FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT PAOLO MENGOZZI föredraget den 16 november 2006 [1]

I — Inledning

1. Domstolen, vid vilken kommissionen väckt talan med stöd av artikel 169 i EG-fördraget (nu artikel 226 EG), meddelade den 5 november 2002 åtta domar mot Österrike, [2] Belgien, [3] Danmark, [4] Finland, [5] Tyskland, [6] Luxemburg, [7] Förenade kungariket [8] respektive Sverige. [9] Domstolen fastställde i dessa domar att ovannämnda stater hade underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt artiklarna 5 i EG-fördraget (nu artikel 10 EG) och 52 i EG-fördraget (nu artikel 43 EG i ändrad lydelse), samt enligt rådets förordning (EEG) nr 2409/92 av den 23 juli 1992 om biljettpriser och tariffer för lufttrafik [10] och rådets förordning (EEG) nr 2299/89 av den 24 juli 1989 om en uppförandekod för datoriserade bokningssystem, [11] i dess lydelse enligt rådets förordning (EEG) nr 3089/93 av den 29 oktober 1993, [12] genom att förhandla om, tillämpa och/eller bibehålla vissa internationella åtaganden med Amerikas förenta stater på luftfartsområdet (nedan kallade domarna av den 5 november 2002). [13]

2. Kommissionen har i förevarande mål yrkat att domstolen skall meddela en motsvarande fastställelsedom med avseende på Nederländerna.

1 — Originalspråk: italienska.

2 — Dom av den 5 november 2002 i mål C-475/98, kommissionen mot Österrike (REG 2002, s. I-9797).

3 — Dom av den 5 november 2002 i mål C-471/98, kommissionen mot Belgien (REG 2002, s. I-9681).

4 — Dom av den 5 november 2002 i mål C-467/98, kommissionen mot Danmark (REG 2002, s. I-9519).

5 — Dom av den 5 november 2002 i mål C-469/98, kommissionen mot Finland (REG 2002, s. I-9627).

6 — Dom av den 5 november 2002 i mål C-476/98, kommissionen mot Tyskland (REG 2002, s. I-9855).

7 — Dom av den 5 november 2002 i mål C-472/98, kommissionen mot Luxemburg (REG 2002, s. I-9741).

8 — Dom av den 5 november 2002 i mål C-466/98, kommissionen mot Förenade kungariket (REG 2002, s. I-9427).

9 — Dom av den 5 november 2002 i mål C-468/98, kommissionen mot Sverige (REG 2002, s. I-9575).

10 — EGT L 240, s. 15 ; svensk specialutgåva, område 7, volym 4, s. 130.

11 — EGT L 220, s. 1 ; svensk specialutgåva, område 7, volym 3, s. 174.

12 — EGT L 278, s. 1; svensk specialutgåva, område 7, volym 5, s. 12.

13 — I målet C-466/98, kommissionen mot Förenade kungariket, avsåg talan endast åsidosättande av artikel 52 i EG-fördraget.

II — Tillämpliga bestämmelser

3. Kommissionens anmärkningar mot Nederländerna begränsas till de åsidosättanden som domstolen har fastställt i de ovannämnda domarna av den 5 november 2002.

4. Förutom åsidosättandet av artiklarna 5 och 52 i EG-fördraget har kommissionen kritiserat Nederländerna för att ha underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt vissa av de förordningar som rådet har antagit på lufttransportområdet. Det finns anledning att i korthet erinra om det rättsliga sammanhang i vilket dessa rättsakter ingår.

5. Rådet har, med stöd av artikel 84.2 i EG-fördraget (nu artikel 80.2 EG) [14] och i syfte att gradvis genomföra en inre marknad för luftfart, år 1987, år 1990 och år 1992 antagit tre så kallade paket med bestämmelser som skall säkerställa dels frihet att tillhandahålla luftfartstjänster, dels det faktum att gemenskapens konkurrensregler tillämpas inom denna sektor.

6. I förordning nr 2409/92, som antagits inom ramen för det tredje paketet, vars syfte var att genomföra en fullständig avreglering av luftfarten inom gemenskapen, [15] fastställs kriterier och förfaranden som gäller fastställande av biljettpriser och tariffer för lufttrafik uteslutande inom gemenskapen (artikel 1.1).

7. Förordningen skall, enligt artikel 1.2 a i denna, inte gälla biljettpriser och tariffer som tillämpas av andra lufttrafikföretag än EG-lufttrafikföretag, med undantag för vad som föreskrivs i artikel 1.3. I sistnämnda artikel anges att "[b]ara EG-lufttrafikföretag skall ha rätt att införa nya produkter eller lägre priser än de gällande för identiska produkter". Såsom bättre framgår i det följande, har domstolen i domarna av den 5 november 2002, på grundval av en jämförelse mellan dessa bestämmelser, funnit att det enligt förordning nr 2409/92 är indirekt men klart förbjudet för lufttrafikföretag från tredjelän-

14 — I artikel 80.1 EG föreskrivs som bekant att bestämmelserna i fördraget om transporter skall gälla transporter på järnväg, landsväg och inre vattenvägar. Sjöfarten och luftfarten är däremot föremål för speciella bestämmelser. Rådet får enligt vad som föreskrivs i artikel 80.2 EG med kvalificerad majoritet besluta huruvida, i vilken omfattning och på vilket sätt lämpliga bestämmelser skall kunna meddelas på dessa områden.

15 — I det tredje paketet ingick, förutom förordning nr 2409/92, rådets förordning (EEG) nr 2407/92 av den 23 juli 1992 om utfärdande av tillstånd för lufttrafikföretag (EGT L 240, s. 1; svensk specialutgåva, område 7, volym 4, s. 116) och rådets förordning (EEG) nr 2408/92 av den 23 juli 1992 om EG-lufttrafikföretags tillträde till flyglinjer inom gemenskapen (EGT L 240, s. 8; svensk specialutgåva, område 7, volym 4, s. 123).

der som verkar i gemenskapen att införa nya produkter eller lägre priser än de gällande för identiska produkter. Härigenom har gemenskapslagstiftaren begränsat dessa trafikföretags frihet att fastställa priser när de trafikerar flyglinjer inom gemenskapen enligt sina femte frihetsrättigheter. Enligt domstolen har gemenskapen således, i de fall som omfattas av artikel 1.3 i förordning nr 2409/92, förvärvat exklusiv behörighet att mot tredjeländer göra åtaganden som rör denna begränsning av friheten att fastställa priser för trafikföretag som inte utgör EG-lufttrafikföretag. [16]

8. Enligt artikel 12 i förordning nr 2409/92 trädde förordningen i kraft den 1 januari 1993.

9. Gemenskapslagstiftaren har, förutom de rättsakter som ingår i de ovannämnda paketen, antagit olika förordningar i syfte att reglera specifika områden inom luftfarten.

10. Det har särskilt genom förordning nr 2299/89 införts en uppförandekod för datoriserade bokningssystem. Enligt artikel 1 i förordningen skall denna gälla datoriserade bokningssystem (Computerised reservation systems, nedan kallat CRS), som omfattar lufttransporttjänster som erbjuds och/eller används inom gemenskapens territorium, oavsett systemleverantörens status eller nationalitet, varifrån den utnyttjade informationen kommer, var den centrala databehandlingsanläggningen i fråga är belägen eller den geografiska belägenheten av de flygplatser mellan vilka lufttransporten äger rum.

11. Domstolen har, såsom framgår av det följande, i domarna av den 5 november 2002 funnit att förordning nr 2299/89, med stöd av artiklarna 1 och 7 i denna, på villkor att behandlingen är ömsesidig, även är tillämplig på tredjeländers medborgare som erbjuder eller använder ett datoriserat bokningssystem inom gemenskapens territorium. Domstolen har vidare ansett att gemenskapen genom denna förordning således har förvärvat exklusiv behörighet att mot tredjeländer göra åtaganden avseende datoriserade bokningssystem som erbjuds och används inom dess territorium. [17]

16 — Se exempelvis domen i det ovannämnda målet kommissionen mot Tyskland, punkt 124.

17 — Se exempelvis domen i det ovannämnda målet kommissionen mot Tyskland, punkterna 128 och 129.

III — Bakgrund och de faktiska omständigheterna i målet

A — *Det bilaterala avtalet mellan Nederländerna och Amerikas förenta stater*

12. Förbindelserna mellan Nederländerna och Amerikas förenta stater på lufttrafikområdet har reglerats genom ett bilateralt avtal som undertecknades den 3 april 1957 (nedan kallat 1957 års avtal). Detta avtal har successivt ändrats och kompletterats först genom en skriftväxling den 25 november 1969 och därefter genom tre olika protokoll år 1978, år 1987 och år 1991.

13. Det framgår av handlingarna i målet att Amerikas förenta stater år 1992 beslutade att föreslå olika europeiska stater att ingå ett bilateralt så kallat open skies-avtal med Amerikas förenta stater. Ett sådant avtal skulle dels underlätta allianser mellan amerikanska och europeiska trafikföretag, dels överensstämma med olika kriterier som den amerikanska regeringen hade angivit, såsom fritt tillträde till alla flyglinjer, beviljande av oinskränkta flyglinje- och trafikrättigheter, fastställande av priser enligt ett så kallat "dubbelt underkännande"-system för flyglinjerna mellan parterna till avtalet samt möjligheter till "code-sharing" (gemensamma linjebeteckningar).

14. Nederländerna och Amerikas förenta stater utväxlade den 14 oktober 1992 noter om de överläggningar som hade ägt rum i Washington den 1–4 september 1992 (nedan kallad 1992 års notutväxling), under vilka det nåddes enighet om de ändringar som skulle göras i 1957 års avtal och i 1978 års protokoll.

15. Under åren 1993 och 1994 förstärkte Amerikas förenta stater sina ansträngningar för att ingå bilaterala luftfartsavtal enligt den så kallade open skies-modellen med så många europeiska stater som möjligt.

16. I en skrivelse av den 17 november 1994 till medlemsstaterna fäste kommissionen staternas uppmärksamhet på sådana avtals negativa effekter för gemenskapen och intog den ståndpunkten att sådana avtal skulle inverka på gemenskapens interna bestämmelser. Kommissionen tillade att förhandlingar om sådana avtal, för att vara effektiva och rättsligt giltiga, endast kunde föras på gemenskapsnivå.

B — *Domstolens domar av den 5 november 2002*

17. Det skall i korthet erinras om de principer som domstolen har fastställt i domarna av den 5 november 2002, eftersom det är fråga om den tidigare rättspraxis som kommissionen har anfört till stöd för sin talan.

18. Kommissionen väckte genom åtta ansökningar av den 18 december 1998 samtidigt talan mot Förenade kungariket, Danmark, Sverige, Finland, Belgien, Luxemburg, Österrike och Tyskland vid domstolen. I de olika målen påtalade kommissionen, i enlighet med artikel 169 i EG-fördraget, flera åsidosättanden av gemenskapsrätten, på grund av att dessa stater hade ingått bilaterala luftfartsavtal med Amerikas förenta stater. Svarandestaterna, med undantag för Förenade kungariket, anklagades särskilt för att

— mellan år 1995 och år 1996 ha ingått särskilt liberala luftfartsavtal med Amerikas förenta stater (så kallade open skies-avtal) med åsidosättande av principerna om delad extern behörighet mellan gemenskapen och medlemsstaterna,

— i andra hand för att, beroende på fallet, ha åsidosatt artikel 234.2 i EG-fördraget (nu artikel 307.2 EG) eller artikel 5 i EG-fördraget, genom att inte göra sitt yttersta för att avtalen som hade ingåtts med Amerikas förenta stater innan EG-fördraget trädde i kraft eller innan de gemenskapsrättsliga reglerna om lufttransport antogs, särskilt det så kallade tredje paketet, skulle bli förenliga med gemenskapsrätten.

19. Svarandestaterna anklagades dessutom för att

— ha åsidosatt artikel 52 i EG-fördraget genom att i de bilaterala avtalen med Amerikas förenta stater införa eller bibehålla en så kallad nationalitetsklausul som i praktiken ger var och en av parterna möjlighet att vägra att ge de rättigheter som föreskrivs i dessa avtal till lufttrafikföretag som utsetts av den andra avtalsslutande staten men som inte ägs eller kontrolleras av rättssubjekt i den staten.

20. Det skall erinras om att Nederländerna intervenerade i alla åtta målen.

21. Domstolen noterade, i fråga om kommissionens första anmärkning mot sju av de åtta svarandemedlemsstaterna avseende åsidosättandet av gemenskapens externa behörighet, för det första att även om artikel 80.2 EG av rådet kan användas som rättslig grund för att ge gemenskapen befogenhet att i ett visst fall ingå ett internationellt avtal på luftfartsområdet kan däremot denna artikel i sig inte ligga till grund för en extern behörighet på detta område. [18]

22. Domstolen erinrade för det andra om att den i sitt yttrande 1/76 [19] fastslagit, att behörigheten att för gemenskapens räkning göra åtaganden gentemot tredjeland implicit följer av bestämmelserna i fördraget om den interna behörigheten, i den mån som gemenskapens deltagande i det internationella avtalet är nödvändigt för förverkligandet av något av gemenskapens mål. Domstolen erinrade vidare om att den senare, i sitt yttrande 1/94, [20] angett att ett sådant fall föreligger när den interna behörigheten endast kan utövas effektivt samtidigt som den externa behörigheten, det vill säga när det är nödvändigt att ingå ett internationellt avtal för att förverkliga vissa mål i fördraget, som inte kan uppnås genom att autonoma regler fastställs. Domstolen uteslöt dock att ett sådant fall skulle kunna inträffa i de aktuella målen. [21]

23. Domstolen undersökte för det tredje möjligheten att ge gemenskapen behörighet att ingå avtal med tredjeländer på luftfartsområdet med tillämpning av de principer som fastställts i domen i målet AETS. [22]

24. Domstolen fastställde som bekant i denna dom att varje gång när gemenskapen, för genomförandet av en i fördraget föreskriven gemensam politik, har antagit bestämmelser som – oavsett form – innehåller gemensamma regler, skall medlemsstaterna inte längre anses ha rätt att vare sig individuellt eller ens gemensamt ingå avtal med tredjeland om förpliktelser som kan inverka på dessa bestämmelser eller ändra deras räckvidd. Domstolen fastställde vidare att det, alltefter som dessa gemensamma bestämmelser antas, är gemenskapen ensam som med verkan för hela tillämpningsom-

18 — Se exempelvis domen i det ovannämnda målet kommissionen mot Tyskland, punkt 81.

19 — Yttrande från domstolen av den 26 april 1977 (REG 1977, s. 741; svensk specialutgåva, volym 3, s. 345), punkterna 3 och 4.

20 — Yttrande från domstolen av den 15 november 1994 (REG 1994, s. I-5267; svensk specialutgåva, volym 16, s. 233), punkt 89.

21 — Se exempelvis domen i målet kommissionen mot Tyskland, punkterna 82 och 83.

22 — Domstolens dom av den 31 mars 1971 i mål 22/70, kommissionen mot rådet (REG 1971, s. 263; svensk specialutgåva, volym 1, s. 55).

rådet för gemenskapens rättsordning, kan åta sig och genomföra avtalsförpliktelser i förhållande till tredjeland. [23] Dessa principer borde enligt domstolen tillämpas även i de förevarande fallen. Om medlemsstaterna hade frihet att göra internationella åtaganden som inverkade på de gemensamma bestämmelser som antagits med stöd av artikel 80.2 EG, skulle det nämligen äventyra uppnåendet av det mål som eftersträvas med de gemensamma bestämmelserna och således hindra gemenskapen från att till gagn för det gemensamma intresset fullgöra sin uppgift. [24]

25. Domstolen prövade således huruvida svarandemedlemsstaternas internationella åtaganden kunde inverka på de gemensamma bestämmelser som antagits på luftfartsområdet och som åberopats av kommissionen. Domstolen drog efter denna prövning slutsatsen att det förelåg en sådan konflikt endast med avseende på bestämmelserna i förordning nr 2409/92 och förordning nr 2299/89 och att medlemsstaterna, efter det att dessa rättsakter trätt i kraft inte längre, trots att de omtvistade avtalen hade omförhandlats, kunde göra eller bibehålla internationella åtaganden som avsåg dels de biljettpriser som trafikföretag i tredjeländer tillämpade på flyglinjer inom gemenskapen, dels de datoriserade bokningssystem som erbjöds eller användes inom respektive nationella territorier. [25]

26. Domstolen fastställde följaktligen att Danmark, Sverige, Finland, Belgien, Luxemburg, Österrike och Tyskland hade åsidosatt gemenskapens externa behörighet genom att ingå avtal med eller bibehålla sådana åtaganden med Amerikas förenta stater.

27. Vad gäller den andra anmärkningen som kommissionen riktade mot samtliga svarandemedlemsstater, avseende det påstådda åsidosättandet av bestämmelserna om etableringsfriheten, fastställde domstolen att de klausuler som införts i de omtvistade avtalen, genom vilka Amerikas förenta stater gavs rätt att återkalla, tillfälligt dra in eller begränsa trafikrättigheter i fall där de av var och en av svarandemedlemsstaterna utsedda lufttrafikföretagen inte ägdes av medlemsstaten eller av medborgare i denna, stred mot artikel 52 i EG-fördraget. De hindrade nämligen de flygbolag inom gemenskapen

23 — Punkterna 16–18 och 22.

24 — Se exempelvis domen i det ovannämnda målet kommissionen mot Tyskland, punkterna 105 och 106.

25 — Se exempelvis domen i det ovannämnda målet kommissionen mot Tyskland, punkterna 114–137. Beträffande rådets förordning (EEG) nr 95/93 av den 18 januari 1993 om fördelning av ankomst- och avgångstider vid gemenskapens flygplatser (EGT L 14, s. 1; svensk specialutgåva, område 7, volym 4, s. 188), som, på villkor att behandlingen är ömsesidig, är tillämplig på lufttrafikföretag från tredjeländer, ansåg domstolen att även om gemenskapen sedan förordningen trädde i kraft har exklusiv behörighet att ingå avtal på detta område med tredjeländer, hade kommissionen inte angivit vilka av de berörda medlemsstaternas internationella åtaganden som kunde inverka på denna förordning.

som var etablerade i dessa medlemsstater, men som ägdes eller effektivt kontrollerades av en annan medlemsstat än etableringsstaten eller av medborgare i denna, från att behandlas som inhemska rättssubjekt i värdmedlemsstaten. [26]

28. Domstolen fastställde följaktligen att de åtta svarandemedlemsstaterna hade underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt artikel 52 i EG-fördraget genom att införa sådana klausuler i de omtvistade avtalen.

C — Kommissionens och rådets åtgärder till följd av domstolens domar av den 5 november 2002

29. Kommissionen offentliggjorde den 19 november 2002 ett meddelande om konsekvenserna av EG-domstolens domar av den 5 november 2002 för den europeiska luftfartspolitiken. [27] Kommissionen redogjorde i detta meddelande för gemenskapens externa förbindelser på luftfartsområdet, förklarade de slutsatser som enligt dess mening borde dras av de ovannämnda domarna och fastslog riktlinjer och principer för gemenskapens utrikespolitik på ifrågavarande område. Kommissionen fastslog, i punkt 38 i meddelandet, särskilt följande:

"I den mån andra bilaterala avtal om luftfartstjänster omfattar samma frågor som de berörda open skies-avtalen kommer även dessa avtal att vara oförenliga med gemenskapens lagstiftning. Det gäller inte bara andra avtal med USA som ännu inte har varit föremål för ett domstolsförfarande, utan alla bilaterala avtal om luftfartstjänster som innehåller en liknande nationalitetsklausul eller som utgör ett intrång i gemenskapens exklusiva behörighet."

30. Det framgår av handlingarna i målet att kommissionen parallellt med meddelandet av den 19 november 2002 till alla medlemsstater sände en skrivelse, i vilken den anmodade dessa att tillämpa de klausuler om uppsägning som förekom i avtalen med Amerikas förenta stater. Denna skrivelse sändes till Nederländerna den 25 november 2002. Kommissionen upprepade anmodan att säga upp avtalet mellan Nederländerna och Förenta staterna i två på varandra

26 — Se exempelvis domen i det ovannämnda målet kommissionen mot Tyskland, punkterna 147–156.

27 — KOM(2002) 649 slutlig.

följande skrivelser som sändes till den nederländska regeringen den 30 juli 2004 och den 10 mars 2005.

31. Kommissionen antog den 26 februari 2003 ett nytt meddelande om relationerna mellan gemenskapen och tredjeländer inom luftfartsområdet, [28] i vilket den betonade att det var nödvändigt att se till att "relationerna mellan å ena sidan medlemsstaterna och å andra sidan Förenta staterna blir förenliga med gemenskapsrätten".

32. Vid rådets sammanträde den 5 och den 6 juni 2003 träffades, i syfte att följa upp domarna av den 5 november 2002, en överenskommelse om att anta ett åtgärdspaket avseende gemenskapens utrikespolitik på luftfartsområdet. Detta paket innehöll

— ett beslut av rådet om tillstånd för kommissionen att inleda förhandlingar med Amerikas förenta stater på lufttransportområdet, [29]

— ett beslut av rådet om tillstånd för kommissionen att inleda förhandlingar med tredjeländer i fråga om ägande och kontroll av lufttrafikföretag och i andra frågor som hör till gemenskapens exklusiva behörighet,

— en allmän ståndpunkt avseende ett förslag till Europaparlamentets och rådets förordning om förhandling om och genomförande av luftfartsavtal mellan medlemsstater och tredjeländer.

33. Den sistnämnda åtgärden följdes av antagandet av Europaparlamentets och

28 — KOM(2003) 94 slutlig.

29 — I enlighet med den befogenhet som rådet gett kommissionen inledde denna under juni 2003 förhandlingar för att ingå ett luftfartsavtal mellan Europeiska gemenskapen och dess medlemsstater å ena sidan och Amerikas förenta stater å andra sidan. Kommissionen hade färdigställt avtalets lydelse den 18 november 2005, vilken diskuterades under rådets sammanträden av den 5 december 2005, den 27 mars och den 6 juni 2006. Rådet uttryckte visserligen enhälligt sin uppskattning över resultatet av kommissionens förhandlingar under november 2005, men uppställde som villkor för godkännande av detta avtal att den amerikanska regeringen skulle anta reformen avseende bestämmelserna om utländska medborgares ägande och kontroll av amerikanska lufttrafikföretag (se http://ec.europa.eu/transport/air_portal/international/pillars/global_partners/us_en.htm).

rådets förordning (EG) nr 847/2004 av den 29 april 2004 om förhandling om och genomförande av luftfartsavtal mellan medlemsstater och tredjeländer. [30] I skäl 16 anges särskilt, bland de mål som eftersträvas med denna förordning, "samordning av förhandlingar med tredjeländer i syfte att ingå luftfartsavtal, nödvändigheten av att garantera ett harmoniserat tillvägagångssätt vid genomförandet och tillämpningen av avtalen samt kontroll av sådana avtals överensstämmelse med gemenskapsrätten". Genom förordningen har det i detta syfte införts ett samarbetsförfarande mellan medlemsstaterna och kommissionen som, i den mening som avses i artikel 1.1, skall påbörjas varje gång en medlemsstat beslutar att inleda förhandlingar med ett tredjeland om ett nytt luftfartsavtal eller om ändring av ett gällande luftfartsavtal, dess bilagor eller andra därmed sammanhängande bilaterala eller multilaterala överenskommelser, vilkas innehåll delvis omfattas av gemenskapens behörighet. Det skall påpekas att det i skälen 2 och 3 i förordningen hänvisas till de principer som domstolen slagit fast i domarna av den 5 november 2002. I skäl 5 anges det däremot att "[d]et samarbetsförfarande mellan medlemsstaterna och kommissionen som fastställs i denna förordning ... inte [skall] påverka behörighetsfördelningen mellan gemenskapen och medlemsstaterna, i enlighet med gemenskapsrätten såsom den tolkats av domstolen".

30 — EUT L 157, s. 7.

IV — Det administrativa förfarandet

34. Kommissionen sände den 19 januari 1999 en formell underrättelse till den nederländska regeringen, i vilken den klandrade Nederländerna för att ha åsidosatt bestämmelserna om gemenskapens exklusiva behörighet med tillämpning av de principer som fastställts av domstolen i yttrande 1/76. Vidare klandrades Nederländerna för åsidosättande av artikel 5 i EG-fördraget, i förening med de sekundärrättsliga bestämmelserna i förordningarna nr 2407/92, nr 2408/92, nr 2409/92 och nr 2299/89, och för åsidosättande av artikel 52 i EG-fördraget. Dessa åsidosättanden följde, enligt kommissionen, av att ett så kallat open skies-avtal hade ingåtts med Amerikas förenta stater år 1992 och därefter tillämpats.

35. Nederländerna besvarade den formella underrättelsen den 1 juni 1999. Nederländerna gjorde därvid gällande att det var oklart huruvida kommissionens beslut att inleda ett fördragsbrottsförfarande avseende faktiska omständigheter som låg mer än sex år tillbaka i tiden, och mot vilka det sedan dess inte hade gjorts någon invändning, trots att ett fördragsbrottsförfarande mot åtta andra medlemsstater på grund av liknande omständigheter hade inletts år 1995, var lagenligt. Nederländerna ifrågasatte även kommissionens bedömning i fråga om räckvidden av de ändringar som hade gjorts i 1992 års protokoll, i fråga om gemenskapens exklusiva behörighet på området för flygtran-

sport, i fråga om det påstådda åsidosättande av artikel 5 i EG-fördraget, eftersom det avtalats om de omtvistade ändringarna innan de rättsakter som ingick i tredje paketet hade trätt i kraft, samt i fråga om det påstådda åsidosättandet av artikel 52 i EG-fördraget.

36. Eftersom den inte ansåg att de erhållna svaren var tillfredsställande antog kommissionen den 24 oktober 2000 ett motiverat yttrande, i vilket den upprepade de anmärkningar som riktats mot den nederländska regeringen i skrivelsen av den 19 januari 1999. Nederländerna sände den 23 februari 2001 sina synpunkter på det motiverade yttrandet och bekräftade därvid den ståndpunkt som den hade fattat i skrivelsen av den 1 juni 1999.

V — Förfarande och parternas yrkanden

37. Kommissionen väckte den 20 januari 2004 den talan som är föremål för detta mål.

38. Frankrike har genom beslut av domstolens ordförande den 6 juni 2005 tillåtits intervenera i målet till stöd för Nederländernas yrkanden.

39. Kommissionen har yrkat att domstolen skall fastställa att Nederländerna har underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt artiklarna 5 och 52 i EG-fördraget samt förordningarna nr 2409/92 och nr 2299/89 genom att trots revidering av luftfartsavtalet av den 3 april 1957 mellan Nederländerna och Amerikas förenta stater förhandla om eller bibehålla internationella åtaganden som

— avser de biljettpriser som tillämpas av de av Förenta staterna utsedda lufttrafikföretagen på flyglinjer inom gemenskapen och de datoriserade bokningssystem som erbjuds eller används inom det nederländska territoriet, och

— ger Förenta staterna rätt att återkalla, tillfälligt dra in eller begränsa trafikrättigheter i det fall där de lufttrafikföretag som utsetts av Nederländerna inte ägs av denna medlemsstat eller av medborgare i den staten.

40. Nederländerna har yrkat att domstolen i första hand skall avvisa talan och i andra hand ogilla talan.

41. Frankrike har yrkat att domstolen skall ogilla talan.

VI — Rättslig bedömning

A — *Huruvida talan kan tas upp till sakprövning*

1. Parternas argument

42. Nederländerna har påpekat att det förflöt mer än sex år från det att de omtvistade åtagandena gjordes och förfarandet enligt artikel 226 EG inleddes genom att den formella underrättelsen sändes, och mer än fyra år från det att det motiverade yttrandet antogs och talan i förevarande mål väcktes. Nederländerna har dessutom påpekat att medan kommissionen redan år 1995 inledde ett fördragsbrottsförfarande mot åtta andra medlemsstater hade fram till januari 1999, när den formella underrättelsen sändes till Nederländerna, ingen åtgärd vidtagits mot denna medlemsstat. Genom att förfara på detta sätt har kommissionen, i syfte att få de omtvistade fördragsbrotten fastställda i förevarande mål, försatt Nederländerna "i en så ogynnsam situation att rätten att väcka talan vid domstolen gått förlorad".

43. Svaranden har för det första gjort gällande att kommissionens förlängda passivitet, i förening med den omständigheten att ett fördragsbrottsförfarande hade inletts mot åtta andra medlemsstater med hänvisning till de avtal som dessa hade ingått, innebär att det hos de nederländska myndigheterna har skapats berättigade förväntningar på att den nederländska situationen skall vara rättsenlig, och lämnat dem i tron att kommissionen ansåg att denna situation var olik de ovannämnda staternas situation. Denna övertygelse bekräftades av att kommissionen, efter det att domstolens domar hade meddelats den 5 november 2002, väntade mer än två år med att väcka talan mot Nederländerna.

44. Nederländerna har även åberopat berättigade förväntningar hos de berörda aktö-

rerna. Nederländerna har i detta avseende påpekat att de omtvistade åtagandena ger de nederländska trafikföretagen tillträde till de amerikanska flyglinjerna, vilket tillträde inte längre garanteras i det fall där Nederländerna, till följd av domstolens dom, är skyldigt att ändra dessa åtaganden. Nederländerna har som svar på kommissionens argument att detta tillträde dock fortfarande säkerställs genom principen om ömsesidig respekt gjort gällande att denna princip inte räcker för att garantera den stabilitet som krävs för lufttrafiken mellan de två länderna.

45. Den nederländska regeringen har dessutom påpekat att de omtvistade åtagandena utgör villkor för att de amerikanska myndigheterna skall kunna bevilja de nederländska trafikföretagen immunitet mot antitrust och att denna immunitet har utgjort en förutsättning för att genomföra den allians mellan KLM och Northwest Airlines som kommissionen godkänt i avvaktan på det administrativa förfarandet.

46. Nederländerna har för det andra gjort gällande att den befogenhet att företa skönsmässig bedömning som kommissionen ges med stöd av artiklarna 211 EG och 226 EG inte kan ge denna rätt att vidta åtgärder med åsidosättande av såväl principen om god förvaltningssed och rättssäkerhetsprincipen som den princip om lojalt samarbete som följer av artikel 10 EG, såsom domstolen tolkat denna i beslutet i målet Zwartveld. [31]

Enligt dessa principer är kommissionen skyldig att iaktta en rimlig tidsfrist.

47. Den nederländska regeringen har för det tredje gjort gällande att talan skall avvisas även med hänsyn till att kommissionen över huvud taget inte har beaktat den utveckling som skett efter det att domstolen meddelade sina domar den 5 november 2002. Nederländerna har därvid särskilt påpekat att kommissionen getts behörighet att förhandla om internationella luftfartsavtal med tredjeländer och med Förenta staterna, vilket beslutades vid rådets ovannämnda sammanträden den 5 och den 6 juni 2003, [32] att förordning nr 847/2004 antagits och, mer allmänt, att gemenskapsmål på luftfartsområdet fastställts, i vilkas fullföljande Nederländerna för övrigt aktivt har deltagit.

48. Den nederländska regeringen har slutligen påpekat att en eventuell dom från domstolen, enligt vilken de av kommissionen påtalade fördragsbrotten fastställs, skulle försätta Nederländerna i en omöjlig situation, eftersom den skulle tvinga denna medlemsstat att med Amerikas förenta stater förhandla om en revidering av det bilaterala avtalet och därmed åsidosätta gemenskapens exklusiva behörighet och riskera att målen

31 — Domstolens beslut av den 13 juli 1990 i mål 2/88, Zwartveld (REG 1990, s. I-3365; svensk specialutgåva, volym 10, s. 489), punkt 17.

32 — Se ovan punkt 32.

för de förhandlingar som pågår på gemenskapsnivå äventyras. Nederländerna har, som svar på kommissionens argument att det för att följa en eventuell dom från domstolen, enligt vilken talan bifalls, räcker att avtalet sägs upp, påpekat att vidtagandet av en sådan åtgärd, när det inte finns något avtal på gemenskapsnivå, skulle skapa ett rättsligt tomrum som inte kan godtas och som är till förfång för de nationella aktörerna på området.

49. Kommissionen har för det första gjort gällande att enligt domstolens fasta rättspraxis är den inte, i samband med ett förfarande enligt artikel 226 EG, skyldig att iaktta förutbestämda frister och att den omständigheten att ett administrativt förfarande eventuellt pågått under orimligt lång tid kan medföra att talan skall avvisas endast i det fall i vilket det visar sig att medlemsstatens rätt till försvar har åsidosatts. Nederländerna har i förevarande fall inte åberopat något argument som kan visa att det administrativa förfarandets utsträckning i tiden har haft någon inverkan på utövandet av medlemsstatens rätt till försvar.

50. Kommissionen har för det andra, och i rent informationssyfte, i sin replik påpekat att skälet till att den år 1995 vidtog åtgärder mot åtta andra medlemsstater och inte mot Nederländerna var att kommissionen vid den tidpunkten ansåg att den omständigheten att det omtvistade avtalet, till skillnad från de andra åtta fallen, hade ingåtts av Nederländerna, innan de rättsakter som omfattas av det tredje paketet hade trätt i kraft, även om det skett efter det att de hade antagits, utgjorde ett hinder. Kommissionen beslutade att vidta åtgärder mot Nederländerna först efter det att domstolen, den 18 december 1997, hade meddelat sin dom i målet Inter-Environnement Wallonie,[33] som jag återkommer till i det följande. Kommissionen upptäckte för övrigt först i samband med utarbetandet av repliken att det nederländska parlamentet hade ratificerat avtalet den 26 april 1993, det vill säga efter det att det tredje paketet hade trätt i kraft.

51. Kommissionen har för det tredje gjort gällande att den omständigheten att den i jämförelse med förfarandena avseende de åtta andra medlemsstaterna inlett det administrativa förfarandet avseende Nederländerna för sent inte på något sätt har missgynnat Nederländerna, som i stället haft längre tid på sig för att följa domstolens domar av den 5 november 2002. Kommissionen har, med hänvisning till den tid som förflutit mellan det motiverade yttrandet och talans väckande i förevarande mål, påpekat att den väntade på att dessa domar skulle meddelas och att den redan i sitt meddelande av den 19 november 2002 klargjorde sin ståndpunkt efter meddelandet av dessa domar, och därefter i skrivelser till den nederländska regeringen av den 25 november 2002, den 30 juli 2004 och den 10 mars 2005. Kommissionen begärde i dessa skrivelser

33 — Domstolens dom av den 18 december 1997 i mål C-129/96, Inter-Environnement Wallonie (REG 1997, s. I-7411).

dessutom att Nederländerna skulle följa domstolens domar av den 5 november 2002 och säga upp det omtvistade avtalet, vilket uteslöt möjligheten att omförhandla detta. Avtalet skulle dock, för det fall att det sades upp, fortsätta att tillämpas ytterligare två år och även om det inom denna tid inte ingicks något avtal på gemenskapsnivå skulle lufttrafiken med Förenta staterna även i fortsättningen säkerställas på grundval av principen om ömsesidig respekt.

2. Bedömning

52. Den nederländska regeringen har bestridit att talan kan upptas till sakprövning och därvid åberopat åsidosättandet av principen om skydd för berättigade förväntningar och rättssäkerhetsprincipen. Detta åsidosättande var en följd av den försening med vilken kommissionen, vid utövandet av sin behörighet enligt artikel 226 EG, hade beslutat att vidta åtgärder mot Nederländerna. Genom att vidta åtgärder vid en olämplig tidpunkt hade kommissionen dessutom åsidosatt artikel 5 i EG-fördraget, enligt vilken gemenskapsinstitutionerna, på grundval av domstolens tolkning av denna artikel i beslutet i det ovannämnda målet Zwartveld, åläggs att anpassa sina åtgärder till kraven på ett lojalt samarbete med medlemsstaterna.

53. Nederländerna har dessutom kritiserat kommissionen för den omständigheten att det administrativa förfarandet pågått under orimligt lång tid. Enligt nämnda medlemsstat är kommissionen vid utövandet av sina befogenheter enligt artikel 226 EG skyldig att vidta åtgärder inom en rimlig tid. Denna skyldighet är, förutom en regel om god förvaltningssed, en följd av rättssäkerhetsprincipen.

54. Det skall först sägas att den nederländska regeringens argument inte alls innebär någon nyhet. Såsom framgår av det följande har domstolen, alltsedan de första avgörandena i mål avseende fördragsbrott, prövat svarandemedlemsstaters argument till stöd för invändningar om rättegångshinder, vilka argument syftade till att påtala dels att kommissionen hade ingripit för sent, dels att det administrativa förfarandet hade pågått under orimligt lång tid.

55. Det förevarande fallet karaktäriseras dock av säregna omständigheter, såsom särskilt den omständigheten att kommissionen vidtog åtgärder mot åtta andra medlemsstater för motsvarande fördragsbrott men däremot uppsköt vidtagandet av åtgärder mot Nederländerna, det förhållandet att domstolen meddelade de ifrågavarande domarna i vilka dessa fördragsbrott fastslogs, den utveckling som skedde till följd av dessa domar, den politiskt känsliga karaktären hos de förfaranden som kommissionen inledde och avslutade samt, inte minst, betydelsen av de ekonomiska intressen som är berörda. I

förevarande mål har dessutom kommissionen varit passiv under en betydligt längre tid än i de tidigare mål som domstolen avgjort.

56. Jag anser således att det inom ramen för detta förslag till avgörande finns anledning att mer ingående reflektera över den centrala fråga som den nederländska regeringen har väckt i samband med sitt yrkande om avvisning, det vill säga huruvida det inom ramen för fördragsbrottsförfaranden enligt artikel 226 EG skall fastslås att det föreligger en skyldighet för kommissionen att vidta åtgärder inom en rimlig tid.

a) Gemenskapens rättspraxis i fråga om iakttagande av en rimlig tidsfrist

57. Det skall inledningsvis sägas att det föreligger en omfattande rättspraxis inom gemenskapen i vilken begreppet rimlig tidsfrist används.

58. Det är för syftet med förevarande bedömning tillräckligt att påpeka att gemenskapsdomstolarna framför allt har bedömt iakttagandet av en rimlig tidsfrist som ett kriterium som skall ligga till grund för bedömningen av ett eventuellt åsidosättande av vissa allmänna gemenskapsrättsliga principer, såsom särskilt principen om skydd för berättigade förväntningar, rättssäkerhetsprincipen, principen om skydd för rätten till försvar och rätten till en opartisk rättegång, samt som kriterium som skall ligga till grund för bedömning av huruvida gemenskapsinstitutionernas och gemenskapsorganens åtgärder är förenliga med principen om god förvaltningssed. Förstainstansrätten har sedan domen i målet SCK och FNK mot kommissionen, [34] liksom domstolen nyligen i domen i målet Technische Unie mot kommissionen, [35] fastställt att det förhållandet att kommissionen skall iaktta en rimlig tidsfrist inom ramen för administrativa förfaranden inom området för konkurrenspolitiken utgör en allmän gemenskapsrättslig princip.

59. Oavsett om det skall anses utgöra en allmän gemenskapsrättslig princip eller endast en del av sådana principer skall gemenskapens administration iaktta en rimlig tidsfrist. Denna omständighet skall ligga till grund för bedömningen av huruvida dess handlande är rättsenligt. [36]

34 — Förstainstansrättens dom av den 22 oktober 1997 i de förenade målen T-213/95 och T-18/96, SCK och FNK mot kommissionen (REG 1997, s. II-1739), punkt 56.

35 — Dom av den 21 september 2006 i mål C-113/04 P, Technische Unie mot kommissionen (REG 2006, s. I-8831), punkt 40.

36 — På grundval av artikel 41.1 i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna, som utfärdades i Nice den 7 december 2000 (EGT C 364, s. 1), utgör skyldigheten för unionens institutioner och organ att vidta åtgärder inom en rimlig tidsfrist en beståndsdel i rätten till en god förvaltning.

60. Det skall dessutom klargöras att denna princip inte endast tillhandahåller ett kriterium som skall ligga till grund för bedömningen av huruvida ett långt administrativt förfarande är rättsenligt, utan mer allmänt innebär att det för institutionerna föreskrivs en tidsbegränsning för utövandet av deras befogenheter. I detta avseende har domstolen, även utan att uttryckligen åberopa begreppet rimlig tidsfrist, vid olika tillfällen, såsom bättre framgår i det följande, klargjort att rättssäkerhetsprincipen utgör hinder för att en institution på obestämd tid skall kunna dröja med utövandet av sina befogenheter.

61. Sedan detta fastställts övergår jag till att undersöka huruvida kommissionen åläggs att iaktta denna princip även när den utövar sina behörigheter enligt artikel 226 EG.

b) Huruvida det föreligger en skyldighet för kommissionen att iaktta en rimlig tidsfrist i samband med förfarandena enligt artikel 226 EG

62. Det kan vid denna prövning inte bortses från att fördragsbrottsförfarandets karaktär måste beaktas. Det som i huvudsak förefaller utmärka detta förfarande är den skönsmässiga karaktären av kommissionens befogenheter.

63. Enligt domstolens fasta rättspraxis ankommer det nämligen på kommissionen att avgöra om det är lämpligt att inleda ett förfarande om fördragsbrott, och på grund av vilket beteende eller vilken underlåtenhet som kan tillskrivas medlemsstaten i fråga detta förfarande i så fall skall ske. [37] Sedan förfarandet inletts, och om den berörda medlemsstaten inte inom den fastställda tidsfristen följer den ståndpunkt som kommissionen uttryckt i sitt motiverade yttrande, ankommer det på samma sätt på denna att bedöma huruvida det är lämpligt att föra ärendet vidare till domstolen för att få det förmodade fördragsbrottet fastställt. Kommissionens befogenhet att företa skönsmässig bedömning innebär enligt fast rättspraxis dessutom att enskilda inte har rätt att kräva att institutionen inleder ett förfarande enligt artikel 226 EG. [38] Med hänsyn till denna befogenhet att företa skönsmässig bedömning har domstolen, vid vilken talan har väckts enligt artikel 226 EG, hela tiden avstått från att bedöma huruvida det var lämpligt att väcka talan, i det fall där detta ifrågasattes av svarandemedlemsstaten. [39]

64. Vid en bedömning av en invändning från en svarandemedlemsstat avseende den omständigheten att kommissionen har vidtagit åtgärder för sent eller att ett administrativt förfarande har pågått under orimligt lång tid har domstolen tillerkänt kommissionen en befogenhet att företa skönsmässig

37 — Se exempelvis domstolens dom av den 11 augusti 1995 i mål C-431/92, kommissionen mot Tyskland (REG 1995, s. I-2189), punkt 22.

38 — Se dom av den 1 mars 1966 i mål 48/65, Lütticke mot kommissionen (REG 1966, s. 27; svensk specialutgåva, volym 1, s. 237), och av den 14 februari 1989 i mål 247/87, Star Fruit Company mot kommissionen (REG 1989, s. 291), punkterna 11 och 12.

39 — Se exempelvis domstolens dom av den 9 juli 1970 i mål 26/69, kommissionen mot Frankrike (REG 1970, s. 565), punkt 10.

bedömning, även med hänsyn till bedömningen av de tidsfrister inom vilka dess befogenheter med stöd av artikel 226 EG skall utövas.

65. Redan från och med 1970-talet har domstolen i sin rättspraxis framhållit den befogenhet att företa skönsmässig bedömning som kommissionen har vid bedömningen av när den skall ingripa mot en medlemsstat som anses ha gjort sig skyldig till fördragsbrott. I domen i målet kommissionen mot Frankrike, [40] som avsåg en talan som kommissionen väckt mot Republiken Frankrike med stöd av artikel 141 i Euratomfördraget, vilken bestämmelse har samma ordalydelse som artikel 226 EG, prövade domstolen en invändning om rättegångshinder som anförts av den franska regeringen. Regeringen kritiserade kommissionen för att den, trots att den under en längre tidsperiod haft kännedom om det straffbara beteendet, hade handlat för sent. Domstolen fastställde härvid att möjligheten att väcka talan enligt artikel 141 i Euratomfördraget "inte [är] begränsad av en förutbestämd tidsfrist, eftersom detta förfarande på grund av sin karaktär och sitt ändamål innebär en befogenhet för kommissionen att välja de medel och tidsfrister som är mest ägnade att få eventuella fördragsbrott att upphöra".

66. Denna princip har bekräftats i därpå följande domar med hänvisning till artikel 226 EG. Särskilt i domen i målet kommissionen mot Beligen [41] påtalade kommissionen att Konungariket Belgien hade underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt sjätte direktivet om harmonisering av medlemsstaternas lagstiftning rörande omsättningsskatter. I enlighet med artikel 27.5 i detta direktiv hade svarandemedlemsstaten år 1977 underrättat kommissionen om de omtvistade bestämmelserna. Kommissionen hade för första gången år 1979 framfört sina invändningar i frågan huruvida dessa bestämmelser var förenliga med direktivet och hade år 1981 inlett ett fördragsbrottsförfarande enligt artikel 226 EG. Den belgiska regeringen, mot vilken talan väckts vid domstolen, framförde en invändning om rättegångshinder och gjorde därvid gällande att kommissionens sena reaktion hade gett upphov till en situation av rättsosäkerhet som skadade dess intressen och att kommissionen, i avsaknad av en tidsfrist i artikel 27.5 i sjätte direktivet för att framföra invändningar mot en medlemsstats lagstiftning som meddelats på ett förfarandemässigt korrekt sätt, var skyldig att iaktta en rimlig tidsfrist. Regeringen som var svarande yrkade bland annat att domstolen i det aktuella fallet skulle tillämpa den princip som fastställts i domen i målet Lorenz [42] med hänvisning till förfarandet enligt artikel 93.3 i EG-fördraget (nu artikel 88.3 EG). Domstolen ansåg inte att rättspraxis i målet Lorenz var relevant, eftersom denna avsåg ett "förfarande som delvis uttryckligen utgör ett undantag från det förfarande som föreskrivs i artikel [226 EG]", och fastställde att denna artikel skall tillämpas "utan att kommissionen skall vara skyldig att iaktta en viss tidsfrist". [43]

40 — Domstolens dom av den 14 december 1971 i mål 7/71, kommissionen mot Frankrike (REG 1971, s. 1003; svensk specialutgåva, volym 1, s. 615).

41 — Domstolens dom av den 10 april 1984 i mål 324/82, kommissionen mot Belgien (REG 1984, s. 1861).

42 — Domstolens dom av den 11 december 1973 i mål 120/73, Lorenz (REG 1973, s. 1471; svensk specialutgåva, volym 2, s. 177).

43 — Punkt 12 i domen.

67. I domen i målet kommissionen mot Nederländerna [44] kritiserade den nederländska regeringen kommissionen för en rad förseningar i det administrativa förfarandet. Svaranderegeringen påpekade särskilt att kommissionens första anmärkningar avseende de omtvistade faktiska omständigheterna hänförde sig till år 1984, medan talan vid domstolen hade väckts först fem år därefter. Enligt den nederländska regeringen hade kommissionens underlåtenhet medfört ett åsidosättande av rätten till försvar och fått oacceptabla ekonomiska följder. Med hänvisning till domen i det i föregående punkt nämnda målet kommissionen mot Belgien bekräftade domstolen att "bestämmelserna i artikel [226 EG] skall tillämpas utan att kommissionen behöver iaktta en förutbestämd tidsfrist". [45]

68. Sedan detta fastställts finns det anledning att ställa frågan huruvida dels den skönsmässiga karaktären av kommissionens befogenheter enligt artikel 226 EG, dels avsaknaden av förutbestämda tidsfrister, inom vilka kommissionen är skyldig att vidta åtgärder, faktiskt utgör ett hinder för att det skall kunna fastslås att det föreligger en skyldighet för kommissionen att iaktta en rimlig tidsfrist även vid utövandet av de behörigheter som den har med stöd av denna artikel.

69. Såvitt det för det första avser den skönsmässiga karaktären av kommissionens befogenheter skall det inledningsvis sägas att det förhållandet att denna institution, inom ramen för andra förfaranden än fördragsbrottsförfaranden, ges en mer eller mindre omfattande marginal för skönsmässig bedömning, inte har hindrat gemenskapsdomstolarna från att anse att kommissionen, med stöd av en princip om god förvaltningssed, dock är skyldig att inom en rimlig tidsgräns vidta åtgärder [46] eller från att fastställa förbudet för kommissionen att på obestämd tid dröja med utövandet av sin behörighet med åsidosättande av rättssäkerhetsprincipen. [47]

70. Visserligen har fördragsbrottsförfarandet enligt artikel 226 EG utan tvivel en säregen karaktär. Det syftar till att objektivt fastställa en medlemsstats fördragsbrott för att detta skall upphöra och inte att det skall vidtas sanktionsåtgärder. [48] Det är dessutom, just med hänsyn till de mål som eftersträvas med förfarandet och de överväganden, även av politisk karaktär, som kan få betydelse i varje skede av dess genomförande, fråga om ett instrument som lämpligen skall tillerkännas en viss flexibilitet.

44 — Domstolens dom av den 16 maj 1991 i mål C-96/89, kommissionen mot Nederländerna (REG 1991, s. I-2461).

45 — Domen i målet kommissionen mot Frankrike (ovan fotnot 39), punkt 15.

46 — Se exempelvis domstolens dom av den 18 mars 1997 i mål C-282/95, Guérin automobiles mot kommissionen (REG 1997, s. I-1503), punkt 37, förstainstansrättens dom av den 9 september 1999 i mål T-127/98, UPS Europe mot kommissionen (REG 1999, s. II-2633), punkt 37, med hänvisning till prövningen av anklagelserna avseende åsidosättande av konkurrensreglerna, förstainstansrättens dom av den 3 juni 1999 i mål T-17/96, TF1 mot kommissionen (REG 1999, s. II-3757), avseende prövningen av anklagelserna avseende åsidosättande av bestämmelserna om statliga stöd.

47 — Se exempelvis domstolens dom av den 14 juli 1972 i mål 52/69, Geigy mot kommissionen (REG 1972, s. 787), punkt 21, och av den 24 september 2002 i de förenade målen C-74/00 P och C-75/00 P, Falck och Acciaierie de Bolzano mot kommissionen (REG 2002, s. 7869), punkterna 140 och 141, samt domen i målet SCK och FNK mot kommissionen (ovan fotnot 34), punkt 55.

48 — Ett annat resonemang kan eventuellt föras i fråga om förfarandet enligt artikel 228 EG, men det skulle avvika från sammanhanget i förevarande mål.

71. Jag anser dock att dessa överväganden och den omfattande skönsmässiga bedömning som kommissionen ges inom ramen för ovannämnda förfarande inte hindrar möjligheten att kontrollera de sätt på vilka denna institution utövar de behörigheter som den har med stöd av denna artikel, särskilt – för att endast behandla problematiken i förevarande mål – med hänsyn till begränsningarna i tiden för dess ingripande. [49]

72. För det andra utgör enligt min mening inte heller den omständigheten att det i artikel 226 EG inte föreskrivs några förutbestämda tidsfrister för genomförandet av förfarandets olika skeden något hinder för att det skall kunna fastställas en principiell skyldighet för kommissionen att väcka talan med iakttagande av en rimlig tidsfrist vid utövandet av sina befogenheter med stöd av denna artikel.

73. Det skall i detta avseende inledningsvis påpekas att fastställandet av att det föreligger en sådan skyldighet innebär att frågan, som skall bedömas i det följande, om följderna i samband med att denna skyldighet eventuellt åsidosätts lämnas obesvarad. Det räcker här att påpeka att underlåtenheten att iaktta en rimlig tidsfrist inte med nödvändighet får samma följder som åsidosättandet av en preskriptionsfrist eller en preklusionsfrist.

74. Det skall dessutom påpekas att trots att det i artikel 226 EG inte uttryckligen föreskrivs någon frist vid genomförandet av fördragsbrottsförfarandet har det i rättspraxis fastställts att kommissionen skall följa rimliga kriterier, när den fastställer de frister inom vilka den berörda medlemsstaten skall besvara den formella underrättelsen eller följa ett motiverat yttrande, och den skall vara skyldig att i förekommande fall ge denna stat en rimlig tidsfrist för att förbereda sitt försvar. [50] Sådana skyldigheter är klart motiverade dels av det mål som eftersträvas med

49 — Det kan i detta avseende dessutom erinras om att det har påpekats att kommissionens behörighet med stöd av artikel 226 EG sätts in i en funktionell relation i förhållande till dess grundläggande roll som fördragets väktare enligt artikel 211 EG, och att det följaktligen, även i fråga om kommissionens utrymme för skönsmässig bedömning, när det gäller tidpunkt och villkor för förfarandets olika skeden, inte kan uteslutas att det i princip föreligger en skyldighet för kommissionen att väcka talan. För ett liknande resonemang, jämför generaladvokaten Trabucchis förslag till avgörande i mål 2/73, Geddo (REG 1973, s. 685) och, på senare tid, generaladvokaten Albers förslag till avgörande i mål C-260/98, kommissionen mot Grekland (REG 2000, s. I-6537), punkt 72, och i mål C-358/97, kommissionen mot Irland (REG 2000, s. I-6301), punkt 83.
För övrigt har det förhållandet att kommissionen under årens lopp har antagit interna föreskrifter för förfarandet i fördragsbrottsfall inneburit att större insyn i dess handlande har kunnat säkerställas. År 2001 åtog sig kommissionen, under påtryckningar från EU-ombudsmannen, att i konsoliderad form offentliggöra de interna föreskrifter om klagandens ställning i samband med en talan om fördragsbrott. Dessa regler finns i Meddelande från kommissionen till Europaparlamentet och EU-ombudsmannen om klagandens ställning i ärenden om överträdelser av gemenskapsrätten (EGT C 166, 2002, s. 3). Det finns således en tendens till att gradvis avpolitisera fördragsbrottsförfarandet och att förenkla förfarandet åtminstone i det fall i vilket bakgrunden till kommissionens talan är ett klagomål från en enskild person. Det skall slutligen påpekas att EU-ombudsmannen vid olika tillfällen har kontrollerat huruvida kommissionens motiveringar vid avskrivningen av ett klagomål är relevanta. Se exempelvis beslut 995/98/OV.

50 — Domstolens dom av den 2 februari 1988 i mål 293/85, kommissionen mot Belgien (REG 1988, s. 305), punkt 14, av den 2 juli 1996 i mål C-473/93, kommissionen mot Luxemburg (REG 1996, s. I-3207), punkt 20, av den 28 oktober 1999 i mål C-328/96, kommissionen mot Österrike (REG 1999, s. I-7479), punkterna 34 och 51, och av den 13 december 2001 i mål C-1/00, kommissionen mot Frankrike (REG 2001, s. I-9989), punkterna 64 och 65.

fördragsbrottsförfarandet, det vill säga att det påtalade fördragsbrottet skall upphöra, dels av kravet på att den berörda medlemsstaten skall ges möjlighet att effektivt utöva rätten till försvar. Domstolen har, såsom skall framgå, i samma avsikt att skydda rätten till försvar förbehållit sig befogenheten att kritisera det administrativa förfarande som har pågått under orimigt lång tid.

75. Det skall slutligen anges att gemenskapsdomstolarna visserligen fastslagit att det i princip inte finns någon möjlighet att införa preskriptionsfrister genom rättspraxis på grundval av den förutsättningen att "en preskriptionsfrist för att fylla sin funktion [skall] fastställas i förväg" och att "fastställandet av denna frist och villkoren för dess tillämpning omfattas av gemenskapslagstiftarens behörighet", [51] men avsaknaden av en lagbestämmelse har dock inte hindrat domstolen och förstainstansrätten från att med stöd av rättssäkerhetsprincipen fastställa en skyldighet för kommissionen att väcka talan inom en rimlig tidsfrist eller att inte på obestämd tid dröja med utövandet av sina befogenheter. [52]

76. Jag anser på grundval av det ovan anförda att de specifika egenskaperna hos förfarandet enligt artikel 226 EG inte utgör hinder för att fastställa en skyldighet för kommissionen att även i samband med detta förfarande anpassa sina åtgärder till principen om iakttagandet av en rimlig tidsfrist.

77. Det måste dessutom påpekas att det framgår av den rättspraxis från domstolen som angetts ovan i punkterna 65–67 att det föreligger ett krav att utöva en, om än begränsad, kontroll över formerna för utövandet av den befogenhet att företa skönsmässig bedömning som kommissionen har i samband med fördragsbrottsförfaranden, med hänvisning särskilt till att kommissionen vid utövandet av denna befogenhet fastställer tidsgränser, även om det är förknippat med fastställandet av kommissionens befogenhet att företa skönsmässig bedömning.

78. Exempelvis påpekade domstolen, i domen i målet kommissionen mot Frankrike och som angetts ovan i punkt 65, som svar på den franska svaranderegeringens kritik, enligt vilken kommissionen, trots att den sedan år 1965 hade kännedom om det påstådda fördragsbrottet, hade inlett förfarandet enligt artikel 141 i Euratomfördraget för sent, efter det att den hade angett att kommissionen inte var skyldig att väcka talan inom en förutbestämd tidsfrist på grundval av denna artikel, att fördragsbrottet i fråga hade upptäckts först år 1968, och således vid en senare tidpunkt, och att kommissionen redan år 1969 hade företagit vissa förberedande åtgärder för det formella inledandet av förfarandet. [53]

51 — Se domarna i målen Geigy, punkt 21, och Acciaierie di Bolzano, punkt 139 (ovan fotnot 47).

52 — Se exempelvis domarna i målen Lorenz (ovan fotnot 42), punkt 4, Geigy, punkt 21, och Acciaierie di Bolzano, punkt 140 (ovan fotnot 47), och förstainstansrättens dom av den 13 mars 1990 i de förenade målen T-34/89 och T-67/89, Costacurta mot kommissionen (REG 1990, s. II-93), punkt 48, och av den 10 februari 1994 i mål T-107/92, White mot kommissionen (REGP 1994, s. IA-41), punkt 46.

53 — Punkterna 7 och 8.

79. Möjligheten att kontrollera kommissionens utövande av sin befogenhet att företa skönsmässiga bedömningar fastställdes uttryckligen av generaladvokaten Roemer. [54] Denne påpekade i sitt förslag till avgörande i det ovannämnda målet att olika överväganden i det aktuella fallet hade gjort att kommissionen avstått från att inleda fördragsbrottsförfarandet vid en tidigare tidpunkt och drog slutsatsen att det mot bakgrund av sådana omständigheter borde medges att kommissionen "hade utövat sin behörighet på ett riktigt sätt" och att uppfattningen att "en rättsstridig försening" hade kännetecknat inledningen av förfarandet skulle förkastas. [55]

80. Kravet att i det konkreta fallet, och utöver principiella uttalanden, motivera tiden för när kommissionen har väckt talan framgår mer entydigt av de domar som meddelats i målet kommissionen mot Belgien, som åberopats ovan i punkt 66, och i målet kommissionen mot Nederländerna, som angetts ovan i punkt 67.

81. Efter att i det förstnämnda målet ha förkastat den belgiska regeringens argument att kommissionen i det aktuella fallet var skyldig att iaktta en rimlig tidsfrist, och samtidigt således bekräftat kommissionens utrymme för skönsmässig bedömning när denna avgör när den skall inleda förfarandet enligt artikel 226 EG, påpekade domstolen att "[kommissionen] vid utövandet av sin befogenhet enligt artikel [226 EG] att företa skönsmässig bedömning ansåg att den var tvungen att försena undersökningen av huruvida de ifrågavarande belgiska bestämmelserna var förenliga med gemenskapsrätten till dess att direktivet hade trätt i kraft i alla medlemsstaterna" och att "kommissionen [genom att handla på detta sätt] inte har utövat ovannämnda befogenhet att företa skönsmässig bedömning på ett sätt som strider mot fördraget".

82. I den andra domen fastställde domstolen att i den mån som "kommissionen hade beslutat att avvakta domstolens dom av den 15 januari 1987 i det ovannämnda målet Krohn, samt den nederländska regeringens reaktioner på denna dom, innan den väckte förevarande talan" hade denna inte "utövat sin befogenhet att företa skönsmässig bedömning med stöd av artikel [226 EG] på ett sätt som strider mot fördraget". [56]

83. Det måste slutligen påpekas att domstolen, särskilt med hänvisning till den tid som det administrativa förfarandet har pågått, har angett att den omständigheten att det administrativa förfarandet tar orimligt lång tid i anspråk kan utgöra en brist som medför att en talan om fördragsbrott skall avvisas. Domstolen har dock klargjort att "en sådan slutsats endast är aktuell när kom-

54 — Sedan fördragsbrottsförfarandet enligt artikel 141 i Euroatomfördraget definierats som det sista medlet som kommissionen har för att utverka att en medlemsstats beteende som strider mot gemenskapsrätten upphör, påpekade generaladvokaten Roemer att det förhållandet att effektiviteten i detta förfarande måste upprätthållas, samt att användandet av detta förfarande med nödvändighet äventyrar den berörda medlemsstatens anseende, trots den objektiva karaktären av fastställandet av ett fördragsbrott, talar för att det inte är fråga om ett automatiskt förfarande och att kommissionen har ett utrymme för skönsmässig bedömning i fråga om såväl möjligheten att väcka talan mot staten genom fördragsbrottsförfarande som den tidpunkt vid vilken en sådan talan skall väckas.

55 — Inofficiell översättning av den tyska originalversionen av förslaget till avgörande. Generaladvokaten Roemer har särskilt framhållit viljan att i ett första skede försöka nå en överenskommelse, de i början begränsade effekterna av fördragsbrottet, kravet att inte förvärra förhållandet genom att inleda förfarandet, krisen som år 1965 hade drabbat gemenskapen och slutligen den omständigheten att nya bestämmelser skulle antas på området i fråga.

56 — Punkt 15.

missionen har gjort det svårare för [svarande]medlemsstaten att bemöta kommissionens argument [som gjorts gällande mot medlemsstaten], varigenom medlemsstatens rätt till försvar åsidosätts". [57]

84. Det skall, såvitt denna slutsats redan framgår av samtliga ovanstående överväganden, klargöras att iakttagandet av en rimlig tidsfrist inte endast är aktuell som kriterium för huruvida den tid som det administrativa skedet i förfarandet enligt artikel 226 EG pågår är rättsenlig, utan även som hinder för kommissionens sena utövande av sina befogenheter enligt denna artikel. Med andra ord innebär kommissionens skyldighet att iaktta en rimlig frist dels att institutionen inte kan skjuta upp utövandet av sina befogenheter på obestämd tid från och med den tidpunkt då den fick kännedom om det förmodade fördragsbrottet, dels att fristens längd, sedan det administrativa förfarandet väl inletts, måste anpassas till rimlighetskriterier.

85. Det är tydligt att den konkreta bedömningen av huruvida tidsfristen är rimlig är olika beroende på om denna bedömning görs med hänsyn till den period som föregår den period då förfarandet inleds genom avsändandet av en formell underrättelse eller till förfarandets längd.

86. Det skall i det första fallet beaktas att kommissionen vanligen tar informella kontakter med den berörda medlemsstaten i syfte att erhålla den information som krävs för att klargöra den faktiska och rättsliga situationen och för att få en första uppfattning om huruvida det faktiskt föreligger en överträdelse av gemenskapsrätten och om omfattningen av denna, samt om vilka åtgärder som skall vidtas för att den skall upphöra, eventuellt inbegripet åtgärden att inleda ett formellt förfarande enligt artikel 226 EG. Under detta första skede, med avseende på vilket det finns anledning att beakta kommissionens omfattande utrymme för skönsmässig bedömning vid utövandet av sina befogenheter enligt artiklarna 211 EG och 226 EG, skall kommissionen förfoga över tillräckligt lång tid för att undersöka om det är möjligt att nå en överenskommelse och, i syfte att nå denna, föra nödvändiga förhandlingar med den berörda medlemsstaten. Kommissionen skall dessutom kunna vidta åtgärder enligt en prioritetsordning som tar hänsyn till fördragsbrottens karaktär och allvar samt till samtliga effekter som sätts i förbindelse därmed. Mot bakgrund av dessa mål är det vid bedömningen av huruvida denna tidsperiod är rimlig motiverat att tillämpa flexibla kriterier.

87. Kommissionen skall däremot, vid den tidpunkt när förfarandet inleds, i och med

57 — Se domstolens dom av den 12 maj 2005 i mål C-287/03, kommissionen mot Belgien (REG 2005, s. I-3761), punkt 14, och av den 8 december 2005 i mål C-33/04, kommissionen mot Luxemburg (REG 2005, s. I-10629), punkt 76. För ett liknande resonemang, se domstolens dom av den 21 januari 1999 i mål C-207/97, kommissionen mot Belgien (REG 1999, s. I-275), punkt 25.

utsändandet av den formella underrättelsen, förfoga över all den information som krävs för att bedöma den berörda medlemsstatens beteende. Beslutet att sända en formell underrättelse till den berörda medlemsstaten förutsätter att kommissionen har kvalificerat detta beteende som fördragsbrott och att den anser att det i syfte att få detta att upphöra är lämpligt att använda det instrument som föreskrivs i artikel 226 EG. De kriterier som skall ligga till grund för att bedöma huruvida de olika rättsakter som förfarandet omfattar och eventuellt även beslutet att väcka talan vid domstolen har antagits i rimlig tid skall följaktligen vara strängare.

88. Sedan det har fastställts att kommissionen även i samband med fördragsbrottsförfaranden har en skyldighet att iaktta en rimlig tidsfrist, som tolkas antingen som en gräns för det för sena utövandet av dess befogenheter i detta sammanhang eller som ett kriterium för att bedöma huruvida den tid som förfarandet pågått är rättsenlig, finns det anledning att ställa frågan huruvida följderna av att denna skyldighet eventuellt åsidosätts.

c) Följderna av underlåtenheten att iaktta en rimlig tidsfrist i samband med förfaranden enligt artikel 226 EG

89. Eftersom det i artikel 226 EG föreskrivs ett instrument avsett för fastställelse i domstol av en aktuell överträdelse av gemenskapsrätten, måste detta enligt min mening i princip innebära att kommissionens omotiverade försening när den, från och med den tidpunkt då den fick kännedom om det förmodade fördragsbrottet, inledde förfarandet eller det förhållandet att detta förfarande, sedan det väl inletts, tagit orimligt lång tid i anspråk kan få till följd att kommissionen förlorar sin befogenhet att väcka talan vid domstolen för en sådan fastställelse. [58]

90. En sådan effekt kan a priori dock inte uteslutas om kommissionens för sena ingripande eller den omständigheten att förfarandet har pågått under orimligt lång tid på ett oersättligt sätt har påverkat den berörda medlemsstatens utövande av rätten till försvar. Denna slutsats är enligt min mening en logisk följd av konstaterandet att den tid som kommissionens förfarande pågår kan påverka utövandet av rätten till försvar och den rättspraxis som med utgångspunkt i detta konstaterande medger att talan enligt artikel 226 EG skall avvisas i det fall då det orimligt långa förfarandet har påverkat svarandestatens utövande av rätten till försvar. [59] Om inledandet av ett nytt förfarande inte ger möjlighet att rätta till detta fel berövas kommissionen faktiskt rätten att väcka talan vid domstolen för att få fördragsbrottet fastställt.

58 — Det är möjligt att med hänvisning till förfarandet enligt artikel 228 EG dra en annan slutsats.

59 — Jämför ovan punkt 84.

91. Att i princip inte godta att kommissionen förlorar sina befogenheter på grund av dess för sena ingripande eller det orimligt långa förfarandet, motiveras med än större rätt där det anses att det administrativa skedet av förfarandet enligt artikel 226 EG består av ett rent fastställelseförfarande.

92. Det skall dock erinras om att även om domstolen inom ramen för en sådan talan inte har rätt att ålägga den medlemsstat som gjort sig skyldig till fördragsbrottet att upphöra med detta, skall nämnda stat dock vara skyldig att följa upp domstolens fastställelsedom och vidta alla de åtgärder som krävs för att fördragsbrottet skall upphöra och för att återupprätta en situation som är förenlig med de åsidosatta bestämmelserna i gemenskapsrätten.

93. Det kan emellertid inte uteslutas att tidens förlopp, i förening med kommissionens passivitet, i särskilda fall kan få till följd att kommissionens befogenhet att begära att den berörda medlemsstaten skall anta de åtgärder som krävs för att fördragsbrottet skall upphöra begränsas, även om befogenheten att väcka talan vid domstolen i syfte att få fördragsbrottet fastställt i princip inte påverkas.

94. Ett fall av denna typ förekom i domen i målet kommissionen mot Irland. [60] Kommissionen hade inlett två olika fördragsbrottsförfaranden mot Irland som avsåg dels åsidosättande av bestämmelserna i sjätte mervärdesskattedirektivet, på grund av att Irland hade underlåit att belägga de vägtullar som tas ut som vederlag för användningen av tullbelagda vägar och broar i Irland med denna skatt, dels åsidosättande av skyldigheterna enligt bestämmelserna om systemet för gemenskapernas egna medel, på grund av att Irland inte hade ställt de belopp motsvarande den skatt som borde ha uttagits på nämnda vägtullar jämte dröjsmålsränta till kommissionens förfogande som egna medel från mervärdesskatten.

95. Efter att ha konstaterat att underlåtenheten att ta ut de omtvistade vägtullarna utgjorde ett åsidosättande av bestämmelserna om mervärdesskatt, ställde sig domstolen frågan vilka följder kommissionens förlängda passivitet (mer än sju år förflöt mellan delgivningen av det motiverade yttrandet och den tidpunkt då talan väcktes) skulle få på omfattningen av Irlands skyldighet att inbetala något belopp i efterhand på grundval av bestämmelserna om systemet för gemenskapernas egna medel. Domstolen fastslog, i punkt 71 i domen, att "[t]rots att någon preskriptionstid för uppbörd av mervärdesskatt varken föreskrivs i sjätte direktivet eller i bestämmelserna om gemenskapernas egna medel, kan det grundläggande kravet på rättssäkerhet ändå utgöra hinder för kommissionen att inom ramen för ett förfarande om fördragsbrott, som syftar till att erhålla bidrag till gemenskapernas egna medel i efterhand, uppskjuta beslutet att inleda domstolsfasen av detta förfarande på obestämd tid". Genom att analogt tillämpa artikel 9.2 i förordning nr 1553/89 om

60 — Dom av den 12 september 2000 i mål C-358/97, kommissionen mot Irland (REG 2000, s. I-6301).

den slutliga enhetliga ordningen för uppbörd av egna medel som härrör från mervärdesskatt, enligt vilken inga ytterligare rättelser fick göras i de översikter som medlemsstaterna sände in och som innehöll uppgifter om deras egna medel från mervärdesskatt efter fyra räkenskapsår, fastslog domstolen att kommissionen inte hade någon befogenhet att kräva inbetalning i efterhand av de belopp som Irland skulle ha betalat för räkenskapsåren före år 1994.

96. Om ett eventuellt åsidosättande av en rimlig tidsfrist i princip inte kan få till följd att kommissionen förlorar sin befogenhet att fullfölja förfarandet om det fördragsbrott som en medlemsstat har gjort sig skyldig till och i detta syfte väcka talan vid domstolen, har domstolen med hänvisning särskilt till den tid som det administrativa förfarandet pågått fastställt [61] att den orimligt långa tiden utgör ett rättegångsfel som kan innebära att talan avvisas. [62] Domstolen har dock tillåtit denna möjlighet enbart i det fall där det orimligt långa förfarandet har påverkat svarandemedlemsstatens rätt till försvar.

97. Det kan dock vara lämpligt att fråga sig huruvida det inte, även oavsett ett eventuellt åsidosättande av den berörda medlemsstatens rätt till försvar, i särskilda fall skall vara tillåtet att avvisa talan, om kommissionen efter det att den tidsfrist som föreskrivits för medlemsstaten att följa det motiverade yttrandet har löpt ut inte väcker talan vid domstolen inom en rimlig tid, vilken skall bedömas med hänsyn till samtliga omständigheter i det aktuella fallet och till kommissionens motiveringar samt till det omfattande utrymme för skönsmässig bedömning som denna har vid utövandet av sina befogenheter med stöd av artiklarna 211 EG och 226 EG.

98. Såvitt denna lösning kan förefalla vara överdrivet formalistisk svarar den mot kravet på att vara ändamålsenlig för en eventuellt kommande fastställelsedom och hindra att domstolen, vilken enligt fast rättspraxis är skyldig att pröva den situation som föreligger vid den tidpunkt när den i det motiverade yttrandet fastställda fristen har löpt ut, [63] avgör frågan med hänvisning till ett rättsligt och faktiskt sammanhang som inte längre är aktuellt, eftersom det ändrats med tidens lopp.

99. Det skall i detta avseende erinras om att syftet med det administrativa förfarandet inte enbart är att ge den berörda medlemsstaten möjlighet att försvara sig och besvara de anmärkningar som kommissionen riktat mot

61 — Se ovan punkt 84.

62 — Möjligheten att väcka ny talan såvida detta fel kan avhjälpas påverkas således inte.

63 — Enligt fast rättspraxis kan domstolen, när den meddelar beslut i samband med en talan enligt artikel 226 EG, som bekant inte beakta den utveckling som skett mellan det motiverade yttrandet och väckandet av talan utan skall endast pröva den situation som rådde vid utgången av den frist som har angivits i det motiverade yttrandet.

den, utan, såsom domstolen vid upprepade tillfällen har fastställt, dessutom att avgränsa föremålet för den framtida tvisten vid gemenskapsdomstolarna. Ett korrekt genomförande av det administrativa förfarandet är, för att använda domstolens ord, således nödvändigt "inte bara som en garanti för skyddet av den berörda medlemsstatens rättigheter, utan också för att säkerställa att ett eventuellt domstolsförfarande får ett klart avgränsat tvisteföremål". [64]

100. Om tvistens rättsliga och faktiska sammanhang, såsom det fastställts i det motiverade yttrandet, under den tid som förflutit från tidpunkten då fristen i det motiverade yttrandet löpte ut till tidpunkten då talan väcktes, har undergått ändringar som medfört att en dom från domstolen, i vilken det inte tas hänsyn till dessa ändringar, i huvudsak är meningslös, kan frågan här ställas huruvida inte domstolen, sedan den konstaterat de ändrade förhållandena och kommissionens eventuellt omotiverade passivitet som pågått utöver en rimlig tidsfrist, kan avvisa talan.

101. I detta fall måste kommissionen åläggas att avge ett nytt motiverat yttrande. Sedan denna åtgärd vidtagits kan kommissionen på nytt väcka talan vid domstolen. En sådan skyldighet kan visa sig vara lämplig för syftet att garantera att domstolsskedet inom ramen för förfarandet enligt artikel 226 EG inleds på ett riktigt sätt och säkerställa att en eventuell kommande fastställelsedom av domstolen är aktuell och ändamålsenlig.

102. Jag påpekar i detta avseende att domstolen redan har visat sig vara inriktad på en sådan lösning. I den dom som meddelades i mål C-177/03 och som anges ovan i fotnot 64, hade kommissionen väckt talan mot Frankrike inom ramen för ett förfarande enligt artikel 226 EG två år och sex månader efter det att den frist som fastställts i det motiverade yttrandet hade löpt ut. Under denna tid hade Frankrike vidtagit ett visst antal "omfattande åtgärder på området i fråga". [65] Diskussionen mellan parterna vid domstolen hade i huvudsak koncentrerats på räckvidden av dessa åtgärder och på frågan huruvida de var lämpliga för att genomföra direktivet, vars oriktiga införlivande hade ifrågasatts av den franska regeringen. Efter det att domstolen hade angett att en sådan diskussion, enligt fast rättspraxis, uppenbart inte kunde beaktas i samband med domstolsförfarandet påpekade den att "[n]är de relevanta nationella bestämmelserna har ändrats väsentligt mellan utgången av den frist som angivits i det motiverade yttrandet och den dag då talan om fördragsbrott väcktes, kan denna utveckling medföra att domstolens kommande dom i stor utsträckning blir meningslös. I en sådan situation

64 — Se beslut av den 11 juli 1995 i mål C-266/94, kommissionen mot Spanien (REG 1995, s. I-1975), punkt 17, och domstolens dom av den 10 april 2003 i mål C-392/99, kommissionen mot Portugal (REG 2003, s. I-3373), punkt 133, och av den 9 december 2004 i mål C-177/03, kommissionen mot Frankrike (REG 2004, s. I-1167), punkt 20.

65 — Punkt 18.

skulle det kanske vara att föredra att kommissionen inte väckte talan utan avgav ett nytt motiverat yttrande med de anmärkningar som den vidhåller med beaktande av de ändrade förhållandena". [66] Domstolen ansåg dock att omständigheterna i det aktuella fallet inte motiverade ett beslut om avvisning av talan. [67]

103. Det skall dessutom påpekas att den skyldighet som åläggs kommissionen när den finner det lämpligt att inleda förfarandets domstolsskede och som innebär att kommissionen skall väcka talan inom rimlig tid från den dag då den frist som fastställts för medlemsstaten att följa det motiverade yttrandet har löpt ut, vid risk att talan annars avvisas, inte på något sätt påverkar innehållet i den befogenhet att företa skönsmässig bedömning som kommissionen har med stöd av artikel 226 EG, utan endast utgör ett villkor för ett korrekt utövande av denna befogenhet.

104. I sådana fall är kommissionen, när den anser att det är lämpligt, skyldig att inleda ett nytt förfarande eller åtminstone att avge ett nytt motiverat yttrande. Vid den tidpunkt när den skall bestämma huruvida det administrativa förfarandet skall inledas igen skall kommissionen vara skyldig att på nytt bedöma huruvida det är lämpligt att väcka talan och eventuellt, för att ta hänsyn till de ändrade förhållandena, omformulera de anmärkningar som tidigare riktats mot den berörda medlemsstaten.

105. Jag övergår nu till att undersöka den nederländska regeringens invändningar i förevarande mål.

d) Invändningen om rättegångshinder grundad på att kommissionen väckt talan för sent

106. Såvitt avser, för det första, invändningen avseende den omständigheten att kommissionen har väckt talan för sent, framgår det av ovanstående överväganden att även om denna anmärkning är välgrundad kan inte konstaterandet av detta förhållande, under förhållandena i förevarande fall, påverka kommissionens befogenhet att väcka talan vid domstolen i syfte att få det påtalade fördragsbrottet fastställt, vilket den nederländska regeringen däremot har hävdat.

107. Att i förevarande fall utestänga kommissionen från möjligheten att väcka talan om fastställelse av Nederländernas förmodade underlåtenhet att uppfylla sina skyldigheter enligt fördelningen av gemenskapens och medlemsstaternas behörigheter när det gäller att ingå och tillämpa internationella luftfartsavtal, såsom den fastställts av dom-

66 — Punkt 21.
67 — Punkt 22.

stolen i domarna av den 5 november 2002, skulle innebära att endast Nederländerna ges möjlighet att upprätthålla internationella åtaganden med åsidosättande av denna fördelning och på ett omotiverat sätt ge nämnda medlemsstat en, jämfört med de andra medlemsstaterna, priviligierad situation till förfång för en enhetlig tillämpning av de principer som domstolen fastställt i de ovannämnda domarna.

108. Såsom påpekats ovan kan kommissionen förlora sina befogenheter om det konstateras att den försening – såvida den inte är motiverad – med vilken kommissionen har inlett förfarandet enligt artikel 226 EG på ett ohjälpligt sätt har påverkat svarandemedlemsstatens rätt till försvar i detta förfarande. Nederländerna har, i förevarande fall, dock inte uttryckligen åberopat åsidosättandet av rätten till försvar och, även om det av de argument som framförts av denna stat skulle kunna dras en slutsats om ett sådant ifrågasättande har något bevis för detta åsidosättande inte lämnats.

109. Beträffande frågan huruvida det eventuella konstaterandet av en omotiverad försening vid inledandet av förfarandet enligt artikel 226 EG som kan tillskrivas kommissionen, för det fall talan skulle bifallas, påverkar omfattningen av Nederländernas skyldighet när medlemsstaten skall verkställa domstolens fastställelsedom, [68] skall det först och främst påpekas att denna skyldighet består i att för framtiden undanröja de omtvistade internationella åtagandena. Med hänsyn till karaktären av denna skyldighet kan det inte anses att den tid som förflutit har fått till följd att omfattningen av densamma har ändrats.

110. Nederländerna har dessutom gjort gällande att med hänsyn till gemenskapens externa behörighet på luftfartsområdet, som fastställts av domstolen i domarna av den 5 november 2002, och den normativa utveckling som skett efter dessa domar, har Nederländerna inte längre rätt att inleda förhandlingar med Förenta staterna i syfte att ändra de klausuler i det omtvistade avtalet som domstolen kan anse vara rättsstridiga. Härav följer enligt denna medlemsstat att den försening med vilken kommissionen har vidtagit åtgärder mot densamma har medfört att den inte kan följa en eventuell dom om bifall av talan.

111. Jag kan för min del inte godta detta argument. Enligt det omtvistade avtalet har, såsom kommissionen har påpekat, parterna möjlighet att inleda förfarandena för uppsägning av detsamma. Nederländerna förfogar således, i motsats till vad denna stat har

68 — Se synpunkterna på domen i det ovan i punkt 95 nämnda målet kommissionen mot Irland.

hävdat, över ett rättsligt instrument som i förekommande fall gör att den kan följa en dom av domstolen till dess nackdel.

112. Vad avser Nederländernas argument, vilken stat fått stöd i denna fråga av den intervenerande franska regeringen, att en uppsägning av det omtvistade avtalet skulle innebära ett rättsligt tomrum i förbindelserna med Förenta staterna på luftfartsområdet och vara skadligt för de nationella aktörerna på området, är det tillräckligt att påpeka att till följd av domstolens domar av den 5 november 2002 får även lufttrafikföretagen i medlemsstaterna, mot vilka kommissionen nio år tidigare väckte talan, vidkännas samma negativa följder. Den förflutna tiden har enligt min mening i detta avseende snarare gynnat än missgynnat de nederländska lufttrafikföretagen.

113. Det skall i förbigående påpekas att syftet med såväl Nederländernas som den franska regeringens argument i denna fråga slutligen är att ställa den fråga som är central för intressena hos de berörda trafikföretagen inom gemenskapen, nämligen avseende de åtgärder som de medlemsstater som har gjort sig skyldiga till de åsidosättanden av gemenskapsrätten som domstolen har konstaterat i domarna av den 5 november 2002, och eventuellt även Nederländerna, om denna stat tappar förevarande mål, är skyldiga att vidta för att genomföra de principer som fastställts i dessa domar. Det är i detta avseende inte svårt att förstå att kommissionens föreslagna lösning i de ovannämnda skrivelserna av den 25 november 2002, den 30 juli 2004 och den 10 mars 2005, enligt vilken uppsägning av de avtal som innehåller de rättsstridiga klausulerna anges som enda väg – eftersom det på grund av gemenskapens exklusiva externa behörighet måste anses vara uteslutet att dessa avtal skall kunna omförhandlas på nationell nivå – enhälligt har motarbetats av de berörda medlemsstaterna. Det rättsliga tomrum som tillgripandet av en sådan lösning skulle medföra, ett tomrum som det, i motsats till vad kommissionen har hävdat, inte är realistiskt att ens tillfälligt kunna fylla genom att tillämpa principen om ömsesidig respekt, riskerar att få betydande ekonomiska följdverkningar för de lufttrafikföretag inom gemenskapen som berörs, antingen som förlorade trafikrättigheter på flyglinjerna till och från Förenta staterna eller osäkerhet om att i tiden bibehålla sådana rättigheter, eller, såsom den nederländska och den franska regeringen har påpekat, på grund av att det skulle äventyra de befintliga allianserna mellan trafikföretag inom gemenskapen och amerikanska trafikföretag (allianserna KLM/North West och Skyteam).

114. Till följd härav, och såsom redan påpekats,[69] ankommer det inte på domstolen att när den prövar en talan med stöd av artikel 226 EG fastställa de former med vars hjälp den berörda medlemsstaten skall

69 — Se ovan punkt 93.

följa domen enligt vilken den gjort sig skyldig till ett fördragsbrott, [70] såvitt domstolen kan klargöra räckvidden av denna skyldighet. [71] Härav följer att det i förevarande fall, [72] eftersom svarandemedlemsstaten, om talan bifallits, materiellt och rättsligt har möjlighet att följa domstolens dom, ankommer på denna medlemsstat och på kommissionen att med stöd av den princip om lojalt och ömsesidigt samarbete, som är av betydelse för förhållandet mellan gemenskapsinstitutioner och medlemsstater, anstränga sig för att finna en lösning på de problem som uppkommer vid verkställandet av en eventuell bifallande dom. [73]

e) Invändning om rättegångshinder grundad på att fördragsbrottsförandet pågått under orimligt lång tid

115. Nederländerna har, såvitt avser det långa förfarandet, ifrågasatt den försening som kan tillskrivas kommissionen enbart med hänvisning till den tid som förflutit från det att det motiverade yttrandet antogs till det att talan väcktes.

116. Eftersom det motiverade yttrandet antogs i oktober 2000 och talan väcktes i december 2004 uppgår den period som skall beaktas för denna bedömning till omkring fyra år.

117. Av rättspraxis framgår att frågan huruvida ett administrativt förfarande pågått under skälig tid skall bedömas med hänsyn till de särskilda omständigheterna i varje fall och särskilt det sammanhang detta fall förekommer i, de olika steg i förfarandet som kommissionen har vidtagit, parternas uppträdande under förfarandets gång, ärendets komplexa karaktär samt dess betydelse för de olika berörda parterna. [74]

118. Jag anser inte att kommissionen i förevarande fall kan klandras för att den avvaktade domstolens dom i de mål i vilka talan väcktes år 1998 och i vilka föremålet för talan var i huvudsak detsamma som i förevarande mål.

70 — Eventuella åsiktsskillnader mellan kommissionen och den berörda medlemsstaten om vilka åtgärder som krävs för ett korrekt införlivande av domstolens dom kan eventuellt beaktas inom ramen för en talan enligt artikel 228 EG.

71 — Se domen i det ovan i punkt 95 åberopade målet kommissionen mot Irland.

72 — Förevarande fall skiljer sig från de fall som är föremål för domstolens dom av den 14 september 1999 i mål C-170/98, kommissionen mot Belgien (REG 1999, s. I-5493), och av den 4 juli 2000 i mål C-62/98, kommissionen mot Portugal (REG 2000, s. I-5171), i vilka kommissionen i de målen påtalade underlåtenheten att säga upp avtalet och således ställde frågan till domstolen huruvida det förelåg en skyldighet i detta avseende för svarandemedlemsstaterna.

73 — För det fall domstolen beslutar att ta ställning till denna fråga finns det enligt min mening dock skäl att anse att när, såsom i förevarande fall om talan bifalls, det förhållandet att bestämmelserna strider mot gemenskapsrätten endast avser vissa klausuler i ett internationellt avtal, skall det endast när det inte är möjligt att uppnå att klausulerna upphävs eller ändras anses vara nödvändigt att säga upp avtalet. Kommissionen borde i förevarande fall således tillåta svarandemedlemsstaten att omförhandla de omtvistade klausulerna så att dessa kan göras förenliga med de relevanta gemenskapsbestämmelserna. Endast när det inte är möjligt att uppnå ett sådant resultat kan det yrkas att avtalet i sin helhet sägs upp.

74 — Se domen i målet SCK och FNK mot kommissionen (ovan punkt 59), punkt 57, och analogt, med avseende på den tid som domstolsförfarandet har pågått, domstolens dom av den 17 december 1998 i mål C-185/95 P, Baustahlgewebe mot kommissionen (REG 1998, s. I-8417), punkt 29.

119. Kommissionen väntade dock ytterligare två år efter meddelandet av dessa domar den 5 november 2002 innan den väckte talan i förevarande mål. Det skall således bedömas huruvida denna tidsfrist kan kvalificeras som oskälig, med hänsyn till alla relevanta omständigheter i fallet.

120. Det skall i detta avseende först påpekas att genom de ansökningar som kommissionen ingav år 1998, vilkas utgång var allt annan än given, såsom dessutom visas av att domstolen endast delvis biföll dem, ställdes för första gången frågan om delningen av den externa behörigheten mellan gemenskapen och medlemsstaterna på luftfartsområdet. I domarna av den 5 november 2002 ställdes dessutom, såsom antytts ovan, den känsliga frågan om vilka åtgärder som skulle vidtas för att fylla det eventuella rättsliga tomrum som hade skapats genom att de internationella åtaganden som de berörda medlemsstaterna hade gjort med åsidosättande av gemenskapens exklusiva externa behörighet hade upphävts.

121. Efter meddelandet av dessa domar uppstod sålunda en diskussion inom rådet om formerna för att säkerställa att de av domstolen fastställda principerna tillämpades korrekt. Denna diskussion ledde som bekant till att det vid rådets sammanträde den 5 och den 6 juni 2003 antogs ett paket med bestämmelser, vars syfte bland annat var att ge kommissionen ett mandat att med Förenta staterna och med andra tredjeländer förhandla om ett internationellt luftfartsavtal.

122. Det skall dessutom erinras om att kommissionen två veckor efter meddelandet av domarna av den 5 november 2002 antog det ovan åberopade meddelandet av den 19 november 2002. I detta meddelande fastslog kommissionen vilka slutsatser som skulle dras av dessa domar med avseende på de avtal som inte direkt omfattades av dessa. Det skall vidare erinras om att kommissionen den 25 november 2002 sände en skrivelse till Nederländerna, i vilken den anmodade denna medlemsstat att säga upp det omtvistade avtalet.

123. Under dessa omständigheter kan kommissionen enligt min mening inte klandras för att den, innan den väckte den talan som är föremål för detta mål, avvaktade utgången av den politiska diskussion som inletts efter det att domarna hade meddelats den 5 november 2002. Kommissionen kan inte heller klandras för att den gav Nederländerna den tid som krävdes för att följa dessa domar, särskilt om det beaktas att detta, enligt kommissionen, med nödvändighet skulle ha inneburit att de åtaganden som denna medlemsstat gjort med Förenta staterna sades upp. En sådan åtgärd skulle, såsom den nederländska regeringen dessutom själv har påpekat, ha fått betydande följdverkningar på förbindelserna mellan de två länderna på luftfartsområdet, närmare bestämt på de nederländska lufttrafikföretagens intressen.

124. Det följer av det ovan anförda att kommissionen inte kan anses ha väckt talan efter det att en rimlig tidsfrist löpt ut på grund av att den väntade fyra år från det att det motiverade yttrandet antogs innan den väckte den talan som är föremål för detta mål.

125. Nederländernas invändning kan i detta avseende enligt min mening således inte godtas.

3. Slutsatser om huruvida talan kan upptas till sakprövning

126. Mot bakgrund av ovanstående överväganden anser jag att den nederländska regeringens invändning om rättegångshinder skall underkännas och att talan skall kunna tas upp till prövning.

B — *Prövning i sak*

1. Åsidosättandet av gemenskapens exklusiva externa behörighet

127. Domstolen har, såsom jag har erinrat om ovan i punkt 25, i domarna av den 5 november 2002 fastställt att gemenskapen, med stöd av artikel 1.3 i förordning nr 2409/92 och artiklarna 1 och 7 i förordning nr 2299/89, har förvärvat exklusiv behörighet för att gentemot tredjeländer göra internationella åtaganden avseende dels friheten att fastställa biljettpriser för trafikföretag utom gemenskapen på flyglinjer inom gemenskapen, dels de datoriserade bokningssystem som erbjuds eller används inom gemenskapens territorium.

128. Enligt vad domstolen har fastställt kunde sedan dessa rättsakter hade trätt i kraft medlemsstaterna inte längre göra eller, trots omförhandlingen av de omtvistade avtalen, bibehålla sådana internationella åtaganden.

129. I förevarande fall har kommissionen yrkat att domstolen skall fastställa att de internationella åtaganden som Nederländerna har gjort mot Förenta staterna avseende de biljettpriser som amerikanska trafik-

företag tillämpar på flyglinjer inom gemenskapen och de datoriserade bokningssystem som erbjuds eller används inom denna medlemsstats territorium har gjorts med åsidosättande av gemenskapens exklusiva externa behörighet.

130. Det finns således anledning att undersöka huruvida Nederländerna genom notväxlingen av år 1992 med Amerikas förenta stater har åsidosatt den exklusiva behörighet för gemenskapen i fråga om friheten för trafikföretag i tredjeländer att fastställa biljettpriser på flyglinjer inom gemenskapen och i fråga om de datoriserade bokningssystem som erbjuds eller används inom gemenskapens territorium som fastställts i domstolens domar av den 5 november 2002.

a) Frågan huruvida det föreligger ett nytt avtal

131. Kommissionen har hävdat att de ändringar som notväxlingen av år 1992 inneburit för 1957 års avtal radikalt har ändrat avtalets karaktär och omvandlat det till ett så kallat open skies-avtal. Notväxlingen av år 1992 har, enligt kommissionen, med andra ord gett upphov till ett nytt avtal som ersatt 1957 års avtal.

132. Den nederländska regeringen har svarat att 1957 års avtal redan före de ändringar som infördes genom 1992 års notväxling innehöll vissa väsentliga delar av ett så kallat open skies-avtal och att de ändringar som skedde år 1992 utgjorde den sista etappen i den liberaliseringsprocess för lufttrafiken mellan de två länderna som redan hade inletts genom de ändringar i 1957 års avtal som gjordes år 1978 och år 1991. Notväxlingen av år 1992 syftade särskilt till att säkerställa att de nederländska trafikföretagen hade fullt tillträde till den amerikanska marknaden och att sålunda avskaffa den obalans till förmån för de amerikanska trafikföretagen som skapats genom de tidigare ändringarna i 1957 års avtal. Enligt den nederländska regeringen är det sistnämnda avtalet alltjämt i kraft och omfattas av artikel 307.1 EG. Enligt denna artikel skall "[d]e rättigheter och förpliktelser som följer av avtal som ingåtts före den 1 januari 1958 eller, för stater som senare ansluter sig, före tidpunkten för deras anslutning mellan å ena sidan en eller flera medlemsstater och å andra sidan ett eller flera tredjeländer ... inte påverkas av bestämmelserna i ... fördrag[et]".

133. Trots att parterna i detta avseende lämnat ofullständiga upplysningar framgår det enligt min mening tillräckligt klart av handlingarna i målet att bestämmelserna avseende de datoriserade bokningssystemen infördes år 1991 [75] och att de därefter inte ändrats genom notväxlingen av år 1992.

75 — Se bilaga C till Memorandum of Consultations av den 15 november 1991, som återfinns som bilaga till ansökan.

134. På samma sätt förhandlades det, år 1991, om bestämmelserna om biljettpriser, i vilka friheten att fastställa priser för trafikföretagen hos de båda avtalsslutande parterna fastställdes och genom vilka ett system för dubbelt underkännande infördes. [76] Någon bestämmelse i detta avseende förekommer däremot inte i notväxlingen av år 1992.

135. Kommissionen har, i punkt 29 i ansökan, dessutom medgett att även om förhandlingarna av år 1992 medförde att 1957 års avtal, enligt dess tidigare ändrade lydelse, ändrades radikalt, lämnades bestämmelserna om biljettpriser och datoriserade bokningssystem oförändrade. [77]

136. Det förefaller under dessa omständigheter — eftersom jag inte kan godta kommissionens uppfattning att de ändringar som gjordes i 1957 års avtal genom förhandlingarna år 1992 gav upphov till ett nytt avtal, eftersom denna uppfattning strider mot de avtalsslutande parternas vilja, av vilken det framgår att dessa inte avsett att ersätta det tidigare avtalet utan endast att ändra vissa, om än relevanta, bestämmelser i detta – vara motiverat att ställa sig frågan huruvida det, utöver det försvarsargument som grundar sig på artikel 307 EG, konkret kan föreligga ett åsidosättande av gemenskapens exklusiva behörighet, som kommissionen i förevarande mål har åberopat med hänvisning till klausulerna om biljettpriser, eftersom denna behörighet som bygger på bestämmelserna i förordning nr 2409/92, har tillkommit vid införandet av nämnda klausuler i de omtvistade avtalen, vilket såsom framgått ovan, hänförde sig till år 1991.

137. Härefter anser jag inte att denna fråga behöver utforskas närmare, eftersom domstolens uppfattning i domarna av den 5 november 2002 tillåter att det hinder kringgås som består i att vissa av de omtvistade internationella åtagandena gjordes vid en tidpunkt som föregick den tidpunkt då den externa behörighet för gemenskapen som förmodas ha åsidosatts uppstod.

138. Det skall i detta avseende erinras om att domstolen i dessa domar fastslog att prövningen av huruvida kommissionens förstahandsyrkande var grundat i sak inte krävde någon ståndpunkt i den av parterna diskuterade frågan huruvida ändringarna hade fått till följd att de tidigare existerande avtalen hade omvandlats till nya avtal.

76 — Se bilaga D till Memorandum of Consultations av den 15 november 1991.

77 — Från denna synpunkt kan förevarande situation i många avseenden likställas med det fall som domstolen prövade i domen i det ovannämnda målet C-471/98, kommissionen mot Belgien. Även i detta fall hade det ursprungliga avtalet av år 1946 mellan Belgien och Förenta staterna ändrats vid olika tillfällen för att genomföra en gradvis avreglering av flygtrafiken mellan de två länderna. Ett nytt avtal hade år 1980 ingåtts i detta syfte. Särskilt hade, såvitt är av intresse här, bestämmelserna om de amerikanska trafikföretagens frihet att fastställa biljettpriser på flyglinjer inom gemenskapen och om datoriserade bokningssystem införts före de avtal av år 1994 som kommissionen ifrågasatt i målet. Se punkterna 23–27 i den dom som meddelats i mål C-471/98.

139. De omtvistade ändringarna hade enligt domstolen fått till följd att luftfarten mellan Amerikas förenta stater och de berörda medlemsstaterna hade avreglerats helt. Fritt tillträde till samtliga flyglinjer mellan samtliga platser i de två staterna säkerställdes utan begränsning med avseende på kapacitet och frekvens, utan restriktioner med avseende på mellanliggande platser och på platser som ligger framför eller bortom (behind, between and beyond rights) och med samtliga önskade kombinationer av flygmaskiner (change of gauge).

140. Härav följde att de omtvistade ändringarna fick till följd att förutsättningar skapades för ett närmare samarbete mellan Amerikas förenta stater och de berörda medlemsstaterna, vilket gav upphov till nya, omfattande internationella åtaganden för dessa.

141. Domstolen fastslog dessutom att dessa ändringar vittnade om att de tidigare existerande avtalen hade omförhandlats i sin helhet. Härav följde enligt domstolen att även om vissa bestämmelser i dessa avtal inte formellt hade ändrats eller endast undergått marginella redaktionella ändringar, skulle åtagandena enligt dessa bestämmelser dock anses ha bekräftats under denna omförhandling. Domstolen fastställde med hänvisning till domarna av den 4 juli 2000, i målen kommissionen mot Portugal, [78] att ”[i] en sådan situation är medlemsstaterna inte bara förhindrade att göra nya internationella åtaganden, utan också att bibehålla sådana åtaganden om de strider mot gemenskapsrätten”. [79]

142. Domstolen fastställde slutligen att de omtvistade ändringarna, som gjorts i de tidigare existerande avtalen i sin helhet, påverkade räckvidden av de bestämmelser som formellt sett inte hade ändrats eller som ändrats endast i begränsad utsträckning.

143. Domstolen drog slutsatsen att samtliga internationella åtaganden som hade ifrågasatts i kommissionens förstahandsyrkande skulle bedömas med hänsyn till de gemenskapsbestämmelser som kommissionen hade åberopat till stöd för nämnda yrkande. [80]

144. Jag anser inte att handlingarna i målet innehåller uppgifter som hindrar att den ovan angivna slutsatsen kan tillämpas i förevarande mål, eftersom de omständig-

78 — Dom av den 4 juli 2000 i mål C-62/98, kommissionen mot Portugal (REG 2000, s. I-5171) och i mål C-84/98, kommissionen mot Portugal (REG 2000, s. I-5215).

79 — Domen i målet kommissionen mot Belgien (ovan fotnot 3), punkt 50.

80 — Se domen i målet kommissionen mot Belgien (ovan fotnot 3), punkterna 44–53.

heter som angetts ovan i punkt 140 är för handen i lika hög grad i förevarande fall.

145. Det skall slutligen påpekas att denna slutsats gör att den nederländska regeringens argument som grundar sig på artikel 307.1 EG inte kan godtas. [81]

b) Det förhållandet att notväxlingen av år 1992 föregick ikraftträdandet av förordning nr 2409/92

146. Jämfört med de omständigheter som domstolen prövade i de mål som gav upphov till domarna av den 5 november 2002 har det i förevarande mål uppställts en annan och ytterligare problematik.

147. Både de förhandlingar mellan Nederländerna och Förenta staterna som ägde rum i Washington under perioden den 1–4 september 1992 och den notväxling av den 14 oktober 1992 genom vilken resultaten av dessa förhandlingar formaliserades ägde rum innan förordning nr 2409/92 trädde i kraft den 1 januari 1993, även om det skedde efter det att denna förordning hade antagits den 23 juli 1992.

148. Den nederländska regeringen anser, med utgångspunkt från detta datum och med stöd av den intervenerande franska regeringen, att den inte kan klandras för något åsidosättande av gemenskapens externa behörighet, eftersom denna skulle inträda först i och med att den interna gemenskapsbestämmelsen trädde i kraft, som i förevarande fall skedde efter det att de omtvistade internationella åtagandena hade gjorts.

149. Kommissionen har svarat och därvid hänvisat till den dom som meddelades i det ovan i punkt 50 nämnda målet Inter-Environnement Wallonie. I denna dom angav domstolen att även om medlemsstaterna inte är skyldiga att vidta de åtgärder som föreskrivs i ett gemenskapsdirektiv före införlivandefristens utgång följer det av artikel 10 andra stycket EG jämfört med artikel 249 tredje stycket EG att de före utgången av denna frist måste avhålla sig från att vidta åtgärder som allvarligt äventyrar det i direktivet föreskrivna resultatet. [82] Enligt kommissionen är den princip som domstolen har uppställt i domen i målet

81 — Det skall i detta avseende dessutom påpekas att det skydd som enligt artikel 307.1 EG ges internationella avtal som medlemsstaterna ingått innan fördraget trädde i kraft inte utsträcker sig till att omfatta de ändringar av dessa avtal som fastställts efter det att fördraget trädde i kraft. För ett liknande resonemang, se dom av den 5 november 2002 i mål C-476/98, kommissionen mot Tyskland, punkt 69.

82 — Punkt 45.

Inter-Environnement Wallonie analogt tillämplig på förevarande fall, i vilket det omtvistade avtalet har förhandlats och ingåtts efter antagandet av förordning nr 2409/92 och före utgången av den frist som föreskrivits för dess ikraftträdande.

150. Jag anser inte att det i förevarande fall är nödvändigt att avgöra frågan huruvida kommissionens argumentering är välgrundad eller, följaktligen, huruvida den kan tas upp till prövning, vilket ifrågasatts av såväl svaranderegeringen som den intervenerande regeringen. Enligt min mening är det inte heller ändamålsenligt att, för att lösa förevarande tvist, mer allmänt pröva frågan huruvida en medlemsstat, utan att åsidosätta principen om lojalt samarbete enligt artikel 10 EG, kan ingå internationella avtal med åsidosättande av en exklusiv extern behörighet för gemenskapen som förvärvats med hjälp av antagandet av de interna gemenskapsbestämmelserna, även om dessa bestämmelser ännu inte har trätt i kraft och därför inte är formellt bindande för medlemsstaterna.

151. I repliken har kommissionen, utan att den nederländska regeringen har bestridit detta, påpekat att notväxlingen av den 14 oktober 1992 ratificerades av det nederländska parlamentet den 26 april 1993, det vill säga efter det att förordning nr 2409/92 hade trätt i kraft den 1 januari 1993.

152. Den nederländska regeringen har i detta avseende svarat att dagen för ratifikation av notväxlingen i förevarande fall är irrelevant, eftersom denna gällde redan från och med den 14 oktober 1992.

153. Det skall erinras om att när ett internationellt avtal, även om det ingåtts i förenklad form, såsom i fallet med en notväxling, som uttryckligen angetts i artikel 13 i Wienkonventionen om traktaträtten, [83] av en eller av flera parter har framlagts för ratifikation, utgörs tidpunkten för när avtalet blir slutgiltigt bindande av det ömsesidiga meddelandet (eller av enbart de avtalsslutande stater som skall ratificera avtalet) avseende ratifikationen (eller av utväxlingen av ratifikationsinstrument). Eftersom de avtalsslutande parternas slutgiltiga enande markerar den tidpunkt då avtalet börjar gälla, med andra ord dess ikraftträdande, är – där det för en eller flera avtalsslutande parter är nödvändigt att avtalet dessförinnan har ratificerats – avtalets ikraftträdande följaktligen beroende av att ratifikationen har meddelats de andra parterna.

154. I artikel 25 i Wienkonventionen föreskrivs dock en möjlighet för de avtalsslutande parterna att tillämpa avtalet provisoriskt. I denna artikel föreskrivs särskilt att ”[e]n traktat eller en del av en traktat till-

83 — Antagen den 23 maj 1969.

lämpas provisoriskt i avvaktan på dess ikraftträdande, om a) traktaten själv föreskriver det; eller b) de förhandlande staterna på annat sätt överenskommit därom".

155. Det framgår av handlingarna i målet att det omtvistade avtalet tillämpades provisoriskt från och med notväxlingen av den 14 oktober 1992, i avvaktan på att Nederländerna skulle slutföra de formaliteter som krävdes för att ratificera detsamma. Det sista stycket i den not som den nederländska utrikesministern den 14 oktober 1992 sände till Amerikas förenta staters ambassad i Haag, vars text återges i det utdrag ur Tractatenblad som svaranderegeringen bifogat dupliken, har följande lydelse:

"I propose that if the foregoing proposal is acceptable to the Government of the United States of America, ... this note and your note in reply indicating such acceptance shall constitute an agreement between our two governments, which shall enter into force upon an exchange of diplomatic notes following completion of all necessary internal procedures of the Government of the Kingdom of the Netherlands. Pending entry into force, the terms of this agreement shall be applied provisionally from the date of your note in reply."

156. Det sista stycket i den svarsnot som Amerikas förenta staters ambassad i Haag den 14 oktober 1992 sände till den nederländska utrikesministern hade följande lydelse:

"I have the honour to inform Your Excellency, on behalf of the Government of the United States of America, that it accepts the above proposal of the Government of the Kingdom of the Netherlands and to confirm that Your Excellency's note and this reply shall constitute an agreement between our two governments, the terms of which shall be applied provisionally from the date of this note and which shall enter into force upon a subsequent exchange of notes following the completion of all necessary internal procedures of the Government of the Kingdom of the Netherlands."

157. Det skall under sådana förhållanden anses att slutförandet av det omtvistade avtalet, det vill säga när de två avtalsslutande parterna slutgiltigt enas, som får till följd att avtalet träder i kraft, skett först genom en växling av diplomatiska noter efter det att det nederländska parlamentet, den 26 april 1993, hade ratificerat avtalet, och således vid ett med nödvändighet senare datum i förhållande till ikraftträdandet, den 1 januari 1993, av förordning nr 2409/92.

158. Härav följer att den dag då Nederländerna slutgiltigt gjorde de omtvistade inter-

nationella åtaganden som följde av notväxlingen av den 14 oktober 1992, hade bestämmelserna i förordning nr 2409/92, som enligt vad som fastställdes i domarna av den 5 november 2002 var avgörande för att gemenskapen skulle förvärva en exklusiv extern behörighet i fråga om friheten att fastställa biljettpriser för lufttrafikföretag från tredjeländer på flyglinjer inom gemenskapen, redan trätt i kraft.

159. Den nederländska regeringens argument att den exklusiva externa behörighet för gemenskapen som följer av antagandet av förordning nr 2409/92 inte kan åberopas i förevarande fall för att med framgång göra gällande att de omtvistade internationella åtagandena är rättsstridiga, saknar således grund, eftersom det är grundat på en felaktig tolkning av de faktiska omständigheterna.

160. Jag anser slutligen att det finns anledning att klargöra att även om den föreslagna bedömningen grundar sig på en omständighet som kommissionen har gjort gällande enbart i sin replik, utgår den inte från förutsättningar som ändrar föremålet för tvisten, såsom detta fastställts i ansökan genom vilken talan anhängiggjorts, eller grundar sig på nya anmärkningar som med avvikelse från vad som föreskrivs i artikel 42.2 i domstolens rättegångsregler har gjorts gällande för sent. Kommissionen har i sina yrkanden i ansökan yrkat att domstolen skall fastställa att Nederländerna har underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt vissa bestämmelser i gemenskapsrätten genom att förhandla om eller bibehålla de omtvistade åtagandena. Den betydelse som i samband med den ovannämnda bedömningen har getts dagen för ratifikation av de omtvistade åtagandena bidrar endast till att fastställa den tidpunkt när sådana åtaganden skall anses vara slutgiltigt bindande för svarandemedlemsstaten.

161. På grundval av samtliga ovanstående överväganden anser jag att mot bakgrund av vad domstolen redan har fastställt i domarna av den 5 november 2002 finns det inget som hindrar att det i förevarande fall konstateras att de åsidosättanden föreligger som svarandemedlemsstaten med avseende på bestämmelserna i förordningarna nr 2409/92 och nr 2299/89 har klandrats för.

2. Åsidosättandet av artikel 52 i EG-fördraget

162. Såsom jag redan har erinrat om ovan i punkterna 27 och 28 har domstolen, i domarna av den 5 november 2002, fastställt att svarandemedlemsstaterna har underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt artikel 52 i EG-fördraget genom att göra internationella åtaganden med Amerikas förenta stater om att ge dessa rätt att återkalla, tillfälligt dra in eller begränsa trafikrättigheter i de fall de av svarandemedlemsstaterna utsedda luft-

trafikföretagen inte ägs av dessa stater eller av deras medborgare.

163. Domstolen har, i de ovannämnda domarna, i detta avseende framför allt fastslagit att artikel 52 i EG-fördraget är tillämplig på luftfartsområdet och att den särskilt skall tillämpas på flygbolag som är etablerade i en medlemsstat och som tillhandahåller luftfartstjänster mellan en medlemsstat och ett tredjeland.

164. Domstolen har vidare erinrat om att etableringsfriheten enligt denna bestämmelse innefattar en rätt att starta och utöva verksamhet som egenföretagare samt en rätt att bilda och driva företag, särskilt bolag såsom de definieras i artikel 58 andra stycket i EG-fördraget (nu artikel 48 andra stycket EG), på de villkor som etableringsstatens lagstiftning föreskriver för egna medborgare. Artiklarna 52 och 58 i EG-fördraget säkerställer sålunda att gemenskapsmedborgare som utnyttjat etableringsfriheten och därmed likställda bolag behandlas som inhemska rättssubjekt i värdmedlemsstaten.

165. Domstolen har vidare påpekat att de bestämmelser avseende ägande och kontroll av flygbolag som införts i de omtvistade avtalen och som bland annat gjorde det möjligt för Amerikas förenta stater att återkalla, tillfälligt dra in eller begränsa operativa licenser eller tekniska tillstånd för ett flygbolag som de berörda medlemsstaterna har utsett men som inte till en väsentlig del ägs eller kontrolleras av dessa medlemsstater eller av medborgare i dessa stater skulle kunna skada de flygbolag som var etablerade inom medlemsstaternas territorium och som till en väsentlig del ägdes eller kontrollerades av en annan medlemsstat än etableringsstaten eller dess medborgare. Sådana flygbolag skulle således kunna undantas från tillämpningen av det luftfartsavtal som ingåtts mellan svarandemedlemsstaterna och Amerikas förenta stater, medan däremot inhemska flygbolag i dessa medlemsstater åtnjöt förmånerna av denna tillämpning.

166. Domstolen fann således att de ovannämnda bestämmelserna stred mot artikel 52 i EG-fördraget, eftersom de tillät att flygbolagen i de andra medlemsstaterna diskriminerades i förhållande till flygbolagen i den avtalsslutande medlemsstaten. Om flygbolagen i de andra medlemsstaterna var etablerade inom den avtalsslutande medlemsstatens territorium hindrades de nämligen från att behandlas som inhemska rättssubjekt i värdmedlemsstaten. [84]

167. I förevarande mål har kommissionen yrkat att domstolen skall fastställa att denna

84 — Se exempelvis domen i målet kommissionen mot Tyskland (fotnot 6), punkterna 144–156.

överträdelse föreligger med avseende på Nederländerna.

168. Det framgår av handlingarna i målet att klausulen avseende flygbolagens ägande och kontroll, som införts i det bilaterala avtalet mellan Nederländerna och Amerikas förenta stater, har ändrats genom notväxlingen av år 1992. Kommissionen har hävdat att denna klausul i grund och botten har skrivits om, medan den nederländska regeringen har gjort gällande att ändringarna varit rent redaktionella.

169. Det är i detta avseende tillräckligt att erinra om domstolens resonemang i domarna av den 5 november 2002, som angetts ovan i punkterna 139–144, på grundval av vilka de klausuler som inte ändrats eller som endast ändrats marginellt, till följd av omförhandlingen av de tidigare föreliggande avtalen, skall anses ha bekräftats.

170. Jag ansluter mig i denna fråga särskilt till generaladvokaten Tizzanos förslag till avgörande i de mål som gav upphov till domarna av den 5 november 2002. Det påpekades i detta att även om klausulerna om ägande och kontroll formellt sett inte hade ändrats genom de omtvistade avtalen hade deras innehåll och räckvidd dock ändrats i grunden genom dessa avtal, eftersom avtalen till följd av den fullständiga liberaliseringen av femte frihetsrättigheter med nödvändighet hade påverkat deras tillämpningsområde. [85]

171. På grundval av vad domstolen, i domarna av den 5 november 2002, redan har fastställt skall enligt min mening slutsatsen således dras att det åsidosättande av artikel 52 i EG-fördraget som kommissionen har åberopat faktiskt föreligger.

VI — Rättegångskostnader

172. Enligt artikel 69.2 i rättegångsreglerna skall tappande part förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna om detta har yrkats. Mot bakgrund av mina slutsatser om att Nederländerna har tappat målet, och efter-

85 — Se punkterna 137 och 138.

som kommissionen har yrkat detta, anser jag att Nederländerna skall förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna.

173. Frankrike, som har intervenerat i förevarande mål, skall i enlighet med artikel 69.4 bära sin rättegångskostnad.

VII — Förslag till avgörande

174. Av samtliga ovan anförda skäl föreslår jag att domstolen fastställer följande:

— Konungariket Nederländerna har underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt artiklarna 5 i EG-fördraget (nu artikel 10 EG) och 52 i EG-fördraget (nu artikel 43 EG i ändrad lydelse), enligt rådets förordning (EEG) nr 2409/92 av den 23 juli 1992 om biljettpriser och tariffer för lufttrafik och enligt rådets förordning (EEG) nr 2299/89 av den 24 juli 1989 om en uppförandekod för datoriserade bokningssystem, i dess lydelse enligt rådets förordning (EEG) nr 3089/93 av den 29 oktober 1993, genom att göra eller genom att, trots omförhandlingen av luftfartsavtalet av den 3 april 1957 mellan Konungariket Nederländerna och Amerikas förenta stater, bibehålla internationella åtaganden med Amerikas förenta stater

— avseende vilka flygpriser som trafikföretag som Amerikas förenta stater har utsett skall tillämpa på flyglinjer inom gemenskapen,

— avseende de datoriserade bokningssystem som erbjuds eller används i Nederländerna, och

— om att ge Amerikas förenta stater rätt att förbjuda eller återkalla trafikrättigheter i de fall de av Konungariket Nederländerna utsedda lufttrafikföretagen inte ägs av denna medlemsstat eller av nederländska medborgare.

— Konungariket Nederländerna skall ersätta rättegångskostnaderna.

— Republiken Frankrike skall bära sin rättegångskostnad.