daaruit alle consequenties te trekken, met inbegrip van de in artikel 85, lid 2, bedoelde nietigheid van rechtswege.

5. Weliswaar betreffen de artikelen 85 en 86 EEG-Verdrag de gedragingen van ondernemingen en niet de wettelijke of bestuursrechtelijke maatregelen van de Lid-Staten; nochtans legt het Verdrag de Lid-Staten de verplichting op geen maatregelen te nemen of te handhaven welke die bepalingen hun nuttig effect kunnen ontnemen. Dit is met name het geval, wanneer een Lid-Staat met artikel 85 strijdige mededingsregelingen stimuleert of de gevolgen daarvan versterkt.

6. Het is in strijd met de ingevolge artikel 5 EEG-Verdrag, junctis de artikelen 3, sub f, en 85, met name lid 1, EEG-Verdrag op de Lid-Staten rustende verplichtingen, om luchtvaarttarieven goed te keuren en dusdoende de werking ervan te versterken, wanneer, bij ontstentenis van een door de Raad op grond van artikel 87 vastgestelde regeling, in de vorm en volgens de procedures genoemd in artikel 88 of artikel 89, lid 2, wordt vastgesteld dat die tarieven het resultaat zijn van een overeenkomst, een besluit van een ondernemingsvereniging of een met artikel 85 strijdige onderling afgestemde feitelijke gedraging.

CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL C. O. LENZ van 24 september 1985 *

Mijnheer de President,
mijne heren Rechters,

A. 1. De zaak waarin ik heden heb te concluderen, betreft de vraag of de mededingingsregels van het EEG-Verdrag van toepassing zijn op de vaststelling van de tarieven in het luchtvervoer binnen de Gemeenschap en in het internationale luchtvervoer.

De vraag is aan de orde in een strafzaak die in Frankrijk is ingesteld tegen directeuren van een aantal luchtvaartmaatschappijen, de luchtvaartmaatschappijen zelf, directeuren van reisbureaus en de reisbureaus zelf. Een van deze luchtvaartmaatschappijen, namelijk Air Lanka uit Ceylon, is niet in de Gemeenschap gevestigd.

De verdachten wordt ten laste gelegd, dat zij in 1981 in strijd met de artikelen L 330-3, R 330-9 en R 330-15 van de code de l'aviation civile (Wetboek voor burgerluchtvaart) bij de verkoop van vliegbiljetten tarieven hebben toegepast, die niet door de minister voor Burgerlijke luchtvaart waren goedgekeurd; met andere woorden, zij hadden de biljetten goedkoper verkocht, en wel voor de lijnen Parijs-Amsterdam-Bangkok, Parijs-Londen-San Francisco, Parijs-Londen-New York, Parijs-Londen-Miami, Parijs-Londen-Hongkong, Parijs-Londen-Tokyo, Londen-Parijs-Bombay en Parijs-Colombo.

Ingevolge artikel L 330-3 mag het luchtvervoer slechts geschieden door ondernemingen, waaraan door de minister voor Burgerlijke luchtvaart vergunning is verleend. Deze ondernemingen dienen hun tarieven ter goedkeuring voor te leggen aan bedoelde minister.

* Vertaald uit het Duits.

In artikel L 330-9 wordt de goedkeuringsprocedure in detail geregeld. Volgens de eerste zin van de tweede alinea gelden deze bepalingen ook voor buitenlandse ondernemingen. Volgens de tweede zin van deze alinea kunnen de tariefvoorstellen hetzij door de luchtvaartondernemingen zelf of door een door de minister erkende ondernemersvereniging worden voorgelegd. Volgens de derde zin kunnen de voorgelegde tarieven worden geacht te zijn goedgekeurd, wanneer de minister niet binnen een termijn van een maand het tegendeel laat weten. Krachtens artikel R 330-15 kan overtreding van deze bepalingen worden gestraft met een gevangenisstraf van 10 dagen tot een maand en/of met een geldboete van 600 FF tot 1 000 FF [1]

Het tribunal de police te Parijs (een strafrechter in eerste aanleg), waarbij de strafzaak aanhangig was gemaakt, besliste om te beginnen dat bedoelde bepalingen van de code de l'aviation civile alleen voor luchtvaartmaatschappijen golden, doch dat reisbureaus en hun directeuren niet onder de persoonlijke werkingssfeer van deze bepalingen vielen. Vervolgens overwoog het dat de luchtvaartmaatschappijen krachtens genoemde nationale bepalingen voor elke afzonderlijke lijn luchtvaarttarieven moesten vaststellen en deze, om strafrechtelijke sancties te voorkomen, ter goedkeuring aan de minister moesten voorleggen.

In aansluiting daarop gaf het tribunal de volgende overwegingen, die ik wegens hun belang letterlijk wil citeren:

„Overwegende dat deze bepalingen, die voorzien in afspraken tussen de luchtvaartmaatschappijen, ontegenzeglijk tot gevolg hebben, dat de mededinging binnen de gemeenschappelijke markt wordt verhinderd, beperkt of vervalst;

overwegende dat deze praktijken derhalve onverenigbaar zijn met artikel 85 EEG-Verdrag;

overwegende dat artikel 84, lid 2, EEG-Verdrag niet aan de rechtstreekse toepassing van artikel 85 van dit Verdrag kan worden tegengeworpen;

overwegende immers, dat artikel 84 de slotbepaling vormt van titel IV van het tweede deel van het EEG-Verdrag, betreffende het gemeenschappelijk vervoerbeleid, waarvan het de regeling, wat het luchtvervoer [2] betreft, overlaat aan een besluit van de Raad, en dat dit artikel bepaalt, dat het uitsluitend van toepassing is op de titel waarvan het de slotbepaling vormt;

overwegende dat artikel 85 is opgenomen in het derde deel van het EEG-Verdrag, titel I, hoofdstuk 1, betreffende de regels inzake mededinging tussen ondernemingen;

overwegende dat bijgevolg geen rekening kan worden gehouden met de door de luchtvaartmaatschappijen in onderling overleg vastgestelde en in onderlinge overeenstemming ter goedkeuring voorgelegde tarieven, waar zij in strijd zijn met het gemeenschapsrecht;

overwegende evenwel dat de vraag rest, of de in de telastlegging bedoelde Franse wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen (de artikelen L 330-3, R 330-9 en R 330-15 van de code de l'aviation civile) geldig zijn naar gemeenschapsrecht;

overwegende dat deze vraag alleen kan worden uitgemaakt door het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen."

Op grond daarvan sprak het tribunal de police te Parijs bij vonnissen van 2 maart 1984 de directeuren van de reisbureaus vrij en ontsloeg het de reisbureaus zelf van rechtsvervolging; vervolgens besliste het dat de strafzaken tegen de directeuren van de luchtvaartmaatschappijen en de luchtvaartmaatschappijen zelf afzonderlijk moesten worden behandeld en dat de processtukken

1 — Het origineel van deze bepalingen is in bijlage bij deze conclusie gevoegd.

2 — Waarschijnlijk wordt hier bedoeld, dat de Raad bij afzonderlijk besluit kan bepalen, of, in hoeverre en op welke wijze passende voorschriften voor de luchtvaart moeten worden genomen.

aan het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen moesten worden voorgelegd, met verzoek om een prejudiciële beslissing over de vraag, „of de artikelen L 330-3, R 330-9 en R 330-15 van de code de l'aviation civile in overeenstemming zijn met het gemeenschapsrecht".

Tegen deze vonnissen is het Openbaar ministerie op 9 maart 1984 in beroep gekomen bij de cour d'appel, waarbij het onder meer vorderde, dat onverwijld uitspraak zou worden gedaan over de ontvankelijkheid van het beroep.

Op 28 maart 1984 beschikte de president van de dertiende kamer van de cour d'appel te Parijs, dat er geen aanleiding bestond voor een onverwijlde uitspraak over de ontvankelijkheid van het beroep, daar dit niet geboden was in het belang van een behoorlijke rechtsgang.

Uit de aan het Hof voorgelegde stukken kan niet worden afgeleid, of de procedure in hoger beroep voor de cour d'appel inmiddels is voortgezet. Tijdens de mondelinge behandeling op 9 juli 1985 heeft J. Maillot onweersproken verklaard, dat hangende de uitspraak van het Hof de behandeling van een aantal strafzaken is opgeschort.

2. Alvorens ik inga op de opmerkingen van de partijen in dit geding, acht ik het hier op zijn plaats, eerst het volkenrechtelijke kader te schetsen, waarbinnen zowel de luchtvaartmaatschappijen als de nationale instanties bij de goedkeuring van de luchtvaarttarieven opereren. [3]

De Europese burgerluchtvaart is grotendeels geregeld overeenkomstig de beginselen die ook elders in de wereld worden toegepast. Het stelsel van het Europese luchtrecht kan dan ook in beginsel worden beschouwd als een onderdeel van het mondiale stelsel van luchtrechtelijke rechtsbetrekkingen. Alle Lid-Staten van de EEG zijn partij bij het Verdrag inzake de internationale burgerluchtvaart van 7 december 1944 (Verdrag van Chicago). [4] Dit verdrag, dat inmiddels vrijwel universeel wordt toegepast, stelt de voornaamste rechtsbeginselen voor de internationale burgerluchtvaart vast, en bevat in deel II het statuut van de Internationale Burgerluchtvaart Organisatie (ICAO).

Het stellig belangrijkste beginsel is neergelegd in artikel 1 van het Verdrag:

„De verdragsluitende Staten erkennen, dat elke Staat de volledige en uitsluitende soevereiniteit heeft over de luchtruimte boven zijn grondgebied."

Uit deze fundamentele bepaling trekt artikel 6 van het Verdrag de volgende consequentie:

„Geen geregelde internationale luchtdienst mag worden geëxploiteerd over of tot in het grondgebied van een verdragsluitende Staat anders dan met de bijzondere toestemming of vergunning van die Staat en overeenkomstig de voorwaarden verbonden aan een zodanige toestemming of vergunning."

Op basis van artikel 6 van het Verdrag van Chicago hebben talrijke staten onderling bilaterale luchtvaartovereenkomsten inzake lijndiensten gesloten; het aldus ontstane netwerk van contractuele luchtvaartbetrekkingen is volgens opgave van de ICAO gegroeid tot ongeveer 1 700 overeenkomsten.

Dergelijke overeenkomsten hebben normaliter de volgende inhoud: toekenning van bepaalde luchtvaartrechten voor bepaalde routes, toekenning van bepaalde nevenrechten die de uitvoering van de lijnvluchten moge-

3 — Zie J. Erdmenger, „Kommentar zu Artikel 84 EWGV", aantekening 48 e.V., in: Groeben-Boeckh-Thiesing-Ehlermann, *Kommentar zum EWG-Vertrag*, Baden-Baden, 1983; L. Weber, *Die Zivilluftfahrt im Europäischen Gemeinschaftsrecht*, Berlin, Heidelberg, New York, 1981, blz. 42 e.v.

4 — UNTS deel 15, blz. 295; Trb. 1973, 109.

lijk moeten maken en ten slotte vaststelling van details betreffende de uitoefening van de luchtvaartrechten. Tot deze laatste behoren met name de bepalingen inzake de capaciteit, de vaststelling van de tarieven, de benaming van de luchtvaartmaatschappijen, alsook in vele gevallen de samenwerking tussen de luchtvaartmaatschappijen. [5]

Voor de onderhavige zaken zijn in het bijzonder de tariefbepalingen van belang. Daarin wordt vastgelegd, op welke wijze de tarieven voor de overeengekomen luchtroutes moeten worden vastgesteld.

In de meeste gevallen wordt dit uitdrukkelijk overgelaten aan de luchtvaartmaatschappijen, doorgaans met een bijzondere verwijzing naar de tariefafspraken in het kader van de International Air Transport Association (IATA), een privaatrechtelijke vereniging naar Canadees recht, waarbij talrijke luchtvaartmaatschappijen uit vele landen zijn aangesloten. De tariefafspraken moeten steeds door de beide betrokken regeringen worden goedgekeurd.

Een reeks Europese landen, waaronder zes Lid-Staten van de Europese Gemeenschappen — onder meer Frankrijk —, hebben besloten deze vragen uniform te regelen in de op 10 juli te Parijs ondertekende Internationale Overeenkomst inzake de procedure voor de vaststelling van tarieven voor geregelde luchtdiensten. [6] Deze overeenkomst was gericht op eenvormigheid, verbetering en verhoging van de doelmatigheid van de consultatieprocedure in tariefaangelegenheden. De eenvormigheid werd technisch bereikt, doordat de inhoud van de overeenkomst in de plaats treedt van alle tariefbepalingen in de bilaterale overeenkomsten tussen de overeenkomstsluitende partijen.

3. Met betrekking tot de vijf door het tribunal aan het Hof voorgelegde, vrijwel gelijkluidende vragen zijn opmerkingen gemaakt door een reeks betrokkenen, namelijk J. Maillot, die in eerste instantie is vrijgesproken, de eveneens van rechtsvervolging ontslagen firma Nouvelles Frontières, de luchtvaartmaatschappijen KLM en Air France, de regeringen van de Franse Republiek, de Italiaanse Republiek, het Koninkrijk der Nederlanden en het Verenigd Koninkrijk en de Commissie van de Europese Gemeenschappen. De opmerkingen betreffen het volkenrechtelijke kader en de internationale praktijk met betrekking tot de vaststelling van de tarieven in het luchtvervoer, de interpretatie van het Franse recht door het tribunal en de stand van de communautaire wetgevingswerkzaamheden in de sector luchtvervoer. De opmerkingen betreffende de in de prejudiciële verwijzingen opgeworpen vragen van gemeenschapsrecht zijn toegespitst op drie hoofdpunten, te weten de ontvankelijkheid van de prejudiciële verwijzing respectievelijk de bevoegdheid van het Hof daarvan kennis te nemen, de toepasselijkheid van de mededingingsvoorschriften op de vaststelling van de tarieven in het luchtvervoer en de vraag, welke gevolgen de eventuele toepasselijkheid van de mededingingsvoorschriften op deze economische sector heeft.

a) *De ontvankelijkheid van de prejudiciële verwijzing*

De luchtvaartmaatschappijen *Air France* en *KLM*, de *Franse Republiek* en de *Italiaanse Republiek* achten de prejudiciële vragen niet ontvankelijk. De verwijzende rechter heeft aangenomen, dat artikel 85 EEG-Verdrag van toepassing is op de luchtvervoersector en daarom de tariefafspraken die ten gronde

5 — Zie bij voorbeeld de overeenkomst tussen de Bondsrepubliek Duitsland en Frankrijk van 4 oktober 1955 (UNTS, deel 353, blz. 203, BGBL 1956 II, blz. 1078).

6 — UNTS, deel 696, blz. 31; Trb. 1968, nr. 79.

lagen aan de goedgekeurde tarieven, reeds op grond van artikel 85, lid 2, nietigverklaard. Gezien de motivering van de verwijzingsvonnissen is de aan het Hof verzochte uitlegging niet noodzakelijk voor de uitspraak van de bij de nationale rechter aanhangige procedures.

Zelfs wanneer men rekening houdt met het feit dat het Hof de verzoeken om een prejudiciële beslissing gewoonlijk herformuleert om de verwijzende rechter de voor zijn beslissing in het bij hem aanhangig geding nodige gegevens te verschaffen, kan men volgens de *regering van de Italiaanse Republiek* in casu niet tot een ontvankelijke prejudiciële vraag komen. Het tribunal deelt niet mee, van welke gemeenschapsbepaling uitlegging wordt gevraagd voor zijn latere beslissing. In de prejudiciële vragen is weliswaar sprake van onverenigbaarheid van de overeengekomen tarieven met artikel 85 EEG-Verdrag, doch zij bevatten geen enkele verwijzing naar de gemeenschapsbepalingen waarmee de nationale voorschriften in strijd zouden kunnen zijn.

Volgens *beide luchtvaartmaatschappijen* had het tribunal op grond van zijn rechtsopvatting alle verdachten moeten vrijspreken. Een eventuele uitspraak van het Hof kan derhalve niet van invloed zijn op de concrete beslissing van het tribunal. Deze opvatting wordt bevestigd in het arrest van het Hof van 16 december 1981.[7] Daarin overwoog het Hof, dat het niet de taak van het Hof is rechtsgeleerde adviezen over algemene of hypothetische vraagstukken te formuleren, doch bij te dragen aan een goede rechtsbedeling in de Lid-Staten. Het Hof zou dus niet bevoegd zijn om te antwoorden op uitleggingsvragen die hem zouden worden gesteld in het kader van procedurele constructies, door partijen opgezet om een uitspraak van het Hof uit te lokken over bepaalde gemeenschapsrechtelijke vragen, waarvan de beantwoording niet objectief noodzakelijk is voor de beslechting van een geschil.

Overigens berust de prejudiciële vraag op een onjuiste uitlegging van het Franse recht, aangezien de tariefafspraken tussen de luchtvaartmaatschappijen niet worden voorgeschreven door het Franse recht, doch door het toepasselijke volkenrecht.

De verwijzende rechter zegt niet, aan welke gemeenschapsrechtelijke bepalingen het Hof het relevante Franse recht zou moeten toetsen, doch spreekt alleen van verenigbaarheid met „het gemeenschapsrecht". Deze uitdrukking is zo onbepaald, dat het Hof ook wanneer het de motivering van de verwijzingsvonnissen in aanmerking neemt, de prejudiciële vraag toch niet zodanig kan lezen, dat zij onder artikel 177 EEG-Verdrag en dus binnen de bevoegdheid van het Hof valt.

De *Commissie* van de Europese Gemeenschappen merkt om te beginnen ook op, dat de prejudiciële vraag in haar huidige formulering niet ontvankelijk moet worden geacht. In een procedure krachtens artikel 177 EEG-Verdrag kan het Hof geen uitspraak doen over de verenigbaarheid van bepalingen van een nationale wet met het EEG-Verdrag. Verder baseert de Commissie zich evenwel op de vaste praktijk van het Hof om in dergelijke gevallen de prejudiciële vraag dusdanig te lezen, dat de verwijzende rechter alle nodige criteria voor de uitlegging van het gemeenschapsrecht worden verstrekt om hem in de gelegenheid te stellen, zelf over de verenigbaarheid te beslissen. De Commissie stelt daarom voor de vraag te formuleren als volgt:

„Verbiedt het EEG-Verdrag nationale bepalingen van een Lid-Staat inzake de vaststelling van luchtvaarttarieven, wanneer de

7 — Arrest van 16 december 1981, zaak 244/80, Foglia/Novello, Jurispr. 1981, blz. 3045, 3062 e. v.

betrokken luchtvaartmaatschappijen door deze bepalingen worden gedwongen, vooraf de hoogte van deze tarieven overeen te komen, of wanneer de naleving van de aldus overeengekomen tarieven wordt afgedwongen door een goedkeuringsprocedure van overheidswege en op niet-naleving van de goedgekeurde prijzen sancties zijn gesteld?"

Het reisbureau *Nouvelles Frontières* stelt zich met betrekking tot het verwijzingsvonnis van het tribunal op hetzelfde standpunt als de Commissie. In dit vonnis gaat het om de vraag, of het verenigbaar is met het EEG-Verdrag dat een Lid-Staat op het gebied van het luchtvervoer een goedkeuringsprocedure voorschrijft, op grond waarvan afspraken over de diensten en hun prijzen moeten worden gemaakt, zulks in het bijzonder wanneer deze verplichting ten gevolge heeft dat de mededinging tussen Lid-Staten wordt vervalst.

b) *De toepasselijkheid van de mededingingsvoorschriften op het luchtvervoer*

Nouvelles Frontières, J. Maillot, de Nederlandse en de Britse regering en de Commissie van de Europese Gemeenschappen zijn van mening, dat de mededingingsregels van het EEG-Verdrag van toepassing zijn op het gebied van de luchtvaart, terwijl de luchtvaartmaatschappijen Air France en KLM alsook de Italiaanse en de Franse regering van mening zijn, dat dit niet het geval is.

Volgens *Nouvelles Fontières* gelden de mededingingsregels ook voor het luchtvervoer. Weliswaar is verordening nr. 17 over de toepassing van de artikelen 85 en 86 van het Verdrag [8] krachtens verordening nr. 141 [9] niet van toepassing op de vervoersector. Ook is in verordening nr. 1017/68 [10] *de rechtstreekse bevoegdheid van de Commissie* alleen voor het vervoer per spoor, over de weg en over de binnenwateren hersteld. Niettemin blijkt uit het arrest van het Hof van 4 augustus 1974 [11], dat de vervoersector niet krachtens artikel 84, lid 2, EEG-Verdrag is onttrokken aan de algemene bepalingen van het EEG-Verdrag; tot deze algemene bepalingen behoren de mededingingsvoorschriften. Dit beginsel is bevestigd in het arrest van 12 oktober 1978 in zaak 156/77 [12], volgens hetwelk steun aan het vervoer onderworpen is aan de algemene regeling van het verdrag inzake steunmaatregelen van staten en de daarbij voorziene controleprocedures.

De *Nederlandse regering* doet eveneens een beroep op genoemd arrest van 4 april 1974 voor haar opvatting, dat de mededingingsregels toepasselijk zijn op de vervoersector. De algemene verdragsbepalingen omvatten in het bijzonder de bepalingen van de artikelen 85 tot en met 90, dus de mededingingsregels, die zonder nader besluit van de Raad van toepassing zijn op het luchtvervoer. Daar echter de krachtens artikel 87 EEG-Verdrag vereiste uitvoeringsbepalingen voor het luchtvervoer nog niet zijn vastgesteld, dienen ingevolge de artikelen 88 en 89 EEG-Verdrag de nationale autoriteiten onder toezicht van de Commissie erop toe te zien dat de luchtvaartmaatschappijen de mededingingsregels naleven.

Ten slotte wijst de Nederlandse regering nog op de bijzondere omstandigheid, dat bij het verzoek om een prejudiciële beslissing in zaak 213/84, ook een buiten de Gemeen-

8 — Verordening nr. 17 — Eerste verordening over de toepassing van de artikelen 85 en 86 van het Verdrag (PB 1962, blz. 204).

9 — Verordening nr. 141 van de Raad houdende niet-toepassing op de vervoersector van verordening nr. 17 van de Raad (PB 1962, blz. 2751).

10 — Verordening nr. 1017/68 van de Raad van 19 juli 1968 houdende de toepassing van mededingingsregels op het gebied van het vervoer per spoor, over weg en over de binnenwateren (PB 1968, L 175, blz. 1).

11 — Arrest van 4 april 1974, zaak 167/73, Commissie/Franse Republiek, Jurispr. 1974, blz. 359.

12 — Arrest van 12 oktober 1978, zaak 156/77, Commissie/Koninkrijk België, Jurispr. 1978, blz. 1881.

schap gevestigde luchtvaartmaatschappij betrokken is. Men kan zich afvragen, of de algemene verdragsbepalingen inzake het luchtvervoer gelijkelijk van toepassing zijn op luchtvaartmaatschappijen uit derde landen als op maatschappijen die in de Gemeenchap zijn gevestigd.

Ook de regering van het *Verenigd Koninkrijk* is van mening, dat artikel 84, lid 2, niet in de weg staat aan de toepassing van artikel 85 op het luchtvervoer. Ook de verdragsbepalingen inzake de mededinging moeten worden gerekend tot de algemene verdragsbepalingen waarop het Hof in het arrest van 4 april 1974 doelde.

De *Commissie* deelt deze opvatting. De artikelen 85 en 86 EEG-Verdrag zijn ongetwijfeld van toepassing op de luchtvervoersector, daar zij behoren tot de door het Hof in het arrest van 4 april 1974 genoemde fundamentele regels.

De *luchtvaartmaatschappijen* Air France en KLM wijzen er in de eerste plaats op, dat de luchtvervoersector krachtens verordening nr. 141 buiten het toepassingsgebied van verordening nr. 17 valt; ondanks talrijke voorstellen van de Commissie is daarin tot dusver geen verandering opgetreden. Ook uit het arrest van het Hof van 4 april 1974 kan niet worden afgeleid, dat het Hof de vervoersector zonder enigerlei beperking aan de algemene verdragsbepalingen wil onderwerpen. Voorts zijn de mededingingsvoorschriften opgenomen in het derde deel van het Verdrag („Het beleid van de Gemeenschap") en niet in het tweede deel dat over de grondslagen van de Gemeenschap gaat en dus als enige tot de algemene bepalingen moet worden gerekend.

Volgens de regering van de *Franse Republiek* kan de door het Hof in genoemd arrest van 4 april 1974 voor de bepalingen van deel 2 van het EEG-Verdrag gevonden oplossing ook niet worden overgedragen op de mededingingsvoorschriften in deel 3 van het Verdrag. Artikel 78 EEG-Verdrag, volgens hetwelk elke in het kader van het EEG-Verdrag genomen maatregel op het gebied der vrachtprijzen en vervoervoorwaarden rekening moet houden met de economische toestand van de vervoerondernemers, is nimmer door een besluit krachtens artikel 84, lid 2, van toepassing verklaard, zodat het paradoxaal zou zijn om strengere bepalingen, zoals die van de artikelen 85 en 86 EEG-Verdrag, zonder meer op deze sector van toepassing te achten.

c) *De gevolgen van de toepasselijkheid van de mededingingsregels op de vervoersector*

Ook met betrekking tot de vraag, welke conclusies uit de toepasselijkheid van de mededingingsregels op de vervoersector kunnen worden getrokken voor het onderhavige verzoek om een prejudiciële beslissing, lopen de opmerkingen van de betrokkenen uiteen.

De regering van de *Franse Republiek* merkt om te beginnen op, dat de mededingingsregels gericht zijn tot de ondernemingen en niet tot de Lid-Staten. De artikelen 85 en 86 EEG-Verdrag beperken zich ertoe, op bepaalde nader omschreven gedragingen van ondernemingen een sanctie te stellen; de Lid-Staten zijn niet verplicht, bedoelde gedragingen van de ondernemingen te verbieden. Zij zijn alleen gehouden, geen maatregelen te nemen die het particuliere ondernemingen mogelijk zouden maken om zich aan de hun in de artikelen 85 tot en met 94 EEG-Verdrag opgelegde verplichtingen te onttrekken. De vraag of de Franse wetgeving zulks mogelijk maakt moet ontkennend worden beantwoord. Het kan niet in strijd met de mededingingsregels van het EEG-Verdrag zijn, dat Frankrijk, evenals de andere Lid-Staten, tariefafspraken van onder-

nemingen toestaat. Weliswaar verbiedt artikel 85, lid 1, EEG-Verdrag inzonderheid prijskartels tussen ondernemingen, doch artikel 85, lid 3, voorziet in de mogelijkheid van een ontheffing van dit principiële verbod. Aangezien de in artikel 87, lid 2, sub b, EEG-Verdrag voorziene uitvoeringsbepalingen nog niet zijn vastgesteld zijn het ingevolge artikel 88 EEG-Verdrag de Lid-Staten die moeten toezien op de naleving van de mededingingsregels. Daarom was Frankrijk gerechtigd zijn regeling inzake de goedkeuring van de luchtvaarttarieven te handhaven, en behoefde het afspraken tussen de luchtvaartmaatschappijen niet te verbieden, mits de beginselen van artikel 85, lid 3, EEG-Verdrag werden in acht genomen.

Overigens had ook de Commissie het niet nodig gevonden om met gebruikmaking van de haar in artikel 89 EEG-Verdrag verleende controlebevoegdheid op te treden tegen eventuele inbreuken op de artikelen 85 en 86 EEG-Verdrag.

De regering van de *Italiaanse Republiek* is eveneens van mening, dat de Lid-Staten krachtens artikel 88, juncto artikel 85, lid 3, EEG-Verdrag, bevoegd zijn afspraken tussen luchtvaartmaatschappijen te accepteren. Bij de huidige stand van het gemeenschapsrecht belet geen enkele bepaling van het EEG-Verdrag de Lid-Staten om hun bevoegdheid met betrekking tot de goedkeuring van luchtvaarttarieven uit te oefenen, ook al bestaat ter zake tussen de betrokken maatschappijen een afspraak of overeenkomst. Deze bevoegdheid mag echter alleen worden uitgeoefend voor de doeleinden waarvoor zij is verleend, en bij voorbeeld niet voor louter protectionistische doeleinden. Overigens zou de directe en onvoorwaardelijke toepassing van de mededingingsregels op het luchtvervoer tot ernstige verstoringen leiden ten koste van de luchtvaartmaatschappijen die de diensten verrichten, en ten slotte ook van de consument.

Ook de *regering van het Koninkrijk der Nederlanden* is van mening, dat de nationale kartelautoriteiten ingevolge artikel 88 EEG-Verdrag bevoegd zijn overeenkomstig hun nationaal recht en de bepalingen van de artikelen 85, lid 3, en artikel 86 te beslissen over de toelaatbaarheid van mededingingsregelingen en over het misbruik maken van een machtspositie. Verder wijst zij erop, dat tariefafspraken niet geïsoleerd kunnen worden beschouwd, doch dat ook andere factoren een belangrijke rol spelen. In dit verband kan worden gewezen op regelingen betreffende de toegang tot de markt of betreffende de toegestane vervoerscapaciteiten. De liberalisering van het luchtvervoer kan nagenoeg niet worden verwezenlijkt, wanneer dit verband niet wordt erkend. Daarbij kan in het midden blijven, of de Lid-Staten inbreuk maken op hun gemeenschapsverplichtingen wanneer zij bepalingen opstellen waarin het ondernemingen wordt toegestaan inbreuk te maken op de artikelen 85 en 86 EEG-Verdrag. Een bepaling die voorschrijft dat tarieven moeten worden goedgekeurd, vormt als zodanig geen maatregel die particuliere ondernemingen dwingt zich te onttrekken aan de voor hen uit de artikelen 85 en 86 EEG-Verdrag voortvloeiende verplichtingen.

De luchtvaartmaatschappijen *Air France* en *KLM* geven weliswaar toe, dat uit de artikelen 3, 5, 85 en 86 EEG-Verdrag bepaalde verplichtingen voor de Lid-Staten kunnen worden afgeleid, doch deze gedragsverplichtingen moeten voldoende geconcretiseerd zijn. Dit is in de luchtvervoersector echter niet het geval. Te dezen beroepen zij zich op het arrest van het Hof van 10 januari 1985.[13] Daarin heeft het Hof overwo-

13 — Arrest van 10 januari 1985, zaak 229/83, Leclerc/SARL „Au blé vert", Jurispr. 1985, blz. 1.

gen, dat met betrekking tot zuiver nationale stelsels of praktijken in de boekensector tot op heden geen communautair mededingingsbeleid bestaat dat de Lid-Staten op grond van hun verplichting zich te onthouden van alle maatregelen welke de verwezenlijking van de doelstellingen van het Verdrag in gevaar kunnen brengen, in acht zouden moeten nemen. Bij de huidige stand van het gemeenschapsrecht zijn derhalve de krachtens artikel 5 junctis de artikelen 3, sub f, en 85 EEG-Verdrag op de Lid-Staten rustende verplichtingen niet zo duidelijk bepaald, dat het hun verboden zou zijn om een wettelijke regeling inzake de mededinging bij de detailhandelsprijs van boeken uit te vaardigen. Dit betekent in feite, dat ook niet kan worden aangenomen dat de Lid-Staten indirect aan de artikelen 85 en 86 EEG-Verdrag zijn gebonden, wanneer de verplichtingen van de Lid-Staten niet voldoende duidelijk zijn, zoals dit met name het geval is bij de mededinging in de luchtvervoersector. In deze sector is het gemeenschapsrecht niet alleen onduidelijk doch bestaat het amper en is er in elk geval geen sprake van een beleid.

De *regering van het Verenigd Koninkrijk* wijst in de eerste plaats erop, dat een nationaal stelsel van goedkeuringen op zichzelf niet onverenigbaar is met de verdragsbepalingen. Dit geldt ook wanneer goedkeuring wordt verleend voor te voren afgesproken tarieven. Een dergelijk stelsel is slechts onverenigbaar, wanneer daarin aan de luchtvaartmaatschappijen wordt opgedragen, hun tarieven onderling af te stemmen. Daarbij kan een Lid-Staat zich niet beroepen op de bijzondere regeling van artikel 90 EEG-Verdrag voor openbare bedrijven, daar niettoepassing van de mededingingsregels niet noodzakelijk is om luchtvaartmaatschappijen in staat te stellen hun taak te vervullen. Wat de procedure betreft, hebben de Lid-Staten ingevolge artikel 88 tot taak, de naleving van de mededingingsvoorschriften te waarborgen. Artikel 88 bepaalt weliswaar niet, welke nationale instanties daartoe bevoegd zijn, doch het is aannemelijk dat daarmee hetzij de met het toezicht op de mededinging belaste instanties hetzij de voor het luchtvervoer bevoegde instanties zijn bedoeld. Deze instanties zijn in staat om bij de goedkeuring van de luchtvaarttarieven te onderzoeken, of de bepalingen van de artikelen 85 en 86 EEG-Verdrag zijn nageleefd, en om zo nodig na te gaan, of de afspraken tussen de luchtvaartmaatschappijen in aanmerking kunnen komen voor een ontheffing in de zin van artikel 85, lid 3, EEG-Verdrag. Weliswaar kan een nationale rechter niet zelf een ontheffing in de zin van artikel 85, lid 3, verlenen, doch hij kan de verlening of de weigering van een ontheffing wel in een procedure toetsen. Een ontheffing in de zin van artikel 85, lid 3, mag echter niet stilzwijgend worden verleend; dit moet geschieden in de vorm van een met redenen omklede beschikking. Anders zou niet met zekerheid kunnen worden nagegaan, of inderdaad aan de voorwaarden van artikel 85, lid 3, werd voldaan.

Deze beginselen kunnen echter niet met terugwerkende kracht worden toegepast, aangezien tot dusver niet duidelijk was, wie de ontheffing in de zin van artikel 85, lid 3, moest verlenen. Reeds goedgekeurde vervoertarieven moeten dus voorlopig geldig worden geacht. Daarvoor pleit ook, dat de Commissie tot dusver geen gebruik heeft gemaakt van de haar in artikel 89, lid 2, verleende toezichthoudende bevoegdheid. Zou volledige terugwerkende kracht worden verleend, dan zou zulks nadelige gevolgen hebben. Anderzijds is het onaanvaardbaar, dat toepassing van de mededingingsregels op dit gebied bijna dertig jaar na de inwerkingtreding van het EEG-Verdrag nog langer uitgesloten blijft.

Ook de *Commissie* wijst erop, dat de artikelen 85 en 86 EEG-Verdrag in de eerste plaats gericht zijn tot de ondernemingen.

Volgens de rechtspraak van het Hof mogen de Lid-Staten echter geen maatregelen nemen die ten doel of ten gevolge hebben, dat ondernemingen ertoe worden gebracht of gedwongen zich in strijd met de artikelen 85 en 86 te gedragen. Het toezicht op de naleving van de mededingingsregels in de vervoersector blijft krachtens de artikelen 88 en 89 nog berusten bij de nationale overheid en de Commissie. In voorkomend geval is de nationale rechter bevoegd om kennis te nemen van geschillen over de verenigbaarheid van een overeenkomst of een onderling afgestemde feitelijke gedraging met de mededingingsregels. De beginselen van 's Hofs arrest van 6 april 1962 in zaak 13/61 [14] inzake de voorlopige geldigheid van de overeenkomsten gedurende de overgangstijd vóór de inwerkingtreding van verordening nr. 17 zijn niet overdraagbaar op het luchtvervoer, aangezien bij het luchtvervoer niet wordt voldaan aan de feitelijke voorwaarden welke aan dit arrest ten grondslag lagen: een voor de inwerkingtreding van het EEG-Verdrag gesloten overeenkomst, aanmeldingsplicht krachtens artikel 5 van verordening nr. 17, bestaan van deze verordening op het tijdstip van het geschil.

Zodra wordt erkend dat de nationale rechter artikel 85 met name op het gebied van het luchtvervoer kan toepassen, wanneer er sprake is van een vlucht tussen twee Lid-Staten, moet worden onderzocht, of het mogelijk is om bij de vaststelling van de tarieven voor een overeenkomst of praktijk een ontheffing in de zin van artikel 85, lid 3, te verlenen. Het is weliswaar onvermijdelijk dat tariefafspraken de mededinging beperken, doch zij kunnen de vervoerscondities ook verbeteren. Een ontheffing kan niet worden verleend, wanneer de tariefafspraken dienen uit te sluiten, dat de betrokkenen of andere ondernemingen individueel andere tarieven kunnen voorstellen of toepassen. Voor zover dit niet het geval is, kan de nationale overheid op basis van artikel 88 een ontheffing verlenen.

Daar het Franse recht de nationale luchtvaartautoriteiten een zeer ruime beleidsvrijheid toekent, is de wijze waarop deze autoriteiten hun bevoegdheid uitoefenen, doorslaggevend. Dus moet worden nagegaan, of deze autoriteiten alleen tarieven goedkeurden die door de ondernemingen onderling waren overeengekomen voordat zij ter goedkeuring werden voorgelegd. Is dit niet het geval, dan lijdt het geen twijfel, dat het nationale recht inzake de goedkeuring van luchtvervoertarieven verenigbaar is met het EEG-Verdrag.

d) *Bijzonder probleem: Vluchten naar derde landen*

De regering van het Verenigd Koninkrijk en de Commissie gaan dieper in op het bijzondere probleem van de vluchten naar derde landen. De regering van het *Verenigd Koninkrijk* gaat eerst in op de vraag, of tariefafspraken bij vluchten naar derde landen de intracommunautaire handel wel ongunstig kunnen beïnvloeden. Voorts wijst zij erop, dat het moeilijk is de communautaire mededingingsregels op deze vluchten toe te passen, aangezien hier dikwijls volkenrecht prevaleert boven het gemeenschapsrecht, een beginsel dat in artikel 234 EEG-Verdrag is erkend.

Daarentegen is de *Commissie* van mening, dat tariefafspraken met betrekking tot vluchten naar derde landen wel degelijk de handel tussen Lid-Staten ongunstig kunnen beïnvloeden. Deze invloed op de intracommunautaire handel is echter moeilijk vast te stellen. Dikwijls verzetten bilaterale of multilaterale overeenkomsten zich tegen de toepassing van de communautaire mededingingsregels. Ingevolge artikel 234 EEG-Verdrag worden rechten en verplichtingen voortvloeiende uit overeenkomsten die voor de inwerkingtreding van het EEG-Verdrag

14 — Arrest van 6 april 1962, zaak 13/61, De Geus en Uitdenbogerd/Bosch e. a., Jurispr. 1962, blz. 91.

zijn gesloten, door de bepalingen van het EEG-Verdrag niet aangetast. Weliswaar zijn de Lid-Staten krachtens artikel 234, tweede alinea, verplicht gebruik te maken van alle passende middelen om de vastgestelde onverenigbaarheid met het EEG-Verdrag op te heffen; zolang dit evenwel niet is gebeurd, is de toepassing van de artikelen 85 en 86 EEG-Verdrag op bedoelde tariefafspraken niet mogelijk. De Commissie heeft geen stappen ondernomen om de Lid-Staten ertoe te brengen, artikel 234 EEG-Verdrag na te komen.

Air France en KLM verwijzen eveneens naar artikel 234, tweede alinea, en betogen dat, zolang geen duidelijkheid bestaat over de verplichtingen van de Lid-Staten op het gebied van de mededinging en de luchtvaart, de Lid-Staten niet gehouden zijn maatregelen als bedoeld in artikel 234, tweede alinea, EEG-Verdrag te nemen.

De regeringen van de *Franse Republiek*, de *Italiaanse Republiek* en het *Koninkrijk der Nederlanden* hebben het Hof desgevraagd meegedeeld, dat het vraagstuk van de verenigbaarheid van eerdere internationale verplichtingen met het EEG-Verdrag niet is gerezen en dat zij het niet nodig hebben geacht hun internationale verplichtingen ter zake op grond van onverenigbaarheid met het EEG-Verdrag aan deze bepalingen aan te passen.

De regering van het *Verenigd Koninkrijk* heeft geantwoord, dat het niet duidelijk is, of en in hoeverre de internationale overeenkomsten die het Verenigd Koninkrijk vóór zijn toetreding tot de Gemeenschap heeft gesloten, onverenigbaar zijn met het EEG-Verdrag. Mocht dit het geval zijn, dan moet over deze overeenkomst opnieuw worden onderhandeld met de betrokken derde landen.

Het Verenigd Koninkrijk heeft echter reeds maatregelen getroffen om een eventuele strijdigheid van deze overeenkomsten met het EEG-Verdrag te reduceren. Zo heeft het bij voorbeeld de Lid-Staten van de Europese Burgerluchtvaartconferentie en ook derde landen meegedeeld, dat het niet meer van de luchtvaartmaatschappijen verlangt, dat zij voor de indiening van hun verzoeken tot goedkeuring van de tarieven andere luchtvaartmaatschappijen consulteren.

e) *Voorstellen voor een antwoord van het Hof*

Alleen Air France en KLM alsook de Commissie van de Europese Gemeenschappen hebben voorstellen gedaan voor een antwoord van het Hof op de door het tribunal de police te Parijs gestelde vraag. Deze luiden als volgt:

Air France en KLM:

„Het Hof is niet bevoegd kennis te nemen van de hem door het tribunal de police te Parijs bij vonnissen van 2 maart 1984 gestelde prejudiciële vraag, daar mede gelet op de motivering van deze vonnissen deze vraag het Hof niet de mogelijkheid biedt, een gemeenschapsbepaling dusdanig uit te leggen, dat zulks objectief van nut kan zijn voor de beslissing in het voor het tribunal de police aanhangige geding, en de verwijzende rechter de prejudiciële vraag voorts baseert op een kennelijk onjuiste uitlegging van het nationale recht, waarvan de verenigbaarheid met het gemeenschapsrecht door het Hof zou moeten worden getoetst, en ten slotte omdat het Hof op grond van de tekst van de prejudiciële vraag niet kan vaststellen, van welke specifieke gemeenschapsbepaling uitlegging wordt gevraagd."

De Commissie: [15]

„Nationale bepalingen waarin wordt voorgeschreven dat de overheid de luchtvaartta-

15 — Vgl. de hiervoor door de Commissie voorgestelde versie van de vraag (blz. 1431).

rieven moet goedkeuren en waarin voorafgaand overleg tussen de betrokken luchtvaartmaatschappijen over de ter goedkeuring voor te leggen tarieven wordt verlangd, zijn in strijd met het EEG-Verdrag, met name met artikel 5 of, in voorkomend geval, met artikel 90, junctis de artikelen 85 en 86, wanneer voor die onderlinge afstemming geen ontheffing in de zin van artikel 85, lid 3, kan worden verleend.

Met name zijn deze bepalingen als onverenigbaar aan te merken, wanneer het voorafgaande overleg een noodzakelijke voorwaarde is voor het voorstel voor de ter goedkeuring voorgelegde tarieven of wanneer de bevoegde instantie haar bevoegdheid om de tarieven goed te keuren zodanig uitoefent, dat een of meer luchtvaartmaatschappijen wordt toegestaan, hun machtspositie op een bepaalde route te misbruiken, of dat zodanig misbruik van overheidswege wordt gesanctionneerd.

Voor zover de verplichtingen die voortvloeien uit onder artikel 234 EEG-Verdrag vallende luchtvervoerovereenkomsten tussen de Lid-Staten en derde landen daaraan niet in de weg staan, dient de nationale rechter nationale bepalingen waarvan moet worden aangenomen dat zij onverenigbaar met het EEG-Verdrag zijn, buiten toepassing te laten."

De overige partijen hebben geen uitdrukkelijk voorstel voor een antwoord gedaan.

B. In mijn juridische beoordeling van deze verzoeken om een prejudiciële beslissing wil ik in de eerste plaats erop wijzen, dat het niet de taak van het Hof is om de uitlegging van het Franse recht door de verwijzende rechter en de door hem vastgestelde feiten te toetsen. Weliswaar hebben enkele partijen te kennen gegeven, dat het tribunal de police te Parijs de Franse regeling naar hun mening onjuist heeft uitgelegd en dat ook zijn overwegingen met betrekking tot de tariefafspraken tussen de luchtvaartmaatschappijen niet juist zijn; het Hof kan daarop echter niet ingaan, aangezien bedoelde feitelijke constateringen respectievelijk juridische beoordelingen uitsluitend tot de verantwoordelijkheid van de verwijzende rechter behoren. Ook is het niet de taak van het Hof om te onderzoeken, of de afspraken tussen de luchtvaartmaatschappijen inderdaad onder het verbod van artikel 85, lid 1, EEG-Verdrag vallen. Dit geldt met name voor de vraag, of dergelijke afspraken ten gevolge hebben dat de handel tussen Lid-Staten ongunstig wordt beïnvloed, hetgeen juist bij vluchten naar derde landen moeilijk valt te bewijzen.

Het Hof zal zich bij zijn beslissing veeleer moeten laten leiden door de overweging, dat de door de verwijzende rechter vastgestelde feiten en de juridische beoordeling daarvan juist zijn. Daarom zal ook ik van deze veronderstelling uitgaan.

Ook op de uitvoerige opmerkingen die zijn gemaakt over de lopende wetgevingswerkzaamheden van de Raad wil ik niet nader ingaan, aangezien het Hof zijn beslissing moet baseren op geldend recht en niet op toekomstige rechtsontwikkelingen. A fortiori is dit zo, nu het in het hoofdgeding om een strafzaak gaat en de strafbaarheid van inbreuken op tariefafspraken respectievelijk op van overheidswege goedgekeurde tarieven slechts op grond van het ten tijde van het feit geldende recht en niet op grond van het toekomstige recht kan worden vastgesteld, ook al zouden de inbreuken eventueel op grond van dit laatste recht strafbaar zijn. Voor de nationale rechter zal het wellicht nuttig zijn om te weten in welke richting het toekomstige verordeningenrecht tendeert, omdat hij aan deze wetgevende werkzaamheden aanwijzingen kan ontlenen voor de criteria waaraan de tariefafspraken in het luchtvervoer, in het bijzonder wat artikel 85, lid 3, EEG-Verdrag betreft, zullen moeten worden getoetst. Voor de in casu

aan het Hof voorgelegde fundamentele vraag betreffende de toepasselijkheid van de mededingingsregels in het luchtvervoer zijn de lopende wetgevingswerkzaamheden van de Raad evenwel niet van belang.

1. *De ontvankelijkheid van het verzoek om een prejudiciële beslissing, respectievelijk de bevoegdheid van het Hof*

Enige betrokkenen ontkennen dat de verzoeken om een prejudiciële beslissing ontvankelijk zijn, respectievelijk het Hof bevoegd is om ervan kennis te nemen. Voor de bewering dat het verzoek niet ontvankelijk is, worden drie gronden aangevoerd: het Hof zou in het kader van de procedure van artikel 177 EEG-Verdrag niet bevoegd zijn, uitspraak te doen over de verenigbaarheid van het nationale recht met het gemeenschapsrecht; de beslissing van het Hof zou voor de uitspraak in het hoofdgeding niet noodzakelijk zijn, omdat de verwijzende rechter de toepasselijkheid van de mededingingsregels van het EEG-Verdrag op de tariefafspraken in het luchtvervoer reeds zou hebben bevestigd; bovendien zou de prejudiciële vraag zo onnauwkeurig zijn geformuleerd, dat niet kan worden vastgesteld aan welke gemeenschapsbepalingen de nationale voorschriften moeten worden getoetst.

a) De grief, gebaseerd op de vraag van de verenigbaarheid van het nationale recht met het gemeenschapsrecht, treft geen doel. Weliswaar staat vast, dat het Hof in de procedure krachtens artikel 177 EEG-Verdrag geen uitspraak kan doen over de verenigbaarheid van een nationale maatregel met het EEG-Verdrag. Volgens vaste rechtspraak van het Hof wordt een verzoek om een prejudiciële beslissing echter niet wegens een onduidelijk gestelde vraag niet ontvankelijk verklaard. Reeds in het arrest van 15 juli 1964 in zaak 6/64 [16] heeft het Hof vastgesteld, dat het bevoegd is uit onduidelijk geformuleerde vragen die vragen te distilleren, welke de uitlegging van het Verdrag betreffen. Het Hof mag zich dus niet uitspreken over de verenigbaarheid van nationale rechtsvoorschriften met het Verdrag, doch dient alleen het Verdrag uit te leggen, rekening houdend met de door de verwijzende rechter vermelde rechtsfeiten. [17]

b) Van meer belang zijn de grieven die gebaseerd zijn op de omstandigheid dat het verzoek om een prejudiciële beslissing niet nodig zou zijn. De verwijzende rechter heeft namelijk *geconstateerd*, dat de tussen de luchtvaartmaatschappijen gemaakte tariefafspraken krachtens artikel 85, lid 2, nietig waren en daarom niet behoefden te worden nageleefd. Daarentegen heeft hij de *vraag* opgeworpen of de nationale strafbepalingen en de daaraan ten grondslag liggende goedkeuringsregelingen verenigbaar waren met het gemeenschapsrecht.

Tot dusver is het vaste jurisprudentie, dat het Hof de relevantie van een verzoek om een prejudiciële beslissing niet onderzoekt. In het reeds genoemde arrest van 15 juli 1964 in zaak 6/64 overwoog het Hof, dat artikel 177 EEG-Verdrag is gebaseerd op een duidelijke scheiding van bevoegdheden tussen de nationale rechter en het Hof. Het Hof kan artikel 177 niet op een concreet geval toepassen, noch de beweegredenen van de oorspronkelijke rechter en het doel van zijn verzoek toetsen.

De bezwaren tegen de ontvankelijkheid van de onderhavige prejudiciële verwijzingen worden evenwel gebaseerd op overwegingen van het Hof in de beide arresten-Foglia/Novello [18]. In het eerste van deze beide ar-

16 — Arrest van 15 juli 1964, zaak 6/64, Costa/ENEL, Jurispr. 1964, blz. 199.

17 — t.a.p. blz. 1217.

18 — Arrest van 11 maart 1980, zaak 104/79, Foglia/Novello, Jurispr. 1980, blz. 745; arrest van 16 december 1981, zaak 244/80, Foglia/Novello, Jurispr. 1981, blz. 3045.

resten had het Hof zich inderdaad onbevoegd verklaard om kennis te nemen van de door de nationale rechter gestelde vragen, daar het van mening was, dat in de betrokken zaak geen sprake was van een wezenlijk geschil, doch van een „constructie" met een „kunstmatig karakter". In het tweede arrest stelde het Hof vervolgens, dat volgens de opzet van artikel 177 weliswaar de nationale rechter heeft te beoordelen of, gelet op de omstandigheden, feitelijk en rechtens, die kenmerkend zijn voor het bodemgeschil, een oplossing van de gerezen uitleggingsvragen noodzakelijk is, doch dat het niettemin aan het Hof staat om, ter toetsing van zijn eigen bevoegdheid, zo nodig een onderzoek in te stellen naar de omstandigheden waaronder het door de nationale rechter is geadieerd. Het Hof kwam tot dit standpunt op grond van de overweging, dat artikel 177 het Hof niet opdraagt om rechtsgeleerde adviezen over algemene of hypothetische vragen te formuleren, maar om bij te dragen aan een goede rechtsbedeling in de Lid-Staten. Het Hof zou dus niet bevoegd zijn om te antwoorden op uitleggingsvragen die hem zouden worden gesteld in het kader van procedurele constructies, door partijen opgezet om een uitspraak van het Hof uit te lokken over bepaalde problemen van gemeenschapsrecht, zonder dat daaraan werkelijk behoefte bestaat met het oog op de beslechting van een geschil.

Op zichzelf beschouwd, zou men, aangenomen dat de prejudiciële vragen irrelevant zijn voor de beslissing, op grond van deze overwegingen wellicht geneigd zijn om in casu inderdaad aan te nemen dat het Hof niet bevoegd is. Er moet echter op worden gewezen, dat het bij de zaken Foglia/Novello om een zeer „uitzonderlijk" geval ging [19], waarin voor een Italiaanse rechter de vraag naar de verenigbaarheid van een Frans voorschrift met het gemeenschapsrecht was opgeworpen, beide partijen in het geding het eens waren over de beantwoording van deze vraag, doch hadden verzuimd de betrokken vraagpunten door de bevoegde Franse rechter te laten ophelderen. Gezien deze wel zeer uitzonderlijke situatie, is het stellig niet gerechtvaardigd, uit genoemde arresten te vergaande conclusies te trekken, bij voorbeeld dat het Hof ten opzichte van verzoeken om prejudiciële beslissingen een restrictieve houding zou innemen.

Overigens ben ik van mening, dat in een strafzaak wel geen sprake zal zijn van een constructie met een kunstmatig karakter.

Voorts meen ik dat de gedachtengang van het tribunal, ook al is zij wat kort, niet per se tegenstrijdig is. Weliswaar constateert de verwijzende rechter zelf, dat de tariefafspraken tussen de luchtvaartmaatschappijen krachtens artikel 85, lid 2, EEG-Verdrag nietig zijn, doch hij werpt vervolgens de vraag op, in hoeverre de Franse regeling verenigbaar is met het gemeenschapsrecht. Uit de vaststelling van de nietigheid der tariefafspraken lijkt mij niet noodzakelijkerwijs te volgen, dat de nationale strafbepalingen niet kunnen worden toegepast. Immers, niet de niet-toepassing van de *overeengekomen* tarieven, doch de niet-toepassing van de door de bevoegde minister *goedgekeurde* tarieven is strafbaar gesteld. Ik kan niet op de finesses van het Franse strafrecht ingaan, doch ik acht het niet uitgesloten, dat de

19 — Zie U. Everling: *Das Vorabentscheidungsverfahren vor dem Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften — Praxis und Rechtsprechung*, Serie *Europäisches Recht, Politik und Wirtschaft*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1986, dl. 121, blz. 43.

vraag van de civielrechtelijke geldigheid van de tariefafspraken enerzijds en die van de geldigheid van de strafrechtelijke norm anderzijds verschillend zouden kunnen worden beantwoord, bij voorbeeld wanneer de goedkeuring in het nationale recht een bijzondere betekenis zou kunnen hebben, in dier voege dat zij de convalescentie zou kunnen meebrengen van een onvolkomen rechtshandeling of wanneer de strafbaarheid geheel los zou staan van de civielrechtelijke geldigheid van een der bestanddelen van de strafrechtelijke norm. Of dit het geval is, vermag ik niet te beoordelen. Een dergelijke beoordeling van het nationale recht behoort tot de competentie van de nationale rechter. Naar mijn mening staat echter vast, dat niet evident is dat de prejudiciële vraag irrelevant is voor de beslissing van het geding. Het ligt derhalve op de weg van de verwijzende rechter om op eigen verantwoordelijkheid zelf te beoordelen, of de beantwoording van de prejudiciële vraag voor het wijzen van zijn vonnis noodzakelijk is.

c) Voordat de prejudiciële vraag van het tribunal definitief kan worden geherformuleerd, moet nog worden onderzocht van welke gemeenschapsbepalingen de nationale rechter uitlegging verlangt. Weliswaar is de prejudiciële vraag in zeer algemene bewoordingen gesteld, waar wordt gevraagd, of de Franse bepalingen in overeenstemming zijn met het gemeenschapsrecht. Ik meen echter dat de vraag nauwkeurig kan worden begrensd.

In de prejudiciële verwijzingen gaat de verwijzende rechter — afgezien van artikel 84, lid 2, EEG-Verdrag — uitsluitend in op de mededingingsregels van het EEG-Verdrag. In de motivering wordt artikel 85 EEG-Verdrag tweemaal geciteerd en daarbij wordt opgemerkt, dat het verzoek betrekking heeft op de regels inzake de mededinging tussen ondernemingen.

Ook artikel 84, lid 2, dat een bijzondere regeling bevat voor het luchtvervoer in het kader van het vervoerbeleid, wordt slechts vermeld, in zoverre het niet in de weg staat aan de toepasselijkheid van de mededingingsregels op het luchtvervoer.

Dat de verwijzende rechter bij het stellen van zijn prejudiciële vraag alleen heeft gedacht aan de mededingingsregels van het EEG-Verdrag kan trouwens nog uit iets anders worden afgeleid: voor zover uit de door de verwijzende rechter aan het Hof overgelegde stukken blijkt, werd de vraag van de verenigbaarheid van de Franse regeling met het gemeenschapsrecht alleen opgeworpen in het hoofdgeding in zaak 211/84, en wel door de — inmiddels vrijgesproken — beklaagden Chadoutaud en Compagnie Wagons Lits. In de betrokken memorie worden wat de gemeenschapsbepalingen betreft ook alleen de mededingingsregels vermeld. De vraag van de verenigbaarheid van de Franse regeling met andere gemeenschapsbepalingen werd niet opgeworpen.

Ik kom derhalve tot de slotsom, dat de prejudiciële vraag moet worden uitgelegd in die zin, dat de gevolgen van de mededingingsregels van het EEG-Verdrag voor het Franse stelsel van goedkeuring voor luchtvaarttarieven dienen te worden opgehelderd. Daarom stel ik het Hof voor, de prejudiciële vraag van het tribunal te herformuleren, uitgaande van het concrete voorstel van de Commissie, dat luidt als volgt:

„Verbiedt het EEG-Verdrag nationale bepalingen van een Lid-Staat inzake de vaststelling van luchtvaarttarieven, wanneer de betrokken luchtvaartmaatschappijen door deze bepalingen worden gedwongen, vooraf de hoogte van deze tarieven overeen te komen, of wanneer de naleving van de aldus overeengekomen tarieven wordt afgedwongen door een goedkeuringsprocedure van overheidswege en op niet-naleving van de goedgekeurde prijzen sancties zijn gesteld?"

2. *De toepassing van de mededingingsregels op het luchtvervoer*

De toepasselijkheid van de mededingingsregels op het luchtvervoer bij de huidige stand van het gemeenschapsrecht werd om twee redenen betwijfeld. In de eerste plaats zou dit in strijd zijn met artikel 84, lid 2, EEG-Verdrag, dat voorziet in een bijzonder besluit van de Raad over de bepalingen voor de zeevaart en de luchtvaart. Anderzijds zou in verordening nr. 141 niet enkel de toepasselijkheid van verordening nr. 17, doch ook de toepassing van de artikelen 85 en 86 EEG-Verdrag in hun geheel op de luchtvaartsector zijn uitgesloten.

a) Artikel 84 EEG-Verdrag luidt als volgt:

„1) De bepalingen van deze titel zijn van toepassing op het vervoer per spoor, over de weg en over de binnenwateren.

2) De Raad kan met eenparigheid van stemmen besluiten of, in hoeverre en volgens welke procedure, passende bepalingen voor de zeevaart en de luchtvaart zullen kunnen worden genomen."

De juridische betekenis van artikel 84 EEG-Verdrag was aanvankelijk omstreden. Sluit artikel 84 EEG-Verdrag het vervoer over zee en door de lucht *enkel* uit van het toepassingsgebied van titel IV inzake het *vervoer*, of heeft het de veel verder gaande strekking dat beide wijzen van vervoer aan de toepassing van *het gehele EEG-Verdrag* worden onttrokken?

De opvatting dat op het vervoer alleen de bepalingen van de Titel inzake het vervoer doch niet de rest van het Verdrag van toepassing zijn, aangezien de gemeenschappelijke markt niet geldt voor de vervoersector, waar immers in het Verdrag enkel wordt gesproken van een gemeenschappelijk vervoer*beleid*, heeft het Hof reeds in zijn arrest van 4 april 1974 (zaak 167/73, Commissie/Frankrijk, Jurispr. 1974, blz. 359) verworpen. In dat arrest wees het Hof erop, dat artikel 74 EEG-Verdrag de doelstellingen van het Verdrag vermeldt en daarmee verwijst naar de bepalingen van de artikelen 2 en 3 EEG-Verdrag, tot de verwezenlijking waarvan in de eerste plaats wordt bijgedragen door de fundamentele bepalingen die gelden voor het gehele economische leven. De regels betreffende het gemeenschappelijk vervoerbeleid hebben niet ten doel, die fundamentele regels terzijde te stellen, doch juist om deze ten uitvoer te leggen en door een gemeenschappelijk optreden aan te vullen. Voor zover die doeleinden door genoemde algemene regels kunnen worden bereikt, behoren deze regels toepassing te vinden. [20]

Voorts wijst het Hof erop, dat artikel 61, lid 1, EEG-Verdrag met betrekking tot het vrije verkeer van diensten op het gebied van het vervoer uitdrukkelijk bepaalt, dat „de bepalingen voorkomende in de titel betreffende het vervoer" gelden, hetgeen bevestigt dat, voor zover geen afwijkingen zijn voorzien, de algemene regels van het Verdrag moeten worden toegepast. Krachtens artikel 84, lid 2, EEG-Verdrag kan de Raad besluiten of, in hoeverre en volgens welke procedure, passende bepalingen voor de zeevaart moeten worden genomen. Hiermee wordt niet de toepasselijkheid van het Verdrag op dit gebied uitgesloten, doch hier wordt uitsluitend bepaald, dat de in de titel betreffende het vervoer opgenomen bijzondere bepalingen niet automatisch ook van toepassing zijn op het zeevervoer. Zolang de Raad niet anders bepaalt, vallen het vervoer door de lucht en over zee krachtens artikel 84, lid 2, dus weliswaar niet onder de bepalingen van titel IV van het tweede deel van het Verdrag inzake het gemeenschappelijk vervoerbeleid, doch vallen zij om dezelfde redenen als de overige wijzen van vervoer onder de algemene verdragsbepalingen.

20 — t.a.p., rechtsoverwegingen 24-26.

Naar aanleiding van dit arrest, dat betrekking had op het vrij verkeer van werknemers in het kader van de zeevaart, had men kunnen verwachten dat de vraag van de toepasselijkheid van de algemene verdragsbepalingen op de zeevaart en de luchtvaart was opgelost. Dit is echter niet het geval, zoals onder meer blijkt uit de opmerkingen van de partijen in de onderhavige procedure. Wel betreft de discussie thans andere punten en bestaat nu verschil van mening over de vraag, wat moet worden verstaan onder de „algemene bepalingen" van het Verdrag. Inderdaad heeft het Hof destijds alleen uitdrukkelijk titel I (Het vrije verkeer van goederen) en titel III (Het vrije verkeer van personen, diensten en kapitaal) van het tweede deel (De grondslagen van de Gemeenschap) behandeld. Daaruit wordt thans geconcludeerd, dat de gemeenschappelijke regels in het derde deel van het Verdrag niet van toepassing zouden zijn op het luchtvervoer.

Wat dit argument betreft, dient in de eerste plaats te worden opgemerkt, dat er voor het Hof in het arrest van 4 april 1974 geen aanleiding bestond om ter zake van de andere, niet genoemde delen van het Verdrag een uitspraak te doen. Voorts moet worden vastgesteld, dat het Hof met de uitdrukking „algemene bepalingen" geen rechtsbegrip uit het Verdrag heeft gebruikt. Ik ben van mening, dat het Hof met deze uitdrukking „algemene bepalingen" al die bepalingen heeft bedoeld die niet als „bijzondere bepalingen" in titel IV inzake het vervoer zijn opgenomen. Hiervoor vind ik steun in de conclusie van advocaat-generaal Reischl in genoemde zaak 167/73. Op grond van een analyse van artikel 61, lid 1, en artikel 77 EEG-Verdrag komt hij met betrekking tot de vraag, welke bepalingen op de vervoersector van toepassing zijn tot de volgende conclusie: uit het feit dat artikel 61, lid 1, EEG-Verdrag bepaalt, dat het vrije verkeer van de diensten op het gebied van het vervoer wordt geregeld door de bepalingen voorkomende in de titel betreffende het vervoer, blijkt, dat het hoofdstuk betreffende de diensten dus kennelijk niet van toepassing is op het vervoer. Deze bijzondere bepaling zou echter niet nodig zijn geweest, indien de algemene verdragsbepalingen toch al niet voor de vervoersector golden.

Artikel 77, dat is opgenomen in de titel betreffende het „vervoer", bepaalt dat met dit Verdrag verenigbaar zijn de steunmaatregelen die beantwoorden aan de behoeften van de coördinatie van het vervoer of die overeenkomen met de vergoeding van bepaalde met het begrip „openbare dienst" verbonden, verplichte dienstverrichtingen. Vergelijkt men deze bepaling met artikel 42, volgens hetwelk het hoofdstuk over de mededingingsregels op de voortbrenging van en de handel in landbouwprodukten slechts in zoverre van toepassing is, als door de Raad zal worden bepaald, en legt men dit naast de formulering van artikel 77, dat kennelijk onderstelt dat de steunregeling van de artikelen 92 tot en met 94 van toepassing is, dan is de conclusie onontkoombaar, dat artikel 77 de toepassing van het mededingingsrecht van het Verdrag slechts voor bepaalde steunmaatregelen in de vervoersector wil uitsluiten. Ook dit is stellig een aanwijzing voor het feit, dat het Verdrag ervan uitgaat dat de algemene bepalingen — waartoe ook de mededingingsregels, met inbegrip van de steunvoorschriften behoren — ook op het gebied van het vervoer van toepassing zijn.

Ook de Raad is ervan uitgegaan, dat de mededingingsregels van toepassing zijn op de vervoersector. Wanneer in verordening nr. 141 van de Raad houdende niet-toepassing op de vervoersector van verordening nr. 17 in artikel 1 wordt bepaald dat verordening nr. 17 niet wordt toegepast op de vervoersector en in artikel 3 wordt bepaald, dat dit voor het vervoer per spoor, over de weg en over de binnenwateren geldt tot en met 31 december 1965, dan volgt daaruit,

dat artikel 1 zich ook uitstrekt tot het vervoer over zee — en ik voeg hieraan toe: ook voor het luchtvervoer —. Dit onderstelt echter, dat de algemene verdragsbepalingen eveneens van toepassing zijn op deze sector. Anders ware het onbegrijpelijk, waarom de Raad het nodig heeft gevonden een uitzonderingsverordening vast te stellen voor het vervoer in het algemeen en zich daarbij overigens alleen baseert op artikel 87 EEG-Verdrag en niet op artikel 84, lid 2.

Op grond hiervan ben ik van mening, dat het Hof met de uitdrukking „algemene bepalingen" enkel de „bijzondere bepalingen" betreffende het vervoer wilde afbakenen.

Samenvattend kan dus worden vastgesteld dat het gehele Verdrag, voor zover het relevant is, met uitzondering van de „bijzondere bepalingen betreffende de vervoersector", van toepassing is op de luchtvaart. In aansluiting op een formulering van het Hof kom ik daarom tot de conclusie, dat de Lid-Staten niet alleen bevoegd zijn om de artikelen 85 e.v. EEG-Verdrag op het gebied van het vervoer toe te passen, doch daartoe verplicht zijn.

b) Ook uit het feit dat verordening nr. 17 niet van toepassing is op het luchtvervoer en de Raad tot dusver nog geen uitvoeringsbepalingen van de mededingingsregels op het luchtvervoer heeft vastgesteld, ofschoon de Commissie ter zake voorstellen bij de Raad heeft ingediend [21], kan niet worden afgeleid, dat de mededingingsregels in hun geheel niet voor deze sector zouden gelden. Op grond van artikel 87 EEG-Verdrag stelt de Raad alle verordeningen of richtlijnen vast, dienstig voor de toepassing van de beginselen neergelegd in de artikelen 85 en 86. Volgens lid 2 hebben bedoelde voorschriften met name ten doel... „c) in voorkomende gevallen, de werkingssfeer van de bepalingen van de artikelen 85 en 86 voor de verschillende bedrijfstakken nader vast te stellen".

De Raad kan dus de toepassing van de mededingingsregels onder andere ook voor het luchtvervoer nader concretiseren, doch hij is niet bevoegd te besluiten om deze niet toe te passen.

Dat de Raad de bedoelde „dienstige verordeningen of richtlijnen" tot dusver nog niet heeft vastgesteld, heeft dus slechts ten gevolge dat de Commissie thans niet beschikt over een middel om vermoedelijke inbreuken op de artikelen 85 en 86 EEG-Verdrag op het gebied van het luchtvervoer onmiddellijk te onderzoeken of te bestraffen. Daaruit volgt evenwel niet, dat de mededingingsregels als zodanig niet van toepassing zijn, doch enkel, dat vooralsnog niet de Commissie doch de Lid-Staten moeten toezien op de naleving van de artikelen 85 e.v. EEG-Verdrag. Ten slotte bepaalt artikel 88 EEG-Verdrag, dat tot op het tijdstip van inwerkingtreding van de voorschriften, op grond van artikel 87 vastgesteld, de autoriteiten van de Lid-Staten beslissen over de toelaatbaarheid van mededingingsregelingen en over het misbruik maken van een machtspositie op de gemeenschappelijke markt. De bepalingen van de artikelen 85 en 86 EEG-Verdrag zijn dus niet opgeschort; enkel de bevoegdheid en de verplichting op de nakoming daarvan toe te zien, zijn nog aan de Lid-Staten gelaten.

Voor het luchtvervoer geldt dus nog een overgangsregeling, zoals vóór de inwerkingtreding van verordening nr. 17 voor alle takken van de economie gold.

21 — Bij voorbeeld het voorstel voor een verordening (EEG) van de Raad tot vaststelling van de wijze van toepassing van de mededingingsregels op de ondernemingen in de sector luchtvervoer, PB 1982, C 317, blz. 3.

c) Met betrekking tot de opvatting, dat de luchtvaartmaatschappijen op grond van de uitzonderingsregeling van artikel 90, lid 2, EEG-Verdrag de mededingingsregels van het EEG-Verdrag niet zouden behoeven na te leven, kan ik kort zijn.

Artikel 90 EEG-Verdrag luidt als volgt:

„1. De Lid-Staten nemen of handhaven met betrekking tot de openbare bedrijven en de ondernemingen waaraan zij bijzondere of uitsluitende rechten verlenen, geen enkele maatregel welke in strijd is met de regels van dit Verdrag, met name die bedoeld in de artikelen 7 en 85 tot en met 94.

2. De ondernemingen belast met het beheer van diensten van algemeen economisch belang of die het karakter dragen van een fiscaal monopolie, vallen onder de regels van dit Verdrag, met name onder de mededingingsregels, voor zover de toepassing daarvan de vervulling, in feite of in rechte, van de hun toevertrouwde bijzondere taak niet verhindert. De ontwikkeling van het handelsverkeer mag niet worden beïnvloed in een mate die strijdig is met het belang van de Gemeenschap.

3. De Commissie waakt voor de toepassing van dit artikel en richt, voor zover nodig, passende richtlijnen of beschikkingen tot de Lid-Staten."

In de eerste plaats wordt dus in beginsel bevestigd dat de mededingingsregels van toepassing zijn op openbare ondernemingen, waartoe ook de luchtvaartmaatschappijen kunnen behoren. Voor ondernemingen belast met het verrichten van diensten van algemeen economisch belang gelden de mededingingsregels evenwel slechts voor zover de toepassing daarvan de vervulling, in feite of in rechte, van de hun toevertrouwde taak niet verhindert.

Of artikel 90, lid 2, EEG-Verdrag aldus een bijzondere behandeling van de luchtvaartmaatschappijen toestaat, kan echter in het midden worden gelaten, daar volgens vaste jurisprudentie van het Hof deze verdragsbepaling bij de huidige stand van het gemeenschapsrecht geen individuele rechten kan doen ontstaan die de nationale rechter dient te handhaven." [22]

Voor het geval het Hof niettemin een standpunt mocht willen innemen met betrekking tot de vraag of artikel 90, lid 2, EEG-Verdrag van toepassing is op de tariefafspraken in het luchtvervoer, zou ik daarover het volgende willen opmerken. Wil deze bepaling toepasselijk zijn, dan moet kunnen worden aangetoond [23], dat door naleving van de verdragsbepalingen de uitoefening van de taak van de betrokken ondernemingen wordt verhinderd. Hier is dus een „strikte beoordeling" vereist. [24] Voordat een afwijking van de verdragsbepalingen kan worden geldend gemaakt, moet bij voorbeeld de in het Verdrag voorziene procedure voor ontheffingen krachtens artikel 85, lid 3, zijn gevolgd. Pas wanneer er geen andere mogelijkheid bestaat om overeenkomstig het Verdrag de met elkaar strijdige belangen op elkaar af te stemmen, komt artikel 90, lid 2, in aanmerking. [25]

De regering van het Verenigd Koninkrijk betwist en ook ik acht het uiterst twijfelach-

22 — Aldus reeds het arrest van 14 juli 1971 (zaak 10/71, Openbaar Ministerie Luxemburg/Muller, Jurispr. 1971, blz. 723); indicaties voor een andere opvatting die uit het arrest van 21 maart 1974 (zaak 127/73, BRT/SABAM en NV Fonior, Jurispr. 1974, blz. 313) zouden kunnen worden afgeleid, lijken door de arresten van 30 april 1974 (zaak 155/73, Sacchi, Jurispr. 1974, blz. 409) en 10 maart 1983 (zaak 172/82, Syndicat national des fabricants raffineurs d'huile de graissage e.a., Jurispr. 1983, blz. 555) achterhaald.

23 — Zaak 155/73, t.a.p., blz. 431.

24 — Zie de conclusie van advocaat-generaal Roemer in zaak 82/71, Jurispr. 1972, blz. 146.

25 — Zie voor de opvattingen in de literatuur: I. Pernice, aantekening 53 bij artikel 90 EEG-Verdrag in: Grabitz, *Kommentar zum EWG-Vertrag*, München, blz. 1983 e.v.

tig, of bij de afspraken inzake de luchtvaarttarieven aan deze voorwaarden is voldaan. Daar ook voor overeengekomen tarieven krachtens artikel 85, lid 3, EEG-Verdrag een ontheffing van het kartelverbod kan worden verleend, zie ik niet in, hoe de toepassing van artikel 85 EEG-Verdrag op de tariefregeling in de luchtvaart de luchtvaartmaatschappijen aantoonbaar kan *hinderen* bij het verrichten van hun taak. Gezien de ontwikkeling van het luchtvervoer op het Amerikaans continent, op de Noordatlantische routes en tussen Nederland en het Verenigd Koninkrijk lijkt het zelfs twijfelachtig, of het luchtvervoer als geheel wel door meer concurrentie wordt gehinderd, hetgeen trouwens ook niet voldoende zou zijn voor de toepassing van artikel 90, lid 2, EEG-Verdrag.

d) Wanneer dus de toepasselijkheid van de mededingingsregels van het EEG-Verdrag op het luchtvervoer en dus ook op de tussen de luchtvaartmaatschappijen gemaakte tariefafspraken vaststaat, kan ter rechtvaardiging van deze tariefafspraken niet worden aangevoerd, dat zij door nationale voorschriften worden vereist of zelfs worden afgedwongen. Artikel 85 EEG-Verdrag geldt naar de letter voor overeenkomsten tussen ondernemingen en besluiten van ondernemersverenigingen. Zoals het Hof in zijn arrest van 30 januari 1985 in zaak 123/83[26] heeft overwogen, „zijn het juridisch kader waarin dergelijke overeenkomsten worden gesloten en dergelijke besluiten worden vastgesteld, alsmede de juridische kwalificatie die in de verschillende nationale rechtsordes aan dit kader wordt gegeven, niet van invloed voor de toepasselijkheid van de communautaire mededingingsregels en inzonderheid van artikel 85 EEG-Verdrag".

26 — Arrest van 30 januari 1985, zaak 123/83, Bureau national interprofessionnel du cognac, Jurispr. 1985, blz. 391.

3. *De gevolgen van de toepasselijkheid van de mededingingsregels op de luchtvervoersector*

Thans wil ik de vraag onderzoeken, welke conclusies uit de toepasselijkheid van de mededingingsregels op de luchtvervoersector dienen te worden getrokken voor de rechten en verplichtingen van de Lid-Staten. Wij hebben vastgesteld, dat volgens het in artikel 3, sub f, EEG-Verdrag verankerde doel, juncto artikel 85, lid 1, onverenigbaar met de gemeenschappelijke markt en verboden zijn, alle overeenkomsten tussen ondernemingen, alle besluiten van ondernemersverenigingen en alle onderling afgestemde feitelijke gedragingen welke de handel tussen Lid-Staten ongunstig kunnen beïnvloeden en ertoe strekken of ten gevolge hebben dat de mededinging binnen de gemeenschappelijke markt wordt verhinderd, beperkt of vervalst en met name die welke bestaan in het rechtstreeks of zijdelings bepalen van de aan- of verkoopprijzen of van andere contractuele voorwaarden. Voorts hebben wij vastgesteld, dat deze bepalingen ook gelden voor de vervoersector, met name voor de luchtvervoersector.

In eerste instantie betreffen deze bepalingen enkel de gedragingen van ondernemingen en niet de bij wet of verordening getroffen maatregelen van de Lid-Staten. Volgens de rechtspraak van het Hof, die ik thans als „vast" zou willen kwalificeren, zijn de Lid-Staten niettemin ingevolge artikel 5, lid 2, EEG-Verdrag gehouden, door hun nationale wetgeving geen afbreuk te doen aan de volledige en eenvormige toepassing van het gemeenschapsrecht en aan de werking van de handelingen tot uitvoering ervan, en geen maatregelen, ook niet van wettelijke en bestuursrechtelijke aard, te nemen of te handhaven, welke aan de op de onderne-

mingen toepasselijke mededingingsregels hun nuttig effect kunnen ontnemen. [27]

Past men deze jurisprudentie toe op de onderhavige verzoeken om een prejudiciële beslissing, dan zijn de Lid-Staten krachtens artikel 5, lid 2, EEG-Verdrag verplicht, geen maatregelen te treffen of te handhaven die de luchtvaartmaatschappijen de mogelijkheid bieden om zich te onttrekken aan de hun in de verdragsvoorschriften inzake de mededinging opgelegde verplichtingen, in concreto hier om afspraken te maken over hun luchtvaarttarieven wanneer niet aan de voorwaarden voor een ontheffing krachtens artikel 85, lid 3, EEG-Verdrag wordt voldaan.

Bij bestudering van de desbetreffende bepalingen van de Franse code de l'aviation civile valt in de eerste plaats op, dat tariefafspraken daarin noch worden genoemd, noch voorgeschreven. Alleen in artikel R 330-9, derde alinea, is sprake van tariefvoorstellen die hetzij rechtstreeks door de maatschappij hetzij door tussenkomst van een door de bevoegde minister erkende beroepsorganisatie kunnen worden ingediend.

Weliswaar is in deze bepaling geen sprake van het recht of van de verplichting tariefafspraken te maken, doch zij maakt het mogelijk dat tariefvoorstellen worden ingediend, die binnen de beroepsorganisatie kunnen zijn overeengekomen.

Een definitieve beoordeling van deze Franse regeling alleen op grond van de tekst is dus niet mogelijk. Voor een volledig begrip van deze regeling moet zij dus worden onderzocht in samenhang met de volkenrechtelijke bepalingen, waarin in de regel tariefafspraken worden voorzien, de feitelijke praktijk bij de luchtvaartmaatschappijen, alsook de daaraan door de met de goedkeuring belaste nationale autoriteiten gegeven toepassing. Deze verschillende elementen kunnen door het Hof evenwel niet in het kader van de prejudiciële procedure van artikel 177 EEG-Verdrag worden onderzocht; dat is de taak van de nationale rechter.

Uit de prejudiciële verwijzingen en de opmerkingen van partijen voor het Hof blijkt, dat de verwijzende rechter ervan overtuigd is dat tariefafspraken worden toegepast en dat de goedkeuringspraktijk in Frankrijk ertoe leidt, dat dergelijke afspraken niet slechts worden geduld, doch zelfs worden gestimuleerd. Onafhankelijk van de vraag, of deze vaststelling juist is, dient het Hof bij de beantwoording van de prejudiciële vraag hiervan uit te gaan.

Een praktijk die dergelijke afspraken op zijn minst duldt of stimuleert, behoeft echter nog niet zonder meer in strijd te zijn met de verdragsvoorschriften inzake de mededinging, daar in deze voorschriften zelf, te weten artikel 85, lid 3, de mogelijkheid wordt voorzien dat het verbod van artikel 85, lid 1, buiten toepassing wordt verklaard. Voorwaarde daarvoor is, dat de overeenkomsten bijdragen tot verbetering van de produktie of van de verdeling der produkten of tot verbetering van de technische of economische vooruitgang, alsook dat een billijk aandeel in de daaruit voortvloeiende voordelen de gebruikers ten goede komt, zonder nochtans aan de betrokken ondernemingen a) beperkingen op te leggen welke voor het bereiken van deze doelstellingen niet onmisbaar zijn, en b) de mogelijkheid te geven, voor een wezenlijk deel van de betrokken produkten de mededinging uit te schakelen.

Het kan niet bij voorbaat uitgesloten worden geacht, dat artikel 85, lid 3, op de tariefafspraken in het luchtvervoer kan wor-

27 — Arrest van 10 januari 1985, zaak 229/83, Leclerc e.a./SARL „Au blé vert" e.a., r.o. 14, Jurispr. 1985, blz. 1; arrest van 29 januari 1985, zaak 231/83, H. Cullet, r.o. 16, Jurispr. 1985, blz. 305; 13 februari 1969 in zaak 14/68, W. Wilhelm, Jurispr. 1969, blz. 14; arrest van 16 november 1977, zaak 13/77, GB-Inno-BM, Jurispr. 1977, blz. 2115, 2145 e.v.

den toegepast en dat de overeengekomen tarieven derhalve van het kartelverbod van artikel 85, lid 1, kunnen worden vrijgesteld.

In dit verband dient evenwel te worden bedacht, dat krachtens artikel 85, lid 3, sub b, geen ontheffing kan worden verleend wanneer voor een wezenlijk deel van de betrokken diensten de mededinging zou worden uitgeschakeld. Daarbij is van belang, dat de mededinging reeds om een andere reden beperkt is: aangezien volgens artikel 61, lid 1, het vrije verkeer van de diensten op het gebied van het vervoer wordt geregeld door de bepalingen voorkomende in de titel betreffende het vervoer, doch er met name voor de luchtvaart nog geen regeling is vastgesteld, kent de luchtvervoersector nog geen vrij verkeer van diensten. De toelating van luchtvaartmaatschappijen is derhalve nog steeds beperkt. Zou dan bovendien nog de prijsconcurrentie worden uitgeschakeld, dan kan hetgeen nog aan mededinging resteert, zo sterk zijn beperkt, dat geen ontheffing meer kan worden verleend.

Tot de vaststelling van de desbetreffende uitvoeringsbepalingen door de Gemeenschap zijn de autoriteiten van de Lid-Staten krachtens artikel 88 EEG-Verdrag bevoegd, over de verlening van eventuele ontheffingen te beslissen. Deze bepaling verwijst dus naar de nationale bevoegdheids- en procedureregels. Het ligt dus op de weg van de Lid-Staten om de procedurele en organisatorische voorwaarden te creëren voor de toepassing van de mededingingsregels door de nationale autoriteiten. Volgens de jurisprudentie van het Hof [28] behoren tot deze autoriteiten ook de rechterlijke instanties welke inzonderheid zijn belast met de toepassing van het nationale mededingingsrecht of de controle op de wettigheid van de toepassing daarvan door de administratieve overheid.

28 — Arrest van 30 januari 1974, zaak 127/73, BRT/SABAM, Jurispr. 1974, blz. 51.

Uit deze overwegingen kan tweeërlei worden geconcludeerd:

In beginsel staat het de Lid-Staten vrij de in artikel 88 EEG-Verdrag bedoelde bevoegde autoriteiten aan te wijzen. Zij kunnen de uitvoering van de mededingingsregels bij voorbeeld opdragen aan de kartelinstanties doch ook aan andere instanties, bij voorbeeld — op het gebied van de luchtvaart — aan de luchtvaartautoriteiten.

Daar op de wettigheid van de toepassing van de mededingingsregels door de administratieve autoriteiten toezicht dient te worden uitgeoefend door de rechter, moet deze ook in staat zijn, beslissingen omtrent het verlenen van een ontheffing voor tariefafspraken op grond van artikel 85, lid 3, EEG-Verdrag te toetsen. Zoals met name het Verenigd Koninkrijk heeft betoogd, onderstelt dit evenwel dat deze ontheffingen in de vorm van uitdrukkelijke gemotiveerde beschikkingen worden gegeven. Voor een doeltreffende rechterlijke controle op overheidsbesluiten is het dus niet voldoende dat de ontheffingen stilzwijgend worden verleend. Zo kan bij voorbeeld niet worden aangenomen, dat de overheidsgoedkeuring van de luchtvaarttarieven reeds een ontheffing in de zin van artikel 85, lid 3, insluit wanneer er afspraken bestaan betreffende de tarieven, doch de goedkeuringsautoriteit zich omtrent de mogelijkheid van de ontheffing niet uitdrukkelijk uitlaat. Dit geldt in het bijzonder wanneer, zoals in casu, de voorgelegde tarieven worden geacht stilzwijgend te zijn goedgekeurd wanneer de minister daartegen niet binnen een termijn van een maand bezwaar maakt (zie artikel R 330-9).

In een dergelijk geval is er geen sprake van een geldige ontheffing in de zin van artikel 85, lid 3, EEG-Verdrag.

Hieruit volgt, dat de verplichtingen van de Lid-Staten krachtens artikel 5, lid 2, junctis de artikelen 3, sub f, 85 en 88 EEG-Verdrag, reeds bij de huidige stand van het gemeenschapsrecht voldoende bepaald zijn. Het is dus niet nodig, dat deze bepalingen eerst in het kader van een gemeenschappelijk mededingingsbeleid in de sector van het luchtvervoer worden verduidelijkt.

Hierin ligt het belangrijkste verschil met de reeds genoemde zaak 229/83, waarin het Hof uitspraak moest doen over *zuiver nationale* stelsels en praktijken in de boekensector, terwijl het in casu gaat om afspraken in het intracommunautaire luchtvervoer tussen Lid-Staten. In de boekensector had het Hof wegens het ontbreken van een mededingingsbeleid bij de huidige stand van het gemeenschapsrecht geen voldoende bepaalde verplichtingen van de Lid-Staten kunnen vaststellen. Voorts moet erop worden gewezen, dat volgens de in zaak 229/83 te beoordelen nationale regeling afspraken tussen ondernemingen juist niet nodig waren; zij waren vervangen door een *eenzijdig* optreden van de uitgevers, waaraan door maatregelen van overheidswege algemene geldigheid was verleend. In het onderhavige geval worden de tariefafspraken in de nationale regeling echter juist ondersteld of gestimuleerd.

Hoewel het Hof dit in zijn arrest van 10 januari 1985 niet uitdrukkelijk als zijn eigen opvatting heeft gegeven — en zich in de aan artikel 36 EEG-Verdrag gewijde overwegingen zelfs enigszins van deze opvatting distantieert [29] — vertoont dit arrest toch een bijzonder kenmerk, waardoor zijn voorzichtige beoordeling niet klakkeloos op andere takken van de economie kan worden overgedragen: ik denk aan de bijzondere functie van het boek als cultuurdrager. Advocaat-generaal Darmon heeft er in zijn conclusie uitdrukkelijk op gewezen dat deze omstandigheden het boek onderscheiden van andere economische goederen. Ook het Hof is — althans in zijn overwegingen met betrekking tot artikel 85 EEG-Verdrag — niet uitdrukkelijk ingegaan tegen deze opvatting, die in ieder geval kan verklaren, waarom in de boekensector nog geen communautair mededingings*beleid* bestaat.

De door de luchtvaartmaatschappijen verrichte diensten zijn echter zuiver economisch van aard en vertonen niet de bijzondere culturele kenmerken die boeken kunnen hebben.

4. *De voorlopige geldigheid van „bestaande overeenkomsten"*

De regering van het Verenigd Koninkrijk heeft voorgesteld de tussen de luchtvaartmaatschappijen bestaande tariefafspraken, ondanks het feit dat de mededingingsregels in beginsel in deze sector van toepassing zijn, als voorlopig geldig te beschouwen, daar tot dusver bijzonder onduidelijk was, wie ontheffingen als bedoeld in artikel 85, lid 3, EEG-Verdrag kon verlenen. Het rechtszekerheidsbeginsel eist, dat niet in reeds gesloten overeenkomsten wordt ingegrepen.

De Commissie bestrijdt deze opvatting. Zij meent in het bijzonder, dat de beginselen van 's Hofs arrest van 6 april 1962 in zaak 13/61 wegens de bijzonderheden van dat geval niet op de onderhavige zaak kunnen worden getransponeerd. De concrete feiten die ten grondslag lagen aan het arrest in zaak 13/61 — vóór de inwerkingtreding van het EEG-Verdrag gesloten overeenkomsten, aanmeldingsplicht van bestaande overeenkomsten overeenkomstig artikel 5

29 — Rechtsoverweging 30.

van verordening nr. 17 die ten tijde van het geschil reeds in werking was getreden —, staan een overdracht van deze beginselen op het onderhavige geval niet toe.

In bedoeld arrest heeft het Hof in beginsel bevestigd, dat artikel 85 EEG-Verdrag gold vanaf de inwerkingtreding van het Verdrag. Daar in de artikelen 88 en 89 EEG-Verdrag de nationale autoriteiten onderscheidenlijk de Commissie bevoegd waren verklaard tot toepassing van artikel 85, werd daarin ondersteld dat deze bepaling reeds vanaf de inwerkingtreding van het Verdrag van toepassing was.

Het Hof overwoog vervolgens echter, dat de artikelen 88 en 89 EEG-Verdrag niet de volledige toepassing van artikel 85 kunnen verzekeren. Artikel 88 voorziet slechts in een beslissing van de autoriteiten van de Lid-Staten over de toelaatbaarheid van mededingingsregelingen, wanneer een kartel op grond van het nationale kartelrecht ter goedkeuring wordt voorgelegd. Weliswaar verleent artikel 89 de Commissie een algemene toeziende en controlerende bevoegdheid, doch het machtigt haar slechts om eventuele inbreuken op de artikelen 85 en 86 vast te stellen, terwijl zij niet bevoegd is om ontheffingen in de zin van artikel 85, lid 3, te verlenen. Ten slotte bevat geen van beide artikelen een overgangsregeling voor kartels die reeds ten tijde van de inwerkingtreding van het Verdrag bestonden. Het zou in strijd zijn met het algemene rechtszekerheidsbeginsel om bepaalde overeenkomsten met nietigheid te treffen nog voor kon worden vastgesteld, op welke overeenkomst artikel 85 als zodanig van toepassing is.

De geldigheid van de afspraken kan stellig problemen opleveren, wanneer op grond van deze afspraken door de nationale autoriteiten luchtvaarttarieven werden goedgekeurd zonder dat uitdrukkelijk een vrijstelling in de zin van artikel 85, lid 3, werd verleend. Het Hof behoeft deze vraag echter niet te beantwoorden, daar zij hem niet is gesteld. De verwijzende rechter heeft namelijk zelf reeds uitspraak gedaan over de geldigheid van bestaande overeenkomsten; hij heeft verklaard dat zij niet geldig zijn. De vraag waarom het in casu gaat, is, of strafrechtelijke sancties kunnen worden opgelegd voor het feit dat door de autoriteiten goedgekeurde luchtvaarttarieven, die op hun beurt op met het gemeenschapsrecht strijdige tariefafspraken berustten, niet zijn toegepast.

In dit verband moet er opnieuw op worden gewezen, dat bij het hoofdgeding waarin het onderhavige verzoek om een prejudiciele beslissing is gedaan, een strafzaak is. Ik zal hier niet nader ingaan op de algemene beginselen van het strafrecht, doch opgemerkt zij dat het rechtszekerheidsbeginsel op dit gebied verlangt dat strenge maatstaven worden gesteld aan de geldigheid van strafrechtsnormen. Het moge nog aanvaardbaar zijn om redenen van rechtszekerheid met het gemeenschapsrecht strijdige afspraken civielrechtelijk als voorlopig geldig aan te merken; het gaat evenwel te ver om de naleving van deze met het gemeenschapsrecht strijdige afspraken strafrechtelijk af te dwingen, zelfs wanneer dit indirect geschiedt zoals in casu, daar met het gemeenschapsrecht strijdige afspraken de grondslag vormen voor de door de nationale autoriteiten goedgekeurde tarieven en de niet-toepassing van deze tarieven een overtreding oplevert. In dergelijke gevallen dient de rechter de burger in bescherming te nemen.

De tegengestelde opvatting zou niet alleen ertoe leiden, dat de Lid-Staten het particuliere ondernemingen mogelijk zouden maken, zich aan de hun in de verdragsvoorschriften inzake de mededinging opgelegde verplichtingen te onttrekken. De voor de ondernemingen geldende mededingings-

voorschriften zouden dan in de praktijk geen effect meer sorteren, terwijl de in strijd met het gemeenschapsrecht gemaakte tariefafspraken, waar zij van strafsancties worden voorzien, dit juist wel zouden doen.

Ik blijf er daarom bij, dat althans op strafrechtelijk gebied moet worden uitgegaan van de niet-toepasselijkheid van bepalingen die sancties stellen op inbreuken op tarieven die zijn vastgesteld in strijd met artikel 85 EEG-Verdrag. De vraag of het Hof moet worden voorgesteld om in een geval waarbij het alleen gaat om de beoordeling van de civielrechtelijke geldigheid van deze afspraken, bij voorbeeld in het verlengde van de in het arrest van 8 april 1976 in zaak 43/75[30] ontwikkelde beginselen, anders te beslissen, kan onbeantwoord blijven, daar zij in casu niet is gesteld.

5. *De bijzondere behandeling van luchtvaartmaatschappijen uit derde landen*

De Nederlandse regering heeft er nog op gewezen, dat voor een in een derde land gevestigde luchtvaartmaatschappij, zoals de luchtvaartmaatschappij Air Lanka, die partij is in de prejudiciële procedure 213/84, wellicht andere overwegingen kunnen gelden.

Aangenomen dat ook hier tariefafspraken zijn gemaakt, die als grondslag voor door de nationale overheid goedgekeurde tarieven hebben gediend, kan met betrekking tot dit bijzondere probleem worden volstaan met een verwijzing naar de rechtspraak van het Hof, dat reeds in het arrest van 25 november 1971 in zaak 22/71[31] met betrekking tot de toepasselijkheid van artikel 85 EEG-Verdrag op een alleenverkoopovereenkomst, waarbij een der aan de overeenkomst deelnemende ondernemingen in een derde land was gevestigd, heeft overwogen:

„Een overeenkomst is luidens artikel 85 onverenigbaar met de gemeenschappelijke markt en verboden, wanneer zij de handel tussen de Lid-Staten ongunstig kan beïnvloeden en ertoe strekt of ten gevolge heeft dat aan de mededinging binnen de gemeenschappelijke markt afbreuk wordt gedaan. Het feit dat een der aan de overeenkomst deelnemende ondernemingen in een derde land gevestigd is, doet aan de toepassing van deze bepaling niet af, wanneer de overeenkomst op het grondgebied van de gemeenschappelijke markt effect sorteert."

Tot een vergelijkbare conclusie komt advocaat-generaal Mayras in zijn conclusie van 2 mei 1972 in de gevoegde zaken 48, 49 en 51-57/69[32], waarin hij na een gedetailleerd rechtsvergelijkend onderzoek tot de conclusie komt, dat de Commissie bij inbreuken op artikel 85 ook aan ondernemingen die buiten de Gemeenschap zijn gevestigd boetes kan opleggen.

Ook volgens het arrest van het Hof van 20 juni 1978 in zaak 28/77[33] doet het aan de toepassing van artikel 85 EEG-Verdrag niet af, dat een der bij de overeenkomst betrokken ondernemingen in een derde land gevestigd is, wanneer die overeenkomst slechts op het grondgebied van de gemeenschappelijke markt effect sorteert; een dergelijke overeenkomst is op grond van artikel 85 evenwel slechts verboden, wanneer zij het intracommunautaire handelsverkeer merkbaar ongunstig beïnvloedt.

30 — Arrest van 8 april 1976, zaak 43/75, Defrenne, Jurispr. 1976, blz. 455.

31 — Arrest van 25 november 1971, zaak 22/71, Béguelin Import, Jurispr. 1971, blz. 949.

32 — Conclusie van 2 mei 1972, gevoegde zaken 48, 49 en 51-57/69, ICI, Jurispr. 1972, blz. 669.

33 — Arrest van 20 juni 1978, zaak 28/77, Tepea BV, Jurispr. 1978, blz. 1391.

Derhalve dient te worden vastgesteld, dat tariefafspraken waaraan buiten de Gemeenschap gevestigde luchtvaartmaatschappijen deelnemen, onder de regeling van artikel 85 EEG-Verdrag vallen, wanneer deze afspraken merkbare gevolgen hebben op het gebied van de Gemeenschap.

6. *Het vraagstuk van de vluchten naar derde landen*

Een bijzonder probleem is nog, dat het luchtvervoer in een stelsel van bilaterale en multilaterale overeenkomsten wordt geregeld, die dikwijls in tariefafspraken tussen de luchtvaartmaatschappijen voorzien of deze zelfs verplicht stellen. Voor zover het daarbij gaat om overeenkomsten die de Lid-Staten vóór de inwerkingtreding van het EEG-Verdrag met elkaar hebben gesloten, zijn deze overeenkomsten opgevolgd door het in werking getreden EEG-Verdrag. Zo heeft het Hof reeds in het arrest van 27 februari 1962 in zaak 10/61 [34] overwogen, dat het EEG-Verdrag, wat de daarin geregelde onderwerpen betreft, voorrang heeft boven de voor de inwerkingtreding van dit Verdrag tussen de Lid-Staten gesloten overeenkomsten.

Dit geldt evenwel niet voor de volkenrechtelijke overeenkomsten die vóór de inwerkingtreding van het EEG-Verdrag met derde landen waren gesloten, want volgens de algemene volkenrechtelijke beginselen konden de Lid-Staten van de EEG zich niet door de sluiting van het EEG-Verdrag van hun verplichtingen jegens derde landen bevrijden. Artikel 234, eerste alinea, EEG-Verdrag geeft dus een algemeen volkenrechtelijk beginsel weer, wanneer het bepaalt:

„De rechten en verplichtingen voortvloeiende uit overeenkomsten vóór de inwerkingtreding van dit Verdrag gesloten tussen een of meer Lid-Staten enerzijds en een of meer derde Staten anderzijds, worden door de bepalingen van dit Verdrag niet aangetast."

Het blijft echter niet bij de eerbiediging van de rechten van derde landen. Artikel 234, tweede alinea, legt de Lid-Staten van de EEG namelijk de volgende verplichting op:

„Voor zover deze overeenkomsten niet verenigbaar zijn met dit Verdrag maken de betrokken Lid-Staat of Lid-Staten gebruik van alle passende middelen om de vastgestelde onverenigbaarheid op te heffen. Indien nodig verlenen de Lid-Staten elkaar bijstand ten einde dat doel te bereiken en volgen in voorkomende gevallen een gemeenschappelijke gedragslijn."

Welke conclusies moeten nu voor de onderhavige zaak uit deze bepalingen worden getrokken ?

In de eerste plaats moet worden vastgesteld, dat bij overeenkomsten die vóór de inwerkingtreding van het EEG-Verdrag, respectievelijk vóór de toetreding van nieuwe Lid-Staten van de EEG [35] zijn gesloten, de rechten van derde landen en de verplichtingen van de Lid-Staten voorshands blijven bestaan, ook wanneer zij onverenigbaar zijn met het EEG-Verdrag (zie genoemd arrest in zaak 10/61).

Zijn er dergelijke „bestaande overeenkomsten" voor de vliegroutes, in geding voor het tribunal de police te Parijs, dan zal het tribunal eerst moeten onderzoeken, of het tot de „rechten van derde landen" respectievelijk de „verplichtingen van de Lid-Staten" behoort om tariefafspraken voor het luchtvervoer te aanvaarden of te stimuleren, en bovendien op overtreding van nationaal vastgestelde tarieven een sanctie te stellen.

34 — Arrest van 27 februari 1962, zaak 10/61, Commissie/Regering van de Italiaanse Republiek, Jurispr. 1962, blz. 3.

35 — Zie artikel 5 van de Toetredingsakte van 22 januari 1972 voor Denemarken, Ierland en het Verenigd Koninkrijk en artikel 5 van de Toetredingsakte van 28 mei 1979 voor Griekenland.

Doch ook wanneer deze vraag bevestigend wordt beantwoord, kan het gezien het bepaalde in artikel 234, tweede alinea, EEG-Verdrag niet daarbij blijven. In deze bepaling wordt de Lid-Staten de verplichting opgelegd om elk conflict tussen de overeenkomsten en het Verdrag op te heffen. De Lid-Staten moeten namelijk gebruik maken van alle passende d. w. z. in het volkenrecht toegestane middelen om de vastgestelde onverenigbaarheid op te heffen. Tot deze middelen behoren bij voorbeeld nieuwe onderhandelingen met als doel een aanpassing van de overeenkomst aan het EEG-Verdrag en zonodig opzegging[36] van een luchtvervoerovereenkomst wanneer het derde land niet bereid is de overeenkomst aan te passen.

Mocht de verwijzende rechter ervan overtuigd zijn, dat „bestaande overeenkomsten" tariefafspraken en strafrechtelijke sancties op overtredingen voorschrijven, dan zal hij voorts moeten onderzoeken, of de betrokken Lid-Staat zijn verplichting ex artikel 234 is nagekomen. Weliswaar verplicht artikel 234, tweede alinea, de Lid-Staten niet om de opheffing van onverenigbaarheden tussen het EEG-Verdrag en „bestaande overeenkomsten" te bewerkstelligen, — dit zou rechtens niet realiseerbaar zijn, wanneer het derde land niet bereid is de overeenkomst aan te passen of wanneer opzegging niet mogelijk is —, doch hij dient „alle passende middelen" *aan te wenden* om tot die aanpassing te komen.

Pas wanneer is vastgesteld, dat de Lid-Staat tevergeefs heeft getracht bestaande overeenkomsten aan te passen, kan de Lid-Staat de bevoegdheid hebben behouden om degenen die zich niet aan de met het gemeenschapsrecht strijdige tariefafspraken en de daarop gebaseerde, van overheidswege goedgekeurde tarieven hebben gehouden, te bestraffen.

In dit verband zal het dan ook van belang zijn, dat de Franse regering in antwoord op een vraag van het Hof heeft meegedeeld, dat, wat haar betreft, de vraag of haar internationale verplichtingen verenigbaar waren met het EEG-Verdrag, niet aan de orde was.

Al met al kan de werkingssfeer van het beginsel van artikel 234, eerste alinea, 27 jaar na de inwerkingtreding van het EEG-Verdrag niet meer erg ruim zijn, zo de Lid-Staten hebben voldaan aan de hun in artikel 234, tweede alinea, opgelegde inspanningsverplichting. Hebben zij dit echter niet gedaan, dan kunnen zij niet met een beroep op dit met het gemeenschapsrecht strijdige nalaten ondernemers bestraffen die op hun beurt hebben geweigerd, met het gemeenschapsrecht strijdige tariefafspraken tussen de luchtvaartmaatschappijen na te leven of rekening te houden met maatregelen op dit gebied van de met goedkeuring belaste autoriteiten.

Dit resultaat tast de volkenrechtelijke geldigheid van de bestaande overeenkomsten volstrekt niet aan, doch ontneemt daaraan alleen een gedeelte van hun nationale en dus intracommunautaire uitvoerbaarheid. Dit zou dan een volkenrechtelijke aansprakelijkheid kunnen meebrengen voor de Lid-Staat die niet heeft getracht, zich van de met het Verdrag strijdige verplichtingen te bevrijden.

36 — De in de voetnoten 5 en 6 genoemde overeenkomsten van 4 oktober 1955 tussen Duitsland en Frankrijk en de Internationale Overeenkomst inzake de procedure voor de vaststelling van tarieven voor geregelde luchtdiensten van 10 juli 1967 bevatten bij voorbeeld een opzeggingstermijn van 12 maanden.

C. Op grond van het voorgaande geef ik het Hof in overweging, de vraag van het tribunal de police te Parijs te beantwoorden als volgt.

Nationale bepalingen waarin wordt voorgeschreven, dat luchtvaarttarieven van overheidswege moeten worden goedgekeurd en waarin wordt geëist of toegestaan dat tussen de betrokken luchtvaartmaatschappijen voorafgaand overleg inzake de ter goedkeuring voor te leggen tarieven plaatsvindt, zijn in strijd met de bepalingen van het EEG-Verdrag, met name met artikel 5, lid 2, junctis de artikelen 3, sub f, 85 en — in voorkomend geval — 90, wanneer voor dat voorafgaand overleg geen ontheffing in de zin van artikel 85, lid 3, is verleend.

De nationale rechter dient dergelijke bepalingen buiten toepassing te laten. Dit geldt alleen niet, wanneer de Lid-Staat ingevolge verplichtingen op grond van door artikel 234 EEG-Verdrag gedekte luchtvervoerovereenkomsten tussen de Lid-Staten en derde landen in strijd met het gemeenschapsrecht moet handelen en de Lid-Staat tot dusver niet erin is geslaagd, de overeenkomst met een derde land aan te passen aan het gemeenschapsrecht of zich daarvan te bevrijden.

BIJLAGE

Relevante artikelen uit de Franse code 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 application 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 n° 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 homologués si le ministre n'a pas fait connaître son opposition.

Article R 330-15
(Décret n° 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 homologués.

(*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.