sådan overtrædelse af artikel 85, stk. 1, er de nationale retsinstanser dog forpligtet til fuldt ud at lægge en sådan afgørelse til grund, herunder for så vidt angår det forhold, at den pågældende samordning er uden retsvirkninger, jfr. artikel 85, stk. 2.

5. Selv om traktatens artikler 85 og 86 omhandler virksomhedernes forhold og ikke medlemsstaternes ved lov eller administrativt fastsatte bestemmelser, er medlemsstaterne i henhold til traktaten utvivlsomt forpligtet til ikke at indføre eller opretholde foranstaltninger, som kan ophæve den tilsigtede virkning af disse bestemmelser. Dette gælder blandt andet, for så vidt en medlemsstat fremtvinger eller begunstiger karteller, der strider mod artikel 85, eller forlener disse med større gennemslagskraft.

6. Medlemsstaterne kan ikke uden at overtræde deres forpligtelser i henhold til traktatens artikel 5, sammenholdt med artikel 3, litra f), og artikel 85, navnlig stk. 1, godkende luftfartstakster og derved forlene disse med større gennemslagskraft, når det — så længe Rådet ikke har udstedt nogen retsakter som omhandlet i artikel 87 — i henhold til form- og procedurereglerne i artikel 88 eller artikel 89, stk. 2, er blevet fastslået, at de pågældende takster er resultatet af en aftale, en vedtagelse inden for en sammenslutning af virksomheder eller en samordnet praksis, der strider mod artikel 85.

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT CARL OTTO LENZ

fremsat den 24. september 1985 *

Høje Domstol.

A. 1. Kernen i de præjudicielle sager, som jeg i dag skal fremsætte forslag til afgørelse i, er, om EØF-traktatens konkurrenceregler finder anvendelse på spørgsmålet om fastsættelse af luftfartstakster inden for Fællesskabet og internationalt.

Dette spørgsmål er blevet rejst under nogle straffesager i Frankrig mod den ansvarlige ledelse for nogle luftfartsselskaber, mod selve disse luftfartsselskaber, mod den ansvarlige ledelse for nogle rejsebureauer og mod selve disse rejsebureauer. Blandt luftfartsselskaberne er ét, der ikke er hjemmehørende i Fællesskabet, nemlig flyselskabet Air Lanka i Sri Lanka.

Tiltalerne vedrører overtrædelser af artiklerne L 330-3, R 330-9 og R 330-15 i den franske code de l'aviation civile (lov om civil luftfart), idet de tiltalte i 1981 solgte flybilletter efter takster, som ikke var blevet godkendt af ministeriet for civil luftfart, eller sagt ligeud: billetterne blev solgt for billigt. Det drejede sig om flybilletter, udstedt til ruterne Paris-Amsterdam-Bangkok, Paris-London-San Francisco, Paris-London-New York, Paris-London-Miami, Paris-London-Hong-Kong, Paris-London-Tokyo, London-Paris-Bombay og Paris-Colombo.

I henhold til artikel L 330-3 må luftfartsvirksomhed kun udøves af selskaber, der er godkendt af ministeriet for civil luftfart, og selskabernes takster skal forelægges ministe-

* Oversat fra tysk.

riet til godkendelse. Artikel R 330-9 fastsætter nærmere regler for, hvad en sådan ansøgning skal indeholde. Ifølge stk. 2, første punktum, finder disse bestemmelser også anvendelse på udenlandske selskaber. I henhold til stk. 2, andet punktum, kan ansøgninger indgives enten af luftfartsselskaberne selv eller af en brancheorganisation, der er godkendt af ministeriet. Ifølge stk. 2, tredje punktum, skal de pågældende takster betragtes som godkendt, såfremt ministeriet ikke inden for en måned har rejst indvendinger imod dem. I henhold til artikel R 330-15 kan overtrædelser af disse bestemmelser straffes med fængsel fra ti dage indtil en måned og med bøde fra 600 til 1 000 FF, eller med en af disse former for straf. [1]

Tribunal de police de Paris (kriminalret i første instans), for hvem de pågældende sager blev indbragt, fastslog indledningsvis, at de nævnte bestemmelser i code de l'aviation civile kun kan gøres gældende mod luftfartsselskaber, men derimod ikke mod rejsebureauer og disses ansvarlige ledelse, som måtte antages at falde uden for bestemmelsernes anvendelsesområde. Retten fastslog endvidere, at flyselskaberne ifølge disse nationale bestemmelser er forpligtet til for hver enkelt rute at fastsætte, hvilke takster der skal gælde, og til under strafansvar at forelægge disse takster for ministeriet til godkendelse.

Herefter anfører retten følgende, som jeg på grund af dets betydning citerer ordret:

»Disse bestemmelser, der foranstalter en samordning luftfartsselskaberne imellem, har til følge at hindre, begrænse eller fordreje konkurrencen inden for fællesmarkedet.

En sådan samordning er følgelig uforenelig med reglen i Rom-traktatens artikel 85.

Artikel 84, stk. 2, i traktaten om oprettelse af Det europæiske økonomiske Fællesskab kan ikke gøres gældende imod en direkte anvendelse af artikel 85.

Artikel 84 er sidste bestemmelse i afsnit IV i traktatens anden del, der angår den fælles transportpolitik, hvis tilrettelæggelse — for så vidt angår luftfart — bestemmelsen overlader til en rådsbeslutning. [2] Artikel 84 angiver herved sit anvendelsesområde til udelukkende at omfatte det afsnit, bestemmelsen afslutter.

Artikel 85 er indeholdt i traktatens tredje del, afsnit I, kapitel 1 om konkurrenceregler for virksomhederne.

Det følger heraf, at prislister, der er samordnet imellem luftfartsselskaberne og efter fælles aftale indsendt til godkendelse, må frakendes enhver betydning, da de er i strid med fællesskabsretten.

Tilbage står imidlertid spørgsmålet om gyldigheden efter fællesskabsretten af de i tiltalen omhandlede franske lov- og administrativt fastsatte bestemmelser (artiklerne L 330-3, R 330-9 og R 330-15 i code de l'aviation civile).

Nævnte spørgsmål kan alene afgøres af Det europæiske økonomiske Fællesskabs Domstol.«

På denne baggrund frifandt tribunal de police de Paris ved domme afsagt den 2. marts 1984 herefter den ansvarlige ledelse for de pågældende rejsebureauer samt selve disse, idet straffesagerne mod den ansvarlige ledelse for luftfartsselskaberne og mod selve disse udskiltes, hvorved sagerne oversendtes til »Det europæiske økonomiske Fælles-

1 — Den originale affattelse af bestemmelserne er vedlagt nærværende forslag til afgørelse.

2 — Hermed menes formentlig, at Rådet ved en udtrykkelig beslutning herom kan afgøre, hvorvidt, i hvilket omfang og på hvilken måde der skal udstedes passende forskrifter vedrørende luftfart.

skabs« Domstol med henblik på en præjudiciel afgørelse af, om »artiklerne L 330-3, R 330-9 og R 330-15 i den franske code de l'aviation civile [er] forenelige med fællesskabsretten«.

Den 9. marts 1984 indankede anklagemyndigheden disse domme for cour d'appel, idet der bl.a. blev nedlagt påstand om, at denne uopholdeligt traf beslutning om, hvorvidt ankesagerne kunne admitteres.

Ved kendelse af 28. marts 1984 statuerede formanden for 13. afdeling ved cour d'appel de Paris, at der ikke var anledning til straks at træffe afgørelse om, hvorvidt ankesagerne kunne admitteres, idet dette ikke fandtes påkrævet af retsplejehensyn.

Det fremgår ikke af de aktstykker, som foreligger for Domstolen, om behandlingen af ankesagerne ved cour d'appel i mellemtiden er blevet genoptaget. Ifølge det af Jacques Maillots advokat under den mundtlige forhandling den 9. juli 1985 oplyste, hvis rigtighed ikke er blevet bestridt, er visse straffesager i øjeblikket udsat på Domstolens afgørelse.

2. Før jeg går over til en undersøgelse af, hvad procesdeltagerne har anført, vil det være hensigtsmæssigt indledningsvis at redegøre for de folkeretlige regler, inden for hvilke både flyselskaberne og de statslige myndigheder handler i forbindelse med spørgsmålet om godkendelse af luftfartstakster [3].

For den europæiske civile luftfart gælder der i det væsentlige nogle retlige grundsætninger, som finder anvendelse over alt i verden. Man kan derfor sige, at grundlaget for de retsregler, der gælder for den europæiske luftfart, er et led i en verdensomfattende ordning, der retligt regulerer luftfarten. Samtlige medlemsstater i Det europæiske økonomiske Fællesskab er tilsluttet Convention on International Civil Aviation af 7. december 1944 (Chicago-konventionen) [4]. I denne konvention, der siden dens indgåelse har fået en næsten universel udbredelse, er nedfældet de ledende retlige principper, der finder anvendelse i forbindelse med international civil luftfart, og ved konventionens 2. Del oprettes Organisationen for international civil Luftfart (International Civil Aviation Organization — ICAO).

Det formentlig vigtigste princip er indeholdt i konventionens artikel 1, der lyder således:

»De kontraherende stater anerkender, at enhver stat har fuldstændig og udelukkende højhedsret over luftrummet over dens territorium.«

I konsekvens af dette grundlæggende princip fastsættes i konventionens artikel 6 følgende bestemmelse:

»Ingen international planmæssig lufttrafik må drives over eller på en kontraherende stats territorium, undtagen med særlig tilladelse eller anden bemyndigelse fra denne stat, og i overensstemmelse med vilkårene i en sådan tilladelse eller bemyndigelse.«

På grundlag af artikel 6 i Chicago-konventionen har talrige stater indgået bilaterale luftfartsoverenskomster om ruterne mellem dem. Det netværk af luftfartsoverenskomster, der på denne måde er skabt, består ifølge oplysninger fra ICAO nu af omkring 1 700 aftaler.

Formålet med sådanne aftaler er i almindelighed, at parterne indrømmer hinanden nærmere rettigheder vedrørende beflyvningen af bestemte ruter og visse accessoriske rettigheder i forbindelse hermed, som

3 — Jfr. J. Erdmenger, »Kommentar zu Artikel 84 EWGV«, noterne 48 ff., i Groeben-Boeckh-Thiesing-Ehlermann, »*Kommentar zum EWG-Vertrag*«, Baden-Baden 1983, og L Weber, *Die Zivilluftfahrt im Europäischen Gemeinschaftsrecht*, Berlin, Heidelberg, New York 1981, s. 42 ff.

4 — Lovtidende C 1948, bekendtgørelse nr. 17, s. 115.

skal gøre det muligt at opretholde disse ruter, samt endelig at der fastsættes nærmere regler om udøvelsen af de pågældende beflyvningsrettigheder. Sidstnævnte form for bestemmelser omfatter navnlig regler om kapacitet, om fastsættelse af takster og udpegelse af luftfartsselskaber, samt ofte regler om samarbejde mellem luftfartsselskaber [5].

For de foreliggende sager er det navnlig bestemmelserne om takstfastsættelse, der er af betydning. Heri bestemmes det, hvorledes taksterne på de pågældende ruter skal fastsættes.

I langt de fleste tilfælde overlades dette udtrykkeligt til luftfartsselskaberne, oftest med en særlig henvisning til de aftaler om takster, der er indgået inden for rammerne af International Air Transport Association (IATA), en privatretlig sammenslutning efter canadisk ret, som talrige flyselskaber fra mange stater er medlem af. Aftalerne om takster skal altid godkendes af begge de berørte regeringer.

En række europæiske stater, herunder seks af De europæiske Fællesskabers medlemsstater — bl.a. Frankrig — er blevet enige om en ensartet regulering af disse spørgsmål, jfr. den internationale overenskomst om fremgangsmåden ved fastsættelse af takster for regelmæssig lufttrafik, undertegnet den 10. juli 1967 i Paris [6]. Formålet med denne overenskomst er en standardisering, forbedring og udvikling af praksis i forbindelse med den konsultationsprocedure, der ligger til grund for takstfastsættelsen. Denne standardisering er teknisk gennemført på den måde, at reglerne i overenskomsten træder i stedet for alle bestemmelser om takstfastsættelse indeholdt i bilaterale aftaler mellem parterne i overenskomsten.

5 — Se f.eks. overenskomsten mellem Forbundsrepublikken Tyskland og Frankrig af 4. oktober 1955 (*United Nations Treaty Series* (UNTS), bind 353, s. 203 BGBl. 1956 II, s. 1078).

6 — Danmarks Traktater 1973, s. 12.

3. I forbindelse med de fem næsten identiske anmodninger om præjudiciel afgørelse fra tribunal de police har en række procesdeltagere mv. afgivet indlæg, nemlig Jacques Maillot, der er blevet frifundet i første instans, firmaet Nouvelles Frontières, der ligeledes er blevet frifundet, flyselskaberne KLM og Air France, Den franske Republiks regering, Den italienske Republiks regering, kongeriget Nederlandenes regering, Det forenede Kongeriges regering samt Kommissionen for De europæiske Fællesskaber. I disse indlæg drøftes de folkeretlige regler og international praksis vedrørende fastsættelse af luftfartstakster, den af tribunal de police anlagte fortolkning af fransk ret samt spørgsmålet om, hvor langt man er nået med hensyn til udarbejdelse af fællesskabsregler om luftfart. Bemærkningerne vedrørende de fællesskabsretlige problemer, som anmodningerne om præjudiciel afgørelse rejser, drejer sig i det væsentlige om tre hovedpunkter, nemlig for det første spørgsmålet, hvorvidt anmodningerne vil kunne realitetsbehandles, dvs. om Domstolen er kompetent til at træffe afgørelse om dem, for det andet, hvorvidt konkurrencereglerne finder anvendelse på spørgsmålet om fastsættelse af luftfartstakster, samt for det tredje hvilke konsekvenser det har, såfremt det lægges til grund, at konkurrencereglerne finder anvendelse på denne form for økonomisk virksomhed.

a) *Formaliteten vedrørende anmodningerne om præjudiciel afgørelse*

Flyselskaberne *Air France* og *KLM* samt *Den franske Republik* og *Den italienske Republik* har gjort gældende, at de præjudicielle spørgsmål ikke kan realitetsbehandles. Det anføres, at den forelæggende ret har lagt til grund, at EØF-traktatens artikel 85 finder anvendelse på luftfartsvirksomhed, og dermed også på forhånd afgjort, at de takstaftaler, som de godkendte takster er baseret på, er ugyldige i henhold til artikel 85, stk. 2. Når henses til præmisserne i fore-

læggelsesdommene, er den fortolkning, som Domstolen er blevet anmodet om at give, ikke nødvendig for, at der kan træffes afgørelse i de for den nationale retsinstans verserende sager.

Den italienske Republiks regering har anført, at selv henset til den praksis, hvorefter Domstolen kan omformulere præjudicielle spørgsmål, således at den forelæggende retsinstans får et grundlag for at kunne afgøre den dér verserende sag, er det forelagte spørgsmål ikke af en sådan karakter, at det kan realitetsbehandles. Tribunal de police har ikke angivet, hvilken fælleskabsretlig regel det er nødvendig at fortolke for, at retten senere kan træffe konkret afgørelse. Ganske vist tales der i anmodningerne om præjudiciel afgørelse om, at de aftalte luftfartstakster er uforenelige med EØF-traktatens artikel 85, men der henvises ikke til nogen bestemmelser i fællesskabsretten, som de nationale regler måtte kunne være i strid med.

Begge *flyselskaber* har anført, at tribunal de police, henset til sin opfattelse af, hvad retstilstanden er, burde have frifundet alle de tiltalte. En eventuel afgørelse fra Domstolen kan derfor ikke få nogen indflydelse på indholdet af de afgørelser i de konkrete sager, som retten skal træffe. Rigtigheden af denne opfattelse bekræftes af Domstolens dom af 16. december 1981[7]. Heri udtalte Domstolen, at det ikke er dens opgave at udøve responderende virksomhed vedrørende generelle eller hypotetiske spørgsmål, men at bidrage til justitsforvaltningen i medlemsstaterne. Domstolen savner således kompetence til at besvare fortolkningsspørgsmål, der stilles i forbindelse med processuelle arrangementer, som parterne har konstrueret med henblik på at formå Domstolen til at tage stilling til nærmere bestemte problemer i fællesskabsretten, og som ikke er udtryk for et objektivt behov i forbindelse med afgørelsen af en retstvist.

I øvrigt beror det præjudicielle spørgsmål på en fejlagtig fortolkning af fransk ret, idet samordningen mellem luftfartsselskaberne med hensyn til takstfastsættelsen ikke er noget, der kræves i henhold til fransk ret, men derimod i henhold til gældende folkeretlige bestemmelser.

Den forelæggende retsinstans har ikke angivet, på grundlag af hvilke fællesskabsretlige bestemmelser Domstolen skal prøve lovligheden af de pågældende bestemmelser i fransk ret, idet der kun tales om, hvorvidt disse er i overensstemmelse med »fællesskabsretten«. Dette udtryk er så vagt, at Domstolen, selv henset til præmisserne i forelæggelsesdommene, ikke kan omformulere spørgsmålet, således at det i medfør af EØF-traktatens artikel 177 vil være omfattet af Domstolens kompetence at afgøre det.

Kommissionen for De europæiske Fællesskaber har indledningsvis også gjort gældende, at det præjudicielle spørgsmål ikke kan realitetsbehandles, således som det konkret er formuleret. Det anføres, at Domstolen ikke efter EØF-traktatens artikel 177 kan udtale sig om, hvorvidt bestemmelser i en national lov er forenelige med traktaten. Kommissionen har dog herefter henvist til Domstolens faste praksis, hvorefter denne i tilfælde som det foreliggende kan omformulere det præjudicielle spørgsmål, således at den forelæggende retsinstans får sådanne oplysninger vedrørende fortolkningen af fællesskabsretten, at den selv kan afgøre, om de pågældende bestemmelser er forenelige med denne. Kommissionen har på denne baggrund foreslået, at spørgsmålet gives følgende affattelse:

»Skal traktaten fortolkes således, at den forbyder nationale bestemmelser i en medlemsstat om fastsættelse af luftfartstak-

7 — Dom af 16. december 1981 i sag 244/80 — Pasquale Foglia mod Mariella Novello — Sml. 1981, s. 3045 ff., nærmere bestemt s. 3062 f.

ster, såfremt de berørte luftfartsselskaber i henhold til disse bestemmelser før fastsættelsen af sådanne takster indbyrdes skal foretage en samordning om dette spørgsmål, eller såfremt bestemmelserne påbyder selskaberne at overholde de således samordnede takster, således at disse godkendes af en offentlig myndighed, og således at det kan medføre et strafansvar, såfremt de godkendte takster ikke overholdes?«

Rejsebureauet *Nouvelles Frontières* har gjort den samme opfattelse gældende om anmodningen om præjudiciel afgørelse fra tribunal de police. Det anføres, at der til grund for denne anmodning ligger det spørgsmål, om en medlemsstat i henhold til EØF-traktaten, for så vidt angår luftfart, lovligt kan opretholde en ordning om godkendelse af takster, som indebærer, at der skal ske en samordning med hensyn til tjenesteydelsernes art og priserne for dem, navnlig når en sådan ordning medfører en fordrejning af konkurrencevilkårene mellem medlemsstaterne.

b) *Finder konkurrencereglerne anvendelse på luftfartsområdet*

Selskabet *Nouvelles frontières*, Jacques Maillot, den nederlandske regering og den britiske regering samt Kommissionen for De europæiske Fællesskaber har gjort gældende, at EØF-traktatens konkurrenceregler finder anvendelse på luftfartsområdet, mens flyselskaberne Air France og KLM samt den italienske regering og den franske regering hævder det modsatte.

Ifølge *Nouvelles Frontières* gælder konkurrencereglerne også på luftfartsområdet. Ganske vist finder forordning nr. 17 om anvendelse af artiklerne 85 og 86 [8] i henhold til forordning nr. 141 [9] ikke anvendelse på transportområdet. Der er ligeledes ved forordning nr. 1017/68 [10] kun tillagt *Kommissionen en direkte kompetence*, for så vidt angår transport med jernbane, ad landeveje og sejlbare vandveje. Som fastslået i Domstolens dom af 4. april 1974 [11], følger det ikke af EØF-traktatens artikel 84, stk. 2, at dennes almindelige regler ikke finder anvendelse på transportområdet. Blandt disse almindelige regler er konkurrencereglerne. Dette princip er blevet bekræftet ved dommen af 12. oktober 1978 i sag 156/77 [12], hvorefter støtte på transportområdet er underlagt traktatens almindelige regler om støtte fra medlemsstaterne og om kontrol og procedurer i denne forbindelse.

Til støtte for, at konkurrencereglerne finder anvendelse på transportområdet, har den nederlandske regering også henvist til den nævnte dom af 4. april 1974. Det anføres, at begrebet traktatens almindelige regler navnlig omfatter bestemmelserne i artiklerne 85-90, dvs. konkurrencereglerne, som må finde anvendelse på luftfartsområdet, uden at det er nødvendigt med nogen beslutning fra Rådet herom. Da der imidlertid endnu ikke er udstedt nogen gennemførelsesbestemmelser på luftfartsområdet som omhandlet i EØF-traktatens artikel 87, påhviler det i henhold til artiklerne 88 og 89 de nationale myndigheder under Kommissionens kontrol at påse, at konkurrencereglerne overholdes af luftfartsselskaberne.

Endelig har den nederlandske regering omtalt den særlige omstændighed, der foreligger ved anmodningen om præjudiciel afgørelse i sag 213/84, nemlig at sagen også vedrører et luftfartsselskab, der er hjemme-

8 — Forordning nr. 17 — første forordning om anvendelse af bestemmelserne i traktatens artikler 85 og 86 (EFT 1959-1962, s. 1).

9 — Rådets forordning nr. 141 om ikke-anvendelse af Rådets forordning nr. 17 på transportsektoren (EFT 1959-1962, s. 258).

10 — Rådets forordning nr. 1017/68 af 19. juli 1968 om anvendelse af konkurrenceregler for transport med jernbane, ad landeveje og sejlbare vandveje (EFT 1968 I, s. 295).

11 — Dom af 4. april 1974 i sag 167/73 — Kommissionen mod Den franske Republik — Sml. 1974, s. 359.

12 — Dom af 12. oktober 1978 i sag 156/77 — Kommissionen mod kongeriget Belgien — Sml. 1978, s. 1881.

hørende uden for Fællesskabet. Man må derfor spørge, om traktatens almindelige regler om luftfart finder anvendelse på flyselskaber fra tredjelande på samme måde som på selskaber hjemmehørende i Fællesskabet.

Også *Det forenede Kongeriges* regering har gjort gældende, at det ikke følger af EØF-traktatens artikel 84, stk. 2, at artikel 85 ikke finder anvendelse på luftfartsområdet. De almindelige regler i traktaten, som Domstolen i sin dom af 4. april 1974 henviste til, omfatter også konkurrencereglerne.

Kommissionen deler denne opfattelse. Den anfører, at EØF-traktatens artikler 85 og 86 utvivlsomt finder anvendelse på luftfartsområdet, idet disse bestemmelser falder ind under de grundlæggende regler, som Domstolen henviste til i den nævnte dom af 4. april 1974.

Flyselskaberne Air France og KLM har for det første anført, at luftfartsområdet i henhold til forordning nr. 141 ikke er omfattet af reglerne i forordning nr. 17, og at der trods talrige forslag fra Kommissionen indtil nu ikke er sket nogen ændring heri. Det kan heller ikke af Domstolens dom af 4. april 1974 [11] udledes, at Domstolen har været af den opfattelse, at traktatens almindelige regler uden begrænsninger finder anvendelse på transportområdet. Endvidere henvises der til, at konkurrencereglerne er indeholdt i EØF-traktatens tredje del (»Fællesskabets politik«), og ikke i anden del, der omhandler Fællesskabets grundlag, og hvis bestemmelser er de eneste, som kan henregnes til begrebet almindelige regler.

Den *franske Republiks regering* har ligeledes gjort gældende, at det resultat, Domstolen i den nævnte dom af 4. april 1974 [11] kom frem til med hensyn til bestemmelserne i EØF-traktatens anden del, ikke kan overføres til konkurrencereglerne, der er indeholdt i traktatens tredje del. Der er aldrig i medfør af EØF-traktatens artikel 84, stk. 2, truffet nogen beslutning om, at artikel 78 — hvorefter enhver foranstaltning, der træffes inden for rammerne af traktaten vedrørende transportpriser og -vilkår, skal tage hensyn til transportvirksomhedernes økonomiske situation — skal finde anvendelse på luftfartsselskaber, hvorfor det ville være paradoksalt, såfremt strengere bestemmelser som dem i artiklerne 85 og 86 uden videre blev anset for anvendelige på dette område.

c) *Retsvirkningerne af, at konkurrencereglerne finder anvendelse på transportområdet*

Også for så vidt angår spørgsmålet om, hvilke følger det i forbindelse med de omhandlede anmodninger om præjudiciel afgørelse ville få, såfremt konkurrencereglerne anses for anvendelige på transportområdet, har parterne gjort forskellige opfattelser gældende.

Den franske Republiks regering har indledningsvis anført, at konkurrencereglerne er rettet til virksomhederne og ikke til medlemsstaterne. EØF-traktatens artikler 85 og 86 indeholder kun en beskrivelse af bestemte handlemåder hos virksomhederne og opstiller regler om sanktioner i forbindelse hermed. Medlemsstaterne er ikke forpligtet til at forbyde handlemåder af denne art fra virksomhedernes side. De er kun forpligtet til ikke at træffe nogen foranstaltninger, der gør det muligt for private virksomheder at unddrage sig de begrænsninger, der fremgår af traktatens artikler 85-94. Hvis man stiller det spørgsmål, om de franske bestemmelser tillader virksomhederne at handle på den omhandlede måde, må der svares benægtende herpå. Den omstændighed, at det i Frankrig som i de andre medlemsstater tillades, at der mellem virksomhederne sker en samordning med hensyn til fastsættelse af takster, kan ikke

11 — Dom af 4. april 1974 i sag 167/73 — Kommissionen mod Den franske Republik — Sml. 1974, s. 359.

være i strid med EØF-traktatens konkurrenceregler. Selv om artikel 85, stk. 1, navnlig forbyder aftaler mellem virksomheder om priser, indeholder stk. 3 hjemmel til at gøre undtagelser fra dette grundlæggende forbud. Da de i artikel 87, stk. 2, litra b), omhandlede gennemførelsesbestemmelser endnu ikke er blevet udstedt, er medlemsstaterne i henhold til artikel 88 forpligtet til at påse, at konkurrencereglerne overholdes. Frankrig er derfor berettiget til at opretholde ordningen vedrørende godkendelse af luftfartstakster uden i denne forbindelse at forbyde en samordning mellem flyselskaberne, for så vidt principperne i artikel 85, stk. 3, ikke derved tilsidesættes.

Det anføres endvidere, at Kommissionen ikke har ønsket at gøre brug af sine kontrolbeføjelser efter EØF-traktatens artikel 89 eller at gribe ind over for eventuelle overtrædelser af artiklerne 85 og 86.

Den italienske Republiks regering har ligeledes gjort gældende, at medlemsstaterne i henhold til EØF-traktatens artikel 88, sammenholdt med artikel 85, stk. 3, lovligt kan tillade, at der sker en samordning flyselskaberne imellem. På fællesskabsrettens nuværende udviklingstrin er der ingen bestemmelser i EØF-traktaten, der er til hinder for, at medlemsstaterne opretholder ordninger vedrørende godkendelse af luftfartstakster, selv om der mellem de pågældende selskaber har været en samordning herom. Medlemsstaternes beføjelser i så henseende skal dog udøves i overensstemmelse med deres formål, og de må således f.eks. ikke benyttes til udelukkende at fremme protektionistiske mål. Endvidere anføres det, at såfremt konkurrencereglerne uden videre og uden forbehold anses for anvendelige på luftfartsområdet, vil dette skabe alvorlige problemer, som vil skade de virksomheder, der udfører de pågældende tjenesteydelser, og i sidste instans forbrugerne.

Også *kongeriget Nederlandenes* regering har gjort gældende, at de nationale myndigheder, der varetager spørgsmål om karteller, i medfør af EØF-traktatens artikel 88 er beføjet til at afgøre spørgsmål om, hvorvidt karteller skal anses for lovlige, og om, hvorvidt der foreligger et misbrug af en dominerende stilling ifølge national ret og bestemmelserne i artiklerne 85, stk. 3, og 86. Det anføres endvidere, at spørgsmålet om samordning med hensyn til fastsættelse af takster ikke er et problem, der kan bedømmes isoleret, idet også andre forhold spiller en betydelig rolle. Blandt sådanne forhold kan nævnes samordning vedrørende adgang til markedet eller med hensyn til den transportkapacitet, der skal tillades. Der kan næppe gennemføres en liberalisering på luftfartsområdet, såfremt man ikke er opmærksom på sammenhængen mellem disse forskellige forhold. Man kan se bort fra den mulighed, at medlemsstaterne skulle tilsidesætte deres forpligtelser efter fællesskabsretten ved at indføre bestemmelser, hvorefter virksomhederne kan handle i strid med EØF-traktatens artikler 85 og 86. En bestemmelse, hvorefter der skal ske en godkendelse af takster, udgør ikke i sig selv en foranstaltning, der tvinger private selskaber til at tilsidesætte deres forpligtelser i henhold til artiklerne 85 og 86.

Flyselskaberne *KLM* og *Air France* erkender, at der af EØF-traktatens artikler 3, 5, 85 og 86 kan udledes visse forpligtelser for medlemsstaterne, men anfører, at en aktualisering af eventuelle forpligtelser til at handle på en bestemt måde i denne forbindelse forudsætter, at indholdet af disse er tilstrækkeligt konkretiseret. Dette er imidlertid ikke tilfældet, for så vidt angår luftfartsområdet. Der henvises i denne forbindelse til Domstolens dom af 10. januar 1985 [13]. Heri fastslog Domstolen, at der

13 — Dom af 10. januar 1985 i sag 229/83 — Association des Centres distributeurs Édouard Leclerc m.fl. mod Sarl »Au blé vert« m.fl. — Sml. 1985, s. 1.

ikke over for rent nationale ordninger eller former for praksis inden for bogsektoren findes nogen konkurrencepolitik i Fællesskabet, som medlemsstaterne i kraft af deresforpligtelse til at undlade at træffe foranstaltninger, der kan bringe virkeliggørelsen af traktatens målsætning i fare, skal handle i overensstemmelse med. Det følger heraf, at medlemsstaternes forpligtelser i henhold til EØF-traktatens artikel 5, sammenholdt med artiklerne 3, litra f), og 85, på fællesskabsrettens nuværende udviklingstrin i denne forbindelse ikke er tilstrækkeligt præcise til, at der består et forbud mod at indføre bestemmelser, der griber ind i konkurrenceforholdene ved at regulere spørgsmålet om detailprisen for bøger. Mere klart udtrykt indebærer dette, at der end ikke indirekte af artiklerne 85 og 86 kan udledes nogen forpligtelser for medlemsstaterne, for så vidt disses nærmere indhold ikke er tilstrækkeligt klart, hvilket netop er tilfældet i forbindelse med spørgsmålet om konkurrenceforholdene på luftfartsområdet. Fællesskabsrettens nærmere indhold, for så vidt angår luftfarten, savner ikke alene klarhed. Der foreligger overhovedet næppe nogen fællesskabsret på dette område, og i hvert fald findes der ingen politik inden for denne sektor.

Det forenede Kongeriges regering har for det første gjort gældende, at en national ordning om godkendelse af takster ikke i sig selv er uforenelig med traktatens bestemmelser. Dette gælder også, selv om de takster, der godkendes, først har været genstand for en samordning. En sådan ordning bliver først uforenelig med fællesskabsretten, såfremt den påbyder flyselskaberne indbyrdes at samordne deres takster. En medlemsstat kan i denne forbindelse ikke påberåbe sig de særlige regler i EØF-traktatens artikel 90 om offentlige virksomheder, idet det ikke er nogen forudsætning for, at luftfartsselskaberne kan udføre deres opgaver, at konkurrencereglerne ikke finder anvendelse. Retshåndhævelsesmæssigt forholder det sig således, at det i henhold til artikel 88 påhviler medlemsstaterne at påse, at konkurrencereglerne overholdes. Artikel 88 omtaler ikke, hvilke nationale myndigheder der i denne forbindelse er kompetente, men man må gå ud fra, at meningen har været, at disse opgaver påhviler de myndigheder, der er kompetente i forbindelse med konkurrencespørgsmål, eller dem, der varetager luftfartsspørgsmål. Disse myndigheder har i forbindelse med godkendelsen af luftfartstakster forudsætningerne for at efterprøve, om bestemmelserne i artiklerne 85 og 86 er blevet overholdt, og i givet fald for at undersøge, om der i forbindelse med en samordning mellem nogle flyselskaber bør gives en fritagelse i medfør af artikel 85, stk. 3. De nationale domstole kan ganske vist ikke selv give en fritagelse efter artikel 85, stk. 3, men de kan i forbindelse med en retssag prøve lovligheden af en afgørelse om meddelelse eller afvisning af en fritagelse. En fritagelse i medfør af artikel 85, stk. 3, kan dog ikke gives stiltiende, og det er et krav, at noget sådant sker i form af en af grunde ledsaget afgørelse. Såfremt dette ikke var tilfældet, ville det ikke med sikkerhed kunne prøves, om betingelserne i artikel 85, stk. 3, virkelig er opfyldt.

Det er imidlertid udelukket, at disse principper kan anvendes med tilbagevirkende kraft, idet det indtil nu ikke har været klart, hvem der skal give en fritagelse i medfør af artikel 85, stk. 3. Allerede godkendte luftfartstakster må derfor foreløbig anses for gyldige, hvilket også støttes af den omstændighed, at Kommissionen endnu ikke på dette område har gjort brug af sine kontrolbeføjelser i henhold til artikel 89, stk. 2. Det ville medføre ulemper, såfremt konkurrencereglerne blev anset for fuldt ud anvendelige med tilbagevirkende gyldighed. På den anden side er det uantageligt, om konkurrencereglerne næsten tredive år efter EØF-traktatens ikrafttrædelse fortsat ikke skulle finde anvendelse på dette område.

Også *Kommissionen* har anført, at EØF-traktatens artikler 85 og 86 først og fremmest retter sig til virksomhederne. Det

fremgår imidlertid af Domstolens praksis, at medlemsstaterne ikke må træffe nogen foranstaltninger, der har til formål eller til følge, at virksomhederne gives et incitament eller tvinges til at handle i strid med artiklerne 85 eller 86. Retshåndhævelsen i forbindelse med gennemførelsen af konkurrencereglerne på luftfartsområdet påhviler i henhold til artiklerne 88 og 89 fortsat både de nationale myndigheder og Kommissionen. De nationale domstole har i givet fald kompetence til at afgøre, om en aftale eller samordnet praksis er forenelig med konkurrencereglerne. De principper, der af Domstolens dom af 6. april 1962 i sag 13/61 [14] fremgår om den foreløbige gyldighed af aftaler under overgangsperioden før ikrafttrædelsen af forordning nr. 17, kan ikke overføres på luftfartsområdet, idet de omstændigheder, der forelå i den pågældende sag — en før EØF-traktatens ikrafttrædelse indgået aftale, anmeldelsespligt i henhold til artikel 5 i forordning nr. 17, eksistensen af denne forordning på tidspunktet for sagen — ikke gør sig gældende på luftfartsområdet.

Såfremt det antages, at de nationale domstole kan anvende artikel 85 på luftfartsområdet, navnlig når der er tale om flyvning mellem medlemsstaterne, må det kunne prøves, om en aftale eller praksis i forbindelse med fastsættelsen af takster kan gøres til genstand for en fritagelse i medfør af artikel 85, stk. 3. En samordning med hensyn til takster begrænser uundgåeligt konkurrencen, men kan også medvirke til at forbedre trafikforholdene. Der kan ikke gives nogen fritagelse, såfremt en sådan samordning udelukker, at deltagerne i denne eller andre virksomheder selvstændigt kan foreslå eller anvende andre takster. For så vidt dette ikke er tilfældet, kan de nationale myndigheder i medfør af artikel 88 give en fritagelse.

Da de nationale luftfartsmyndigheder efter fransk ret har meget store skønsmæssige beføjelser, er det af afgørende betydning, hvorledes disse myndigheder udøver deres beføjelser. Det må derfor undersøges, om de franske myndigheder kun godkender takster, som før anmodningen om godkendelse er blevet samordnet mellem virksomhederne. Er dette ikke tilfældet, opstår det spørgsmål ikke, om de nationale bestemmelser om godkendelse af luftfartstakster er forenelige med EØF-traktaten.

d) *Et særligt problem: flyforbindelser til tredjelande*

Det forenede Kongeriges regering og Kommissionen er endvidere kommmet ind på det særlige problem vedrørende flyforbindelser til tredjelande. *Det forenede Kongeriges* regering har for det første rejst det spørgsmål, om en samordning med hensyn til takster i forbindelse med flyvninger til og fra tredjelande overhovedet kan antages at påvirke samhandelen mellem medlemsstaterne. Det anføres endvidere, at det kan være vanskeligt at anvende de fællesskabsretlige konkurrenceregler på sådanne flyvninger, idet man her ofte står over for folkeretlige aftaler, der er ældre end fællesskabsretten, og som i henhold til EØF-traktatens artikel 234 skal respekteres.

Kommissionen har derimod gjort gældende, at en samordning med hensyn til takster i forbindelse med flyvninger til og fra tredjelande udmærket kan påvirke samhandelen mellem medlemsstaterne. En sådan påvirkning af samhandelen inden for Fællesskabet er dog vanskelig at påvise. Det anføres endvidere, at en anvendelse af de fællesskabsretlige konkurrenceregler ofte vil støde på vanskeligheder på grund af bi- eller multilaterale aftaler. I henhold til EØF-traktatens artikel 234 berøres rettigheder og forpligtelser efter overenskomster, der er

14 — Dom af 6. april 1962 i sag 13/61 — Kledingverkoopbedrijf de Geus en Uitdenbogerd mod Robert Bosch m.fl. — Sml. 1954-1964, s. 293.

indgået med tredjelande før traktatens ikrafttrædelse, ikke af bestemmelserne i denne. Ifølge artikel 234, stk. 2, skal medlemsstaterne imidlertid bringe alle egnede midler i anvendelse med henblik på at fjerne konstaterede uoverensstemmelser med traktaten. Så længe dette ikke er sket, kan artiklerne 85 og 86 ikke finde anvendelse på en samordning med hensyn til takster, der er sket i overensstemmelse med sådanne aftaler. Kommissionen har intet foretaget sig med henblik på at opfordre medlemsstaterne til at træffe de i artikel 234 omhandlede foranstaltninger.

Flyselskaberne *Air France* og *KLM* har ligeledes henvist til artikel 234, stk. 2, idet det anføres, at så længe det ikke er klart, hvilke forpligtelser der påhviler medlemsstaterne med hensyn til konkurrence og luftfart, er disse heller ikke forpligtet til at træffe foranstaltninger som omhandlet i denne bestemmelse.

Den franske Repubuliks regering, *Den italienske Republiks* regering og *kongeriget Nederlandenes* regering har som svar på et spørgsmål fra Domstolen oplyst, at det problem ikke har været rejst, om tidligere indgåede internationale forpligtelser er i overensstemmelse med EØF-traktaten, og at de aldrig har ment, at der påhvilede dem nogen pligt til at tilpasse deres internationale forpligtelser på dette område, fordi disse måtte være i strid med traktaten.

Det forenede Kongeriges regering har heroverfor anført, at det ikke ligger klart, om og i hvilket omfang de internationale aftaler, som Det forenede Kongerige før sin tiltrædelse af Fællesskabet har indgået, måtte være i strid med EØF-traktaten. Såfremt dette antages, må der ske en genforhandling af aftalerne med de pågældende tredjelande.

Det forenede Kongerige anfører imidlertid videre, at det allerede har truffet foranstaltninger med henblik på at mindske disse aftalers mulige uoverensstemmelse med traktaten. Man har således både meddelt de stater, der er medlemmer af Den europæiske civile Luftfartskonference, og tredjelande, at det ikke længere af luftfartsselskaberne kræves, at de før indgivelse af ansøgninger om godkendelse af takster skal føre konsultationer med andre luftfartsselskaber herom.

e) *Forslag til Domstolens besvarelse af det forelagte spørgsmål*

Kun flyselskaberne KLM og Air France samt Kommissionen for De europæiske Fællesskaber har fremlagt konkrete forslag til, hvorledes Domstolen bør besvare det af tribunal de police de Paris forelagte spørgsmål. Forslagene lyder således:

Air France og *KLM*

»Selv om det sammenholdes med indholdet af præmisserne i dommene af 2. marts 1984, er det præjudicielle spørgsmål ikke af en sådan art, at Domstolen kan give nogen fortolkning af en fællesskabsretlig bestemmelse, der objektivt er nødvendig for afgørelsen af tvisterne for tribunal de police de Paris. Endvidere må det præjudicielle spørgsmål fra tribunal de police antages at hvile på en fejlagtig fortolkning af de nationale bestemmelser, om hvilke Domstolen er blevet anmodet om at prøve, hvorvidt de er forenelige med fællesskabsretten. Endelig lider det præjudicielle spørgsmål af den i sig selv afgørende mangel, at det er affattet på en sådan måde, at Domstolen ikke af spørgsmålet kan udlede, hvilken konkret fællesskabsretlig bestemmelse, der ønskes en fortolkning af.«

Kommissionen: [15]

»En national ordning, hvorefter luftfartstakster skal godkendes af en offentlig myndighed, og hvorefter der skal

15 — Se hertil den af Kommissionen foreslåede affattelse af spørgsmålet ovf. s. 1431.

ske en forudgående samordning mellem de pågældende luftfartsselskaber med hensyn til de takster, som søges godkendt, strider mod bestemmelserne i traktaten om oprettelse af Det europæiske økonomiske Fællesskab, navnlig artikel 5, eller i givet fald artikel 90, sammenholdt med artiklerne 85 og 86, såfremt den således foreskrevne forudgående samordning ikke vil kunne gøres til genstand for en fritagelse i medfør af artikel 85, stk. 3.

Sådanne nationale bestemmelser er navnlig uforenelige med fællesskabsretten, såfremt den forudgående samordning er en betingelse for at kunne fremsætte forslag om de takster, der skal godkendes, eller såfremt den kompetente myndighed udøver sine beføjelser til at godkende taksterne på en sådan måde, at der vil kunne ske et misbrug af en dominerende stilling, som et eller flere af luftfartsselskaberne har på den pågældende rute, eller således at grundlaget for et sådant misbrug sikres ved hjælp af straffe-retlige sanktioner.

For så vidt forpligtelser, som følger af luftfartsoverenskomster indgået af den pågældende medlemsstat med tredjelande, og som er omfattet af bestemmelserne i traktatens artikel 234, ikke er til hinder herfor, påhviler det de nationale retsinstanser at se bort fra nationale bestemmelser, der efter de ovenfor nævnte retningslinjer er uforenelige med traktaten.«

De øvrige parter har ikke fremlagt nogen konkrete forslag til, hvorledes spørgsmålet bør besvares.

B. Ved min vurdering af disse anmodninger om præjudiciel afgørelse må jeg indledningsvis fremhæve, at det ikke er Domstolens opgave at tage stilling til rigtigheden af den forelæggende retsinstans' fortolkning af fransk ret eller dens bedømmelse af de faktiske omstændigheder i sagen. Det er rigtigt, at nogle af procesdeltagerne har gjort gældende, at tribunal de police de Paris har lagt en forkert fortolkning af de pågældende franske bestemmelser til grund, og at det er blevet hævdet, at det af retten anførte vedrørende takstaftalerne mellem flyselskaberne ikke er rigtigt. Domstolen kan imidlertid ikke foretage nogen prøvelse på disse punkter, idet det henhører under den forelæggende retsinstans' kompetence at afgøre, hvilke faktiske omstændigheder og hvilke retlige vurderinger af den nævnte art der skal lægges til grund. Det tilkommer heller ikke Domstolen at prøve, om aftalerne mellem flyselskaberne virkelig er omfattet af forbudet i EØF-traktatens artikel 85, stk. 1. Dette gælder navnlig spørgsmålet om, hvorvidt en sådan samordning påvirker samhandelen mellem medlemsstaterne, hvilket netop med hensyn til flyforbindelser til tredjelande formentlig kun vanskeligt kan påvises.

Tværtimod må Domstolen ved sin afgørelse gå ud fra den forudsætning, at det af den forelæggende retsinstans anførte vedrørende de faktiske omstændigheder samt dens retlige vurdering er korrekt. Også for mit vedkommende vil jeg derfor gå ud fra denne forudsætning.

Jeg vil heller ikke gå nærmere ind på de ret omfattende redegørelser, der er blevet givet vedrørende det igangværende lovgivningsarbejde i Rådet, idet Domstolen kun kan træffe afgørelse på grundlag af gældende ret, hvorimod der ikke kan tages hensyn til den udvikling i retstilstanden, der senere måtte kunne ske. Dette gælder så meget mere, som hovedsagerne er straffesager, hvorfor der gælder det princip, at afgørelsen om strafbarheden af de påtalte overtrædelser af takstaftalerne og de fra statslig side godkendte takster kun kan træffes på grundlag af retstilstanden på det tidspunkt, da de pågældende forhold blev begået, og ikke på grundlag af en senere retstilstand, selv om forholdene måtte kunne være strafbare i henhold til denne. Det kan være nyttigt for den nationale retsinstans at vide, hvilke forestillinger man har med hensyn til indholdet af kommende forordninger på området, idet den af dette lovgivningsarbejde kan hente inspiration med hensyn til de kriterier, på grundlag af hvilke der navnlig i forhold til EØF-traktatens artikel 85, stk. 3, skal ske en bedømmelse af afta-

lerne om luftfartstakster. Med henblik på afgørelsen af det for Domstolen foreliggende grundlæggende spørgsmål om, hvorvidt konkurrencereglerne finder anvendelse på luftfartsområdet, er det igangværende lovgivningsarbejde i Rådet imidlertid uden betydning.

1. *Formaliteten vedrørende anmodningerne om præjudiciel afgørelse hhv. Domstolens kompetence*

En række af procesdeltagerne har gjort gældende, at anmodningerne om præjudiciel afgørelse ikke kan realitetsbehandles, eller at Domstolen savner kompetence til at afgøre dem. Der anføres tre forhold til støtte for, at der ikke kan ske nogen realitetsbehandling: for det første anføres det, at Domstolen ikke i henhold til EØF-traktatens artikel 177 har kompetence til at udtale sig om, hvorvidt national ret er forenelig med fællesskabsretten. For det andet gøres det gældende, at en afgørelse fra Domstolen ikke er nødvendig for at kunne afgøre de konkrete tvister, idet den forelæggende retsinstans allerede har statueret, at traktatens konkurrenceregler finder anvendelse på aftaler om luftfartstakster. Endelig gøres det gældende, at det præjudicielle spørgsmål er så upræcist affattet, at det ikke kan fastlægges, hvilke bestemmelser i fællesskabsretten de pågældende nationale bestemmelser skal vurderes på grundlag af.

a) Den formalitetsindsigelse, hvorefter spørgsmålet drejer sig om, hvorvidt national ret er forenelig med fællesskabsretten, er ikke holdbar. Det er utvivlsomt, at Domstolen ikke i medfør af EØF-traktatens artikel 177 kan afgøre, om en national foranstaltning er forenelig med traktaten. Men det fremgår også af Domstolens faste praksis, at en anmodning om præjudiciel afgørelse ikke bør afvises fra realitetsbehandling, blot fordi spørgsmålet er affattet på en uhensigtsmæssig måde. Allerede i sin dom af 15. juli 1964 i sag 6/64 [16] udtalte Domstolen, at den om muligt af etufuldstændigt affattet spørgsmål fra en national retsinstans bør søge at udlede, hvilke spørgsmål vedrørende traktatens fortolkning den pågældende anmodning om præjudiciel afgørelse rejser. Domstolen kan således ikke afgøre, om en national bestemmelse er forenelig med traktaten, men kun give en fortolkning af denne, for så vidt de oplysninger, den forelæggende retsinstans har givet om den konkrete tvist, giver anledning hertil [17].

b) Mere vigtig er den indsigelse, at anmodningerne om præjudiciel afgørelse ikke er nødvendige for afgørelserne i de konkrete tvister. I virkeligheden *har* den forelæggende retsinstans *statueret*, at takstaftalerne mellem flyselskaberne er ugyldige efter artikel 85, stk. 2, og derfor ikke kan finde anvendelse. Derimod har retten rejst det *spørgsmål*, om de nationale straffebestemmelser og de til grund herfor liggende bestemmelser om godkendelse af takster er forenelige med fællesskabsretten.

Domstolen har næsten aldrig ment at burde foretage en prøvelse af, om en anmodning om præjudiciel afgørelse er relevant for afgørelsen i hovedsagen. I den allerede nævnte dom af 15. juli 1964 i sag 6/64 [16] udtalte Domstolen, at EØF-traktatens artikel 177 hviler på en skarp adskillelse af de opgaver, der påhviler henholdsvis de nationale retsinstanser og Domstolen. Domstolen kan hverken afgøre den konkrete tvist eller foretage nogen prøvelse, for så vidt angår begrundelsen for og formålet med anmodningen om præjudiciel afgørelse.

Forholdet her er imidlertid det, at der til støtte for, at anmodningerne om præjudiciel afgørelse ikke kan realitetsbehandles, er blevet henvist til udtalelser, der er indeholdt i Domstolens domme i de to sager Foglia

16 — Dom af 15. juli 1964 i sag 6/64 — Flaminio Costa mod ENEL — Sml. 1954-1964, s. 531.

17 — Anførte dom, s. 535.

mod Novello [18]. I den første af disse domme fastslog Domstolen, at den ikke var kompetent til at besvare det af den af den nationale retsinstans forelagte spørgsmål, idet den fandt at måtte lægge til grund, at der ikke forelå nogen reel tvist, men derimod en »konstruktion« af »kunstig karakter«. I den anden af de nævnte domme udtalte Domstolen endvidere, at det i henhold til ordningen i EØF-traktatens artikel 177 henhører under den nationale retsinstans at vurdere, om det er nødvendigt at indhente en besvarelse af de fortolkningsspørgsmål, der er rejst for den på grundlag af de faktiske og retlige forhold i sagen, men at Domstolen med henblik på at efterprøve sin egen kompetence er beføjet til om fornødent at undersøge de omstændigheder, hvorunder den nationale retsinstans har forelagt sagen. Som begrundelse herfor angav Domstolen, at artikel 177 ikke tillægger den som opgave at udøve responderende virksomhed vedrørende generelle eller hypotetiske spørgsmål, men at bidrage til justitsforvaltningen i medlemsstaterne. Domstolen udtalte herefter, at den således savner kompetence til at besvare fortolkningsspørgsmål, der stilles i forbindelse med processuelle arrangementer, som parterne har konstrueret med henblik på at formå den til at tage stilling til nærmere bestemte problemer i fællesskabsretten, og som ikke er udtryk for et objektivt behov i forbindelse med løsningen af en retstvist.

Ser man isoleret på disse betragtninger, kan man måske være tilbøjelig til at mene, at Domstolen i det foreliggende tilfælde savner kompetence, forudsat det antages, at det præjudicielle spørgsmål ikke er relevant for afgørelserne i hovedsagerne. Det må imidlertid fremhæves, at der i begge sagerne Foglia mod Novello var tale om et højst »usædvanligt tilfælde«, idet forholdet var det, at der for en italiensk domstol var rejst spørgsmål om, hvorvidt en fransk bestemmelse var i overensstemmelse med fællesskabsretten, og idet begge parter i tvisten var enige om, hvorledes dette spørgsmål skulle besvares, uden at de havde forsøgt at få en afgørelse heraf ved at indbringe det for den kompetente franske retsinstans. I betragtning af disse usædvanlige omstændigheder, der på én gang forelå, ville det ikke være rimeligt af de nævnte domme at drage for vidtgående slutninger og f.eks. konkludere, at Domstolen har villet anlægge en mere restriktiv praksis i forbindelse med anmodninger om præjudiciel afgørelse [19].

I øvrigt er det min opfattelse, at man næppe i forbindelse med en straffesag kan tale om en konstruktion af kunstig karakter.

Endvidere mener jeg heller ikke, at der i det — ganske vist meget kortfattet — udtrykte ræsonnement i dommene fra tribunal de police nødvendigvis ligger en selvmodsigelse. Den forelæggende retsinstans fastslår, at takstaftalerne mellem flyselskaberne i henhold til EØF-traktatens artikel 85, stk. 2, er ugyldige, men rejser derefter det spørgsmål, om de franske bestemmelser er forenelige med fællesskabsretten. Efter min opfattelse tvinges man ikke nødvendigvis af den konstatering, at takstaftalerne er ugyldige, til at drage den slutning, at de nationale straffebestemmelser ikke kan finde anvendelse. Det forhold, der er behæftet med straf, er ikke den manglende anvendelse af de takster, der er *aftalt*, men derimod den manglende anvendelse af de takster, der er blevet *godkendt* af den kompetente minister. Jeg kan ikke her gå nærmere ind på detailspørgsmål vedrørende

18 — Dom af 11. marts 1980 i sag 104/79 — Pasquale Foglia mod Marielle Novello — Sml. 1980, s. 745, og dom af 16. december 1981 i sag 244/80 — Foglia mod Novello — Sml. 1981, s. 3045.

19 — Jfr. U. Everling, »Das Vorabentscheidungsverfahren vor dem Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften — Praxis und Rechtsprechung«, Schriftenreihe Europäisches Recht, Politik und Wirtschaft, bind 121, s. 43, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 1986.

fransk strafferet, men jeg finder det i hvert fald ikke udelukket, at spørgsmålet om den civilretlige gyldighed af takstaftaler på den ene side og gyldigheden af de pågældende straffebestemmelse på den anden side vil kunne besvares forskelligt i de to tilfælde, f. eks. såfremt godkendelsen efter national ret kan have en særlig betydning i form af, at en mangel ved en retshandel derved afhjælpes, eller såfremt strafansvaret består uafhængigt af den civilretlige gyldighed af et af elementerne i det i straffebestemmelsen beskrevne gerningsindhold. Om det forholder sig således, kan jeg ikke udtale mig om. Denne vurdering af indholdet af national ret henhører under den nationale retsinstans. For mig står det i hvert fald klart, at det præjudicielle spørgsmål ikke åbenbart savner relevans for afgørelserne i hovedsagerne. Det tilkommer derfor den forelæggende retsinstans på sit eget ansvar at vurdere, om det for at kunne afsige dom er en forudsætning, at der foreligger et svar på et bestemt spørgsmål, således at dette må forelægges Domstolen i form af en anmodning om præjudiciel afgørelse.

c) For at kunne afgøre endeligt, hvorledes det præjudicielle spørgsmål fra tribunal de police de Paris bør omformuleres, må det endvidere undersøges, hvad det er for bestemmelser i fællesskabsretten, som den nationale retsinstans har brug for en fortolkning af. Det præjudicielle spørgsmål er meget generelt affattet, idet der spørges, om de franske bestemmelser er forenelige med fællesskabsretten. Jeg mener dog, at det er muligt at foretage en præcis afgrænsning af, hvad spørgsmålet drejer sig om.

I anmodningerne om præjudiciel afgørelse beskæftiger den forelæggende retsinstans sig — bortset fra EØF-traktatens artikel 84, stk. 2 — udelukkende med traktatens konkurrenceregler. I præmisserne til anmodningerne citeres artikel 85 to gange, og det bemærkes, at bestemmelsen drejer sig om de regler, som virksomhederne er underlagt med hensyn til konkurrenceforhold.

Hvad angår artikel 84, stk. 2, der i forbindelse med afsnittet om transportpolitik indeholder særlige regler om luftfarten, nævnes denne bestemmelse kun på den måde, at det anføres, at den ikke er til hinder for en anvendelse af konkurrencereglerne på luftfartsområdet.

At den forelæggende retsinstans kun ved sit spørgsmål kan have haft EØF-traktatens konkurrenceregler i tankerne, fremgår også af et yderligere forhold: det synes således at fremgå af de akter i sagerne, som den forelæggende retsinstans har oversendt til Domstolen, at spørgsmålet om de franske bestemmelsers forenelighed med fællesskabsretten i hovedsagerne kun er blevet rejst i sag 211/84 af de — i mellemtiden frifundne — tiltalte Chadoutaud og firmaet Wagons Lits. Der er i de skriftlige indlæg fra disse ligeledes udelukkende henvist til de bestemmelser i fællesskabsretten, der omhandler konkurrencereglerne. Spørgsmålet om, hvorvidt de franske bestemmelser måtte være uforenelige med andre bestemmelser i fællesskabsretten, er ikke blevet rejst.

Min konklusion er derfor, at det præjudicielle spørgsmål må fortolkes således, at der ønskes en klarlæggelse af, hvilke virkninger EØF-traktatens konkurrenceregler måtte have på gyldigheden af den franske ordning om godkendelse af luftfartstakster. Jeg skal herefter foreslå Domstolen at omformulere det præjudicielle spørgsmål fra tribunal de police de Paris, idet man i denne forbindelse vil kunne basere sig på Kommissionens konkrete forslag hertil, der lyder således:

»Skal traktaten fortolkes således, at den forbyder nationale bestemmelser i en medlemsstat om fastsættelse af luftfartstakster, såfremt de berørte luftfartsselskaber i henhold til disse bestemmelser før fastsættelsen af sådanne takster indbyrdes skal foretage en samordning om dette spørgsmål, eller såfremt bestemmelserne påbyder selskaberne at overholde de således samordnede takster, således at disse godkendes af en offentlig myndighed, og således at det kan medføre et strafansvar, såfremt de godkendte takster ikke overholdes?«

2. *Finder konkurrencereglerne anvendelse på luftfartsområdet*

Der er blevet anført to forhold til støtte for, at konkurrencereglerne på fællesskabsrettens nuværende udviklingstrin ikke kan antages at finde anvendelse på luftfartsområdet: for det første anføres det, at EØF-traktatens artikel 84, stk. 2, er til hinder herfor, idet der efter bestemmelsens ordlyd forudsættes en særlig beslutning fra Rådet om de bestemmelser, der skal gælde med hensyn til sø- og luftfart. For det andet gøres det gældende, at det fremgår af forordning nr. 141, ikke alene at forordning nr. 17, men i det hele taget artiklerne 85 og 86, ikke skal finde anvendelse på luftfartsområdet.

a) EØF-traktatens artikel 84 lyder således:

»1) Bestemmelserne i dette afsnit finder anvendelse på transporter med jernbane, ad landeveje og sejlbare vandveje.

2) Rådet kan med enstemmighed træffe beslutning om, hvorvidt, i hvilket omfang og på hvilken måde passende bestemmelser vil kunne fastsættes for sø- og luftfart.«

Det har hele tiden været omstridt, hvilke retsvirkninger artikel 84 har. Undtager bestemmelsen *kun* sø- og lufttransport fra reglerne i afsnit IV om transport, eller er retsvirkningerne af bestemmelsen den meget mere vidtrækkende at undtage begge disse områder fra *samtlige bestemmelser i EØF-traktaten*?

Den opfattelse, hvorefter bestemmelserne i transportafsnittet, men derimod ikke bestemmelserne i den øvrige del af traktaten, finder anvendelse på transportområdet — ud fra den betragtning, at det fælles marked ikke omfatter transportområdet, idet traktaten kun omtaler en fælles transport*politik* — er allerede blevet afvist i Domstolens dom af 4. april 1974 i sag 167/73. Heri udtalte Domstolen, at omtalen i artikel 74 af traktatens mål må opfattes som en henvisning til de i artiklerne 2 og 3 opregnede målsætninger, hvis virkeliggørelse de grundlæggende bestemmelser, der finder anvendelse på enhver form for økonomisk aktivitet, først og fremmest skal bidrage til. Det hedder videre i dommen, at bestemmelserne om den fælles transportpolitik på ingen måde indebærer, at disse fundamentale regler ikke finder anvendelse, og at bestemmelserne tværtimod har til formål at føre disse ud i livet og supplere dem gennem fælles foranstaltninger, hvorfor de nævnte almindelige regler finder anvendelse i det omfang, de kan bidrage til at fremme de omhandlede målsætninger [20].

Domstolen henviste endvidere til, at det i EØF-traktatens artikel 61, stk. 1, udtrykkeligt hedder, at den frie udveksling af tjenesteydelser på transportområdet »omfattes af bestemmelserne i afsnittet vedrørende transport«, hvilket må opfattes som en bekræftelse på, at traktatens almindelige regler finder anvendelse i det omfang, der ikke er gjort udtrykkelige undtagelser. I henhold til artikel 84, stk. 2, kan Rådet på søtransportområdet træffe beslutning om, hvorvidt, i hvilket omfang og på hvilken måde passende bestemmelser vil kunne fastsættes. Bestemmelsen udelukker på ingen måde, at traktaten finder anvendelse på dette område, idet den blot indeholder en regel om, at de særlige bestemmelser i transportafsnittet ikke uden videre finder anvendelse på denne transportgren. Artikel 84, stk. 2, undtager således sø- og luftfarten fra bestemmelserne i afsnit IV i traktatens anden del om den fælles transportpolitik, for så vidt Rådet ikke har truffet anden bestemmelse, men disse områder er på samme måde som andre transportgrene underkastet traktatens almindelige regler.

20 — Den anførte dom, præmis 26.

Man skulle efter afsigelsen af denne dom, der drejede sig om arbejdskraftens frie bevægelighed på søtransportområdet, have troet, at spørgsmålet om, hvorvidt traktatens almindelige regler finder anvendelse på sø- og luftfarten, var afklaret. Dette blev imidlertid ikke tilfældet, hvilket bl. a. fremgår af indlæggene fra procesdeltagerne. I hvert fald har diskussionen taget en ny drejning. Det, man nu strides om, er, hvad der skal forstås ved traktatens »almindelige regler«. I og for sig udtalte Domstolen sig kun udtrykkeligt om afsnit I (frie varebevægelser) og afsnit III (den frie bevægelighed for personer, tjenesteydelser og kapital) i traktatens anden del, der omhandler Fællesskabets grundlag. Det hævdes nu på denne baggrund, at de almindelige regler i traktatens tredje del ikke finder anvendelse på luftfartsområdet.

Om dette bemærkes for det første, at der ikke for Domstolen var nogen anledning til i dommen af 4. april 1974 at beskæftige sig med andre dele af traktaten end de anførte. Endvidere må det bemærkes, at Domstolen med begrebet »almindelige regler« ikke har anvendt et retligt begreb, der optræder i traktaten. Det er min opfattelse, at Domstolen med begrebet »almindelige regler« har ment alle de regler, der ikke er omfattet af det nævnte begreb »særlige bestemmelser« i afsnit IV om transport. Rigtigheden af denne opfattelse støttes også af generaladvokat Reischl's forslag til afgørelse i den nævnte sag. På grundlag af en analyse af EØF-traktatens artikler 61, stk. 1, og 77 kom generaladvokat Reischl med hensyn til spørgsmålet om, hvilke bestemmelser der finder anvendelse på transportområdet, til følgende konklusion:

Når det i artikel 61, stk. 1, bestemmes, at den frie udveksling af tjenesteydelser på transportområdet omfattes af bestemmelserne i transportafsnittet, må det være klart, at kapitlet om tjenesteydelser ikke finder anvendelse på transportområdet. Denne særlige bestemmelse ville imidlertid være overflødig, såfremt traktatens almindelige regler ikke fandt anvendelse på transportområdet.

I artikel 77, der er indeholdt i afsnittet »Transport«, hedder det, at støtteforanstaltninger, som modsvarer behovet for en samordning af transportvæsenet, eller som udgør godtgørelse for visse forpligtelser, der har sammenhæng med begrebet offentlig tjenesteydelse, er forenelige med traktaten. Sammenholder man dette med reglen i artikel 42 — hvorefter kapitlet om konkurrencereglerne kun finder anvendelse på produktionen af og handelen med landbrugsprodukter i det omfang, Rådet beslutter dette — og betragter man ordlyden af artikel 77, som åbenbart forudsætter, at statsstøtte-reglerne i artiklerne 92-94 finder anvendelse, ligger den slutning nær, at meningen med artikel 77 kun er at udelukke konkurrencereglernes anvendelse på visse former for støtteforanstaltninger inden for transportområdet. Også dette viser utvivlsomt, at traktaten hviler på den forudsætning, at dens almindelige regler, hvortil konkurrencereglerne, herunder reglerne om støtteforanstaltninger, hører, også finder anvendelse på transportområdet.

Også Rådet er gået ud fra, at konkurrencereglerne finder anvendelse på transportområdet. Artikel 1 i forordning nr. 141 om ikke-anvendelse af forordning nr. 17 på transportsektoren opstiller den almindelige regel, at forordning nr. 17 ikke finder anvendelse på transportområdet, og i artikel 3 bestemmes det, at artikel 1 skal gælde for transport med jernbane, ad landeveje og sejlbare vandveje indtil den 31. december 1965, hvoraf det må sluttes, at artikel 1 også omfatter søtransport — og jeg tilføjer: også

luftfart. Heraf må imidlertid også følge, at traktatens almindelige regler finder anvendelse på tilsvarende måde inden for denne sektor. Hvis det ikke forholdt sig således, ville det være uforståeligt, at Rådet har fundet det nødvendigt at udstede en undtagelsesforordning om transport i almindelighed, i øvrigt alene under henvisning til traktatens artikel 87 — og ikke artikel 84, stk. 2.

Under alle omstændigheder er jeg af den opfattelse, at formålet med Domstolens brug af begrebet »almindelige regler« kun har været at foretage en afgrænsning heraf i forhold til de »særlige bestemmelser« om transport.

Sammenfattende må det herefter lægges til grund, at alle traktatens bestemmelser, for så vidt de i øvrigt er relevante, og med undtagelse af de »særlige bestemmelser på transportområdet«, finder anvendelse på luftfarten. For at benytte en af Domstolens egne formuleringer, er jeg herefter af den opfattelse, at anvendelsen af EØF-traktatens artikler 85 ff. på transportområdet ikke [er] fakultativ, men obligatorisk for medlemsstaterne.

b) Der kan heller ikke af det forhold, at forordning nr. 17 ikke finder anvendelse på luftfarten, og at Rådet endnu ikke har udstedt nogen gennemførelsesbestemmelser om anvendelse af konkurrencereglerne på luftfartsområdet, selv om Kommissionen har fremlagt forslag herom [21], drages den slutning, at konkurrencereglerne overhovedet ikke finder anvendelse inden for denne sektor. I henhold til EØF-traktatens artikel 87 skal Rådet udstede de fornødne forordninger eller direktiver om anvendelsen af principperne i artiklerne 85 og 86. Blandt de i artikel 87, stk. 2, nævnte formål, som sådanne retsakter navnlig skal tage sigte på, er: »c) i påkommende tilfælde at træffe nærmere bestemmelse om anvendelsesområdet for bestemmelserne i artiklerne 85 og 86 inden for de forskellige erhvervsgrene.«

Rådet kan således foretage en nærmere konkretisering af, hvorledes konkurrencereglerne bl.a. på luftfartsområdet skal finde anvendelse, men Rådet kan ikke beslutte, at de ikke skal finde anvendelse.

Når Rådet i denne forbindelse ikke har udstedt de »fornødne forordninger eller direktiver«, er konsekvensen heraf derfor blot, at Kommissionen ikke i øjeblikket har umiddelbare beføjelser til at undersøge eller forfølge eventuelle overtrædelser af traktatens artikler 85 og 86 på luftfartsområdet. Heraf følger imidlertid ikke, at konkurrencereglerne ikke finder almindelig anvendelse, men kun, at det i første række ikke påhviler Kommissionen, men derimod medlemsstaterne, at påse, at artiklerne 85 ff. overholdes. Endelig bestemmes det i artikel 88, at medlemsstaternes myndigheder indtil ikrafttrædelsen af de i medfør af artikel 87 udstedte retsakter træffer afgørelse om aftalers tilladelighed samt om misbrug af en dominerende stilling på fællesmarkedet. Bestemmelserne i artiklerne 85 og 86 er derfor ikke suspenderet, idet forholdet blot er det, at beføjelserne og forpligtelsen til at sikre, at de overholdes, endnu ligger hos medlemsstaterne.

Der gælder således for luftfarten endnu en overgangsordning, ligesom det før ikrafttrædelsen af forordning nr. 17 var tilfældet for alle erhvervsgrene.

21 — Se f. eks. forslag til Rådets forordning om fastsættelse af retningslinjerne for anvendelse af konkurrencereglerne på virksomheder i lufttransportsektoren, EFT 1982 C 317, s. 3.

c) Jeg behøver ikke at opholde mig længe ved den opfattelse, at luftfartsselskaberne i kraft af undtagelsesbestemmelserne i EØF-traktatens artikel 90, stk. 2, ikke skulle være forpligtet til at overholde traktatens konkurrenceregler.

Artikel 90 lyder således:

»1. Medlemsstaterne afstår, for så vidt angår offentlige virksomheder og virksomheder, som de indrømmer særlige eller eksklusive rettigheder, fra at træffe eller opretholde foranstaltninger, som er i strid med denne Traktats bestemmelser, navnlig de i artiklerne 7 og 85-94 nævnte.

2. Virksomheder, der har fået overdraget at udføre tjenesteydelser af almindelig økonomisk interesse, eller som har karakter af fiskale monopoler, er underkastet denne Traktats bestemmelser, navnlig konkurrencereglerne, i det omfang anvendelsen af disse bestemmelser ikke retligt eller faktisk hindrer opfyldelsen af de særlige opgaver, som er betroet dem. Udviklingen af samhandelen må ikke påvirkes i et sådant omfang, at det strider mod Fællesskabets interesse.

3. Kommissionen påser, at bestemmelserne i denne artikel bringes i anvendelse, og meddeler, såfremt det er påkrævet, Medlemsstaterne passende direktiver eller beslutninger.«

Jeg bemærker for det første, at bestemmelsen således indeholder en bekræftelse på, at konkurrencereglerne principielt finder anvendelse på offentlige virksomheder — som flyselskaber kan være. For virksomheder, der har fået overdraget at udføre tjenesteydelser af almindelig økonomisk interesse, gælder konkurrencereglerne imidlertid kun i det omfang, anvendelsen af disse bestemmelser ikke retligt eller faktisk hindrer udførelsen af de opgaver, som er betroet dem.

Jeg behøver ikke at gå nærmere ind på, om EØF-traktatens artikel 90, stk. 2, kan begrunde en særstilling for luftfartsselskaberne, idet det fremgår af en nu fast praksis fra Domstolens side, at denne bestemmelse i traktaten på fællesskabsrettens nuværende udviklingstrin ikke »kan give private [dvs. de tiltalte] rettigheder, som de nationale domstole skal beskytte« [22].

For det tilfælde, at Domstolen alligevel måtte finde anledning til at tage materielretlig stilling til, om artikel 90, stk. 2, kan finde anvendelse på aftalerne om luftfartstakster bemærker jeg følgende: Hvis denne bestemmelse skal finde anvendelse, må det *påvises* [23], at de pågældende virksomheder hindres i at opfylde deres opgaver, såfremt de skal overholde traktatens bestemmelser. Der er således tale om en »streng prøvelse« [24]. Før en afvigelse fra traktatens regler kan komme i betragtning, må bl. a. de i traktaten hjemlede muligheder for at opnå en fritagelse i medfør af artikel 85, stk. 3, være udtømt. Først når det uden held er blevet forsøgt at forlige de pågældende modstridende interesser ved hjælp af traktatens procedurer, kan artikel 90, stk. 2, komme i betragtning [25].

Det forenede Kongeriges regering har bestridt, og jeg finder det også yderst tvivl-

22 — Se således allerede dommen af 14. juli 1971 i sag 10/71 — Luxembourgs anklagemyndighed mod Madeleine Hein, født Müller, m.fl. — Sml. 1971, s. 165, på s. 168. En modsat rettet opfattelse kan måske spores i dommen af 27. marts 1974 i sag 127/73 — Belgische Radio en Televisie og Société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs mod SV SABAM og NV Fonior — Sml. 1973, s. 313, på s. 318, men synes ikke lagt til grund i dommene af 30. april 1974 i sag 155/73 — Giuseppe Sacchi — Sml. 1974, s. 409, og af 10. marts 1983 i sag 172/82 — Syndicat national des fabricants raffineurs d'huile de graissage m.fl. mod Groupement d'intérêt économique »Inter-Huiles« m.fl. — Sml. 1983, s. 555, jfr. s. 567.

23 — Den ovenfor nævnte dom i sag 155/73, på s. 431.

24 — Jfr. generaladvokat Roemers forslag til afgørelse i sag 82/71, Sml. 1972, på s. 54.

25 — Se om opfattelsen i litteraturen I. Pernice, note 53 til EØF-traktatens artikel 90 i Grabitz: »*Kommentar zum EWG-Vertrag*«, München 1983.

somt, at disse forudsætninger er opfyldt i forbindelse med de omtvistede aftaler om luftfartstakster. Da selv takstaftaler i medfør af artikel 85, stk. 3, kan undtages fra forbudet mod karteller, kan jeg ikke se, hvorledes en anvendelse af artikel 85 på spørgsmålet om fastsættelsen af luftfartstakster *påviseligt kan hindre* luftfartsselskaberne i at udføre deres opgaver. Hvis man betragter udviklingen med hensyn til lufttrafikken på de amerikanske indenrigsruter, de nordatlantiske ruter og ruterne mellem Nederlandene og Det forenede Kongerige, forekommer det tværtimod tvivlsomt, om en øget konkurrence overhovedet vil kunne indebære en hindring for lufttrafikken som sådan — hvilket i øvrigt heller ikke ville være tilstrækkeligt til, at artikel 90, stk. 2, kunne komme i betragtning.

d) Når det herefter må lægges til grund, at traktatens konkurrenceregler finder anvendelse på luftfarten og dermed også på takstaftaler mellem flyselskaber, kan man heller ikke som begrundelse for sådanne aftaler henvise til, at nationale bestemmelser forudsætter eller endog påbyder, at der indgås sådanne aftaler. Artikel 85 gælder ifølge sin ordlyd aftaler mellem virksomheder og vedtagelser inden for sammenslutninger af virksomheder. Som Domstolen har fastslået i dommen af 30. januar 1985 i sag 123/83 [26], »er de retlige rammer for indgåelsen af sådanne aftaler eller vedtagelser, samt den i de forskellige nationale retsordener givne retlige kvalifikation af disse rammer, uden betydning for anvendeligheden af Fællesskabets konkurrenceregler, herunder traktatens artikel 85«.

26 — Dom af 30. januar 1985 i sag 123/83 — Bureau national interprofessionnel du cognac mod Guy Clair — Sml. 1985, s. 391.

3. *Retsvirkningerne af, at konkurrencereglerne finder anvendelse på luftfarten*

Jeg vil indledningsvis undersøge spørgsmålet om, hvad der af konkurrencereglernes anvendelse på luftfarten kan udledes med hensyn til medlemsstaternes rettigheder og forpligtelser. Vi har allerede fastslået, at alle aftaler mellem virksomheder, alle vedtagelser inden for sammenslutninger af virksomheder og alle former for samordnet praksis, der kan påvirke handelen mellem medlemsstater, og som har til formål eller til følge at hindre, begrænse eller fordreje konkurrencen inden for Fællesskabet, er uforenelige med fællesmarkedet og forbudt, herunder navnlig sådanne, som består i direkte eller indirekte fastsættelse af købs- eller salgspriser eller af andre forretningsbetingelser, jfr. den i EØF-traktatens artikel 3, litra f), nævnte målsætning, sammenholdt med artikel 85, stk. 1. Det er endvidere blevet fastslået, at disse regler også finder anvendelse på transportområdet, herunder luftfarten.

Reglerne vedrører først og fremmest virksomhedernes adfærd og ikke foranstaltninger, som medlemsstaterne træffer ved lov eller administrativt. Ifølge Domstolens praksis, som jeg vil betegne som nu »fast«, indeholder EØF-traktatens artikel 5, stk. 2, en forpligtelse for medlemsstaterne til ikke ved national lovgivning at skade den ensartede anvendelse — i hele fællesmarkedet — af fællesskabsreglerne og den fulde virkning af de retsakter, som udstedes i henhold til disse regler, samt til ikke ved lov eller administrativt at indføre eller opretholde foranstaltninger, som kan ophæve den tilsigtede

virkning af de for virksomheder gældende konkurrenceregler [27].

Overført på problemet i de foreliggende præjudicielle sager betyder dette, at medlemsstaterne i henhold til artikel 5, stk. 2, er forpligtet til ikke at indføre eller opretholde foranstaltninger, der gør det muligt for luftfartsselskaberne at unddrage sig de forpligtelser, de har ifølge traktatens konkurrenceregler, eller mere konkret udtrykt, at foretage en samordning med hensyn til deres takster, når forudsætningerne for en fritagelse i medfør af artikel 85, stk. 3, ikke er opfyldt.

Ser vi nu på de relevante bestemmelser i den franske code de l'aviation civile, må vi for det første konstatere, at de hverken nævner eller påbyder, at der skal ske en samordning med hensyn til takster. Det hedder blot i artikel R 330-9, stk. 3, at forslag til takster kan forelægges enten direkte eller gennem en af ministeriet godkendt brancheorganisation.

Selv om bestemmelsen således ikke taler om nogen ret eller forpligtelse til at indgå takstaftaler, åbner den ikke desto mindre mulighed for at fremsætte forslag til takster, der har været genstand for en samordning inden for den pågældende brancheorganisation.

Man kan derfor ikke foretage nogen endegyldig vurdering af disse franske bestemmelser alene på grundlag af deres ordlyd. For at forstå deres fulde betydning, må man således se dem i sammenhæng med bestemmelserne i de relevante internationale aftaler, hvorefter der normalt regnes med en samordning med hensyn til takster, med flyselskabernes praksis samt med praksis hos de nationale myndigheder, der godkender taksterne. Domstolen kan imidlertid ikke i forbindelse med den præjudicielle procedure i henhold til EØF-traktatens artikel 177 foretage en prøvelse med hensyn til disse forskellige forhold. Det må påhvile den nationale retsinstans at foretage en sådan prøvelse.

Det fremgår af anmodningerne om præjudiciel afgørelse og af indlæggene for Domstolen fra procesdeltagerne, at den forelæggende retsinstans finder at måtte lægge til grund, at der indgås takstaftaler, og at den franske praksis med hensyn til godkendelse af takster hviler på det grundlag, at sådanne aftaler ikke alene bør tolereres, men søges fremmet. Uanset om den forelæggende retsinstans' opfattelse er rigtig, må Domstolen i forbindelse med besvarelsen af det præjudicielle spørgsmål gå ud fra, at dette er tilfældet.

En praksis, der i hvert fald tolererer eller ligefrem tilskynder til en sådan samordning, er imidlertid ikke under alle omstændigheder i strid med traktatens konkurrenceregler, idet det ifølge selve disse, jfr. EØF-traktatens artikel 85, stk. 3, er muligt at undtage en samordning fra forbudet i artikel 85, stk. 1. Dette forudsætter imidlertid, at de pågældende aftaler bidrager til at forbedre produktionen eller fordelingen af varerne eller til at fremme den tekniske eller økonomiske udvikling, samtidig med at de sikrer forbrugerne en rimelig andel af fordelene herved, og uden at der a) pålægges de pågældende virksomheder begrænsninger, som ikke er nødvendige for at nå disse mål, og b) gives disse virksomheder mulighed for at udelukke konkurrencen for en væsentlig del af de pågældende varer.

Man kan ikke på forhånd udelukke, at artikel 85, stk. 3, kan finde anvendelse på aftaler om luftfartstakster, således at takster,

27 — Dom af 10. januar 1985 i sag 229/83 — Association des Centres distributeurs Édouard Leclerc m. fl. mod Sarl »Au Blé vert« m.fl. — præmis 14, Sml. 1985, s. 1; dom af 29. januar 1985 i sag 231/83 — Henri Cullet mod Centre Leclerc Toulouse m. fl. — præmis 16, Sml. 1985 s. 305; dom af 13. februar 1969 i sag 14/68 — Walt Wilhelm m. fl. mod Bundeskartellamt — Sml. 1969, s. 1, på s. 5; dom af 16. november 1977 i sag 13/77 — GB-Inno-BM mod Vereniging van de Kleinhandelaars in Tabak — Sml. 1977, s. 2115, på s. 2143 ff.

der har været genstand for en samordning, vil kunne opnå en fritagelse fra forbudet i artikel 85, stk. 1, mod indskrænkninger i konkurrencen.

Det må imidlertid i denne forbindelse fremhæves, at der i henhold til artikel 85, stk. 3, litra b), ikke kan gives nogen fritagelse, såfremt der for en væsentlig del af de pågældende tjenesteydelser derved sker en ophævelse af konkurrencen. Det er herved af betydning, at konkurrencen allerede af en anden årsag er blevet indskrænket: i henhold til artikel 61, stk. 1, omfattes den frie udveksling af tjenesteydelser på transportområdet af bestemmelserne i transportafsnittet, men der foreligger endnu ingen særlige bestemmelser vedrørende luftfarten, hvorfor den frie udveksling af tjenesteydelser endnu ikke er gennemført inden for denne sektor. Tilladelse til at drive luftfartsvirksomhed er derfor fortsat underkastet begrænsninger. Når hertil kommer, at der ikke er nogen prismæssig konkurrence, kan den konkurrence, der bliver tilbage, vise sig at være så ubetydelig, at en fritagelse ikke længere vil kunne komme i betragtning.

Indtil der på fællesskabsplan er blevet udstedt gennemførelsesbestemmelser, ligger kompetencen til at træffe afgørelse om eventuelle fritagelser i henhold til EØF-traktatens artikel 88 hos myndighederne i medlemsstaterne. Den nævnte bestemmelse må derfor antages at henvise til de nationale kompetence- og procedureregler. Det tilkommer derfor medlemsstaterne at skabe det proceduremæssige og organisatoriske grundlag, som skal gælde i forbindelse med deres egne myndigheders anvendelse af konkurrencereglerne. Ifølge Domstolens praksis [28] omfatter begrebet nationale myndigheder i denne forbindelse også retsinstanser, som særligt har til opgave at anvende national lovgivning vedrørende konkurrence, eller som skal kontrollere lovligheden af forvaltningsmyndighedernes anvendelse heraf.

Af det ovenfor anførte kan der drages to slutninger:

Principielt kan medlemsstaterne frit vælge, hvilken national myndighed der skal tillægges den i artikel 88 omhandlede kompetence. De kan f.eks. overdrage gennemførelsen af konkurrencereglerne til de myndigheder, der varetager spørgsmål om karteller, men også til andre myndigheder som f.eks. — på luftfartsområdet — luftfartsmyndighederne.

Da lovligheden af de pågældende forvaltningsmyndigheders gennemførelse af konkurrencereglerne skal kunne kontrolleres af domstolene, må disse også sættes i stand til at kunne prøve lovligheden af beslutninger om at give takstaftaler fritagelse i medfør af EØF-traktatens artikel 85, stk. 3. Noget sådant forudsætter imidlertid — således som navnlig Det forenede Kongeriges repræsentant har redegjort for — at meddelelsen om fritagelsen gives i form af en udtrykkelig og af grunde ledsaget afgørelse. Hvis der skal kunne gennemføres en effektiv retslig kontrol af de pågældende forvaltningsafgørelser, er det ikke tilstrækkeligt, at fritagelsen gives stiltiende. En fritagelse i medfør af artikel 85, stk. 3, vil derfor f.eks. ikke kunne gives på den måde, at den allerede betragtes som indeholdt i en beslutning fra en statslig myndighed om godkendelse af luftfartstakster, såfremt grundlaget herfor er nogle aftaler om disse takster, og den pågældende myndighed ikke udtrykkeligt har taget stilling til, om forudsætningerne for en fritagelse er opfyldt. Dette må navnlig i tilfælde som det foreliggende, hvor et forslag om takster anses for godkendt, såfremt det pågældende ministerium ikke inden for en måned har rejst indvendinger imod det. [29]

I sådanne tilfælde foreligger der ingen gyldig meddelelse om fritagelse i medfør af EØF-traktatens artikel 85, stk. 3.

28 — Dom af 30. januar 1974 i sag 127/73 — Belgische Radio en Televisie m. fl. mod SV SABAM — Sml. 1974, s. 51, på s. 62 ff.

29 — Jfr. artikel R 330-R i den franske code de l'aviation civile.

Heraf følger, at medlemsstaternes forpligtelser i henhold til artikel 5, stk. 2, sammenholdt med artiklerne 3, litra f), 85 og 88, allerede på fællesskabsrettens nuværende udviklingstrin er tilstrækkeligt præcise. Det er derfor ikke nødvendigt, at disse bestemmelser først præciseres yderligere gennem en konkurrencepolitik fra Fællesskabets side på luftfartsområdet.

Heri ligger der en væsentlig forskel i forhold til dommen i sag 229/83 [13], hvori Domstolen skulle tage stilling til en *rent national* ordning og praksis inden for bogsektoren, hvorimod det her drejer sig om aftaler vedrørende luftfart *internationalt linden for Fællesskabet.* Hvad angår bogsektoren, fandt Domstolen, at der på grund af den manglende konkurrencepolitik på dette område på fællesskabsrettens nuværende udviklingstrin ikke påhvilede medlemsstaterne nogen tilstrækkeligt præcise forpligtelser. Hertil kommer, at den nationale ordning, der var genstand for en prøvelse i sag 229/83, netop ikke forudsatte, at der blev indgået nogen aftaler mellem virksomheder, idet samordningen var blevet erstattet af en *ensidig* prisfastsættelse fra forlagenes side, der gennem statslige foranstaltninger var blevet givet almindelig gyldighed. I det tilfælde, vi skal tage stilling til her, forudsætter eller tilskynder den pågældende statslige ordning imidlertid netop til, at der indgås takst*aftaler.*

Selv om Domstolen i dommen af 10. januar 1985 ikke udtrykkeligt anførte, at den var af denne opfattelse — og i sine bemærkninger om EØF-traktatens artikel 36 tog noget afstand fra den [30] — kan man ikke komme uden om, at den pågældende afgørelse var præget af en særlig omstændighed, der gør, at man ikke uden videre kan overføre den noget tilbageholdne vurdering, som Domstolen anlagde, til andre erhvervsgrene: jeg tænker her på den særlige omstændighed, at bøger er bærere af kultur. Generaladvokat Darmon henviste i sit forslag til afgørelse udtrykkeligt til, at bøger adskiller sig fra andre økonomiske goder. Heller ikke Domstolen — i det mindste i sine bemærkninger om artikel 85 — imødegik udtrykkeligt dette synspunkt, som i hvert fald er et forhold, der kan være med til at forklare, hvorfor der endnu ikke i Fællesskabet er nogen konkurrence*politik* inden for bogsektoren.

Flyselskabernes tjenesteydelser har i modsætning hertil en rent økonomisk karakter og savner de særlige kulturelle egenskaber, som bøger kan have.

4. *Den foreløbige gyldighed af allerede indgåede aftaler*

Det forenede Kongeriges regering har anført, at bestående takstaftaler mellem flyselskaber på trods af, at konkurrencereglerne principielt finder anvendelse på dette område, må anses for foreløbigt gyldige, idet det indtil nu navnlig har været uklart, hvem der skulle kunne give en fritagelse i medfør af EØF-traktatens artikel 85, stk. 3. Det anføres, at retssikkerhedsmæssige hensyn kræver, at der ikke gribes ind over for allerede indgåede aftaler.

Kommissionen har imødegået denne opfattelse, idet den navnlig har anført, at principperne i Domstolens dom af 6. april 1962 i sag 13/61 på grund af denne sags særlige karakter ikke kan overføres til problemet i de foreliggende sager. De konkrete omstændigheder, der lå til grund for sag 13/61 — aftaler indgået før EØF-traktatens ikrafttrædelse, anmeldelsespligt for allerede indgåede aftaler i henhold til artikel 5 i forordning nr. 17, der allerede var i kraft på

13 — Dom af 10. januar 1985 i sag 229/83 — Association des Centres distributeurs Édouard Leclerc m.fl. mod Sarl »Au blé vert« m.fl. — Sml. 1985, s. 1.

30 — Præmis 30.

tidspunktet for tvisten — anføres at være af en sådan art, at resultatet ikke kan overføres på det foreliggende tilfælde.

I den nævnte dom fastslog Domstolen principielt, at EØF-traktatens artikel 85 har fundet anvendelse siden traktatens ikrafttrædelse. Da traktatens artikler 88 og 89 tillægger de nationale myndigheder og Kommissionen beføjelser i forbindelse med anvendelsen af artikel 85, må bestemmelserne forudsætte, at artikel 85 allerede fra traktatens ikrafttrædelse har fundet anvendelse.

Domstolen gik imidlertid videre og udtalte, at artiklerne 88 og 89 ikke har en sådan karakter, at de i sig selv kan sikre en fuldstændig anvendelse af artikel 85. I henhold til artikel 88 kan medlemsstaternes myndigheder kun træffe afgørelse om, hvorvidt karteller skal tillades, såfremt disse forelægges til godkendelse inden for rammerne af den gældende nationale konkurrenceret. Kommissionen er i artikel 89 tillagt en generel tilsyns- og kontrolbeføjelse, som imidlertid kun indebærer, at den kan gøre opmærksom på eventuelle overtrædelser af artiklerne 85 og 86, idet bestemmelsen ikke giver Kommissionen nogen kompetence til at afgive de i artikel 85, stk. 3, nævnte erklæringer. Endelig indeholder ingen af de to artikler overgangsbestemmelser vedrørende de karteller, der bestod på tidspunktet for traktatens ikrafttrædelse. Mere generelt ville det være i strid med det almindelige retssikkerhedsprincip at frakende visse aftaler retsvirkninger, endnu før det var muligt at afgøre, hvilke aftaler artikel 85 finder anvendelse på i sin helhed.

Det er klart, at spørgsmålet om gyldigheden af aftaler kan rejse problemer, når den pågældende samordning med hensyn til luftfartstakster har dannet grundlag for de nationale myndigheders godkendelse af disse, uden at der udtrykkeligt er blevet givet nogen fritagelse i medfør af artikel 85, stk. 3. Da Domstolen imidlertid ikke har fået forelagt dette spørgsmål, behøver den heller ikke at afgøre det. Den forelæggende retsinstans har selv afgjort spørgsmålet om gyldigheden af allerede indgåede aftaler og statueret, at disse ikke er gyldige. Det spørgsmål, det drejer sig om her, er, om der kan knyttes et strafansvar til den manglende overholdelse af luftfartstakster, der er godkendt af myndighederne, og som har deres udspring i takstaftaler, der strider mod fællesskabsretten.

Der er grund til her endnu en gang at fremhæve, at de i den pågældende medlemsstat verserende hovedsager, der har givet anledning til anmodningerne om præjudiciel afgørelse, er straffesager. Uden i øvrigt i denne forbindelse at ville gå nærmere ind på de almindelige strafferetlige grundsætninger vil jeg dog fremhæve, at det almindelige retssikkerhedsprincip på dette område kræver, at der anlægges en streng målestok med hensyn til straffebestemmelsers gyldighed. En ting er, at man måske ud fra retssikkerhedshensyn kan anse aftaler, der strider mod fællesskabsretten, for foreløbigt gyldige i civilretlig henseende, men det kan i hvert fald ikke være lovligt at gennemtvinge en overholdelse af sådanne mod fællesskabsretten stridende aftaler ved hjælp af straffebestemmelser, heller ikke selv om dette som her sker på en indirekte måde i form af, at de mod fællesskabsretten stridende aftaler danner grundlag for takster, som godkendes af de statslige myndigheder, således at strafansvaret knyttes til en manglende overholdelse af sådanne godkendte takster. I sådanne tilfælde må det påhvile domstolene at beskytte borgernes rettigheder.

Den modsatte opfattelse ville ikke alene føre til det resultat, at medlemsstaterne ville kunne gøre det muligt for private virksomheder at unddrage sig de begrænsninger, som fremgår af traktatens konkurrenceregler, og ikke alene ville den praktiske

virkning for virksomhederne af de gældende konkurrenceregler forsvinde, forholdet ville herudover være det, at de mod fællesskabsretten stridende takstaftaler kun i kraft af det omhandlede strafansvar ville få en gennemslagskraft.

For mig at se må man herefter, i hvert fald for så vidt angår *straffebestemmelser*, nå til det resultat, at nogle bestemmelser ikke kan finde anvendelse, såfremt de knytter et strafasvar til den manglende overholdelse af takster, der er blevet fastsat i strid med bestemmelserne i artikel 85. Jeg behøver ikke at tage stilling til, om Domstolen burde nå et andet resultat, såfremt der udelukkende var tale om at skulle afgøre den *civilretlige* gyldighed af sådanne aftaler — hvilket ville kunne støttes på de principper, der fremgår af dommen af 8. april 1976 i sag 43/75 [31] — idet der ikke spørges herom i anmodningerne om præjudiciel afgørelse.

5. *Har luftfartsselskaber fra tredjelande en særlig retsstilling*

Den nederlandske regering har rejst det spørgsmål, om der skal anlægges en anden vurdering, for så vidt angår luftfartsselskaber fra tredjelande som flyskabet Air Lanka i sag 213/84.

Såfremt der også i dette tilfælde ligger en samordning til grund for de fra statslig side godkendte takster, er det om dette særproblem tilstrækkeligt at henvise til Domstolens praksis, idet det allerede i dommen af 25. november 1971 i sag 22/71 [32] — hvori det spørgsmål var blevet rejst, om artikel 85 fandt anvendelse på en eneforhandlingsaftale, hvor en af deltagerne var en virksomhed i et tredjeland — blev fastslået:

»For at være uforenelig med fællesmarkedet og forbudt efter artikel 85 skal en aftale kunne 'påvirke handelen mellem medlemsstater' og have 'til formål eller til følge' at skade 'konkurrencen inden for fællesmarkedet';

det forhold, at en af de kontraherende virksomheder har sæde i et tredjeland, udgør ikke en hindring for anvendelsen af denne bestemmelse, når aftalen udfolder sine virkninger på fællesmarkedets område;«

Generaladvokat Mayras kom frem til et lignende resultat i sit forslag til afgørelse af 2. maj 1972 i sagerne 48, 49 og 51-57/69 [33], idet han på grundlag af en indgående retssammenlignende undersøgelse svarede bekræftende på det spørgsmål, om Kommissionen kan pålægge virksomheder med hjemsted uden for Fællesskabet bøder for overtrædelser af EØF-traktatens artikel 85.

Endvidere udtalte Domstolen i dommen af 20. juni 1978 i sag 28/77 [34], at det forhold, at en af deltagerne i en aftale er en virksomhed med hjemsted i et tredjeland, ikke er til hinder for, at artikel 85 finder anvendelse, så længe aftalen har virkninger på fællesmarkedets område, idet aftalen dog kun rammes af forbudet i artikel 85, såfremt den mærkbart påvirker samhandelen inden for Fællesskabet.

31 — Dom af 8. april 1976 i sag 43/75 — Gabrielle Defrenne mod Société anonyme belge de navigation aérienne Sabena — Sml. 1976, s. 455, på s. 480.

32 — Dom af 25. november 1971 i sag 22/71 — Béguelin Import Co. m.fl. mod S. A. G. L. Import Export m. fl. — Sml. 1971, s. 257, på s. 260 f.

33 — Forslag til afgørelse af 2. maj 1972 i sagerne 48, 49 og 51-57/69 — Imperial Chemical Industries Ltd m.fl. mod Kommissionen — Sml. 1972, s. 171.

34 — Dom af 20. juni 1978 i sag 28/77 — Tepea BV mod Kommissionen — Sml. 1978, s. 1391, på s. 1415.

Det må herefter lægges til grund, at takstaftaler, som luftfartsselskaber med hjemsted uden for Fællesskabet deltager i, falder ind under reglerne i artikel 85, når de har mærkbare virkninger på Fællesskabets område.

6. *Det særlige problem vedrørende flyforbindelserne til tredjelande*

Det rejser endvidere et særligt problem, at luftfarten er underlagt et retligt system af bi- og multilaterale aftaler, der ofte forudsætter, at luftfartsselskaberne samordner deres takster, eller som ligefrem opstiller en forpligtelse hertil. I det omfang, det i denne forbindelse drejer sig om aftaler, som medlemsstaterne har indgået med hinanden før EØF-traktatens ikrafttrædelse, er disse overenskomster bortfaldet ved traktatens ikrafttrædelse. Domstolen fastlog således allerede i sin dom af 27. februar 1962 i sag 10/61 [35], at EØF-traktaten inden for de områder, den regulerer, har forrang frem for aftaler mellem medlemsstaterne, der er indgået før dens ikrafttrædelse.

Retstilstanden i forbindelse med folkeretlige aftaler indgået med tredjelande før EØF-traktatens ikrafttrædelse er imidlertid en anden, idet det fremgår af almindelige folkeretlige grundsætninger, at Fællesskabets medlemsstater ikke ved at indgå EØF-traktaten kunne frigøre sig fra deres forpligtelser i forhold til tredjelande. Det er således udtryk for en almindelig folkeretlig grundsætning, når det i EØF-traktatens artikel 234, stk. 1, bestemmes:

»De rettigheder og forpligtelser, der følger af konventioner, som før denne Traktats ikrafttræden er indgået mellem på den ene side en eller flere Medlemsstater og på den anden side et eller flere tredjelande, berøres ikke af bestemmelserne i denne Traktat.«

Traktaten nøjes imidlertid ikke med blot at konstatere, at tredjelandes rettigheder skal respekteres. Artikel 234, stk. 2, indeholder nemlig følgende forpligtelse for Fællesskabets medlemsstater:

»I det omfang, disse konventioner er uforenelige med denne Traktat, bringer den eller de pågældende Medlemsstater alle egnede midler i anvendelse med henblik på at fjerne de konstaterede uoverensstemmelser. Om fornødent bistår Medlemsstaterne hinanden i dette øjemed og indtager i påkommende tilfælde en fælles holdning.«

Hvad kan der af disse bestemmelser udledes med henblik på besvarelsen af de foreliggende anmodninger om præjudiciel afgørelse?

Jeg bemærker for det første, at hvad angår aftaler indgået før EØF-traktatens ikrafttrædelse — henholdsvis de nye medlemsstaters tiltrædelse af Fællesskabet [36] — består de pågældende tredjelandes rettigheder og medlemsstaternes forpligtelser fortsat, også selv om der er en uoverensstemmelse med traktaten [35].

Såfremt der i forbindelse med de i straffesagerne for tribunal de police de Paris omhandlede flyruter foreligger sådanne »allerede indgåede aftaler«, må tribunal de police først undersøge, om det falder ind under begrebet »tredjelandes rettigheder«, henholdsvis »medlemsstatens forpligtelser«, at tolerere eller begunstige samordninger om luftfartstakster og herudover at knytte et strafansvar til den manglende overholdelse af luftfartstakster, der nationalt fastsættes på dette grundlag.

35 — Dom af 27. februar 1962 i sag 10/61 — EØF-Kommissionen mod Den italienske Republiks regering, Sml. 1954-1964, s. 287, sammendrag punkt 2.

36 — Jfr. artikel 5 i akten af 22. januar 1972 vedrørende Danmarks, Irlands og Det forenede Kongeriges tiltrædelse og artikel 5 i akten af 28. maj 1979 vedrørende Grækenlands tiltrædelse.

Også selv om svaret herpå måtte blive bekræftende, er sagen imidlertid ikke dermed afgjort, idet bestemmelsen i artikel 234, stk. 2, spiller ind. Det fremgår nemlig af denne bestemmelse, at medlemsstaterne er retligt forpligtet til at søge uoverensstemmelser med traktaten fjernet. Medlemsstaterne skal således bringe alle egnede midler i anvendelse — og jeg understreger: midler, der er lovlige i henhold til folkeretten — med henblik på at fjerne konstaterede uoverensstemmelser. Blandt disse midler er f. eks. genforhandlinger med det formål at få en luftfartsoverenskomst tilpasset traktaten, eller i givet fald opsigelse [37] af aftalen, såfremt det pågældende tredjeland ikke er indstillet på, at denne tilpasses traktaten.

Såfremt den forelæggende retsinstans finder at måtte lægge til grund, at der foreligger »allerede indgåede aftaler«, der kræver en samordning om takster og en strafferetlig beskyttelse af resultaterne heraf, må den videre undersøge, om den pågældende medlemsstat har opfyldt sine forpligtelser i henhold til artikel 234. Selv om artikel 234, stk. 2, ikke indeholder nogen forpligtelse for medlemsstaterne til at *nå frem til det resultat*, at uoverensstemmelser mellem allerede indgåede aftaler og EØF-traktaten fjernes — når det pågældende tredjeland ikke er villig til en tilpasning af aftalen, og når det heller ikke er muligt at opsige den, kan noget sådant være retligt umuligt — er medlemsstaterne dog forpligtet til at bringe »alle egnede midler« *i anvendelse* med henblik på at opnå en tilpasning.

Det er først, såfremt det har måttet konstateres, at medlemsstatens forsøg på at få de pågældende allerede indgåede aftaler tilpasset har været resultatløse, at medlemsstaten fortsat har ret til at knytte et strafansvar til, at virksomheder undlader at overholde takstaftaler mellem luftfartsselskaber, der strider mod fællesskabsretten, og statsligt godkendte luftfartstakster, der er fastsat på grundlag heraf.

Jeg bemærker i denne forbindelse, at det må tillægges betydning, at Den franske Republiks regering på et spørgsmål fra Domstolen har oplyst, at der for den aldrig er opstået det spørgsmål, om dens internationale forpligtelser har været forenelige med EØF-traktaten.

Alt i alt kan det ikke antages, at der 27 år efter EØF-traktatens ikrafttrædelse længere kan være et særligt stort anvendelsesområde for bestemmelsen i artikel 234, stk. 1, om, at de deri omhandlede rettigheder og forpligtelser ikke berøres af traktaten, såfremt medlemsstaterne i øvrigt har opfyldt deres handleforpligtelser i henhold til artikel 234, stk. 2. Såfremt de på det her omhandlede område derimod ikke har opfyldt disse forpligtelser, foreligger der et brud på fællesskabsretten, hvorfor forholdet ikke kan påberåbes til støtte for at straffe virksomheder, der har nægtet at overholde takstaftaler mellem luftfartsselskaber, der strider mod fællesskabsretten, og påbud fra statslige myndigheder, der har godkendt sådanne takster og kræver dem overholdt.

Dette resultat anfægter på ingen måde den folkeretlige gyldighed af allerede indgåede aftaler, idet det blot fjerner en del af deres nationale og dermed fællesskabsretlige virkninger. Dette forhold kan herefter udløse et folkeretligt ansvar for den pågældende medlemsstat, der intet har gjort for at frigøre sig fra indbyrdes uforenelige aftaleforpligtelser.

37 — Jfr. de ovenfor i noterne 5 og 6 anførte eksempler: overenskomsten mellem Forbundsrepublikken Tyskland og Frankrig af 4. oktober 1955 og den internationale overenskomst af 10. juli 1967 om fremgangsmåden ved fastsættelse af takster for regelmæssig luftrafik, der begge kan opsiges med 12 måneders varsel.

C. Jeg skal herefter sammenfattende foreslå, at Domstolen besvarer de af tribunal de police de Paris forelagte spørgsmål på følgende måde:

Nationale bestemmelser, hvorefter luftfartstakster skal godkendes af myndighederne, og hvorefter det kræves eller tillades, at de pågældende luftfartsselskaber forudgående foretager en samordning vedrørende de takster, der søges godkendt, strider mod traktaten om oprettelse af Det europæiske økonomiske Fællesskab, navnlig artikel 5, stk. 2, sammenholdt med artiklerne 3, litra f), 85, og i givet fald 90, når den forudgående samordning ikke i medfør af artikel 85, stk. 3, er blevet fritaget fra forbudet mod karteller.

Det påhviler de nationale domstole at se bort fra sådanne bestemmelser. Den eneste undtagelse herfra er tilfælde, hvor der af luftfartsoverenskomster mellem medlemsstater og tredjelande, der er omfattet af EØF-traktatens artikel 234, udspringer en forpligtelse for en medlemsstat til at handle i strid med fællesskabsretten, idet det i denne forbindelse er en betingelse, at det ikke indtil det pågældende tidspunkt har været muligt for medlemsstaten at få tilpasset den pågældende aftale med et tredjeland til fællesskabsretten eller at frigøre sig fra den.

BILAG

Uddrag af code français de l'aviation civile

Article L 330-3

Le transport des passagers ne peut être effectué que par des entreprises agréées à cet effet par le ministre chargé de l'aviation civile.

Ces entreprises doivent soumettre à son approbation préalable:

leurs programmes généraux d'achat et de location de matériel volant;

leurs programmes d'exploitation comportant en particulier l'indication des types de matériel normalement utilisés sur chacun des services de passagers prévus dans ces programmes.

Les tarifs sont soumis à l'homologation du ministre chargé de l'aviation civile.

Ne sont pas soumis aux obligations du présent article les transports d'au plus six passagers effectués à l'aide d'aéronefs dont le poids est inférieur à un maximum fixé par arrêté du ministre chargé de l'aviation civile.

Article R 330-9
(Décret nº 76-711 du 23 juillet 1976, article 1er)

Les entreprises agréées doivent présenter au ministre chargé de l'aviation civile, en vue de l'homologation de leurs tarifs, des propositions détaillées par ligne et, à l'intérieur de chaque ligne, par classe. Ces propositions doivent préciser également les conditions générales de transport ainsi que les réductions de tarifs que ces entreprises envisagent d'appliquer au cours de certaines périodes, ou au profit de certaines catégories de passagers.

Ces dispositions s'appliquent également aux entreprises étrangères de transport aérien autorisées à embarquer ou débarquer des passagers par un vol régulier ou non régulier sur le territoire de la République française, sauf en ce qui concerne les transports prévus au dernier alinéa de l'article L 330-3.

Les propositions peuvent être présentées soit par les entreprises directement, soit par l'intermédiaire d'une association professionnelle agréée par le ministre.

A l'expiration d'un délai de un mois à compter de la réception des propositions, les tarifs sont considérés comme homologues si le ministre n'a pas fait connaitre son opposition.

Article R 330-15
(Décret nº 73-331 du 14 mars 1973, article 1er)

Sans préjudice de l'application des autres sanctions prévues par la législation en vigueur et en particulier de celles qui sont édictées par l'article L 330-4, sera punie d'un emprisonnement de dix jours à un mois et d'une amende de 600 à 1 000 FF ou de l'une de ces deux peines seulement, toute personne qui aura contrevenu aux prescriptions des articles L 330-1, L 330-2 ou L 330-3, et notamment:

1) Aura exercé une activité de transport aérien sans avoir obtenu l'autorisation prévue à l'article L 330-1 ou sans avoir respecté les conditions ou limitations qui lui avaient été imposées dans ladite autorisation;

2) aura, contrairement à l'article L 330-3, omis de soumettre à l'homologation les tarifs qu'elle pratique ou pratiqué des tarifs différents de ceux qui avaient été homoloqués.

(Décret n° 80-170 du 18 février 1980, article 2.) »Sera punie de la même peine, sans préjudice de l'application des autres sanctions prévues par les conventions internationales ou par la législation en vigueur, toute personne qui aura contrevenu aux prescriptions des articles R 330-3, R 330-7 (alinéa 2), R 330-9 (alinéa 2), R 330-11 ou des règlements pris en application de l'article R 330-4.«

En cas de récidive, la peine d'emprisonnement pourra être portée à deux mois et celle d'amende à 2 000 FF.