolkningen av den rättsliga grunden för det ifrågasatta beslutet (A). Sedan skall jag undersöka den tredje ogiltighetsgrunden, enligt vilken sökanden gör gällande att kommissionen i vilket fall har tillämpat proportionalitetsprincipen på ett felaktigt sätt (B). Slutligen skall jag undersöka den fjärde ogiltighetsgrunden som rör dels åsidosättande av bestämmelser om indirekt diskriminering, dels den uppenbart felaktiga bedömningen av omständigheter som

kommissionen företagit i sina skäl till det ifrågasatta beslutet (C).

gjort, till att kontrollera deras förenlighet med icke-diskrimineringsprincipen. [10]

A — *Tolkning av det ifrågasatta beslutets rättsliga grund (den första och den andra ogiltighetsgrunden)*

23. För att vederlägga alla de argument som framlagts till stöd för denna första grund, har kommissionen fastställt att alla bestämmelser om friheten att tillhandahålla tjänster enligt artikel 59 i fördraget skall tillämpas på luftfartssektorn enligt förordning nr 2408/92. Oavsett om man grundar

a) Parternas åberopanden

aa) Överskridande av gränserna för befogenheten enligt artikel 8.1 och 8.3 i förordning nr 2408/92 och artiklarna 155 (nu artikel 211 EG) och 169 (nu artikel 226 EG) i EG-fördraget (första ogiltighetsgrunden)

22. Sökanden har inledningsvis hävdat att det ifrågasatta beslutet skall ogiltigförklaras eftersom kommissionen, i strid med den egentliga betydelsen av bestämmelsen i artikel 8.3 i förordning nr 2408/92, på grundval av vilken den har befogenhet att fatta beslutet i fråga, har kontrollerat de italienska bestämmelsernas förenlighet med principerna som reglerar friheten att tillhandahålla tjänster och, närmare bestämt, med proportionalitetsprincipen, och att den inte begränsat sig, såsom den borde ha

10 — Den italienska regeringen har närmare bestämt gjort gällande att artikel 8.1 i förordning nr 2408/92 ger medlemsstaterna exklusiv befogenhet att reglera fördelningen av trafiken mellan flygplatserna. Denna befogenhet begränsas av skyldigheten att iaktta den princip som förbjuder särbehandling på grundval av luftfartföretagets nationalitet eller identitet. Enligt tredje stycket i samma artikel har kommissionen befogenhet att kontrollera om de antagna nationella åtgärderna är förenliga med bestämmelserna i första stycket. Det följer av formuleringen i detta stycke, vilken är tydlig, att det enda syftet med kontrollen är att undersöka huruvida de nationella åtgärderna är förenliga med icke-diskrimineringsprincipen som avses i första stycket, och inte huruvida de allmänt sett är förenliga med gemenskapsrätten. Dessutom har lagstiftaren, då den velat föreskriva en sådan allmän kontroll, såsom är fallet avseende bestämmelserna i artikel 9.4 och 9.5 i samma förordning, uttryckligen föreskrivit att denna kontroll inte endast avser de nationella åtgärdernas förenlighet med förordningen i fråga utan att den dessutom består i att kontrollera att dessa åtgärder inte bryter mot "gemenskapsrätten".
Enligt sökanden har kommissionen i det ifrågasatta beslutet ansett att den, enligt artikel 8.3 i förordning nr 2408/92, har befogenhet att kontrollera de italienska reglerna på ett allmänt sett enligt gemenskapsrätten och, närmare bestämt, enligt proportionalitetsprincipen, som reglerar inskränkningar av friheten att tillhandahålla tjänster. Denna inställning innebär en extensiv felaktig tolkning av den bestämmelse i fördraget som ger kommissionen befogenhet att fatta beslut, eftersom kommissionen har tillämpat denna bestämmelse utanför de situationer och de villkor som den föreskrives. Denna tillämpning står i strid med fördragets principes om gemenskapens institutionella organisation och särskilt med den stränga rättsenligheten av kommissionens beslut, vilken avses i artikel 155 i fördraget. Enligt sökanden skall bestämmelsen i artikel 8.3 i förordning nr 2408/92 tolkas restriktivt, eftersom den utgör ett undantag från artikel 169 i fördraget. Således kan denna artikel inte förstås så att den ger kommissionen rätt att använda sin befogenhet att fatta beslut för att göra bedömningar som inte har direkt anknytning till tillämpningen av första punkten i denna artikel. I den senare bestämmelsen anges ett förbud mot diskriminering. Genomförandet av detta förbud innebär inte en skönsmässig bedömning.

sig på en bokstavstolkning, en systematisk tolkning eller en teleologisk tolkning, kan artikel 8.1 i förordning nr 2408/92 inte tolkas på ett sådant sätt att den gör det möjligt för en medlemsstat att bryta mot andra gällande gemenskapsbestämmelser, såsom proportionalitetsprincipen. [11]

ab) Åsidosättande av artiklarna 3.1 och 8.1 i förordning nr 2408/92 och artiklarna 59, 61.1 och 84.1 och 84.2 i fördraget samt principer i rättspraxis avseende friheten att tillhandahålla tjänster (andra ogiltighetsgrunden)

24. Som andra ogiltighetsgrund har sökanden alternativt bestritt att det ifrågasatta beslutet är välgrundat, då det fastställer att de omtvistade italienska dekreten åsidosätter gemenskapsrätten eftersom de inte iakttar proportionalitetsprincipen. I första delen av denna grund har sökanden ifrågasatt det resonemang på grundval av vilket det ifrågasatta beslutet fastställer att de nationella bestämmelserna om trafikfördelning skall bedömas stå i strid med gemens-

11 — Närmare bestämt har kommissionen angett, å ena sidan, att artikel 8.1 i förordning nr 2408/92 inte ger medlemsstaterna befogenhet att reglera fördelningen av flygtrafik i strid med gemenskapsrätten och, å andra sidan, att tredje stycket i samma artikel inte begränsar kommissionens befogenhet till att kontrollera den nationella åtgärdens förenlighet med bestämmelserna i första punkten. Tvärtom krävs enligt tredje punkten att kommissionen undersöker om medlemsstaten får fortsätta att tillämpa åtgärden.
Kommissionen har angett att proportionalitetsprincipen är en allmän gemenskapsrättslig princip som skall iakttas av medlemsstaterna varje gång en bestämmelse i gemenskapsrätten ger dem väl fastställda befogenheter. Kommissionen har även erinrat om att kommissionen enligt artikel 155 i fördraget "skall övervaka tillämpningen av bestämmelserna i detta fördrag och av bestämmelser som antagits av institutionerna med stöd av fördraget". Kommissionen har därför ansett att artikel 8.3 i förordning nr 2408/92 inte kan tolkas på så sätt att den förbjuder kommissionen att anta beslut som inte står i strid med proportionalitetsprincipen, då kommissionen själv varit föremål för att talan väckts enligt artikel 173 i EG-fördraget (nu artikel 230 EG i ändrad lydelse) för åsidosättande av denna princip, i det fall då den inte undersökt ett mål i ljuset av alla de allmänna gemenskapsrättsliga principerna. Den omständigheten att bestämmelserna i artikel 9.4 och 9.5 i förordning nr 2408/92 uttryckligen föreskriver en allmän kontroll av de nationella åtgärdernas rättsenlighet utesluter inte att samma resonemang tillämpas även avseende artikel 8.1. Som stöd för analysen i denna fråga har kommissionen angett att förstainstansrätten i dom av den 19 juni 1997 i mål T-260/94, Air Inter mot kommissionen, undersökt sökandens påstående enligt vilket ett beslut fattat av kommissionen var bristfälligt på grund av åsidosättande av artikel 90.2 i EG-fördraget (nu artikel 86.2 EG), även om denna artikel inte nämns i artikel 8 i förordning nr 2408/92.
Kommissionen har dessutom tillagt att en sådan restriktiv tillämpning av dess beslutsbefogenhet står i strid med principen om god förvaltning, i den mån den tvingar kommissionen att godkänna en åtgärd på grundval av artikel 8.1 och 8.3 i förordning nr 2408/92, för att därefter påbörja det förfarande som föreskrivs i artikel 169 i fördraget. Ett sådant förfarande, som innehåller två faser, dels en kontrollfas på grundval av artikel 8.1 och 8.3 i förordning nr 2408/92, dels en kontrollfas på grundval av artikel 169 i fördraget, skulle emellertid varken vara förenligt med legalitetsprincipen eller med kravet på en skyndsam lösning av tvister om rättsenligheten av de nationella åtgärder som är nödvändiga för lufttrafikföretagsmarknaden.

kapsrätten om de inte iakttar proportionalitetsprincipen. [12] I den andra delen av samma grund har sökanden vänt sig mot den omständigheten att det i det ifrågasatta beslutet ur proportionalitetssynpunkt anses att bedömningen av nationella dekret om Milanos flygplatssystem motiverar förbudet mot dessa. Närmare bestämt har sökanden gjort gällande att kommissionen, i punkt 49 i det ifrågasatta beslutet, felaktigt har bedömt huruvida de italienska bestämmelserna är förenliga med gemenskapsbestämmelserna genom att såsom kriterium välja ett ekonomiskt intresse, nämligen ett flygplatssystems livskraft. [13]

25. Vad gäller den andra ogiltighetsgrundens första del har kommissionen bestritt sökandens påstående att principen om friheten att tillhandahålla tjänster inom gemenskapen föreskrivs i artikel 3.1 i förordning nr 2408/92. Kommissionen har ansett att de nationella åtgärder som begränsar denna frihet skall vara förenliga med de allmänna principer som reglerar

12 — Sökanden har hävdat att, även om principerna i artikel 59 i fördraget är relevanta då det är fråga om att tolka bestämmelserna i förordningen, kommissionen inte har åberopat dessa principer för att tolka artikel 8 i förordningen utan för att komplettera densamma genom att ge den en betydelse och en innebörd som går utöver det tydliga innehållet i denna bestämmelse. Dessutom kan inte kommissionen stödja sig på artikel 59 och på den rättspraxis som rör denna grundläggande bestämmelse i fördraget. Bestämmelserna i del IV i fördraget är inte tillämpliga på sjöfart och luftfart (artikel 84.1). Rådet får anta bestämmelser för luftfart (artikel 84.2). Förordning nr 2408/92 har antagits på just denna rättsliga grund och utgör följaktligen den enda rättskällan inom det område som utgör föremål för det ifrågasatta beslutet.
Enligt sökanden har kommissionen inte på ett riktigt sätt tillämpat rättsprinciperna om inskränkningarna av friheten att tillhandahålla tjänster. De senare kan inte tillämpas på luftfartssektorn, eftersom det i förordning nr 2408/92 vidtas harmonisering av villkoren för tillträde till flyglinjer inom gemenskapen. Dessutom ingår, vilket sökanden angett i sin svarsskrivelse, artikel 8.1, som tillåter medlemsstaterna att reglera fördelningen av luftrafik på villkor att icke-diskrimineringsprincipen respekteras, liksom för övrigt andra artiklar i förordningen, i synnerhet artikel 9, som uttryckligen (andra punkten andra strecksatsen) nämner nödvändigheten av att iaktta proportionalitetsprincipen då man ålägger lufttransportföretagen inskränkningar i utövandet av deras rättigheter, inom ramen för den befogenhet att vidta skönsmässiga bedömningar som rådet enligt domstolens rättspraxis (den italienska regeringen hänvisar till dom av den 22 maj 1985 i mål 13/83, parlamentet mot rådet (REG 1985, s. 1513), punkt 65; svensk specialutgåva, volym VIII, s. 197) förfogar över vid införandet av friheten att tillhandahålla tjänster inom lufttransportsektorn. I förevarande fall skall de omtvistade italienska dekreten således underställas kontroll endast på grundval av artikel 8.1 i förordning nr 2408/92 och inte på grundval av ovannämnda rättsprinciper.

13 — Sökanden har gjort gällande att proportionalitetsprincipen i enlighet med domstolens rättspraxis är tillämplig då det är fråga om att bedöma rättsenligheten av inskränkningar som grundas på tvingande hänsyn till allmänintresset. Om en inskränkning inte grundas på ett tvingande hänsyn, finns det följaktligen inte anledning att tillämpa proportionalitetsprincipen. Sökanden har ansett att det i det fall då artikel 8.1 i förordning nr 2408/92 tillåter åtgärderna i fråga såsom ekonomiskt giltiga krav (och med förbehåll för icke-diskrimineringsprincipen) förefaller skönsmässigt att tillämpa allmänna principer för att underställa ovannämnda åtgärder kontroll av deras proportionalitet.
Enligt sökanden kan inte kommissionen heller kompensera frånvaron av hänvisning till proportionalitetsprincipen i artikel 8.1 i förordning nr 2408/92 genom att själv skapa en ny betydelse av allmänintresset som inbegriper krav av rent ekonomisk natur, såsom sådana för skapandet av ett effektivt flygplatssystem. Den italienska regeringen har även tillagt att kommissionen inte kan "spela" på begreppet tvingande hänsyn till allmänintresset genom att åberopa bestämmelser som inte är relevanta såsom dem i artikel 129 B i fördraget (nu artikel 154 EG).
Slutligen har sökanden gjort gällande att det arbetsprogram som syftar till att förbättra förbindelsen med Malpensaflygplatsen, som kommissionen har beaktat, inte har någon relevans för tillämpningen av förordning nr 2408/92, eftersom man inte förstår hur den kan påverka rättsenligheten enligt gemenskapsrätten av de dekret som fördelar trafiken mellan Malpensa och Linate, även i ljuset av de rättsliga teser, som emellertid bestritts, vilka det ifrågasatta beslutet stöder sig på.

friheten att tillhandahålla tjänster på grundval av domstolens rättspraxis. I detta avseende har kommissionen erinrat om att de ovannämnda allmänna principerna, vilka man skall stödja sig på i samtliga fall för att tolka förordning nr 2408/92, inte är begränsade till att förbjuda endast diskriminering på grund av nationalitet utan även utesluter åtgärder som, även om de är tillämpliga på dem som tillhandahåller tjänster oberoende av nationalitet, begränsar denna frihet, åtminstone då dessa åtgärder inte berättigas av tvingande hänsyn till allmänintresset eller om samma resultat kan uppnås genom mindre restriktiva bestämmelser.

26. Vad gäller den andra ogiltighetsgrundens andra del, där det påstås att det saknas tvingande hänsyn till allmänintresset, har kommissionen erinrat om att krav av detta slag inte kan vara föremål för en uttömmande uppräkning. Kommissionen har ansett att målet att skapa en fungerande och livskraftig knutpunkt, som man även skulle kunna beskriva med uttryck såsom "effektiv trafikledning" eller "nödvändigheten av en lämplig utbyggnad", skall bedömas som ett tvingande hänsyn till allmänintresset. [14]

14 — Kommissionen har ansett att de beaktanden som rör infrastrukturen för transporterna ingår i begreppet allmänintresse, och att artiklarna 8.1 och 9 i förordning nr 2408/92 bevisar detta. Kommissionen anser dessutom att om syftet bestående i att skapa en fullt fungerande och livskraftig knutpunkt får makroekonomiska följder, avses inte alls de mikroekonomiska omständigheter vars användning för att berättiga inskränkningar av friheten att tillhandahålla tjänster inte är tillåten enligt domstolen. I vart fall har rättspraxis tillåtit att den omständigheten att de nationella åtgärderna samtidigt har ekonomiska syften inte hindrar att man kan anse att de är rättsenliga i den mån de även eftersträvar tvingande hänsyn till allmänintresset. Denna analys bekräftas av bestämmelserna i artikel 129 C i EG-fördraget (nu artikel 155 EG i ändrad lydelse).

b) Min åsikt

27. Som de två första ogiltighetsgrunderna har sökanden bestritt giltigheten av det ifrågasatta beslutet huvudsakligen av skälet att kommissionen har vidtagit kontroll av de omtvistade italienska dekreten inte endast i förhållande till icke-diskrimineringsprincipen utan även i förhållande till proportionalitetsprincipen.

28. Denna invändning är varken övertygande eller kan leda till att det ifrågasatta beslutet ogiltigförklaras. Jag anser att det, vad beträffar resultatet, är riktigt att kommissionen har grundat sin kontroll av de italienska bestämmelserna på de två ovannämnda allmänna principerna i gemenskapsrätten. Jag har emellertid kommit fram till denna slutsats på grundval av skäl som delvis skiljer sig från såväl det ifrågasatta beslutets motivering som de argument som framställts av kommissionen vid domstolen.

29. Såväl sökanden som kommissionen har grundat sitt resonemang på idén att valet av proportionalitetsprincipen som rättslig grund för kontrollen av den gemenskapsrättsliga legitimiteten av de omtvistade italienska dekreten förutsätter antingen en direkt tillämpning av de allmänna principer som domstolen hämtat från artikel 59 i fördraget avseende kontrollen av inskränkningarna i friheten att tillhandahålla tjänster eller en tolkning av artikel 8.1 och 8.3 i förordning nr 2408/92 i ljuset av principerna i fråga. Det är emellertid lämpligt att, innan man undersöker om dessa båda

alternativa villkor kan vara uppfyllda och på detta sätt ställer den föregående frågan om och i vilken utsträckning förordning nr 2408/92 tillämpar den grundläggande principen om friheten att tillhandahålla tjänster inom lufttransportsektorn, undersöka om nödvändigheten att tillämpa en proportionalitetsprincip till att börja med följer av själva diskrimineringsförbudet som uttryckligen föreskrivs i artikel 8.1 i förordningen i fråga. Om så är fallet, skall det sedan undersökas om de premisser på vilka den proportionalitetsprincip som skall tillämpas grundar sig är desamma som de premisser på vilka den proportionalitetsprincip som kommissionen har tillämpat i det ifrågasatta beslutet grundar sig. I ett sådant fall skall de två första ogiltighetsgrunderna således i vart fall avslås, oberoende av vilket resultat undersökningen av möjligheten att tillämpa eller att beakta principerna i rättspraxis med grund i artikel 59 i fördraget får.

30. Till att börja med anser jag att nödvändigheten av att tillämpa proportionalitetsprincipen följer av själva förbudet mot diskriminering, som stadgas uttryckligen i artikel 8.1 i förordning nr 2408/92.

31. Det råder ingen tvekan om att det förbud mot diskriminering som uttalas i artikel 8.1 skall analyseras i ljuset av såväl den allmänna doktrinen avseende gemenskapsrätten som domstolens rättspraxis, enligt vilken den allmänna icke-diskrimineringsprincipen avser såväl direkt diskriminering som indirekt diskriminering. [15] Det är följaktligen med rätta som följande anges i det ifrågasatta beslutet: "Principen om likabehandling enligt artikel 8.1 utesluter dock alla åtgärder som även utan att uttryckligen hänvisa till lufttrafikföretagets nationalitet eller identitet likväl får, även indirekt, diskriminerande följder i praktiken." [16]

32. Det finns avseende denna fråga anledning att erinra om att förekomsten av diskriminering i fallen av direkt diskriminering per definition är uppenbar. Såväl olika behandling av lika fall eller lika behandling av olika fall (diskriminering som utövas i praktiken) som denna behandlings rättsstridiga karaktär (diskriminering i förhållande till lagen) är en direkt följd av den omständigheten att de omtvistade åtgärderna använder ett förbjudet kriterium. För att konstatera att det förekommer indirekt diskriminering krävs det däremot att ett komplicerat resonemang förs, som för det första grundas på en fördjupad analys av den konkreta situation som regleras av den omtvistade åtgärden och på en undersökning av frågan om det använda kriteriet, som förefaller neutralt, med beak-

15 — Vad beträffar doktrinen, se Lenaerts, K., "L'égalité de traitement en droit communautaire, un principe unique aux apparences multiples", i *Cahiers de droit européen*, 1991, s. 3.
Vad beträffar rättspraxis, se upplysningsvis dom av den 12 februari 1974 i mål nr 152/73, Sotgiu (REG 1974, s. 153; svensk specialutgåva, volym II, s. 219), punkt 11, som har fastställt den rättsliga grunden avseende förbudet mot indirekt diskriminering grundad på nationalitet. Vad beträffar friheten att tillhandahålla tjänster, se upplysningsvis, bland nyligen avkunnade domar, dom av den 29 april 1999 i mål nr C-224/97, Ciola (REG 1999, s. I-2517), punkt 13 och följande punkter.

16 — Se punkt 30 i det ifrågasatta beslutet.

tande av denna situation inte i praktiken slutligen leder till diskriminering och som för det andra grundas på fastställandet av en diskriminerande karaktär av den vidtagna åtskillnaden i förhållande till lagen, det vill säga av det indirekta men nära samband mellan denna och det förbjudna kriteriet. Med andra ord är det inom ramen för det ovannämnda resonemanget nödvändigt att till att börja med kontrollera om den diskriminering som förekommer i praktiken allmänt sett är en nödvändig följd av det använda kriteriet eller om den utgör en tillfällig följd som inte beror på den omtvistade regleringen. Denna kontroll är uppriktigt sagt inte alltid enkel, och kan inte på förhand avgöra om det förekommer en diskriminering i förhållande till lagen, [17] oavsett om man litar till lärdomar av allmän erfarenhet eller statistiska undersökningar. Av detta skäl skall det sedan göras ytterligare en undersökning i motsatt riktning, det vill säga det skall kontrolleras om den reglering som antagits har en objektiv karaktär. Det är lämpligt att bedöma denna objektiva karaktär genom att utveckla ett resonemang som syftar till att kontrollera om regleringen i fråga är proportionerlig i förhållande till sitt syfte, det vill säga nödvändig, ändamålsenlig och inte oskäligt betungande. Detta syfte skall svara mot tvingande hänsyn till allmänintresset, vilket skall preciseras genom en tolkning i varje enskilt fall. Detta syfte kan förvisso bestämmas allmänt genom en rättslig bestämmelse, såsom är fallet med artikel 8.1 i förordning nr 2408/92, som föreskriver att syftet med de omtvistade åtgärderna skall falla inom ramen för fördelningen av trafiken mellan flygplatserna inom ett och samma flygplatssystem. Om den omtvistade regleringen är proportionerlig i förhållande till sitt syfte skall den annars anses giltig, även om den i praktiken leder till diskriminering, eftersom det hädanefter helt klart förefaller som om denna diskriminering inte kan tillskrivas den omtvistade regleringen utan att den antingen är tillfällig eller skall tillskrivas lagens egna syften, en lag vars omtvistade reglering utgör största möjliga konkretisering. Av det ovanstående följer således att man, varje gång som man kontrollerar förekomsten av en indirekt diskriminering, skall kontrollera om den omtvistade regleringen är proportionerlig i förhållande till det legitima syfte för vilket den antagits. Denna kontroll skall inte endast betraktas som en omständighet för ett eventuellt rättfärdigande av indirekt diskriminering, utan skall dessutom förstås som en omständighet som utgör grunden för det resonemang som leder till att identifiera denna diskriminering, [18] vilket skiljer den indi-

17 — Man kan endast absolut bevisa förekomsten av diskriminering i fallet med direkt diskriminering. Omedelbar bevisning av indirekt diskriminering, såsom i övriga fall av rättslig bevisning, består i att fastställa sannolikheten av denna, eller närmare bestämt att skapa rättslig övertygelse i denna riktning.

18 — Se upplysningsvis dom av den 23 maj 1996 i mål C-237/94, O'Flynn (REG 1996, s. I-2617, punkt 20: "såvida en bestämmelse i nationell rätt inte är objektivt motiverad och står i proportion till det eftersträvade syftet, skall den anses som indirekt diskriminerande då den till sin natur innebär en risk för att migrerande arbetstagare drabbas i högre grad än arbetstagare som är medborgare i landet och följaktligen utgör en fara för att nackdelar skall uppkomma för de förra"), och av den 30 januari 1997 i mål C-4/95 och C-5/95, Stöber och Piosa Pereira (REG 1997, s. I-511), punkt 37 och följande punkter. Dessutom har det specifika med fallet indirekt diskriminering redan framkommit inom ramen för den rättspraxis som rör rättsenliga inskränkningar i friheten att tillhandahålla tjänster (se nedan punkt 51 i detta förslag till avgörande), eftersom man inte tydligt kan se om indirekt diskriminering ingår i de restriktiva bestämmelser som utgör föremål för en diskriminerande tillämpning eller bestämmelser som tillämpas oberoende (se i denna fråga generaladvokaten Tesauros förslag till avgörande (punkt 44 och följande punkter, särskilt punkt 50) av den 28 april 1998 i mål C-120/95, Decker (REG 1998, s. I-1831) och av den 28 april 1998 i mål C-158/96, Kohll (REG 1998, s. I-1931)), vilken omständighet har betydelse såväl för valet av de skäl som kan leda till ett legitimt rättfärdigande av dessa skillnader som för fastställandet av detta rättfärdigande för själva identifieringen av diskrimineringen i fråga (se i detta ämne Whelan, A., och Schouten, A., en kommentar till domarna i de ovannämnda målen Decker och Kohl i *Revue des affaires européennes — Law & European Affairs*, 1999, s. 90 och följande sidor).

rekta diskrimineringens logik från den direkta diskrimineringens. [19]

33. I förevarande fall har kommissionens rätteligen ansett, å ena sidan, att de omtvistade italienska dekreten, med hänsyn till sitt syfte och ändamål, skall omfattas av artikel 8.1 i förordning nr 2408/92, som avser regler om trafikfördelning mellan flygplatserna inom ett och samma flygplatssystem och, å andra sidan, att det, i enlighet med denna bestämmelse, är nödvändigt att undersöka om dessa dekret innebär en indirekt diskriminering som grundas på lufttrafikföretagets nationalitet eller identitet. Följaktligen skall kommissionen för det första, med beaktande av ovanstående överväganden, undersöka följderna av tillämpningen av de omtvistade dekreten och kontrollera om denna tillämpning leder till en olika behandling av de berörda lufttrafikföretagen med avseende på deras nationalitet eller identitet. För det andra skall kommissionen undersöka om dessa dekret svarar mot tvingande hänsyn till allmänintresset som motsvarar ett av de olika legitima syften av allmänt intresse som en åtgärd som garanterar fördelningen av trafik mellan flygplatserna inom ett och samma flygplatssystem kan syfta på. För det tredje skall kommissionen kontrollera om bestämmelserna i dessa dekret är proportionerliga i förhållande till ovannämnda tvingande hänsyn till allmänintresset.

34. I denna fråga finns det anledning att påpeka att kommissionen, oberoende av den rättsliga grund som åberopats och eventuella luckor i tolkningen och tillämpningen av förbudet för indirekt diskriminering, har vidtagit alla ovannämnda åtgärder såsom den bör.

35. För att bedöma om de kriterier som fastlagts i dekret nr 46-T har diskriminerande följder i praktiken har kommissionen närmare bestämt i punkterna 31 och följande punkter undersökt följderna av deras tillämpning från och med den 25 oktober 1998, vilket datum föreskrivs i dekret nr 57-T.

36. Det följer av en jämförelse av punkterna 27, 27.1, 27.2 och 53 i det ifrågasatta beslutet att kommissionen i skälen till beslutet och i själva beslutet har ansett att bestämmelserna i de omtvistade italienska dekreten samtidigt skall vara förenliga med

19 — Vad beträffar vikten av proportionalitetsprincipen inom ramen för teorin om indirekt diskriminering, se Giannakopoulos, K.,Στατιστικα δεδομενα και αποδειξη δυσμενων λογω φυλου διακρισεων στο κοινοτικο δικαιο (Données statistiques et preuve des discriminations en raison du sexe en droit communautaire), redaktör A. Sakkoula, Athen-Komotini, s. 144: "Den ovannämnda tillämpningen av proportionalitetsprincipen har en viktig roll i kontrollen av förekomsten av indirekt diskriminering grundad på kön. För det första är det denna som verkligen ger rättfärdigandet av indirekt diskriminering dess objektiva karaktär som krävs, vilken motsvarar såväl den objektiva karaktären av indirekt diskriminering som den objektiva karaktären av statistiska uppgifter som förutsätter förekomsten av denna diskriminering. Detta rättfärdigande är således inte grundat på subjektiva syften som den omtvistade regleringen eventuellt har, utan på den objektiva möjligheten att de medel som föreskrivs i denna reglering möjliggör förverkligandet av det syfte som allmänt anses som legitimt och i vilket den antagits. För det andra är tillämpningen av proportionalitetsprincipen den kontrollmekanism som är förenlig med likformigheten (samling av fall i en och samma formella kategori) och schematiseringen (generell och abstrakt reglering) av de värdeomdömen som ger den indirekta diskrimineringen dess strukturella karaktär. För det tredje ger den objektiva kontrollen av proportionaliteten av kriterierna för rättfärdigande av en uppenbar diskriminering, om den avser att kontrollera de betydande skillnader som rättfärdigar den olika behandling som tillämpas på jämförda kategorier, det vill säga att kontrollera om det förekommer ett proportionerligt förhållande mellan den varierande regleringen och det syfte som rättfärdigar denna, verkligen den proportionella dimension som krävs för den aritmetiska jämlikhet — eller snarare ojämlikhet som de statistiska uppgifter som förutsätter förekomsten av denna diskriminering visar...".

icke-diskrimineringsprincipen och proportionalitetsprincipen.

37. I punkt 47 i det ifrågasatta beslutet har kommissionen fastställt syftet med de omtvistade åtgärderna och har kontrollerat huruvida de är förenliga med syftena med artikel 8.1 i förordning nr 2408/92. I synnerhet har kommissionen ansett följande: "Syftet med projektet Malpensa 2000 är att skapa en fullt fungerande och långsiktigt livskraftig knutpunkt vid Malpensaflygplatsen genom att bygga ut och förbättra befintliga anläggningar. De italienska reglerna bidrar till detta mål genom att säkerställa att en tillräckligt stor del av trafiken överförs från Linateflygplatsen till Malpensaflygplatsen så att verksamheten vid knutpunkten hålls vid liv. I artikel 8.1 i förordning (EEG) nr 2408/92 erkänns uttryckligen legitimiteten av en aktiv politik för flygplatsplanering."

38. Slutligen har kommissionen i punkt 47 och följande punkter i det ifrågasatta beslutet undersökt om de åtgärder som har antagits genom de omtvistade italienska dekreten är proportionerliga i förhållande till det mål de eftersträvar, det vill säga om de är nödvändiga för att skapa en fullt fungerande och ekonomiskt livskraftig knutpunkt och för att det framgångsrika transeuropeiska nätprojektet skall lyckas, och om samma resultat inte kan uppnås genom tillämpning av mindre tvingande regler.

39. Av ovanstående följer således att kommissionen, åtminstone av resultatet att döma, har grundat sitt resonemang på riktiga premisser. Detta gäller i synnerhet avseende de premisser om proportionalitetsprincipen som den har tillämpat och som avser fastställandet av tvingande hänsyn till allmänintresset och en analys av arbetsprogrammet för förbindelserna med Malpensaflygplatsen.

40. På denna punkt är det lämpligt att erinra om att fastställandet av det allmänna syftet med de nationella åtgärder som görs till och med i bestämmelsen i artikel 8.1 i förordning nr 2408/92 inte endast förbjuder utan tvärtom föreskriver att man begränsar regleringens mer specifika syfte som i vart fall är omtvistat och att man kontrollerar huruvida detta specifika syfte är förenligt med det mer allmänna syfte som bestämmelsen i fråga har. Det är följaktligen riktigt att kommissionen har eftersträvat och begränsat detta mera specifika syfte genom att hänvisa till skapandet av en fullt fungerande och livskraftig knutpunkt. Dessutom är det med rätta som kommissionen har ansett att detta syfte utgör en legitim konkretisering av det allmänna syftet med bestämmelsen i artikel 8.1. Såsom för övrigt sökanden själv medger,[20] råder det inget tvivel om att kraven på en funktionell och ekonomisk organisation och driften av ett flygplatssystem utgör legitima skäl som berättigar antagandet av bestämmelser som reglerar

20 — Se punkt 15 i begäran.

fördelningen av trafik inom ett flygplatssystem, såsom föreskrivs i artikel 8.1.

41. I detta avseende anser jag att de klagomål som sökanden har framfört, enligt vilka kommissionen har handlat felaktigt då den valt ett tvingande hänsyn av ekonomiskt intresse saknar grund.

42. Å ena sidan skall det påpekas att det i förevarande fall inte finns anledning att tillämpa domstolens rättspraxis enligt vilken "nationella regler som inte utan åtskillnad är tillämpliga på tjänster oavsett deras ursprung, endast [är] förenliga med gemenskapsrätten om de kan hänföras till en uttrycklig undantagsbestämmelse, såsom artikel 56 i fördraget.... hänsyn av ekonomisk art [kan] inte utgöra sådana hänsyn till allmän ordning som avses i den artikeln". [21]

För det första förutsätter hänvisningen till ovannämnda rättspraxis att man har löst frågan huruvida de allmänna principerna i artikel 59 och följande artiklar är tillämpliga på förordning nr 2408/92. [22] Denna fråga behöver inte besvaras för att kunna analysera det förbud mot diskriminering som uttryckligen uttalas i lydelsen av artikel 8.1 i förordning nr 2408/92.

För det andra är det inte alls uppenbart att de omtvistade italienska dekretens direkta syfte är förbundna med allmän ordning, allmän säkerhet eller allmän hälsa.

För det tredje är det i varje fall, såsom kommissionen med rätta har angett, uppenbart att de italienska dekretens tvingande hänsyn som det talas om i det ifrågasatta beslutet, har makroekonomiska följder av organisatorisk och funktionell karaktär, som avser själva förekomsten av ett flygplatssystem och inte alls — i varje fall inte företrädesvis — att skapa mikroekonomiska följder. Följaktligen kan man inte på grundval av ovannämnda rättspraxis anse att de skäl som rättfärdigar antagandet av de omtvistade åtgärderna är illegitima, då domstolen, i mål av den 10 juli 1984 i målet Campus Oil m.fl., fastställt följande: "När det väl har fastställts att en bestämmelse är berättigad utesluts inte tillämpningen av artikel 36 av den omständigheten att bestämmelsen är så utformad att den, utöver de mål som rör allmän säkerhet, eventuellt också gör det möjligt för medlemsstaten att uppnå andra mål av ekonomisk natur som den kan tänkas eftersträva." [23]

21 — Se dom av den 25 juli 1991 i mål C-288/89, Collectieve Antennevoorziening Gouda (REG 1991, s. I-4007; svensk specialutgåva 1991, volym 11, s. 331), punkt 11.

22 — Se nedan, punkt 47 och följande punkter i detta förslag till avgörande.

23 — 72/83 (REG 1984, s. 2727; svensk specialutgåva 1984, volym 7, s. 633), punkt 36.

För det fjärde anser jag att man skall tillämpa andemeningen i rättsfallet Campus Oil m.fl., även om man skulle finna att det i domstolens rättspraxis, allmänt sett och inte endast inom ramen för de diskriminerande inskränkningarna i friheten att tillhandahålla tjänster som föreskrivits av skäl som allmän ordning, allmän säkerhet eller allmän hälsa, anses att målsättningar av rent ekonomisk natur inte objektivt kan rättfärdiga diskriminering. [24] Det skall med andra ord medges att förekomsten av andrahandssyften av ekonomisk natur inte hindrar att man anser att ett syfte svarar mot ett tvingande hänsyn till allmänintresset.

43. Det är å andra sidan nödvändigt att understryka att legitimiteten i de eftersträvade målen i de italienska dekreten, eftersom man i förevarande mål kontrollerar förekomsten av indirekt diskriminering inom ramen för bestämmelsen i artikel 8.1 i förordning nr 2408/92, inte bedöms på ett allmänt och abstrakt sätt på grundval av principer i rättspraxis avseende tvingande hänsyn till allmänintresset som kan rättfärdiga antagandet av nationella åtgärder, utan på grundval av fastställandet av de omtvistade italienska bestämmelsernas specifika syfte och kontrollen av huruvida de är förenliga med det allmänna syfte som fastställs i denna bestämmelse. Närmare bestämt, eftersom de omtvistade italienska bestämmelsernas syften utgör legitima skäl som rättfärdigar antagandet av åtgärder som reglerar fördelningen av trafik inom ett flygplatssystem och således är förenliga med föreskrifterna i bestämmelsen i artikel 8.1 i förordning nr 2408/92, skall varje senare bedömning eller varje klagomål avseende deras innehåll avse denna bestämmelse och inte de nationella bestämmelser som avser dess tillämpning. I detta avseende förefaller det som om ingen kan bestrida att regleringen och trafikfördelningen inom ett flygplatssystem utgör ett legitimt skäl av allmänt intresse som grundas på lufttransporternas särskilda kännetecken och behov och som således kan rättfärdiga att rådet antar åtgärder och eventuellt inskränker friheten att tillhandahålla tjänster inom denna sektor. [25]

44. Kommissionen har följaktligen med rätta fastställt kravet på tvingande hänsyn till allmänintresset med avseende på vilket den skall fastställa om bestämmelserna och kriterierna i de italienska dekreten är proportionella.

45. Slutligen är inte heller sökandens åberopande, enligt vilket arbetsprogrammet avseende förbindelserna med Malpensaflygplatsen — som beaktats av kommissionen — är utan betydelse för tillämpningen av förordning nr 2408/92, välgrundat. Då indirekt diskriminering per definition beror på verkliga följder av de

24 — Se exempelvis, vad avser diskriminering på grund av kön, domstolens dom av den 24 februari 1994 i mål C-343/92, Roks m.fl. (REG 1994, s. I-571), där domstolen fastställt att beaktanden av ekonomiskt slag inte kan rättfärdiga diskriminering till men för det ena könet (punkt 35).

25 — I fråga om rådets befogenhet att företa en skönsmässig bedömning se nedan, punkt 50, i detta förslag till avgörande.

omtvistade åtgärderna, har den en dynamisk karaktär och utvecklas med tiden, vilket kräver att man förutser och följer utvecklingen av den verkliga situationen, som åtgärderna i fråga påverkar. Följaktligen borde kommissionen obestridligen, för att undersöka följderna av den praktiska tillämpningen av de omtvistade italienska dekreten för att på ett lämpligt sätt kontrollera deras proportionalitet i förhållande till det syfte de eftersträvar, beakta den aktuella situationen (tillträde, infrastrukturer etc.) på Malpensaflygplatsen och utvecklingen av denna situation inom tidsramen för tillämpningen av dekreten i fråga. Malpensaflygplatsens situation skall undersökas i jämförelse med Linateflygplatsens situation och inte med eventuella europeiska modeller för flygplatsorganisation. I förevarande mål är det just på en jämförelse mellan dessa två flygplatser som fastställandet av indirekt diskriminering, och den med denna förbundna oproportionerligheten mellan dessa åtgärder och deras mål, grundar sig. I detta avseende skulle, om man var tvungen att *a priori* anse att till och med det fullständiga genomförandet av infrastrukturarbetena på Malpensaflygplatsen inte kan kompensera dessa nackdelar i förhållande till Linateflygplatsen, detta endast förstärka kommissionens argumentation och detta skulle ytterligare förstärka övertygelsen att det förekommer indirekt diskriminering.

46. Med beaktande av ovanstående anser jag att undersökningen av frågan huruvida det finns anledning att tillämpa de allmänna principerna i domstolens rättspraxis om friheten att tillhandahålla tjänster och svaret på den därmed förbundna frågan huruvida förordning nr 2408/92 har överfört friheten att tillhandahålla tjänster i artikel 59 till lufttrafiksektorn inte är så avgörande som parternas konstateranden avseende de två första ogiltighetsgrunderna tycks visa. Tvärtom förefaller de onödiga i den mån kommissionens skyldighet att kontrollera de omtvistade italienska dekreten i förhållande till proportionalitetsprincipen grundas på själva förbudet mot diskriminering och kräver inte att man åberopar den rättspraxis som avser artikel 59 och följande artiklar i fördraget.

47. I den mån det är lämpligt att, för att analysen av det ifrågasatta beslutets rättsliga grund skall bli fullständig, undersöka ovannämnda frågor, anser jag att kommissionen med rätta har hänvisat till denna rättspraxis.

48. För det första råder det ingen tvekan om att förordning nr 2408/92 verkligen har överfört den fria rörligheten för tjänster till lufttrafiksektorn.[26] Detta följer för det första tydligt av de två första överväganden

26 — Såsom för övrigt anges i domen i målet Air Inter mot kommissionen (nämnd ovan, punkterna 1 och 2): "I syfte att gradvis upprätta den inre marknaden för lufttransporter antog gemenskapslagstiftaren under åren 1987, 1990 och 1992 tre uppsättningar med åtgärder, kallade paket på grund av att de omfattar många rättsakter. Det tredje 'paketet', som beslutades den 23 juli 1992, består av fem förordningar som, å ena sidan, syftar till att säkerställa det fria tillhandahållandet av lufttransporttjänster och, å andra sidan, garantera att gemenskapens konkurrensregler tillämpas inom denna sektor. Bland dessa fem förordningar återfinns rådets förordning (EEG) nr 2408/92...."

dena i förordningen, där det anges att "[d]et är viktigt att upprätta en luftfartspolitik för den inre marknaden under perioden fram till den 31 december 1992 i enlighet med artikel 8a i fördraget" och att "[d]en inre marknaden innebär ett område utan inre gränser med fri rörlighet för varor, personer, tjänster och kapital". För det andra följer detta av nittonde övervägandet i samma resonemang, där det anges att "[d]et är lämpligt att behandla alla frågor om tillträde till marknaden i samma förordning". För det tredje följer detta av artikel 3 i förordningen, enligt vilken följande gäller: "Om inte annat följer av denna förordning skall de berörda medlemsstaterna tillåta EG-trafikföretag att utöva trafikrättigheter på flyglinjer inom gemenskapen."

49. Såsom sökanden riktigt påpekar, är artikel 59 och följande artiklar i fördraget, som behandlar friheten att tillhandahålla tjänster, enligt artikel 61.1 i fördraget jämförd med artikel 84.2, inte tillämpliga direkt på transportsektorn. Dessa artiklar kan endast tjäna som referenspunkt när det för rådet är fråga om att tillämpa principen om friheten att tillhandahålla tjänster.[27] Artikel 59 och följande artiklar utgör med andra ord, såsom de tolkats av domstolen, tolkningsramen för de särskilda bestämmelser som antagits av rådet i förordning nr 2408/92.

50. Frågan som uppkommer i förevarande mål är om och i vilken utsträckning rådet, då det tillämpar friheten att tillhandahålla tjänster i lufttrafikföretagssektorn, har ett utrymme för skönsmässig bedömning som gör det möjligt för det att föreskriva undantag från det syfte som eftersträvas i artikel 59 och följande artiklar i fördraget. I domen i målet parlamentet mot rådet svarade domstolen på denna fråga genom att ange att "rådet på denna punkt inte har det utrymme för skönsmässig bedömning som det kan göra anspråk på inom andra områden för den gemensamma transportpolitiken. Eftersom det resultat som skall uppnås är bestämt på grundval av artiklarna 59, 60 och 61 i förening med 75.1 a och b, finns det endast med avseende på de närmare föreskrifterna för att uppnå detta resultat ett visst utrymme för utövande av skönsmässig bedömning, varvid i enlighet med artikel 75 transportfrågornas särskilda karaktär skall beaktas".[28] Av detta rättsfall följer att det utrymme för skönsmässiga bedömningar som rådet har är av endast teknisk karaktär och är begränsat till att anpassa bestämmelserna i artikel 59 och följande artiklar och de relevanta allmänna principerna i domstolens rättspraxis till transportsektorn. I detta avseende skall rådet, om det frångår slutsatserna i den rättspraxis som är i fråga, i den reglering

27 — Se i denna fråga generaladvokaten Van Gervens förslag till avgörande (punkterna 14 och 23) i mål C-18/93, Corsica Ferries (dom av den 17 maj 1994, REG 1994, s. I-1783; svensk specialutgåva, volym XV, s. 113).

28 — Den dom som nämns ovan fotnot 11, punkt 65.

som det antar uttryckligen och tillräckligt motivera denna avvikelse, med beaktande av transportsektorns speciella kännetecken.

51. Som bekant fastställs i domstolens rättspraxis att artikel 59, som är direkt tillämplig sedan övergångstidens utgång, [29] inte endast kräver att varje diskriminering mot utövaren av tjänster på grund av nationalitet, direkt och indirekt, [30] avlägsnas, utan även att varje inskränkning — även om den påverkar inhemska leverantörer och leverantörer från andra medlemsstater lika — som innebär att den verksamhet som bedrivs av en leverantör som är etablerad i en annan medlemsstat, där han lagligen utför liknande tjänster, förbjuds, hindras eller görs mindre tilltalande, elimineras. [31] På samma sätt gäller följande enligt fast rättspraxis: "[F]riheten att tillhandahålla tjänster är en grundläggande princip i fördraget och kan som sådan endast inskränkas genom regleringar som är berättigade av tvingande hänsyn till allmänintresset och som är tillämpliga på varje person eller företag som utövar en verksamhet på mottagarens territorium, i den mån detta intresse inte skyddas genom de regler som den som tillhandahåller tjänsterna omfattas av i den medlemsstat där han är etablerad." [32] Slutligen skall de ovannämnda restriktiva regleringarna enligt domstolens rättspraxis respektera proportionalitetsprincipen. "[T]illämpningen av nationella regleringar på personer som tillhandahåller tjänster och som är etablerade i andra medlemsstater [skall] vara sådan att den garanterar att det eftersträvade målet uppnås och får inte gå längre än vad som är nödvändigt för att uppnå detta mål. Det får med andra ord inte vara möjligt att erhålla samma resultat genom mindre ingripande regler." [33]

52. Av det föregående följer att regleringarna avseende friheten att tillhandahålla lufttransporttjänster i princip skall iaktta såväl icke-diskrimineringsprincipen som de allmänna principer som reglerar de åtgärder som begränsar denna frihet och som skall tillämpas utan åtskillnad. Detta kan inte gälla för bestämmelsen i artikel 8.1 i förordning nr 2408/92. Vad beträffar diskriminering, uppkommer inte detta problem eftersom denna uttryckligen förbjuds i denna bestämmelse. Vad emellertid beträffar de inskränkningar som tillämpas utan åtskillnad på friheten att tillhandahålla tjänster avseende transporter, skall medges att slutsatserna av domstolens rättspraxis i denna fråga innebär att bestämmelsen i artikel 8.1 skall tolkas på så sätt att de

29 — Se upplysningsvis dom av den 4 december 1986 i mål 205/84, kommissionen mot Tyskland (REG 1986, s. 3755; svensk specialutgåva, volym VIII, s. 741), punkt 25.

30 — Se upplysningsvis dom av den 3 juni 1992 i mål C-360/89, kommissionen mot Italien (REG 1992, s. I-3401), punkt 11.

31 — Se upplysningsvis dom i målet Collectieve Antennevoorziening Gouda (nämnt ovan fotnot 21), punkt 12 och följande punkter, och dom av den 12 december 1996 i mål C-3/95, Reisebüro Broede (REG 1996, s. I-6511), punkt 25.

32 — Se dom av den 9 augusti 1994 i mål C-43/93, Vander Elst (REG 1994, s. I-3803; svensk specialutgåva, volym XVI, s. 59), punkt 16. Det finns anledning att understryka att det i detta fall, till skillnad mot vad som händer i fråga om restriktioner som inte tillämpas utan åtskillnad (se ovan, punkt 42 i detta förslag till avgörande), inte krävs att rättfärdigandet av åtgärderna grundas uteslutande på en uttrycklig undantagsbestämmelse, såsom artikel 56 i EG-fördraget (nu artikel 46 EG i ändrad lydelse).

33 — Se domen i målet Collectieve Antennevoorziening Gouda (nämnt ovan i fotnot 21), punkt 15.

åtgärder som antagits för att reglera trafikfördelningen inom ett flygplatssystem, eftersom de utgör sådana inskränkningar i friheten att tillhandahålla tjänster som avses i denna rättspraxis,[34] skall vara proportionerliga i förhållande till syftet med denna reglering, som föreskrivs i själva bestämmelsen och kan i princip rättfärdiga dessa inskränkningar.[35] Ett eventuellt undantag från denna skyldighet skall föreskrivas uttryckligen i denna förordning och skall rättfärdigas av lufttransportföretagens särdrag. Det har emellertid inte föreskrivits något undantag och det är inte logiskt att detta skulle vara fallet, eftersom man inte förstår av vilket skäl en åtgärd som avser regleringen av luftfarttransporter inte skulle vara proportionerliga i förhållande till det syfte för vilket den antagits.

53. Kommissionen har således med rätta, genom att åberopa artikel 8.1 och 8.3, kontrollerat lagligheten enligt gemenskapsrätten av de omtvistade italienska dekreten i förhållande till domstolens rättspraxis om inskränkningar av den fria rörligheten för tjänster[36] och har undersökt, å ena sidan, om de antagna åtgärderna innebär inskränkningar utan åtskillnad i denna rättspraxis mening och, å andra sidan, om dessa inskränkningar kan garantera att de mål som den avser att förverkliga uppnås, utan att gå längre än vad som är nödvändigt för att uppnå dessa mål.[37]

54. Det följer således av ovanstående påpekanden att kommissionen i det ifrågasatta beslutet med rätta har gjort en kontroll av de omtvistade italienska dekretens förenlighet med gemenskapsrätten i förhållande till proportionalitetsprincipen. Samtidigt har den med rätta bestämt förutsättningarna för denna kontroll och i synnerhet det tvingande hänsyn till allmänintresset i förhållande till vilket den skall bedöma den proportionerliga karaktären av bestämmelserna och kriterierna i dekretet. Följaktligen kan de argument som sökanden framfört till stöd för sin första och andra grund, oavsett om man accepterar den tolkning som kommissionen har valt vad beträffar fastställandet av den rättsliga grunden för det ifrågasatta beslutet eller om man anser att det är lämpligt, i enlighet med vad jag angett ovan, att ersätta denna tolkning med en delvis annorlunda tolkning, inte godtas eftersom de inte är välgrundade.

34 — Jag anser att det i detta fall inte råder något tvivel om att de omtvistade bestämmelserna verkligen utgör inskränkningar i friheten att tillhandahålla tjänster. Såsom kommissionen med rätta har angett i punkt 48 i det ifrågasatta beslutet gäller följande: "I enlighet med de italienska reglerna kan lufttrafikföretagen inte längre välja Linateflygplatsen för sina flyglinjer, utom om dessa ligger inom särskilda tröskelvärden. I praktiken kommer detta att gälla alla flyglinjer utom Milano—Rom. Reglerna kommer därför att utgöra ett hinder för friheten att tillhandahålla lufttrafiktjänster i gemenskapen till och från Milano."

35 — Se ovan, punkt 43 i detta förslag till avgörande.

36 — Se punkt 27.2 i det ifrågasatta beslutet.

37 — Se punkt 48 i det ifrågasatta beslutet.

B — *Åsidosättande eller felaktig tolkning av artikel 8.1 och 8.3 i förordning nr 2408/92 på grund av felaktig tillämpning av proportionalitetsprincipen (tredje ogiltighetsgrunden)*

55. Som tredje ogiltighetsgrund har sökanden alternativt, och för det fall domstolen inte ansluter sig till den kritik som anförs i de ovannämnda grunderna, bestritt giltigheten av tillämpningen av proportionalitetsprincipen i förevarande mål. Den italienska regeringen har i synnerhet fullständigt avfärdat det konstaterande enligt vilket de omtvistade italienska dekreten, som föreskriver inskränkningar i friheten att tillhandahålla tjänster, strider mot proportionalitetsprincipen, som kommissionen i princip anser är tillämplig på problemet i fråga. Sökanden har i huvudsak ifrågasatt de specifika antaganden på vilka denna princip grundar sig, det vill säga strukturen av formuleringen av de olika proportionalitetskriterierna. Samtidigt har den på vissa punkter ifrågasatt riktigheten av bedömningen av vissa sakomständigheter som utförts inom ramen för tillämpningen av dessa kriterier.

56. Jag anser att de klagomål som sökanden anfört inte är välgrundade och att man kan förstå detta genom att kontrollera de olika stegen i det resonemang som förs i skälen till det ifrågasatta beslutet.

57. För det första finns det anledning att erinra om att fastställandet av syftet med de bestämmelser som införts genom de omtvistade dekreten inte bestritts. Såsom kommissionen med rätta har anfört i punkt 47 i det ifrågasatta beslutet, bidrar de italienska dekreten till förverkligandet av projektet "Malpensa 2000" genom att de stadgar att en tillräcklig volym lufttrafik skall överföras från Linateflygplatsen till Malpensaflygplatsen på ett sådant sätt att den senare skall bli en fullt fungerande och livskraftig knutpunkt.

58. Följaktligen är det, på grundval av olika kriterier som vanligtvis godtas för tillämpning av proportionalitetsprincipen, nödvändigt att i förevarande mål undersöka, för det första, om de omtvistade bestämmelserna är *nödvändiga*, det vill säga om de kan rättfärdigas av det eftersträvade syftet och, för det andra, om de är *ändamålsenliga*, det vill säga om de kan garantera förverkligandet av detta mål och, för det tredje, om de är *rationella* (*proportionerliga* i strikt bemärkelse), det vill säga om de föreskriver en annorlunda behandling (fall där proportionalitetsprincipen tillämpas för att fastställa förekomsten av indirekt diskriminering) eller inskränker friheten att tillhandahålla tjänster (fall där proportionalitetsprincipen tillämpas i enlighet med domstolens rättspraxis avseende artikel 59 och följande artiklar i fördraget) i den mån detta verkligen är nödvändigt för förverkligandet av det ovannämnda syftet och fördelarna med detta syfte överväger nackdelarna eller åtminstone är lika stora.

59. Med beaktande av denna allmänna definition av de olika proportionalitetskri-

terierna, finns det anledning att anse att kommissionen med rätta, i punkt 48 i det ifrågasatta beslutet, har påpekat att man skall undersöka om de åtgärder som antagits genom de omtvistade italienska dekreten är proportionerliga i förhållande till det eftersträvade syftet, det vill säga om de är nödvändiga för att skapa en fullt fungerande och ekonomiskt livskraftig knutpunkt och för att det framgångsrika transeuropeiska nätprojektet skall lyckas och om samma resultat inte kan uppnås genom tillämpning av mindre tvingande regler.

60. I denna fråga finns det anledning att påpeka att den ovannämnda tillämpningen av proportionalitetskriterierna varken är av teoretisk karaktär eller kan grundas uteslutande på abstrakta, teleologiska hänsynstaganden. Såsom i varje juridiskt resonemang inom ramen för kontrollen av proportionaliteten krävs det inte bara att det viktigaste utan även det mindre viktiga är lämpligt formulerat. För detta ändamål föreskriver kontrollen av proportionaliteten å ena sidan att man beaktar den berörda praktiska situationens särdrag, i förhållande till vilken situation man bedömer om de omtvistade åtgärderna är nödvändiga, ändamålsenliga och rationella i förhållande till det eftersträvade syftet. Å andra sidan skall syftet med denna kontroll bestämmas genom ett vidare rättsligt resonemang inom dess ram. I förevarande mål skall de olika proportionalitetskriterierna således inte tillämpas neutralt, utan alltid beroende av antingen det logiska förfarande som syftar till att påvisa förekomsten av indirekt diskriminering eller av regler som fastställer gränserna för inskränkningar som skall tillämpas utan åtskillnad på friheten att tillhandahålla tjänster inom lufttransportsektorn.

61. Då sökanden har fastställt proportionalitetskriterierna har den begått felaktigheter just i formuleringen av dess mindre viktiga resonemang. Detta är tydligt vad beträffar alla de uttalade klagomålen inom ramen för den tredje ogiltighetsgrunden, i förhållande till skälen för det ifrågasatta beslutet.

62. Vad först beträffar den allmänna uppfattningen av kontrollen av proportionaliteten i förevarande mål, kan man inte anse att det resonemang som skall föras tydligt avspeglas genom sökandens konstaterande att det ifrågasatta beslutet skall bedöma proportionaliteten genom att huvudsakligen kontrollera om den koncentration av trafiken på Malpensaflygplatsen, som föreskrivs enligt de omtvistade italienska dekreten, går utöver det syfte som eftersträvas av den italienska regeringen, vilket består i att göra det nya flygplatscentret till en livskraftig knutpunkt.[38] Å ena sidan är det som är viktigt i förevarande mål inte koncentrationen av trafiken till Malpensaflygplatsen beaktad i sig, utan den åtgärd enligt vilken överföringen av trafik från Linat-

38 — Den italienska regeringen har erinrat om att kommissionen har tillåtit att de trafikfördelningsregler som de italienska myndigheterna har antagit är förenliga med det syfte som består i att överföra en procentandel av trafiken som är kapabel att garantera investeringens lönsamhet och att detta syfte är förenligt med gemenskapslagstiftningen. Sökanden har i detta avseende ansett att koncentrationen av en trafikvolym som kan möjliggöra förbindelser mellan flygningar från regionala flygplatser och långdistansflygningarna är bestämmande för inrättandet av ett flygplatscentrum. Kommissionens förslag som innebär att fördela trafiken genom att ge 45 procent till Linate och 55 procent till Malpensa skulle garantera att de båda regionala flygplatserna fungerade, men inte att den flygplats som skulle användas som knutpunkt skulle fungera. Kommissionens förslag går således emot det syfte som meddelats för projektet.

eflygplatsen till Malpensaflygplatsen innebär en annorlunda behandling eller en inskränkning av friheten att tillhandahålla tjänster. Å andra sidan kan den andra delen av jämförelsen endast på ett allmänt och abstrakt sätt vara det syfte som eftersträvas av den italienska regeringen, som är att skapa en ekonomiskt livskraftig knutpunkt. Man kan med andra ord inte begränsa sig till att beakta projektet med en knutpunkt såsom det slutligen kommer att förverkligas. Eftersom förverkligandet av ett sådant ambitiöst projekt obestridligen tar betydande tid i anspråk, råder det inte några tvivel om att de omtvistade åtgärdernas proportionalitet skall beaktas i förhållande till den verkligt förekommande situationen beroende av den allmänna planeringen och hur de nödvändiga arbetena har framskridit. Vad som kännetecknar den verkliga situationen påverkar huvudsakligen kontrollen av de omtvistade bestämmelsernas rationalitet, som sökanden inte beaktar särskilt. Man skall, såsom jag redan har påpekat, på grundval av en bedömning av de omtvistade bestämmelsernas för- och nackdelar, avgöra om samma resultat kan uppnås genom mindre tvingande åtgärder. För detta är det inte tillräckligt att rättfärdiga de omtvistade åtgärderna på ett allmänt sätt i förhållande till projektets slutliga mål, utan man måste tydligt analysera de verkliga uppgifter som är gällande vid tidpunkten för antagandet av dessa åtgärder.

63. De felaktigheter som kännetecknar den allmänna uppfattningen om tillämpningen av proportionalitetsprincipen i förevarande mål uppträder även i de olika särskilda klagomål som har framförts av sökanden mot skälen till det ifrågasatta beslutet.

64. För det första har inte sökanden, vid formuleringen av ett klagomål enligt vilket den gör gällande att kommissionens första argument, att den överförda trafikvolymen inte är förenlig med de nuvarande villkoren för infrastrukturen för tillträde till Malpensaflygplatsen, inte har något att göra med det enda relevanta kriteriet avseende proportionalitet, nämligen riktigheten av koncentrationen av flygningar till Malpensa i förhållande till den italienska regeringens syfte, beaktat den omständigheten att de omtvistade bestämmelsernas proportionalitet samtidigt skall bedömas på grundval av den i verkligheten förekommande situationen, den allmänna tidsplaneringen och hur de nödvändiga arbetena har fortskridit. I synnerhet har inte sökanden, som troget håller fast vid en allmän teleologisk hållning, beaktat den omständigheten att de olika proportionalitetskriterierna (nödvändig, ändamålsenlig karaktär, rationalitet) skall tillämpas i förhållande till de konkreta kraven för Malpensa 2000 såsom de framstod vid tidpunkten för tillämpningen av dessa bestämmelser.

65. Däremot har kommissionen i punkterna 49, 49.1 och 49.2 i det ifrågasatta

beslutet med rätta påpekat att det är nödvändigt att bedöma huruvida de omtvistade bestämmelserna är nödvändiga [39] och rationella [40] beroende av hur arbetena för tillträde till Malpensaflygplatsen och dess infrastruktur fortskridit. Detta påpekande är fullständigt i linje med den omständigheten att kommissionen också, för att fastställa den diskriminering som utövats till förmån för Alitalia, ett konstaterande som i förevarande mål innebär en teleologisk avgränsning av proportionalitetsprincipen, har beaktat nivån på infrastrukturen för tillträde till Malpensaflygplatsen. [41]

66. På denna punkt är det för övrigt lämpligt att påpeka att den grund som sökanden har åberopat i detta avseende, enligt vilken de nationella myndigheterna i vart fall har visat att infrastrukturerna för tillträde är förenliga med den trafikvolym som skall överföras, inte är välgrundad. Såsom följer av punkt 49.1 och punkterna 39—43 i det ifrågasatta beslutet (jämförda) och utan att det är nödvändigt att hänvisa till omständigheter som visat sig efter antagandet av detta beslut, [42] har bristerna i infrastrukturen för tillträde till Malpensaflygplatsen, på grundval av vilka kommissionen har bedömt såväl förekomsten av diskriminering i praktiken som den oproportionerliga karaktären av den trafik som överförts till Malpensaflygplatsen, konstaterats på grundval av den information som kommissionen haft till sitt förfogande [43] och som sökanden inte bestritt genom att framföra tydliga och ändamålsenliga omständigheter. Sökanden har endast, för att visa att tillträde till Malpensaflygplatsen inte innebär något allvarligt problem, erinrat om studier som visar att det endast förekommer trafikproblem på den motorväg som leder till Malpensaflygplatsen under rusningstrafik, vissa helger och under ungefär 5 procent av den totala tid som motorvägen används. [44] Emellertid talar dessa konstateranden i sak, som för övrigt inte bestritts av kommissionen, [45] för att skälen till det ifrågasatta beslutet är riktiga. I förevarande fall är det inte viktigt

39 — Se punkterna 49—49.2 i det ifrågasatta beslutet: "Kommissionen noterar att det inte visats att sådana restriktiva åtgärder är nödvändiga för att skapa en livskraftig knutpunkt och ett framgångsrikt transeuropeiskt nätprojekt... Det är nödvändigt för den driftsmässiga bärkraften hos Malpensaknutpunkten att man gör en överföring av en trafikvolym som är avpassad till kapaciteten hos flygplatsens anläggningar och infrastrukturen för tillgång till flygplatsen. I annat fall kan Malpensaflygplatsens utveckling och framtida position som en fungerande knutpunkt i gemenskapen hotas."

40 — Se punkt 50 i det ifrågasatta beslutet: "Med hänsyn till ovanstående är det kommissionens uppfattning att det för att uppnå en fullt fungerande och långsiktigt livskraftig knutpunkt inte kan anses vara nödvändigt att 11,7 miljoner passagerare överförs den 25 oktober 1998. En framflyttning av datumet eller en gradvis överföring av denna volym från den 25 oktober och framåt borde vara lämpligare. Det skulle också minska effekterna på friheten att tillhandahålla lufttrafiktjänster till och från Milano. De italienska reglerna är därför inte nödvändiga för de italienska myndigheternas syften. Målet kan uppnås genom regler som inte har lika långtgående effekter för friheten att tillhandahålla lufttrafiktjänster."

41 — Se punkterna 45 och 46 i det ifrågasatta beslutet.

42 — Kommissionen har observerat att, trots den minskade överföringen av passagerartrafiken som föreskrivs i det italienska dekretet av den 9 oktober 1998, många operationella problem uppkommit i Malpensa. Dessa problem, i förening med den omständigheten att villkoren för tillträde till Malpensaknutpunkten inte har ändrats, utgör andra tecken som bekräftar rättsenligheten av den analys som kommissionen har vidtagit i det ifrågasatta beslutet.

43 — Det ifrågasatta beslutet innehåller en exakt hänvisning till det som karaktäriserar de infrastrukturer som identifierades under Christophersen-gruppens möte den 27 oktober 1997 (punkt 40 i det ifrågasatta beslutet). På samma sätt har kommissionen i sin svarsskrivelse (punkt 44) angett att brevet från minister Burlando av den 15 juli 1998 anger månaderna maj och juli 1999 som datum för starten av färjeförbindelsen till Malpensaflygplatsen. Slutligen har kommissionen i sin duplikskrivelse (punkt 15) hänvisat till uppgifter som den fått av de italienska myndigheterna den 1 april 1998. Dessa uppgifter bekräftades vid den speciella kommittén för medlemsstaternas sammankomst den 17 augusti 1998 och avser de omständigheter som konstaterades vid den ovannämnda Christophersengruppens arbeten.

44 — Se punkt 24 i begäran.

45 — Se punkt 44 i svarsskrivelsen.

att veta om de förekommande infrastrukturerna för tillträde hindrar förverkligandet av de syften som eftersträvas av den italienska regeringen eller om den största delen av de arbeten som inledningsvis planerats avseende tillgången till Malpensaflygplatsen redan har förverkligats. Vad som framför allt är viktigt för att kontrollera lagligheten av de omtvistade italienska dekreten är frågan huruvida villkoren för tillträde till denna flygplats gör den senare lika tillgänglig som Linateflygplatsen och fullständigt motiverar den trafikvolym som överfördes den 25 oktober 1998, på ett sådant sätt att det vid denna tidpunkt inte fanns någon berättigad diskriminering grundad på lufttrafikföretagets nationalitet eller någon oproportionerlig inskränkning i friheten att tillhandahålla tjänster inom lufttransportsektorn. Det är med andra ord, eftersom det inte har bestritts att det i sak faktiskt, i synnerhet i rusningstrafik, förekommer trafikproblem och problem i allmänhet som uppkommer av infrastrukturen för tillträde som kan hindra resenärerna att nå Malpensaflygplatsen, inte nödvändigt att veta att vissa infrastrukturarbeten kommer att förverkligas eller redan har förverkligats enligt ett generellt program som inledningsvis fastställts.

67. För det andra är även sökandens åberopande att de finansiella ramar som ligger till grund för projektet "Malpensa 2000" inte kräver att trafiken överförs före den 31 december 2000 även det ogrundat, av samma skäl som dem som framställts vid undersökningen av det föregående klagomålet. Denna omständighet, som i sak inte har bestritts av sökanden, utgör ett klart tecken som påvisar att det inte var nödvändigt att överföra hela trafikvolymen den 25 oktober 1998. Eftersom de konstateranden som avser brister i infrastrukturen för tillträde till Malpensaflygplatsen inte har vederlagts och sökanden inte har visat att det var nödvändigt att överföra all trafik före den 31 december 2000, följer det av nämnda omständighet att de antagna bestämmelserna är oproportionerliga, utan att man fäster någon vikt vid de beaktanden som avser en medlemsstats möjlighet att driva sin flygplatspolitik på ett självständigt sätt. Det skall ytterligare understrykas att det som är viktigt i förevarande fall inte endast är ett fastställande av att de vidtagna åtgärderna är allmänt förenliga med projektet Malpensa 2000, utan en särskild och konkret kontroll av den nödvändiga, ändamålsenliga och rationella karaktären av dessa åtgärder i förhållande till den verkliga situation som förelåg vid den tidpunkt då de antogs.

68. För det tredje förefaller den omständigheten att kommissionens argument avseende den överförda trafikvolymens konsekvenser för Linateflygplatsens funktion[46] har bestritts inte ha någon betydelse vad

46 — Enligt sökanden motsvarar kommissionens argument, enligt vilket beslutet att överföra trafiken vid Linate till Malpensa strider mot viljan, som uttrycks i dekret 46-T, att behålla Linate i drift, inte verkligheten. Linateflygplatsen kvarstår i drift, även om dess användning är begränsad.

beträffar riktigheten av skälen till det ifrågasatta beslutet, och i vart fall har detta inte vederlagts på ett övertygande sätt. Å andra sidan är det fråga om ett andrahandsargument och om det vederläggs äventyrar detta inte riktigheten av kommissionens tidigare bedömningar om huruvida de omtvistade bestämmelserna är av proportionerlig karaktär. Det som är avgörande är å andra sidan, såsom det tydligt framgår av punkt 51 i det ifrågasatta beslutet, inte att veta om Linateflygplatsen efter trafiköverföringen fortfarande kommer att fungera, utan just vilka verksamheter som kommer att behållas och vilken omfattning dessa kommer att ha och vilka lufttrafikföretag som kommer att ha tillträde till dem. Dessutom, vilket påpekas i samma punkt i det ifrågasatta beslutet, kan man inte anse att den överförda trafikvolymen kan möjliggöra att syftet att behålla förbindelserna till och från flygplatsen som nämns i övervägandena i de omtvistade nationella bestämmelserna förverkligas.

69. För det fjärde anser jag, vad beträffar sökandens slutliga påpekande att kommissionen har överskridit gränserna för den befogenhet som den getts i artikel 8.3 i förordning nr 2408/92, eftersom den inte har grundat sitt avgörande på proportionalitetsprincipen utan på en skönsmässig bedömning av lämpligheten av den åtgärd vid Malpensa som den italienska regeringen har beslutat att det framförda klagomålet ytterligare en gång grundas på en felaktig definition av sätten att tillämpa de olika proportionalitetskriterierna. Närmare bestämt innebär, vilket jag har påpekat, tillämpningen av det tredje kriteriet, det vill säga bestämmelsernas *rationalitet,* att kontrollera om dessa bestämmelser verkligen är nödvändiga. Inom ramen för denna kontroll har man undersökt om de fördelar som är förbundna med bestämmelserna i fråga överväger nackdelarna, eller åtminstone motsvarar dessa. Om man konstaterar att det var nödvändigt att förverkliga målen i fråga genom att vidta andra, mindre ogynnsamma eller mindre restriktiva, åtgärder, är det nödvändigt att bedöma att de omtvistade bestämmelserna är oproportionerliga *stricto sensu* i förhållande till det eftersträvade syftet. Det är således uppenbart att man, för att bedöma dessa åtgärders rationalitet, bland annat måste kontrollera om de är lämpliga. Denna kontroll är emellertid inte godtycklig, utan skall omfattas av den adekvata hermeneutiska och teleologiska ramen för tillämpningen av proportionalitetsprincipen.

Med beaktande av ovanstående överväganden, följer det av punkt 50 i det ifrågasatta beslutet att kommissionen har tillämpat de principer som reglerar utvecklingen av de omtvistade nationella bestämmelsernas rationalitet korrekt. Närmare bestämt är det med rätta som kommissionen, eftersom den bedömt att "[e]n framflyttning av datumet eller en gradvis överföring av denna volym från den 25 oktober och framåt borde vara lämpligare" och att det också "skulle... minska effekterna på friheten att tillhandahålla lufttrafiktjänster till och från Milano," har dragit följande slutsats: "De italienska reglerna är därför inte nödvändiga för de italienska myndigheternas syften. Målet kan uppnås genom regler som inte har lika långtgående följder för friheten att tillhandahålla lufttrafiktjänster." Detta avgörande utgör inte en godtycklig bedömning av lämpligheten av den åtgärd som beslutats av den italienska

regeringen utan utgör en korrekt tillämpning av kriteriet om de omtvistade bestämmelsernas rationalitet, som inte följer av gränserna för kommissionens kompetens. Av denna anledning skall sökandens konstateranden i motsatt riktning inte godtas eftersom de är ogrundade.

71. Med beaktande av ovanstående anser jag således att sökandens åberopanden inom ramen för den tredje ogiltighetsgrunden inte kan godtas eftersom de är ogrundade.

C — *Åsidosättande av artikel 8.1 i förordning nr 2408/92 med beaktande av reglerna om indirekt diskriminering och uppenbart felaktig bedömning av de faktiska omständigheterna (den fjärde ogiltighetsgrunden)*

70. Slutligen finns det anledning att påpeka att även det konstaterande som förekommer i svarsskrivelsen, enligt vilket kommissionen borde ha haft tillgång till en gemenskapsrättslig definition av standardvillkoren för lokaliseringen av de flygplatser som är avsedda för trafik inom och utom gemenskapen och deras stadsförbindelser, är ogrundat. I förevarande fall är det oväsentligt om det är mer eller mindre svårt att få tillträde till Malpensaflygplatsen på grundval av europeiska gemenskapsförbud eller jämförelse med villkor för tillträde till andra flygplatser i den Europeiska unionen. Det väsentliga är att undersöka om infrastrukturnivån för tillträde till Malpensaflygplatsen kompenserar nackdelarna med det geografiska läget för denna flygplats i jämförelse med Linateflygplatsen. Detta innebär att såväl den kontroll som grundas på icke-diskrimineringsprincipen som kontrollen av åtgärdernas proportionalitet grundas på jämförelsen mellan situationen vid Malpensaflygplatsen och Linateflygplatsen och inte uteslutande på ett objektivt fastställande av situationen för denna förstnämnda flygplats. Följaktligen försvagas inte grunden för skälen för det ifrågasatta beslutet av frånvaron av en gemenskapsdefinition av standardvillkoren för lokaliseringen av flygplatserna.

72. Som fjärde ogiltighetsgrund har sökanden räknat upp tre fel som äventyrar det ifrågasatta beslutets rättsenlighet. Dessa fel återfinns i punkterna 29—46 i det ifrågasatta beslutet, där kommissionen har analyserat de omtvistade italienska dekreten i ljuset av icke-diskrimineringsprincipen.

73. Innan jag undersöker de olika klagomålen, finns det anledning att erinra om att det i de ovannämnda punkterna i det ifrågasatta beslutet är fråga om ett förfarande som syftar till att fastställa förekomsten av en indirekt diskriminering, vilket innebär, å ena sidan, att man konstaterar förekomsten av diskriminering i praktiken, vilken diskriminering är en nödvändig följd av användandet av ett uppenbart neutralt kriterium och, å andra sidan, att man behandlar frågan om den omtvistade regleringen är av objektiv karaktär.

Denna undersökning innebär samtidigt att man kontrollerar om denna förordning är proportionerlig i förhållande till det legitima syfte som den eftersträvar. [47]

74. Efter att jag erinrat om detta skall det beaktas att den första grunden som åberopats av sökanden, enligt vilken det inte förekommer någon indirekt diskriminering i förevarande fall då åtgärderna i de omtvistade italienska reglerna var objektivt berättigade, eftersom de syftade till att ge Linateflygplatsen en ny användning, begränsad till de lämpligaste flygningarna, och samtidigt till att förenkla affärsresor och garantera flyglinjens konkurrenskraft i förhållande till järnvägsförbindelsen Milano—Rom, [48] endast avser förfarandets andra fas, som syftar till att fastställa förekomsten av indirekt diskriminering, det vill säga den som syftar till att kontrollera den omtvistade bestämmelsens objektiva karaktär.

75. Det är emellertid, vilket jag redan har angett, [49] inom ramen för denna andra fas som kontrollen av de omtvistade åtgärdernas proportionalitet egentligen faller. Denna kontroll har visat att dessa bestämmelser inte egentligen är nödvändiga för det syfte som de eftersträvar, nämligen inrättandet av en fullt fungerande och livskraftig knutpunkt vid Malpensa. Jag anser följaktligen att det försök som sökanden har gjort att för att objektivt rättfärdiga de omtvistade bestämmelserna på grundval av det eftersträvade syftet, nämligen en ombyggnad av Linateflygplatsens funktion, vilket innebär inrättandet av en knutpunkt vid Malpensa, är fåfängt. Detta eftersom det, närmare bestämt, inte var absolut nödvändigt att överföra all trafik till Malpensaflygplatsen. Samtidigt var det inte heller absolut nödvändigt att begränsa de flygningar för vilka Linateflygplatsen användes i den utsträckning som gjorts enligt de omtvistade dekreten. Om man ansluter sig till tesen enligt vilken den reglering som införts genom dekret 46-T syftar till att begränsa användningen av Linateflygplatsen till förbindelsen Milano—Rom, talar detta för den analys som kommissionen gjort i det ifrågasatta beslutet vad avser de praktiska följderna av beslutet i fråga. Dessutom är sökandens åberopande enligt vilket regleringens syfte är att garantera en oavbruten förbindelse

47 — Se ovan, punkt 32 i detta förslag till avgörande.

48 — Den italienska regeringen har erinrat om att kommissionen har ansett att Linate är den flygplats där trafiken till och från knutpunkterna i gemenskapen, innan den nya fördelningen, var koncentrerad, och att Linate, efter antagandet av det omtvistade dekretet, betjänade flyglinjer till ett enda flygplatscenter, Rom-Fiumicino, medan linjerna för de andra europeiska knutpunkterna (Frankfurt, Paris etcetera) skall överföras till en annan, mindre bekväm flygplats, Malpensaflygplatsen. Detta innebär en konkurrensfördel för Alitalia och en nackdel för de andra lufttrafikföretagen, som använder andra knutpunkter än Fiumicino. I synnerhet skulle de som vill begé sig utanför unionen eller utanför Europa föredra att resa från Linate via knutpunkten Rom snarare än att resa från Malpensa via andra knutpunkter. Sökanden har emellertid bestritt denna slutsats och har åberopat att de omtvistade italienska dekreten var objektivt berättigade eftersom de syftade till att ge Linateflygplatsen en ny användning, begränsad till en flygning som förbinder Milano och Rom. På denna punkt har den italienska regeringen påpekat att förbindelsen Milano—Rom huvudsakligen motsvarar affärsresor med övervägande pendeltrafik under dagarna. Sökanden har således med eftertryck påpekat att denna förbindelse är bäst lämpad för att betjänas från Linateflygplatsen på ett sådant sätt att flygförbindelsen samtidigt förblir konkurrenskraftig i förhållande till färjeförbindelsen. Enligt sökanden skulle kommissionen, om den hade beaktat dessa omständigheter, inte ha kommit fram till förekomsten av en indirekt diskriminering.

49 — Se ovan, punkt 32 i detta förslag till avgörande.

Milano—Rom fåfängt i den mån det första av dessa syften inte utesluter det andra, då inte någon av de omständigheter som åberopats av sökanden visar att det är omöjligt eller förbjudet att använda knutpunkten Rom. Tvärtom följer det av omständigheterna i akten och särskilt av statistiken avseende de resenärer som mottagits 1997[50] och av de åtgärder som föreslagits av de italienska myndigheterna för att eventuellt begränsa tillträdesmöjligheterna till flygplatsen Rom-Fiumicino,[51] att denna användning var en verklig omständighet som i vart fall var möjlig. Följaktligen skall sökandens första klagomål avslås, eftersom det är ogrundat.

76. Sökanden har i sitt andra klagomål, som avser punkterna 29—46 i skälen till det ifrågasatta beslutet, hävdat att kommissionen har begått felet att bedöma följderna av överföringen av trafik till Malpensa i förhållande till den förevarande och inte till den framtida situationen. Enligt sökanden innebär förbindelsen med avresa från Linate till knutpunkten Fiumicino i praktiken inte någon konkurrensfördel för Alitalia i den nya situation som utmärks av att Malpensaflygplatsen tas i fullt bruk interkontinentalt. I detta avseende har den italienska regeringen understrukit att en bestämmelse endast kan anses indirekt diskriminerande om det helt och hållet visats att den kan gynna eller vara till men för en person.

77. Det andra klagomålet avser den första fasen av det förfarande som syftar till att visa förekomsten av indirekt diskriminering, det vill säga undersökningen av frågan om det förekommer indirekt diskriminering i praktiken och om denna är en nödvändig följd av den omtvistade regleringen eller om den är tillfällig.

78. För det första anser jag att sökandens konstaterande enligt vilket kommissionen felaktigt har bedömt följderna av trafiköverföringen till Malpensa i förhållande till den förevarande situationen och inte den framtida situationen saknar grund.

79. Å ena sidan råder det inte något tvivel om att den indirekta diskrimineringen har en dynamisk och relativ karaktär, vilket beror på att det, på grund av att tillämpningsvillkoren för de omtvistade bestämmelserna varierar, är möjligt att deras följder utvecklas i praktiken (antingen att en diskriminering som inte finns uppkommer eller att en diskriminering upphör). Såsom jag redan har påpekat kräver detta inte endast att man beaktar de omtvistade

50 — Det finns anledning att påpeka att sökanden i punkt 20 i sin duplik, har tillåtit att 85 procent av passagerarna som tagit en förbindelse till Fiumicino var passagerare vid internationella flygningar.

51 — Se skrivelse från minister Burlando av den 15 juli 1998 som bilaga 5 till begäran.

bestämmelsernas följder vid en viss tidpunkt (en direkt undersökning av följder), utan även att man analyserar dessa följders utvecklingsperspektiv och stabilitet på ett sådant sätt att man bortser från att de tillfälliga omständigheter som i verkligheten inte beror av dessa bestämmelser eventuellt kan sammanfalla. [52] Denna studie i utvecklingsperspektiv kan emellertid inte leda till att man tar i beaktande en rent framtida situation, mycket osannolik men förväntad, som inte finner något direkt och säkert stöd i verkligheten, ett stöd som är giltigt vid den tidpunkt då man kontrollerar förekomsten av indirekt diskriminering. Ett sådant förfarande skulle strida mot den regel enligt vilken rättsenligheten av en rättsakt bedöms, i princip, beroende på de faktiska och rättsliga omständigheter som förekommit vid den tidpunkt då rättsakten antagits. [53]

80. Å andra sidan visar en uppmärksam studie av det ifrågasatta beslutet att, vad avser såväl förekomsten av Alitalias två knutpunkter som jämförelsen av möjligheterna till tillgång till Linate- och Malpensaflygplatserna, har kommissionen med rätta börjat sin analys med utgångspunkt från den förevarande situationen och har sedan undersökt perspektiven och den välgrundade sannolikheten av ändring av denna situation. [54] Efter denna subtila bedömning har den slutligen konstaterat att man endast kan tillåta förekomsten av en indirekt diskriminering under en viss period, [55] vilket i förevarande mål utgör en lämplig behandling och tolkning av den dynamiska karaktären av denna typ av diskriminering.

81. I detta avseende är fastställandet av indirekt diskriminering inte grundat endast på antaganden eller på en liten grad av sannolikhet utan på den utsträckning i vilken det, med beaktande av den informa-

52 — Se ovan, punkt 45 i detta förslag till avgörande.

53 — Se upplysningsvis dom av den 7 februari 1979 i mål 15/76 och 16/76, Frankrike mot kommissionen (REG 1979, s. 321), punkt 7.

54 — Se punkt 35 i det ifrågasatta beslutet: "... Visserligen kan den ökade tillgången på direktförbindelser från Malpensa minska efterfrågan på indirekta förbindelser... Det mesta tyder dock på att Alitalias omstruktureringsplan även fortsättningsvis kommer att vara fördelad på två knutpunkter, Rom-Fiumicino och Milano-Malpensa. Detta var en av grunderna i Alitalias omstruktureringsplan som de italienska myndigheterna anmälde till kommissionen i enlighet med reglerna för statligt stöd."
Se även punkt 44 i det ifrågasatta beslutet: "Mot bakgrund av de skilda förutsättningar för tillträde till Linateflygplatsen och Malpensaflygplatsen som föreligger, anser kommissionen att dessa flygplatser inte har några jämförbara fördelar sålänge infrastrukturkapaciteten för tillgång till Malpensaflygplatsen inte kompenserar denna flygplats geografiska situation i förhållande till den geografiska situationen vid Linateflygplatsen".

55 — Se punkt 45 i det ifrågasatta beslutet: "Med beaktande av det ovannämnda och det konkurrensförhållande som råder mellan Alitalia och andra lufttrafikföretag i gemenskapen kommer de kriterier som fastställs i dekret 46-T, genom att tillåta att endast Alitalia betjänar sin knutpunkt Rom-Fiumicino från Linateflygplatsen medan andra lufttrafikföretag i gemenskapen måste betjäna sina respektive knutpunkter från Malpensaflygplatsen, att innebära en konkurrensfördel för Alitalia. *Denna konkurrensfördel kommer att bestå så länge som Malpensaflygplatsen inte har en tillräcklig infrastruktur som kan ändra den rådande situationen som innebär att passagerarna inte gärna använder denna flygplats.*" (Min kursivering).

tion som kommissionen hade till sitt förfogande, är troligt att denna diskriminering sker.

82. Å enda sidan förefaller inte någon av de påstådda felaktigheterna i bedömningen av faktiska omständigheter [56] som nämnts i svarsskrivelsen avse avgörande omständigheter för fastställandet av diskriminering. Närmare bestämt följer det inte av någon av de omständigheter som åberopats av sökanden att Alitalia inte använder Fiumicino som en andra knutpunkt, åtminstone som komplement. Närmare bestämt konstaterar inte sökanden någonstans, då den talar om en radikal begränsning av interkontinentala flygningar som utförs uteslutande från knutpunkten Rom-Fiumicino och därvid visar förslag till tidtabeller för de omtvistade flygningarna, att dessa flygningar har inställts.Tvärtom följer det av vissa handlingar i akten, exempelvis ombyggnadsplanen för Alitalia [57] och reklammeddelanden [58], utan att det är nödvändigt att lita till omständigheter efter det ifrågasatta beslutet, [59] att denna knutpunkt har behållit sin verksamhet och kan betjänas från Malpensaflygplatsen. Dessutom är antalet destinationer som inte längre betjänas och den relativa betydelsen av en knutpunkt i förhållande till den andra, såsom kommissionen med rätta påpekar i sin duplik, i sig likgiltiga. Endast förekomsten av en kompletterande knutpunkt vid Fiumicino leder till konstaterandet av förekomsten av indirekt diskriminering. Slutligen har omfattningen av följderna av denna diskriminering inte någon verklig betydelse. Till och med diskriminering av mindre betydelse är förbjuden i gemenskapsrätten. [60]

83. Å andra sidan kan man i vart fall inte hävda att förekomsten av indirekt diskriminering skall bevisas redan i den första fasen av det förfarande som syftar till att fastställa denna förekomst. Såsom jag angett är det inte alltid enkelt att omedelbart konstatera indirekt diskriminering och i vart fall gör inte denna första fas det möjligt att absolut dra slutsatsen om förekomsten av en diskriminering på rättslig grund, oavsett om man hänvisar till allmän erfarenhet eller till och med till statistiska

56 — Sökanden har i sin svarsskrivelse angett att det inte krävs ett "uppenbart fel" för ogiltigförklaring av det ifrågasatta beslutet; det är tillräckligt att påvisa att kommissionen har begått ett fel vid bedömningen av omständigheterna. Sökanden anser emellertid att kommissionens påpekanden som återfinns i dess svarsskrivelse innehåller fel av denna typ, särskilt vad avser förekomsten av Alitalias dubbla knutpunkter.

57 — Se kommissionens beslut 97/789/EG av den 15 juli 1997 om återintroducering på börsen av företaget Alitalia (EGT L 322, s. 44; bilaga 2 till svarsskrivelsen).

58 — Se bilaga 3 till svarsskrivelsen.

59 — Kommissionen har angett att alla senare upplysningar, även om de inte formellt påverkar bedömningen av det ifrågasatta beslutets rättsenlighet, bekräftar att Alitalia fortsätter att använda dubbla knutpunkter.

60 — Se dom av den 28 januari 1986 i mål 270/83, kommissionen mot Frankrike (REG 1986, s. 273; svensk specialutgåva, volym VIII, s. 389), punkt 21, och av den 13 december 1989 i mål C-49/89, Corsica Ferries France (REG 1989, s. 4441), punkt 8.

undersökningar. Det är av detta skäl som det, under en andra fas som avslutar det förfarande som syftar till att fastställa förekomsten av en indirekt diskriminering, är lämpligt att kontrollera den omtvistade bestämmelsens objektiva karaktär, vilket förutsätter att proportionalitetsprincipen tillämpas. [61]

84. Med beaktande av det föregående anser jag att talan inte heller kan vinna bifall på den andra grund som åberopats inom ramen för den fjärde ogiltighetsgrunden.

85. Slutligen, vad avser den tredje anmärkning som åberopats av sökanden och enligt vilken det ifrågasatta beslutet inte är förenligt med proportionalitetsprincipen vad avser de ålagda förbudsåtgärderna, [62] har kommissionen med rätta gjort gällande att artikel 8.3 i förordning nr 2408/92 inte tvingar den att föredra mindre tvingande åtgärder för de berörda nationella myndigheterna. Efter att, såsom det följer av handlingarna i akten och utan att detta bestrids med konkreta argument, [63] ha informerat de italienska myndigheterna om de problem som lett till de omtvistade dekreten, har kommissionen samrått med den behöriga rådgivande kommittén samt har, allmänt sett, vidtagit alla åtgärder (skriftväxling, möten med mera) som möjliggör att ärendet utreds och rätten till försvar kan utövas. Den enda befogenhet som den därefter hade var att bedöma de omtvistade dekretens rättsenlighet och att bestämma om "medlemsstaten får fortsätta att tillämpa åtgärden". [64] Följaktligen hade den inte befogenhet att ändra de nationella åtgärderna och på detta sätt träda i de nationella myndigheternas ställe. Tvärtom är det de senare som har behörighet att ta initiativet att fastställa nödvändiga åtgärder för att rätta sig efter det ifrågasatta beslutet, vilket de gjort genom att anta dekretet av den 9 oktober 1998. [65] Dessutom kan man inte tillåta att kravet på uppriktigt samarbete mellan kommissionen och medlemsstaterna, vilket föreskrivs enligt artikel 5 i EG-fördraget (nu artikel 10 EG), kan ändra den uttryckliga fördelning, som ovan beskrivits, av befogenheterna mellan medlemsstaterna och kommissionen och att överföra initiativet och ansvaret att vidta lämpliga åtgärder till kommissionen.

86. Av ovanstående följer att talan inte heller kan vinna bifall på den fjärde ogiltighetsgrunden.

61 — Se ovan, punkt 32 i detta förslag till avgörande.

62 — Sökanden har särskilt konstaterat att kommissionen, om den misstänkte och inte var säker på huruvida den omständigheten att Linate behåller flygningar till Rom kan ge en konkurrensfördel till Alitalia, borde ha informerat de italienska myndigheterna och i vart fall ha valt mindre ingripande åtgärder mot den italienska regeringen vad avser iakttagandet av icke-diskrimineringsprincipen som uttalas i artikel 8.1 i förordning nr 2408/92. Sökanden har erinrat om att den har föreslagit tekniska åtgärder som syftar till att styra situationen, vilka inte accepterats av kommissionen.

63 — Se punkt 16 och följande punkter i det ifrågasatta beslutet och ovan, punkt 14 i detta förslag till avgörande.

64 — Se artikel 8.3 i förordning nr 2408/92.

65 — Bilaga 5 i svarsskrivelsen.

V — Förslag till avgörande

87. Följaktligen föreslår jag att domstolen skall

1) ogilla Republiken Italiens talan,

2) förplikta Republiken Italien att ersätta rättegångskostnaderna.