FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT SIR GORDON SLYNN FREMSAT DEN 6. MAJ 1982 [1]

Høje Domstol.

Lord Bethell ønsker at indbringe en sag for Domstolen, der er af stor betydning for ham og af interesse for store dele af offentligheden overalt i Fællesskabet. Det er hans opfattelse, at luftfartstaksterne i Fællesskabet fastsættes på en måde, der er i strid med Fællesskabets konkurrenceregler. Taksterne er derfor højere, end de burde være. Det er, sagt i almindelighed, hans påstand, at Kommissionen har undladt at træffe de foranstaltninger, som den skulle have truffet, og han ønsker, at Domstolen anerkender dette i medfør af EØF-traktatens artikel 173 og artikel 175, jf. artikel 176.

Kommissionen har indledningsvis påstået sagen afvist; den finder, at ingen af de muligheder, som sagsøgeren anvender for at få sagen indbragt for Domstolen, efter traktaten giver ham ret til at få den påkendt. Kun formalitetsindsigelsen skal behandles på dette stadium af sagen. Dersom sagen kan antages til realitetsbehandling, anerkendes det af Kommissionen, at der foreligger et væsentligt og vigtigt spørgsmål, som Domstolen skal tage stilling til.

Skønt Lord Bethell aktivt har forfægtet sine synspunkter i en række år, både som privatperson og som medlem af Europa-Parlamentet, er grundlaget for det foreliggende spørgsmål i det væsentlige en skrivelse af 13. maj 1980, der er udarbejdet på hans vegne og stilet til Kommissionen med bilag, og Kommissionens svar af 17. juli 1980 med bilag. I Lord Bethell's skrivelse har advokaterne givet en fremstilling af de faktiske omstændigheder, der efter sagsøgerens opfattelse viste, at der ikke er nogen konkurrence mellem ruteselskaberne, og at »taksterne i praksis fastsættes mellem luftfartsselskaber og ikke mellem regeringer«. I skrivelsen anføres retsgrundlaget for Kommissionens påståede pligt til at handle, hvorefter det kræves af Kommissionen, at den »tager skridt til at opfylde den pligt, som den allerede skulle have opfyldt, og meddeler, at den agter at handle i medfør af artikel 89, og at den indleder sagen med at afkræve luftfartselskaberne oplysninger og forklaringer« Passivitet ville ikke gå upåtalt hen. Der krævedes et øjeblikkeligt svar »i form af en beslutning« der kunne indbringes for Domstolen i medfør af traktatens artikel 173.

Den 26. maj 1981 anerkendte Kommissionen, at den havde modtaget sagsøgerens skrivelse, hvorefter den via generaldirektøren for konkurrence, ved skrivelse af 17. juli 1981, gentog sit allerede offentliggjorte synspunkt, hvorefter »den endelige fastsættelse af lufttaksterne i de fleste tilfælde alene er medlemsstaternes ansvar«. Da det forholdt sig således fandt Kommissionen, at der principielt ikke var grund til, i medfør af artikel 85, at undersøge hverken staternes eller selskabernes adfærd. Imidlertid påtog Kommis-

1 — Oversat fra engelsk.

sionen sig »inden for grænserne af sine beføjelser på dette område« yderligere at undersøge spørgsmålet og udtalte, at »dersom den finder, at de faktiske forudsætninger for fastsættelsen af taksterne strider mod traktatens artikel 5, artikel 90 og/eller artikel 85, vil den træffe de fornødne foranstaltninger i medfør af disse bestemmelser«. Den udtalte som sin opfattelse, at artikel 86 begrænsede regeringernes adgang til at fastsætte luftfartstakster. Efter at have omtalt, hvor vanskeligt og indviklet det er at »fastslå, om en given luftfartstakst har karakter af misbrug«, anførte Kommissionen, at den undersøgelse af luftfartstaksterne, der var blevet foretaget, ville blive forelagt Rådet. Kommissionen tilføjede, at den havde til hensigt at tage fem forskellige skridt:

a) indlede en nærmere undersøgelse af tilfælde, hvor niveauet for en given takst lod formode, at der forelå en overtrædelse af artikel 86;

b) tilskrive medlemsstaterne, meddele dem Kommissionens synspunkter og understrege, at i tilfælde, hvor takster blev fastsat af regeringerne, måtte de ikke være urimelige og derved medføre en overtrædelse af artikel 86;

c) tilskrive luftfartsselskaberne inden for Fællesskabet og anmode dem om enkeltheder i arrangementer angående andre forhold end takstfastsættelsen, der efter Kommissionens opfattelse kunne indebære overtrædelser af artikel 85;

d) »i den nærmeste fremtid« forelægge et forslag til direktiv om luftfartstakster, der fastlægger objektive kriterier, som medlemsstaterne skal overholde ved godkendelsen af luftfartstakster;

e) »snarest« at godkende et forslag til forordning til forelæggelse for Rådet om anvendelsen af traktatens artikler 85 og 86 på luftfart.

Den 23. juli 1981 offentliggjorde Kommissionen Report on Scheduled Passenger Air Fares in the EEC (COM(81) 398 final) (rapport om taksterne for passagerluftruter inden for EØF), som den havde henvist til i skrivelsen. Rapporten konkluderede for det første, *at* det måtte være en af Fællesskabets fremtidige opgaver at tilstræbe en mindre stiv fremgangsmåde ved takstfastsættelsen, således at luftfartsselskaberne ikke i almindelighed opnåede urimeligt højere fortjenester på lokale ruter i Europa, *men at* salgsomkostningerne i Europa var usædvanligt høje; og for det andet, at medens der på kortere ruter bestod et rimeligt forhold mellem taksten og omkostningerne øgedes marginalfortjenesten betragteligt på længere afstande. Den 31. juli 1981 offentliggjorde Kommissionen det forslag til forordning, som den har omtalt (COM(81) 396 final). Den 26. oktober 1981 offentliggjorde den forslag til direktiv om luftfartstakster (COM(81) 590 final).

Lord Bethell indtog det standpunkt, at generaldirektørens skrivelse af 17. juli 1981 var uforenelig med den rapport, der blev offentliggjort seks dage senere, og at skrivelsen under alle omstændigheder var utilfredsstillende og uklar. Følgelig udtog han stævning, der indgik til Domstolen den 10. september 1981. Han nedlagde i medfør af traktatens artikel 175 påstand om, at det statueres, at Kommissionen har undladt at besvare den del af skrivelsen af 13. maj 1981, der vedrører det spørgsmål, om luftfartstaksterne fastsættes samordnet inden for Fællesskabet. Subsidiært nedlagde han

påstand efter traktatens artikel 173 om annullation, enten af generaldirektørens skrivelse af 17. juli 1981 i dens helhed eller af den del af skrivelsen, der (med stævningens ord) »fastslog, at konkurrencereglerne ikke omfatter luftfartsselskabernes fastsættelse af luftfartstakster inden for Fællesskabet«. Han nedlagde videre påstand om, at Domstolen skulle træffe sådanne yderligere foranstaltninger i medfør af EØF-traktatens artikler 175, 173 eller 176, som den finder fornødne, samt om, at Kommissionen tilpligtes at afholde hans omkostninger.

Da den første påstand er fremsat i medfør af artikel 175, skal jeg gennemgå den, før jeg behandler påstanden efter artikel 173. Artikel 175 bemyndiger medlemsstaterne og de (andre) institutioner til at indbringe en klage for Domstolen for at få fastslået, at Rådet eller Kommissionen i strid med traktaten har undladt »at træffe afgørelse«. En sådan klage kan ikke indbringes, medmindre institutionen er blevet »opfordret til at handle« og inden to måneder efter en sådan opfordring »ikke har taget stilling«. »På de i de foregående stykker fastsatte betingelser kan enhver fysisk eller juridisk person indbringe klage til Domstolen over, at en af Fællesskabets institutioner har undladt at udstede en retsakt til ham, henstillinger og udtalelser dog undtaget«.

Sagsøgeren blev spurgt, »hvad det er for en 'retsakt' efter artikel 175, stk. 3, som sagsøgeren hævder, at Kommissionen har undladt at udstede til ham«. Lord Bethell's advokat svarede under retsmødet:

»Den retsakt, som vi hævder, at Lord Bethell havde krav på, og som vi hævder ikke blev udstedt til ham, er ganske enkelt: en reaktion, et passende svar på hans klage, der meddelte, enten at Kommissionen agtede at handle eller, at den ikke havde en sådan hensigt og i så fald begrundede det«.

Ordene »en undladelse af at træffe afgørelse« synes efter deres sædvanlige mening at udtrykke et andet begreb end begrebet »undladelse af at udstede en retsakt til ham, henstillinger og udtalelser dog undtaget«. Det kan meget vel være, at det mere begrænsede ordvalg i den franske version af stykke 1 (»s'abstient de statuer«) giver et mere præcist fingerpeg om, hvilke afgørelser der omfattes af stykke 1, men stykke 3 dækker efter min opfattelse en mere snæver kategori af afgørelser eller retsakter end den, der omfattes af ordene »undladelse af at træffe afgørelse« i stykke 1. Efter min opfattelse omfatter stykke 3 afgørelser eller retsakter i lighed med dem, der opregnes i artikel 189, og som Rådet og Kommissionen er beføjet til at udstede, om end de ikke nødvendigvis er begrænset hertil. Hvorledes det nu end forholder sig, så består der klare forskelle mellem indholdet af stykke 1 og stykke 3, der delvis er sammenfaldende med den sondring, der opstilles i artikel 173, stk. 1 og 2.

Imidlertid er der væsentlig forskel på artikel 173, stk. 2, og artikel 175, stk. 3. Til forskel fra artikel 173 anføres det ikke i artikel 175, at der består søgsmålskompetence med hensyn til en undladelse af at træffe foranstaltninger over for tredjemand, selv om dette berører sagsøgeren umiddelbart og individuelt. Som det blev anført af generaladvokat Capotorti i sag 125/78, *GEMA* mod *Kommissionen* (Sml. 1979, s. 3173, især s. 3199), viser forskellen i ordlyden, at retten til at anlægge passivitetssøgsmål i denne henseende er mere begrænset end retten til at anlægge annullationssøgsmål. Formålet med artikel 175 er at sikre

udstedelsen af en retsakt, der efter sin beskaffenhed og sit formål skal rettes til den, der fremsætter anmodningen (sag 103/63 *Rhenania* mod *Kommissionen*, Sml. 1954-1964, s. 513; org.ref. Recueil 1964, s. 841), især generaladvokat Roemer, s. 858; cfr. dog generaladvokat Dutheillet de Lamothe's forslag til afgørelse i sag 15/71 *Mackprang* mod *Kommissionen*, Sml. 1971, s. 187, især s. 192).

Videre er det efter min opfattelse klart, at den, der vil indbringe en klage efter artikel 175, må være i stand til at godtgøre, at der foreligger en undladelse af at udstede en retsakt til ham under omstændigheder, hvor der bestod en pligt til at udstede en retsakt til ham. Denne pligt skal efter min opfattelse være skabt enten ved traktaten eller (mener jeg) ved lovgivning ifølge traktaten efter en rigtig fortolkning. Det er ikke tilstrækkeligt, at god administration eller høflighed kræver, at en omhyggeligt udarbejdet og overvejet skrivelse besvares.

Den første vanskelighed, der efter min opfattelse stiller sig i vejen for Lord Bethell, er, at der ikke findes nogen udtrykkelig bestemmelse, der i nærværende sammenhæng giver en klager ret til at kræve af Kommissionen, at den indleder en undersøgelse af en påstået samordnet praksis på luftfartsområdet.

Ifølge artikel 3, stk. 2, i Rådets forordning nr. 17 er fysiske eller juridiske personer, som kan godtgøre en berettiget interesse, berettigede til at fremsætte begæring til Kommissionen om en afgørelse om, at der foreligger en overtrædelse af traktatens artikel 85 eller artikel 86; hvis Kommissionen er af den opfattelse, at de tilvejebragte oplysninger ikke giver grundlag for at tage en begæring til følge, skal den underrette ansøgeren om begrundelsen derfor, jf. artikel 6 i Kommissionens forordning nr. 99/63 af 25. juli 1963 (EFT 1963-1964, s. 42). Imidlertid omfatter disse bestemmelser ikke påstande vedrørende fastsættelsen af takster og vilkår for luftfart, idet sådanne spørgsmål udtrykkeligt er undtaget fra anvendelsesområdet for forordning nr. 141 af 26. november 1962 (EFT 1959-1962, s. 258).

Lord Bethell har hævdet, at det retsmiddel, der udtrykkeligt er fastslået i artikel 3, stk. 2, i forordning nr. 17, stiltiende er indeholdt i EØF-traktatens artikel 89. Denne artikel omtaler ikke klager fra private. Det er rigtigt, at Kommissionen »undersøger ... tilfælde af formodet overtrædelse«, ikke kun på begæring af en medlemsstat, men også »på eget initiativ«. Selv om det skulle betyde, at Kommissionen efter traktaten har en udtrykkelig pligt til at undersøge ethvert tilfælde, som den underrettes om, og som anføres at være en formodet overtrædelse (og måske — men højst tvivlsomt — at begrunde det, såfremt den ikke gør det), så mener jeg dog ikke, at pligten består over for den, der bringer forholdet til Kommissionens kundskab, og gør det muligt for den at skride ind på hans initiativ.

Det hævdes, at dersom et sådant retsmiddel ikke kan antages at være indeholdt i artikel 89, er den, der klager over en formodet overtrædelse, helt uden retsmidler, hvis Kommissionen ikke kan tilslutte sig hans fremstilling. Det forekommer mig, at dette er for bredt udtrykt, eftersom der kan være tilfælde,

hvor en klage kan fremmes via fremgangsmåden efter artikel 177, ligesom medlemsstater bliver foranlediget til at handle efter artikel 175.

I hvert fald er det efter min opfattelse ikke muligt at indlæse det retsmiddel i artikel 89, som Lord Bethell hævder at have krav på.

Det forhold, at reglen i artikel 3, stk. 2, forordning nr. 17 skønnedes at være nødvendig, og at luftfart udtrykkeligt er undtaget fra dens område, bekræfter efter min opfattelse det synspunkt, som jeg er nået frem til uafhængigt heraf. Hvorvidt artikel 3, stk. 2, i forordning nr. 17 burde finde anvendelse på området for luftfart er et andet spørgsmål.

Jeg er derfor af den opfattelse, at sagsøgeren i nærværende sag ikke er en person, over for hvem der består en pligt til at udstede en retsakt i henhold til traktaten eller afledet lovgivning. I hvert fald mener jeg ikke, at Lord Bethell kan indbringe en klage over, at Kommissionen har undladt at træffe beslutning om, at de pågældende luftfartsselskaber havde begået en overtrædelse, eftersom en sådan beslutning ville rette sig til de pågældende luftfartsselskaber og ikke til ham (se eksempelvis ovennævnte sag 125/78, *GEMA* mod *Kommissionen*, især s. 3197, hvori generaladvokat Capotorti henviser til dommen i sag 26/76 *Metro* mod *Kommissionen* (Sml. 1977, s. 1875).

Dersom jeg var nået til det resultat, at det er tilstrækkeligt, at en sagsøger kan godtgøre at være umiddelbart og individuelt berørt af Kommissionens undladelse af at handle, ville det stadig være min opfattelse, at et søgsmål ikke kunne støttes på artikel 175. Et luftfartsselskab ville ikke efter artikel 173 kunne anfægte en beslutning om at indlede undersøgelser af dets adfærd med henblik på at fastslå, hvorvidt denne var i overensstemmelse med Fællesskabets konkurrenceregler (sag 60/81 *IBM* mod *Kommissionen*, Sml. 1981, s. 2639, præmis 21). Dette synes at indebære, at et luftfartsselskab heller ikke efter artikel 175 ville kunne anfægte en undladelse af at indlede sådanne undersøgelser. Så meget mindre kan en klager gøre dette, ligesom han heller ikke kan tvinge Kommissionen til at optræde på en bestemt måde under en undersøgelse (sag 8/71 *Komponistenverband* mod *Kommissionen*, Sml. 1971, s. 163; org.ref. Recueil 1971, s. 705, især s. 710).

Jeg vender mig derfor til søgsmålsgrundlaget efter artikel 173. I den forbindelse spurgte Domstolen »hvad er det for en beslutning efter artikel 173, stk. 2, som sagsøgeren ønsker annulleret?« Sagsøgeren svarede, at »hvis Kommissionens skrivelse indeholdt en beslutning om, at luftfartsselskabernes samordning af luftfartstaksterne ikke udgjorde en overtrædelse fra selskabernes side af artikel 85, stk. 1, og Kommissionen derfor ikke ville undersøge Lord Bethell's påstande, der gik i modsat retning, betød dette, at (den) afslog hans klage«.

Kommissionens skrivelse af 17. juli 1981 fremtræder ikke som en »beslutning«, hvis lovlighed Domstolen kan prøve i medfør af artikel 173. Den skaber ikke retsvirkninger for Lord Bethell (i den

forstand, som det kræves efter Domstolens praksis), og da disse virkninger ikke foreligger, kan den ikke indbringes til prøvelse for Domstolen (se de forenede sager 8-11/66 *Cimenteries* mod *Kommissionen*, Sml. 1965-1968, s. 332, især s. 340). Videre udgør den ikke afslutningen på en undersøgelse, men snarere et af de »skridt vedrørende proceduren, der træffes forud for den beslutning, der udgør afslutningen på disse«. Sådanne skridt er ikke »beslutninger« efter artikel 173, jf. sag 60/81 *IBM*, nævnt ovenfor.

Under sådanne omstændigheder har Kommissionens stiltiende beslutning om at henlægge sagen retsvirkning for klageren. Det er grunden til, at generaladvokat Capotorti (i den passage, som Lord Bethell har henvist til) fremhæver, at sagsøgeren i *GEMA*-sagen i medfør af artikel 3, stk. 2, i Rådets forordning nr. 17 og artikel 6 i forordning nr. 99/63 var berettiget til at fremsætte begæring til og få svar fra Kommissionen. Imidlertid kan sagsøgeren i nærværende sag ikke påberåbe sig forordning nr. 17 og har af de anførte grunde ikke det samme retskrav som sagsøgeren i *GEMA*-sagen.

Jeg kan ikke finde noget grundlag for at betegne skrivelsen som en beslutning, blot fordi den er et svar på et krav om stillingtagen efter artikel 175. Tværtimod afviste Domstolen i sag 78/65 *Lutticke* mod *Kommissionen* (Sml. 1965-1968, s. 169; org.ref. Recueil 1966, s. 27, især s. 39) et søgsmål efter artikel 173 med påstand om annullation af en skrivelse, hvori Kommissionen havde taget stilling.

De betragtninger, der førte til det resultat, at sagen anskuet som en helhed må afvises efter artikel 173, fører også til det resultat, at Domstolen bør afvise at påkende påstanden om annullation af den del af Kommissionens skrivelse af 17. juli 1981, der udtaler, at konkurrencereglerne ikke finder anvendelse på luftfartsselskaberne med hensyn til fastsættelsen af luftfartstaksterne. Det er derfor overflødigt at tage stilling til, hvorvidt skrivelsen indeholder en sådan udtalelse (hvilket Kommissionen benægter), og om en sådan udtalelse ville være retsstridig.

Lord Bethell har anført, at Kommissionens skrivelse »indebærer en beslutning om at henlægge sagen«. Som begrundelse har Lord Bethell henvist til udtalelser af generaladvokat Capotorti i *GEMA*-sagen, på s. 3200. Utvivlsomt støtter generaladvokatens udtalelser det synspunkt, at Kommissionens stiltiende beslutning om at henlægge en sag, der er indledt i medfør af EF's konkurrenceregler, kan udgøre en »retsakt«, hvis lovlighed kan prøves efter EØF-traktatens artikel 173 efter påstand fra en anden virksomhed. Imidlertid gælder dette kun, såfremt den, der ønsker at klage, juridisk er berettiget til at kræve, at Kommissionen træffer beslutning om, at der foreligger en af en anden virksomhed begået overtrædelse af traktaten.

Det er derfor min opfattelse, at sagen også efter artikel 173 må afvises. Heraf følger, at der efter min opfattelse ikke kan træffes yderligere foranstaltninger i medfør af EØF-traktatens artikler 175, 173 eller 176.

Jeg har med vilje undladt at tage stilling til, hvorvidt a) Kommissionen rent faktisk har undladt at træffe nogen foranstaltning, som den retligt var

forpligtet til, på trods af dens påstand om, at den med sin adfærd på grundlag af skrivelsen af 17. juli 1981 fuldt ud havde opfyldt sine forpligtelser efter traktaten, samt b) hvorvidt Kommissionen efter traktatens artikel 89 kan indlede undersøgelser for at fastslå, om der foreligger en overtrædelse af EF's konkurrenceregler på luftfartsområdet (hvilket benægtes af de luftfartsselskaber, der er mødt i sagen). Jeg har af hensyn til nærværende forslag til afgørelse lagt til grund, at Lord Bethell må anses for umiddelbart og individuelt berørt og har ikke udtalt mig om, hvorvidt han rent faktisk berøres umiddelbart og individuelt af en beslutning fra Kommissionen om, at en række luftfartsselskaber handler i strid med EF's konkurrenceregler. Jeg finder ikke, at disse spørgsmål skal afgøres i forbindelse med formalitetsspørgsmålet.

Lord Bethell anførte, at Kommissionens skrivelse af 17. juli 1981 var så uklar, at der må træffes en afgørelse vedrørende omkostningerne, der er til gunst for sagsøgeren, uanset hvorledes Domstolen afgør formalitetsspørgsmålet. Der er afsnit i denne skrivelse, der på ingen måde er klare. Jeg er imidlertid ikke overbevist om, at Kommissionen med sin skrivelse unødigt eller af ond vilje har forvoldt Lord Bethell udgifter. Der er derfor ikke grundlag for at anvende artikel 69, stk. 3, i Domstolens procesreglement.

Selv om jeg mener, at der er betydelig vægt i det synspunkt, at fysiske og juridiske personer burde have en videre adgang til at få Kommissionens adfærd prøvet for Domstolen, er det af de anførte grunde min opfattelse, at nærværende sag må afvises, og at Domstolen bør pålægge sagsøgeren Kommissionens omkostninger. Da intervenienterne ikke har nedlagt påstand om at få tillagt sagsomkostninger, bør dommens afgørelse af omkostningsspørgsmålet efter min opfattelse ikke omfatte dem.